

Droits et Débats

**1952-2012 :
le juge français de l'asile**

**Un colloque organisé
par la Cour nationale du droit d'asile
et le Conseil d'État
le 29 octobre 2012
au Palais du Luxembourg**

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État »

(ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :
Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63
- Le droit souple - étude annuelle 2013, n° 64

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n°4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7 ; 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7 ; 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2013.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2013.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.

Sommaire

Programme du colloque	5
Abréviations et acronymes	6
Discours introductifs.....	7
Rapport introductif	
La diversité du traitement juridictionnel de l’asile dans le monde.....	25
Sommaire des interventions.....	25
Introduction	27
Interventions.....	37
Première table ronde	
Protection conventionnelle et protection subsidiaire : complémentarité ou concurrence?	
L’exemple de la notion d’appartenance à un certain groupe social	49
Sommaire des interventions.....	49
Introduction	51
Interventions.....	53
Deuxième table ronde	
Les juridictions européennes face à l’émergence d’un droit européen de l’asile	103
Sommaire des interventions.....	103
Introduction	105
Interventions.....	107
Conclusion.....	151





Programme du colloque

9h30-10h30 – Séance d'ouverture

- Martine Denis-Linton, présidente de la Cour nationale du droit d'asile
- Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État
- Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux

10h30-12h30 – La diversité du traitement juridictionnel de l'asile dans le monde

Présidente : Odile Piérart, conseiller d'État, présidente de la cour administrative d'appel de Nancy

Intervenants :

- Philippe Leclerc, représentant du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés auprès de la France
- Sebastiaan de Groot, président de l'Association Internationale des juges de l'asile (IARLJ)
- Brian Goodman, président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (CISR)

14h00-15h30 – Protection conventionnelle et protection subsidiaire, complémentarité ou concurrence ? L'exemple de la notion d'appartenance à un certain groupe social

Président : Thierry Tuot, conseiller d'État, président de la 10^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Intervenants :

- Volker Türk, directeur de la protection internationale au Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies
- François-Julien Laferrière, professeur de droit public à l'université de Paris Sud
- Florence Malvasio, présidente de section à la Cour nationale du droit d'asile

15h30-17h00 – Les juridictions européennes face à l'émergence d'un droit européen de l'asile

Président : Frédéric Tiberghien, conseiller d'État

Intervenants :

- Joseph Krulic, président de section à la Cour nationale du droit d'asile
- Catherine Teitgen-Colly, professeur de droit public à l'université de Paris 1, École de droit de la Sorbonne

17h00-17h30 – Clôture

- Jacques Ribs, conseiller d'État honoraire, président de l'association France Terre d'Asile (FTDA)

Abréviations et acronymes

APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
IARL	Association internationale des juges de l'asile
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CIDE	Convention internationale des Droits de l'Enfant
CISR	Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNDA	Commission nationale du droit d'asile (anciennement Commission des recours des réfugiés, CRR)
Convention européenne	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de « Convention européenne des droits de l'homme »
Dublin II	Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, dit Dublin II
Eurodac	Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, dit Eurodac
HCR	Haut Commissariat pour les réfugiés
OFRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides
OIR	Organisation internationale pour les réfugiés
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
RAEC	Régime d'asile européen commun
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne



Discours introductifs







Martine Denis-Linton,
Présidente de la Cour nationale du droit d'asile

J'ai voulu marquer le soixantième anniversaire de la Commission des recours des réfugiés, devenue en 2008 la Cour nationale du droit d'asile, par la tenue de ce colloque qui fournit une occasion privilégiée pour débattre de quelques grandes questions intéressant le contentieux de l'asile en présence de juridictions étrangères de l'asile, du représentant en France du Haut Commissariat aux réfugiés pour les Nations unies, du président de l'Association internationale des juges de l'asile, d'universitaires et du Conseil d'État.

Cette célébration a également justifié un retour sur le passé d'une institution mal connue. D'où l'idée d'une exposition retraçant les temps forts de la juridiction française de l'asile depuis 1952. La direction de la bibliothèque et des archives au Conseil d'État a su tirer le meilleur parti des rares documents retrouvés aux Archives nationales.

Il ne manquait à cette fresque historique que des archives vivantes. C'est pourquoi j'ai souhaité recueillir le témoignage d'anciens présidents qui ont marqué de leur empreinte cette juridiction. Tous ont accepté de livrer leurs souvenirs dans un beau film réalisé par la direction de la communication du Conseil d'État.

Le premier thème de cette journée est consacré à une approche comparée du traitement juridictionnel de l'asile dans le monde pour rechercher si, au-delà d'une apparente diversité, il existerait des traits communs à ce contentieux spécifique. Puis dans le cadre de deux tables rondes, une discussion s'engagera sur l'un des motifs de persécution de la Convention de Genève qui suscite le plus d'interrogations, à savoir « l'appartenance du demandeur d'asile à un groupe social » et, enfin, l'accent sera mis sur l'influence récente mais déterminante des jurisprudences de la CJUE et de la CEDH dans le domaine du droit d'asile.

Pour clore cette brève introduction, j'évoquerai en quelques mots la naissance de l'institution. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés est signée par la France le 11 septembre 1952. L'Organisation internationale pour les réfugiés (OIR), créée en 1946 pour prendre provisoirement en charge les nombreux réfugiés de la guerre, cesse ses activités. Il revient à la France comme aux autres États signataires de mettre en place les instances permettant de continuer à assurer la protection des réfugiés. Le projet de loi relatif à la création de l'Office français de protection et apatrides (OFPRA) est muet sur le recours contentieux susceptible d'être exercé par les demandeurs d'asile contre les refus de l'administration de les admettre au statut de réfugié. Dans le silence du texte, les juridictions administratives de droit commun auraient été naturellement compétentes pour statuer sur ces décisions administratives.



Pourtant, lors de l'examen du projet de loi à l'Assemblée nationale, la Commission des affaires étrangères, par la voix de Daniel Mayer, a introduit un amendement créant une « Commission des recours ». Michel Debré, qui était rapporteur de la loi au Sénat, s'est montré à son tour favorable à la création d'une juridiction spécialisée à caractère administratif, relevant en cassation du Conseil d'État.

L'OFPRA a rendu ses premières décisions dès le 22 septembre 1952, deux mois après l'entrée en vigueur de la loi. Pour la Commission des recours, il faudra attendre que le décret du 2 mai 1953 en fixe les modalités de fonctionnement. La Commission des recours ne tient sa première audience dans les locaux du Conseil d'État qu'à la fin juillet de l'année 1953 pour juger cinq recours.

Dans l'article qu'il a consacré à la première année de fonctionnement de l'Office, Frédéric Tiberghien relève que le retard pris dans la mise en place de la Commission des recours a contraint l'Office à ne délivrer aux demandeurs d'asile pendant plus de dix mois que des réponses d'attente, car la faculté d'exercer un recours contentieux effectif conditionnait la légalité même de ses décisions.

Née le 25 juillet 1952 de manière presque fortuite mais dotée d'une compétence exclusive pour statuer sur le contentieux des réfugiés, la Commission des recours, devait connaître un fort développement. Elle est aujourd'hui la première juridiction administrative française en nombre de recours et de décisions rendues.



Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'État

C'est un grand plaisir, c'est même un bonheur, que d'ouvrir ce colloque à vos côtés, Mme la présidente. En tout premier lieu, je voudrais m'associer aux remerciements que vous avez formulés et qu'il faut en effet adresser à toutes les personnes ayant rendu possibles la manifestation d'aujourd'hui, mais aussi les autres événements qui marqueront cet anniversaire de la CNDA. Il convient à cet égard de rendre un hommage particulier à la direction de la bibliothèque et des archives et à sa directrice, Mme Flament-Guelfucci, pour l'important travail de recherche et de mémoire qu'elle a réalisé, et à la direction de la communication et son directeur, M. Kohler. Mais je souhaite distinguer aussi toutes les personnes ayant, à la Cour nationale du droit d'asile, contribué à faire de cet anniversaire une réussite, à commencer par vous, Mme la Présidente.

La Cour nationale du droit d'asile fête donc ses soixante ans. Ce n'est pas le début du troisième âge, c'est l'âge de la maturité. Cet anniversaire est une bonne nouvelle au regard de la mission noble et éminente que cette Cour assume. C'est encore une bonne nouvelle, car notre monde reste en proie à toutes sortes de troubles, de convulsions ou de déchirements, constants et parfois imprévisibles, sur presque tous les continents. L'existence d'un juge français de l'asile est dans ce contexte une garantie. C'est une bonne nouvelle, ensuite, parce que, l'an passé, le soixantième anniversaire de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés a été marqué du sceau d'un certain désenchantement lié aux temps difficiles que nous traversons. C'est une bonne nouvelle, parce que le droit d'asile est au fondement même de notre pacte républicain.

L'asile est le fruit d'une longue histoire qui n'a, somme toute, qu'assez récemment, trouvé une traduction juridique : c'est de là que vient la Cour nationale du droit d'asile ; c'est sur cette base qu'elle s'est construite (I). Juridiction assumant pleinement son office, dans le respect de toutes les garanties juridictionnelles, la Cour doit poursuivre dans cette voie, en dépit de tous les défis qui se présentent à elle (II).

I. La Cour nationale du droit d'asile, qui s'inscrit dans l'histoire longue d'accueil de tous ceux cherchant un refuge, s'est, depuis sa naissance en 1952, constamment adaptée afin de remplir sa mission

A. Créée sous le nom de Commission des recours, elle a été, et demeure, l'héritière et la garante d'une tradition d'accueil et de préservation des droits de l'homme au travers du droit d'asile

1. L'asile a des origines lointaines, qui remontent au moins à l'antiquité. Certains lieux, plus généralement des temples, étaient alors considérés comme inviolables et ils offraient un refuge aux personnes poursuivies par leurs adversaires. Romulus, nous dit Tacite, est censé avoir ouvert « l'Asile sacré » à Rome, sur le mont Capitolin entre le Temple de Jupiter et la Citadelle, et il aurait bâti en ce lieu un temple dont il fit un refuge. Dès les origines, le droit a aussi joué un rôle important dans la



notion d'asile, plutôt comme limite apportée à celui-ci, afin que l'asile ne soit pas dévoyé au profit des criminels, comme l'illustrent ces paroles du Coryphée dans une tragédie d'Euripide, *Les Héraclides* : « *Toujours dans le passé notre pays a eu la volonté d'apporter son aide aux détreffes qui avaient le droit pour elles* ». Mais dès les origines aussi, des atteintes ont été portées au droit d'asile – par exemple en entravant la distribution de nourriture aux réfugiés ou en murant les issues des lieux où ils se trouvaient. On rapporte qu'à cette époque, certaines de ces atteintes furent sévèrement sanctionnées par les dieux, par maladie ou catastrophe naturelle.

C'est l'Église catholique qui a fait du droit d'asile une institution éminente et unifiée en Occident. Les églises étaient considérées de fait comme un lieu d'asile : lors du sac de Rome en 410, le Roi des Wisigoths Alaric I^{er} interdit ainsi de violer les lieux de cultes et les sanctuaires. Cette protection devint rapidement juridique : le Code de Théodose définit, quelques années plus tard, en 438, la protection que l'Église doit – ou ne doit pas – accorder à des fugitifs qui chercheraient refuge dans les lieux de culte. Cette tradition d'asile, qui fut à la fois unifiée, mais aussi limitée, s'est développée jusqu'à la fin du Moyen Âge, époque à partir de laquelle elle est tombée en désuétude.

L'année 1789, première de la Révolution française, a ignoré le droit d'asile. En 1793, toutefois, la Constitution de l'an I, dont on sait qu'elle n'a jamais été appliquée, proclama à son article 120, dans le titre « Des rapports de la République française avec les nations étrangères », que le Peuple français « *donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans* ». La Révolution a su tirer les conséquences de ses déclarations. Par la suite, la tradition de l'asile fut particulièrement vivace sous la Monarchie de juillet ainsi que sous les 2^{ème} et 3^{ème} Républiques. Elle a constitué, pendant toutes ces décennies, une simple pratique, mais elle a aussi été plus que cela : elle a été le fruit d'un ensemble d'actes convergents, dictés par des considérations plus éthiques que juridiques, et conduisant tout simplement à accueillir chez nous les réfugiés. L'asile ne trouva d'ancrage constitutionnel réel et durable qu'avec la Constitution du 27 octobre 1946, dont le Préambule, toujours en vigueur, déclare à son tour : « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Historiquement, l'asile a ainsi été marqué par le passage progressif d'un lieu protégé, « sanctuarisé », pourrait-on dire, à une protection juridique ; par le passage d'un espace géographique à un régime de droit poursuivant des finalités assez analogues et pour des motifs qui se sont progressivement affinés et diversifiés dans le cours long et tumultueux de l'histoire humaine.

2. Après la première guerre mondiale, le droit d'asile a connu d'importants développements. Avant 1945, c'est une approche empirique qui a prévalu : l'émigration russe consécutive à la révolution bolchevique, le refuge recherché par les Espagnols à la fin de la guerre civile, la fuite de nombreux Allemands et Italiens dans les années 20 et 30, l'exode des Juifs de l'Europe nazie – tous ces événements dramatiques ont fait l'objet de réponses ponctuelles ou conjoncturelles, sans véritable plan d'ensemble. Ainsi les exodes russes et arméniens ont fait l'objet



d'un traitement par un office spécialisé et la Société des Nations a créé un poste de Haut Commissaire pour les réfugiés, dont les attributions limitées furent fixées par un accord du 30 juin 1928. La création de l'Organisation internationale des réfugiés en 1946 a marqué une première véritable tentative de protection systémique des réfugiés. Mais la fin des activités de l'OIR, qui n'avait été créée qu'à titre provisoire, a conduit chaque pays à mettre en place sa propre organisation de prise en charge des demandeurs d'asile. Elle vit parallèlement la création du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés. La loi du 25 juillet 1952 d'où sont issus l'OFPRA et la Commission des recours a donc été dictée par les nécessités du moment : l'émergence d'une protection nationale destinées à relayer une protection internationale qui cessait d'être directe. Elle s'est en outre appuyée sur un texte qui, s'il est encore aujourd'hui la clé de voûte du droit d'asile, n'était alors pas encore ratifié par la France : la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Rare exemple de loi qui précède et non pas suit, le plus souvent avec retard, la convention internationale qu'il s'agit de mettre en œuvre.

En 1952, deux modèles étaient envisagés et ont donc été débattus dans notre pays. Le premier, qui avait plus ou moins prévalu jusqu'alors, était celui d'une protection internationale au travers de l'activité déployée par la Société des Nations, puis par les Nations unies. Il n'avait pas donné des résultats toujours convaincants. Le second, celui d'une protection assurée au niveau national, avait la préférence du Gouvernement français mais se heurtait à des réticences, en particulier parce qu'il rappelait le service administratif du ministère des affaires étrangères chargé de ces questions sous le « gouvernement de l'État français ». Tirailé entre ces deux modèles défendus respectivement par Daniel Mayer et Maurice Schumann, alors secrétaire d'État aux affaires étrangères, comme le montrent les débats qui se sont déroulés à l'Assemblée nationale lors de la délibération du projet de loi qui allait devenir la loi du 25 juillet 1952, le Parlement a finalement opté pour le second. Mais, dans le souci de ne pas se priver d'une compétence reconnue en matière de droit des réfugiés, il fut décidé, à titre de concession ou de contrepartie, que les réfugiés seraient pris en charge par un office autonome, l'OFPRA, au sein duquel siégerait le représentant du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, et non par un service administratif hiérarchiquement subordonné au ministre des affaires étrangères. Il fut surtout décidé, par une disposition très exorbitante du droit commun et opportunément jugée avec retard, en 1998, conforme à la Constitution, qu'un représentant du Haut Commissaire siégerait au sein de la Commission des recours ainsi que, pour faire bonne mesure, un représentant de l'Office. L'origine de l'échevinage, qui est encore aujourd'hui l'une des caractéristiques de la plus importante juridiction administrative de France, se trouve là. De même, l'existence de rapporteurs, chargés de l'instruction des affaires mais n'ayant pas voix délibérative, a été prévue dès le décret du 2 mai 1953.

Ainsi, comme vous l'avez dit, Mme la présidente, la création de la Commission des recours fut fortuite, presque accidentelle. Ce choix a pourtant toujours été confirmé depuis lors, malgré les difficultés qui ont parfois été celles de cette Commission, puis de la Cour. Ces difficultés ont manifesté la grande capacité d'adaptation de cette juridiction, malgré les chocs qu'elle a subis et les transformations profondes de l'environnement dans lequel elle a évolué.

B. La Commission, devenue la Cour nationale du droit d'asile, a de fait été confrontée à des défis nombreux, qu'elle a su relever pour s'imposer comme un acteur majeur du traitement de la demande d'asile

Nouvelle juridiction et même, à elle seule, nouvel ordre de juridiction, la Commission de recours était à l'origine dotée de moyens très modestes. La souplesse qui caractérisait cette structure étonne – c'est un euphémisme – au regard de l'organisation actuelle de la Cour. André Heilbronner en fut nommé président ; il était assisté dans sa tâche par Jacqueline Terrel, ancienne collaboratrice de René Cassin au comité juridique du Comité français de la Libération nationale, ce comité juridique étant, en quelque sorte, « le Conseil d'État de la France combattante » à Alger. Jacqueline Terrel assumait donc le premier secrétariat général de la Commission. Personne ne consacrait bien sûr à cette époque la totalité de son temps de travail à cette juridiction. Le reste de son personnel était rattaché pour sa gestion à l'OFPRA, ce qui vaudra ultérieurement à la Commission, puis la Cour, certaines difficultés qui ont été réglées par le décret de décembre 2008. Les recours enregistrés lors des premières années ont été peu nombreux et stables, la Commission jugeant alors environ 350 affaires par an. De manière générale, la demande d'asile baissait car, malgré quelques mouvements d'exil ponctuels, comme celui des Basques espagnols, les flux en provenance du continent européen étaient alors réduits.

Au cours des années 1970, plusieurs facteurs ont perturbé l'équilibre initial et contribué à une nette augmentation de la demande d'asile. Le 9 avril 1971, la France a ratifié le protocole dit de Bellagio, adopté à New York le 31 janvier 1967, qui leva les réserves géographiques et temporelles de la Convention de Genève. Le ralentissement de la croissance économique et la montée du chômage poussèrent aussi le Gouvernement français à décider, lors du conseil des ministres du 3 juillet 1974, la suspension de l'immigration de travail. Par conséquent, l'asile devint une voie privilégiée d'accès au territoire français. Enfin, le conflit Est-Ouest, à la faveur notamment de son déplacement vers les pays du « Tiers-Monde », comme on disait alors, généra de nouveaux flux de réfugiés, de même que certains conflits ethniques, dans la Corne de l'Afrique ou au Sri Lanka. Dès 1978, le président Jacques Chardeau exprima la préoccupation que constituaient le volume et la croissance des dossiers en instance. Les demandes affluaient, le stock des dossiers augmentait et, en janvier 1980, le délai de jugement s'élevait à 20 mois. La Commission fut alors renforcée, notamment par la création de sections par le décret du 3 septembre 1980, et le déménagement de ses services du Palais-Royal. La pression resta toutefois forte au long des années 1980. La Commission fut encore renforcée à partir de 1985, avec la nomination de six rapporteurs à plein temps, puis à nouveau en 1987. Ses méthodes de travail évoluèrent également avec, notamment, l'amélioration de la rédaction des décisions et les premières esquisses d'informatisation qui permirent d'accompagner la hausse du nombre des décisions rendues.

Une nouvelle et spectaculaire augmentation des recours se produisit entre 1990 et 1991. J'étais moi-même à l'époque directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur et je me souviens de l'inquiétude née de cette



considérable augmentation provoquée par les dérèglements et la misère du monde et, paradoxalement, favorisée par la chute du mur de Berlin et la fin du monde soviétique. Des mesures ont rapidement été prises : ouverture de la présidence des sections aux membres de la Cour des Comptes et aux magistrats administratifs, multiplication des effectifs comme du nombre des audiences, déménagement du siège de la Commission à Fontenay-sous-Bois. En deux ans, plus de 120 000 recours furent jugés. Ces mesures ne furent cependant pas toutes pérennes car, dès 1992, les ressources humaines furent substantiellement réduites. Plusieurs réformes ont aussi affecté la Commission pendant ces années, comme l'adoption de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique ou la création de la formation des sections réunies par le décret du 3 juillet 1992. La reconnaissance par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, puis la loi du 11 mai 1998, d'un asile dit « constitutionnel », dont les fondements reposent sur le Préambule de la Constitution de 1946, n'a en revanche pas eu de conséquence sur le nombre des recours, et donc sur l'activité de la juridiction de l'asile. Il en va différemment de l'asile territorial consacré par la loi du 11 mai 1998 et devenu, par la loi du 26 novembre 2003, la protection subsidiaire, dont le juge fut, aux termes de cette loi, non point le juge administratif de droit commun, mais le juge spécialisé de l'asile. Cette consécration législative de la protection subsidiaire a encore accru les responsabilités, l'autorité, mais aussi la charge de travail de la Commission des recours.

Il arrive que l'histoire se répète : un nouveau bond de la demande d'asile a en effet été enregistré au cours des années 2004-2005. Avec le recul, je ne peux dissimuler que le défi lancé dans les années 2000 à la Commission par l'augmentation des recours était infiniment plus lourd que celui du tournant des années 90. Car, sans même remonter à l'époque lointaine où j'étais moi-même, dans les années 70, rapporteur auprès d'une Commission des recours des réfugiés qui siégeait de manière très intermittente dans la salle Collignon au troisième étage du Palais-Royal, je sais que la nature du travail du juge de l'asile s'est profondément transformée au cours du dernier quart de siècle ; j'y reviendrai.

Les années 2000 ont enfin été marquées par de nouvelles réformes de structure. Ce sont surtout la loi du 20 novembre 2007, qui a donné à la Commission son nouveau et juste nom de Cour nationale du droit d'asile, ainsi que le décret du 30 décembre 2008, qui doivent retenir l'attention. Ce dernier texte a mis fin au rattachement de la Cour, pour ce qui concerne sa gestion, à l'OFPRA, organe dont elle contrôle les décisions. Ce qui résultait des conditions de création de la Cour, mais passait alors à juste titre pour une anomalie, a été corrigé, la Cour étant rattachée pour sa gestion au secrétariat général du Conseil d'État, qui est devenu au fil du temps le secrétariat général de l'ensemble de la juridiction administrative. Au-delà de l'évidence – l'affirmation de l'indépendance objective de la CNDA dans l'exercice des fonctions juridictionnelles –, ce changement du cadre de gestion a mis un terme aux difficiles relations, au plan administratif et financier, entre la Cour et son justiciable principal et il a donc fortifié l'indépendance fonctionnelle de la Cour. Son autorité et sa dignité sont sorties renforcées de cette réforme qui n'a point affaibli l'OFPRA et ne lui a en fait ôté que des tracas.

Le visage de la Commission des recours des réfugiés, ainsi devenue la Cour nationale du droit d'asile, a donc en soixante ans considérablement changé. Juridiction née un peu par hasard, très peu sollicitée durant ses premières années d'existence et s'inscrivant dans un cadre si souple, qu'il en était presque évanescent, la Cour a subi les conséquences de l'expansion de l'asile au cours de ce qui a été le siècle des réfugiés. L'exigence d'adaptation à des évolutions, souvent peu prévisibles, car dépendantes à la fois de l'état du monde et du contexte juridique national et européen, a parsemé son chemin, sinon de traverses et d'embûches, du moins de défis qu'elle a su relever, jusqu'à devenir la première juridiction administrative de France.

II. Aujourd'hui, la Cour nationale du droit d'asile assume pleinement son office, dans le respect de l'ensemble des garanties juridictionnelles, et elle doit poursuivre dans cette voie malgré tous les défis auxquels elle reste exposée

A. Un office spécifique pleinement assumé

1. La Cour nationale du droit d'asile présente une double originalité. Structurelle, tout d'abord, puisqu'elle est une juridiction nationale à caractère spécialisé, qui est en France, au regard de son volume d'activité, dans une situation absolument sans équivalent. Cette juridiction spécialisée statue en outre en premier et dernier ressort et ses formations de jugement sont composées de façon particulière : elles sont « échevinées », comme je l'ai souligné. Le contentieux de l'asile est, par ailleurs, un contentieux de pleine juridiction, comme le reconnaît le Conseil d'État depuis sa décision *Aldana Barrena* du 8 janvier 1982. Le juge de l'asile est donc saisi, non pas d'une décision administrative, mais d'une situation humaine et il se prononce directement et pleinement sur l'octroi ou non du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire, et non pas sur la légalité d'une décision administrative.

Mais l'originalité du « métier » de juge de l'asile est plus marquante encore que ces spécificités structurelles ou contentieuses. Faire droit ou non à une demande de protection soulève bien entendu de nombreuses questions juridiques, nécessitant une exégèse des textes régissant ce domaine et une connaissance approfondie de la jurisprudence et du contexte géopolitique de la demande. Mais, au cœur de la décision rendue, réside la formation de l'intime conviction, exprimée par la formation de jugement, dans chaque dossier et pour chaque personne qui représente le même absolu, sur la réalité de la « crainte d'être persécuté », au sens de la Convention de Genève et sur la véracité ou la plausibilité des faits rapportés par le requérant. La formation de l'intime conviction repose sur une attention de chaque instant du juge, un scrupule approfondi, une connaissance poussée de la situation du pays d'origine, mais aussi une vive conscience des différences culturelles, qui se manifestent avec force lors de l'audience et se traduisent en particulier par une appréhension divergente de concepts aussi fondamentaux que ceux de famille ou d'appartenance politique. Faire émerger à l'audience la parole authentique du requérant et la vérité du dossier, alors même que les faits sont rarement établis dans leur ensemble et que les craintes sont parfois malaisées à appréhender, représente pour le juge de l'asile un défi et une responsabilité particulière.

Cette difficulté est encore renforcée par les multiples visages de la demande d'asile. La ratification du protocole de Bellagio a constitué le premier acte d'un mouvement ayant conduit à redessiner le profil du demandeur d'asile. Le cas classique des réfugiés fuyant l'oppression de régimes dictatoriaux est devenu moins fréquent. La multiplication des situations de guerre civile, de lutte entre groupes ethniques et d'instabilité chronique de nombreux pays, la progression de l'intolérance religieuse et sociale, les menaces particulières pesant sur les femmes ainsi que le flux de migrants poussés par la simple recherche d'un monde meilleur, tout cela confronte le juge de l'asile à une grande diversité de situations et a d'ailleurs conduit à la consécration, en droit national puis en droit européen, du concept nouveau de protection subsidiaire.

2. La Cour nationale du droit d'asile assume pleinement cette mission jour après jour. Avec son juge de cassation, elle a ainsi contribué à bâtir le *corpus* jurisprudentiel applicable aux demandes d'asile, en précisant, par exemple, les motifs des persécutions entrant dans le champ de la Convention de Genève, comme la notion d'opinions politiques ou religieuses. La notion de groupe social – qui sera l'objet de l'une des tables rondes de cet après-midi – a également fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Le principe d'unité de la famille, « principe général du droit applicable aux réfugiés », est aussi régulièrement affirmé et affiné par la jurisprudence. La jurisprudence relative à la procédure applicable devant la Cour nationale du droit d'asile a aussi contribué à assurer l'application pleine et entière des principes du procès équitable à cette juridiction. Ainsi, et pour faire écho à des jurisprudences récentes, de l'obligation de mettre le demandeur à même de s'expliquer, avant de lui opposer la clause d'exclusion prévue à l'article 1F de la Convention de Genève, ou encore de la règle générale selon laquelle l'auteur du recours doit être mis en mesure de prendre connaissance des pièces du dossier qu'il n'a pas lui-même produites, si le président qui entend rejeter le recours par voie d'ordonnance se fonde sur ces pièces pour prendre sa décision. La jurisprudence a encore récemment connu de nouveaux développements sur le versement au dossier, aux fins de discussion contradictoire, du résultat des recherches de la Cour, en tant qu'ils fondent sa décision et peuvent confirmer ou infirmer des éléments de fait propres au demandeur d'asile ou à son récit. La Cour contribue bien entendu elle-même à l'évolution de cette jurisprudence. Elle a aussi proposé, à la suite du rapport du groupe de travail présidé par Christian Vigouroux, une rénovation de ses règles de procédure. Comme le Gouvernement, je souhaite vivement que ce projet de réforme aboutisse rapidement.

La conscience des exigences du « métier » de juge de l'asile ainsi que l'édifice jurisprudentiel bâti au cours des années permettent, je le crois, que la CNDA statue, en droit comme en fait, de la meilleure manière possible. Les responsabilités qui incombent au juge de l'asile pour apprécier la complexité des situations humaines qui lui sont soumises portent, il faut en être conscient, la difficulté de juger à un niveau très élevé. La Cour est aidée dans cette tâche tant par les associations d'aide et de soutien aux réfugiés, dont je salue les nombreux représentants présents dans cette salle, ainsi que par les conseils des demandeurs – je rends hommage à leur mission de représentation et d'assistance au travers du bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux et du bâtonnier

Jean-Luc Forget, président de la Conférence des bâtonniers. À cet égard, la loi du 24 juillet 2006, qui a supprimé, à compter du 1^{er} décembre 2008, la condition d'entrée régulière en France pour permettre aux demandeurs d'asile d'avoir accès à l'aide juridictionnelle, a grandement contribué à leur représentation devant la CNDA, en desserrant les conditions restrictives posées par la loi du 10 juillet 1991. Leur indemnisation au titre de l'aide juridictionnelle sera prochainement revalorisée, conformément à ce qu'a annoncé la garde des sceaux, ministre de la justice.

Au total, la Cour nationale du droit d'asile et son juge de cassation, le Conseil d'État, contribuent, par leurs décisions et, plus largement, leur jurisprudence, à donner une portée effective et concrète au droit d'asile. De fait, la qualité de la justice rendue par la Cour est une composante essentielle de la crédibilité, mais aussi de la pérennité du régime français de l'asile.

B. L'anniversaire de la Cour permet ainsi de lui donner acte du chemin parcouru et de l'œuvre remarquable qui a été accomplie, mais il oblige également à se projeter dans l'avenir

Si les défis qui se posent à la Cour sont nombreux, ils se rapportent toutefois tous, au final, à une même exigence : que la Cour continue à rendre, dans un contexte difficile, une justice de qualité. Cette qualité revêt plusieurs aspects.

Le premier défi est celui de la qualité juridique des décisions rendues. Cet impératif est primordial ; il est encore sublimé, si je puis dire, par le fait que les demandeurs d'asile sont, dans leur immense majorité, en situation de vulnérabilité, parfois extrême. La Cour nationale du droit d'asile ne doit pas se satisfaire de ses acquis, qui sont incontestables, mais progresser encore dans la sécurisation en droit et en fait de ses décisions. Il me semble que l'instruction rigoureuse des dossiers, la précision des rédactions et l'exigence de cohérence de la jurisprudence, qui donne tout son sens à la Convention de Genève comme à la protection subsidiaire, doivent demeurer les axes essentiels guidant l'action des juges et des rapporteurs de la Cour. Toutes ces exigences sont, bien entendu, rendues plus difficiles encore à atteindre et satisfaire en raison de l'importance qui s'attache aux normes européennes et à la jurisprudence des cours européennes, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne – ce sujet sera abordé lors de la dernière table ronde. Le droit de l'asile est de plus en plus « saisi » par le droit européen. C'est une profonde mutation dont je mesure qu'elle remet en cause d'anciennes et légitimes pratiques et jurisprudences et qu'elle suscite parfois des troubles et des incertitudes. Mais, sur le fond, je n'ai pas d'hésitation. L'Europe induit, en matière d'asile, des changements globalement positifs dont il faut se réjouir.

La qualité des décisions implique d'adapter les méthodes de travail de la Cour. Lorsque des questions de droit difficiles se posent, la CNDA peut les juger en sections réunies. La possibilité qu'ouvre à la Cour nationale du droit d'asile la loi du 16 juin 2011 de saisir le Conseil d'État pour avis sur une question de droit contribuera en outre à éclairer cette juridiction et à stabiliser ou adapter au plus vite, chaque fois que cela est nécessaire, l'édifice jurisprudentiel. Mais d'autres

actions, plus pratiques, contribuent aussi à la qualité des décisions rendues : je pense à l'effort de formation qui est entrepris avec force par la Cour depuis quelques années ainsi qu'à l'effort d'information des membres de la juridiction, par exemple au travers des « cartables documentaires électroniques » qui ont été récemment mis en ligne.

Le défi de la qualité concerne aussi les délais de jugement, car le contentieux de l'asile concerne des personnes en situation précaire qui ont droit à ce qu'il soit statué sur leur demande dans des délais aussi brefs que possible. S'il est, au moins depuis soixante ans, une constante de la juridiction administrative en général et – on l'a vu – de la Cour nationale du droit d'asile en particulier, c'est qu'elle n'a eu de cesse de faire face à un tel défi et qu'elle l'a toujours relevé.

D'importants moyens ont ainsi été mis en œuvre dans le cadre du plan d'action de la Cour nationale du droit d'asile avec, dès la loi de finances pour 2009, la création de 10 postes de magistrat permanent ainsi que, dans les deux années qui ont suivi, le recrutement de nombreux rapporteurs et secrétaires d'audience. La Cour nationale du droit d'asile ne s'est pas limitée à mobiliser des ressources humaines et des compétences supplémentaires. L'évolution de ses méthodes de travail a également été significative : il suffit de citer, par exemple, la création du service central d'enrôlement, la dématérialisation des procédures ou encore la réforme du format des audiences. L'ampleur de ces changements a – je le sais – contribué à alimenter certaines critiques sur le fond des réformes entreprises, critiques qu'il faut écouter : je crois que nous l'avons fait et que le dialogue, récemment approfondi, se poursuivra et permettra à la Cour de franchir dans la sérénité de nouvelles étapes et de toujours mieux accomplir sa mission, sans rien sacrifier de son efficacité ni de la qualité de ses décisions et des relations qu'elle entretient avec l'ensemble de ses membres, agents, auxiliaires et partenaires.

Toutes les actions engagées ou programmées contribuent à asseoir la légitimité de la Cour auprès de tous ses publics : ses justiciables d'abord, mais aussi la communauté juridique, les pouvoirs publics et la société toute entière. Elles inscrivent cette juridiction dans la permanence d'un office pleinement assumé et dans un avenir où les nouveaux outils de travail doivent se conjuguer harmonieusement avec le perfectionnement des garanties juridictionnelles.

L'incroyable vitalité, l'étonnante énergie, l'exceptionnelle résilience de la Cour nationale du droit d'asile sont une œuvre collective qui donne corps, chaque jour, à la garantie du droit d'asile dans notre pays, garantie qui est au cœur de notre pacte constitutionnel et qui est l'honneur de notre République. Je ne peux que m'en réjouir, en tant que vice-président du Conseil d'État qui exerce quelque responsabilité dans l'administration de cette juridiction, bien sûr, mais aussi et surtout en tant que citoyen.

Il faut poursuivre dans cette voie, car « *ce siècle – le 21^{ème} – sera celui des peuples en mouvement* », comme l'a si justement dit le Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, M. António Guterres. La tâche de la Cour sera donc nécessairement ardue dans les prochaines décennies. Les crises politiques se multiplient, parfois même là où elles sont le moins attendues, et l'imprévisibilité



semble devenir la règle dans le champ des relations internationales. La crise économique mondiale favorise de surcroît les replis identitaires et les tentations populistes qu'il faut combattre. Le droit d'asile, qui repose sur l'attachement aux libertés et sur les idées de tolérance, de solidarité et de respect de la dignité humaine, pourrait donc, si l'on n'y prend garde, être mis à mal.

La journée d'aujourd'hui et, plus largement, tous les événements organisés pour célébrer le soixantième anniversaire de la CNDA doivent contribuer à ce qu'il n'en soit pas ainsi, grâce à la réflexion et la délibération collectives sur les thèmes proposés lors du colloque de ce jour, grâce aussi à l'important travail de mémoire qui a été réalisé. Savoir d'où nous venons, mettre au jour et nous réapproprier notre histoire, qui avait été un peu recouverte du voile de l'oubli, ressaisir et méditer nos valeurs, tout cela permet de mieux nous connaître nous-mêmes, de retrouver et approfondir le sens de notre mission et de nous projeter dans l'avenir avec plus résolution et une plus grande sérénité. Voilà qui promet – je le crois – une journée fructueuse d'échanges, pour laquelle je forme des vœux chaleureux de réussite. Voilà qui promet aussi, pour la Cour nationale du droit d'asile, un avenir que je souhaite actif, paisible et rayonnant.



L'avocat et la juridiction de l'asile

Depuis 60 ans la France a organisé les conditions d'octroi de l'asile, fixées par le code de l'entrée du séjour des étrangers et du droit d'asile. L'Office français de protection des réfugiés et apatrides décide ou non d'accorder l'asile et c'est à la Cour nationale du droit d'asile qu'il appartient de juger les recours contre les décisions de refus d'admission à l'asile.

Je ne m'aventurerai pas à reprendre le rapport exhaustif sur l'histoire auquel a procédé remarquablement le président Jean-Marc Sauvé. Je souhaite seulement rappeler sur quel idéal se fonde cette juridiction et le rôle essentiel qu'y tiennent les avocats.

I - La CNDA et l'humanisme français

L'histoire du droit d'asile en France est le reflet des tragédies et des périodes d'horreur de l'histoire mondiale depuis le début du XX^{ème} siècle. Avec le droit d'asile, nous touchons à l'un des fondements de notre pacte républicain et à la tradition française d'humanité. C'est l'honneur de la France que :

- D'avoir au sortir de la deuxième guerre mondiale, inclus un alinéa 4 dans le Préambule de la Constitution de 1946 au terme duquel « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* » ;
- D'avoir modifié sa Constitution pour y introduire un article 53-1 dont l'alinéa 2 prévoit que, nonobstant l'absence d'accord avec les états européens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées, « *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* ». Cet asile constitutionnel est fondamental ;
- D'avoir ratifié la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et les instruments internationaux protecteurs des réfugiés, apatrides et demandeurs d'asile ;
- D'avoir créé dès le début des années 1950, avant même la Convention de Genève, des organes spécialisés dans la protection des réfugiés et des juridictions entièrement dédiées à l'examen de leur situation et de leur statut.

Si la garantie du droit d'asile découle directement des principes qui fondent notre République et de plusieurs des conventions et pactes internationaux auxquels elle est partie, c'est l'honneur de la Cour nationale du droit d'asile que de contribuer à lui donner une portée effective et concrète. Ainsi que l'a déclaré en 2011 le président Sauvé, « *la qualité de la justice rendue par la Cour est une composante essentielle de la crédibilité et de la pérennité du régime français de l'asile* ».

Le programme de ce colloque, destiné à célébrer les 60 ans du juge de l'asile, témoigne de la volonté de la Cour nationale du droit d'asile, parvenue à la maturité, de dialoguer avec ses homologues étrangers afin de toujours mieux faire face aux nécessités à venir.

La CNDA est en effet une juridiction capitale. La France est au premier rang des pays européens pour ce qui concerne le nombre de demandeurs d'asile. L'OFPRA a ainsi enregistré 57 000 demandes en 2011 ce qui la place également au second rang mondial.

La Cour est la première juridiction administrative de France. Elle compte 90 formations de jugement qui ont rendu 35 000 décisions l'an passé. Elle n'a pas d'équivalent. De la sorte, étant au service d'un droit fondamental de la personne humaine pour lequel la France a rempli un rôle de pionnière, elle affronte des responsabilités particulièrement exigeantes, comme les avocats qui plaident devant elle.

II. L'avocat et la juridiction de l'asile

Les avocats se sont, au fil du temps, engagés de plus en plus nombreux dans cette mission de défense particulière à laquelle ils se dévouent avec un désintéressement que je tiens à souligner. Depuis 1950 et les années suivantes au cours desquelles la défense n'était pas très souvent assurée, les avocats ont progressivement assumé leur rôle, si bien que depuis trois ans 80 % des dossiers sont examinés avec leur concours. Car s'il est une matière où s'exprime la tension et l'inégalité entre l'individu et l'État, c'est celle du droit d'asile. Et c'est bien cette tension, entre deux protagonistes inégaux, qui justifie la présence de l'avocat et son truchement pour faire valoir les droits de chaque demandeur devant la Cour nationale du droit d'asile.

Le rôle de l'avocat

En matière de droit d'asile, l'avocat n'est pas seulement l'homme ou la femme du « verbe » comme l'a dit le ministre de la justice lors de l'assemblée générale extraordinaire du Conseil national des barreaux le 5 octobre dernier. L'avocat est aussi, et surtout en matière de droit d'asile, l'homme et la femme de « l'écoute ». L'écoute et la compréhension avant la parole. L'écoute et la compréhension des récits et témoignages, des confidences entendues des demandeurs d'asile ayant comparu devant la Commission des recours des réfugiés puis la CNDA.

Cela implique une oreille capable d'entendre et de comprendre :

- Le contexte politique et juridique, ainsi que l'histoire personnelle qui ont donné leur substance aux craintes de persécution exprimées par le demandeur d'asile et qui peuvent justifier l'octroi de l'asile ou du refuge en France, avec la protection que cela entraîne par les autorités françaises ;
- La nature et la portée des données culturelles de chaque demandeur d'asile ;
- Que l'asile c'est aussi, et peut-être avant tout, l'exil.



Dans cette mission, l'avocat n'est pas seul. Il sait qu'il peut s'appuyer sur des traducteurs formés à la culture d'origine des demandeurs, sur des médecins, sur des religieux, des militants étrangers installés en France, sur des travailleurs sociaux engagés avec désintéressement dans la défense des exilés.

L'avocat se situe donc à la frontière ou à l'interface de deux mondes, de deux cultures : celui du demandeur d'asile et celui du pays d'accueil, la France. Il va ainsi permettre ou faciliter le passage entre ces mondes.

Le droit d'asile est véritablement le domaine d'exercice de la défense où, pour reprendre le joli mot de mon confrère Jean-Marc Varaut, l'avocat se fait « passeur d'homme ».

L'exercice des droits de la défense devant la CNDA

Le président Jean-Marc Sauvé avait souligné qu'il appartient à la Cour « *de relever le défi auquel elle est aujourd'hui confrontée. Ce défi, il est celui d'une juridiction administrative qui, malgré l'augmentation constante du contentieux porté devant elle, doit rendre des décisions à l'issue d'un examen particulier et approfondi de la situation individuelle de chaque requérant* ».

La Cour doit rendre des décisions à l'issue d'un examen particulier et approfondi de la situation individuelle de chaque requérant dans des délais aussi brefs que possible.

Mais comme pour toute juridiction, ce qui est en jeu pour la CNDA ce sont sa légitimité et la crédibilité de son action.

À ce titre, comme toute juridiction, la CNDA est confrontée aux questions liées à son indépendance et à son impartialité. Son autorité repose aussi sur le respect impératif du contradictoire et des droits de la défense.

Si nous soutenons la juridiction de l'asile, et son importance dans notre système juridique et juridictionnel, nous ne pouvons pas le faire au prix ou au détriment de la place nécessaire et indispensable des avocats et de la défense.

L'accroissement de l'activité juridictionnelle de la CNDA et sa nécessaire réforme ont créé des tensions avec les avocats. Les avocats doivent être parties prenantes au nouvel équilibre à trouver dans les méthodes de travail de la Cour. Nous souhaitons ainsi que ces tensions s'apaisent grâce, d'une part, au dialogue que nous avons noué et, d'autre part, à la médiation confiée au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, M. Jean-Marie Delarue.

Vous avez ainsi pu appréhender la raison d'être, la nature et la portée des règles de déontologie et professionnelles contraignantes qui pèsent sur les avocats (exercice libéral, respect du contradictoire, du secret professionnel) qui rendent difficilement applicables certaines réformes que la Cour a souhaitées.

En tout cas, j'observe avec satisfaction que la Cour, grâce au concours des bâtonniers d'Île-de-France, a pu surmonter certaines difficultés : amélioration de la délivrance des attestations de fin de mission, modification du régime de présence des avocats.

De même, il est positif qu'aient été instaurées, dès le mois de janvier 2012, des « permanences » quotidiennes tenues par des membres ou anciens membres des Conseils de l'ordre de différents barreaux.

Par ailleurs, les conditions dans lesquelles la justice de l'asile est rendue impliquent une revalorisation de la rétribution des avocats qui traitent ce contentieux dans le cadre de l'aide juridictionnelle : 8 UV, soit 182 euros par dossier. Cette somme déjà faible, quand on songe aux diligences que demande la préparation d'une défense, devient dérisoire lorsque l'avocat doit assumer en plus les frais de transport, s'il appartient à un barreau de province.

Le coût des interprètes, lui-même, n'est pas pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle. Or, c'est aussi grâce aux interprètes que les avocats sont en mesure d'échanger avec leur client dans des conditions qui permettent l'exercice efficace des droits de la défense.

L'ambition de la Cour est de rendre une justice de qualité au service des demandeurs d'asile. C'est sa noblesse. Pour les avocats, c'est de garantir l'exercice effectif de ce droit dans notre pays. Il ne s'agit pas seulement d'être fidèles à un héritage, mais de servir un humanisme qui fait notre identité et que Victor Hugo avait magnifiquement exprimé dans ce vers que je ne me lasse pas de redire : « *Ah! insensé qui croit que je ne suis pas toi.* »

C'est notre devoir, juges et avocats, de nous attacher, ensemble, toujours davantage à le servir.



Rapport introductif

La diversité du traitement juridictionnel de l'asile dans le monde

Sommaire des interventions

Intervention d'Odile Piérart,
présidente de la cour administrative d'appel de Nancy p. 27

Intervention de Philippe Leclerc,
*représentant du Haut Commissaire des Nations unies
pour les réfugiés auprès de la France* p. 37

Intervention de Sebastiaan de Groot,
président de l'Association internationale des juges de l'asile (IARLJ) p. 41

Intervention de Brian Goodman,
*président de la Commission de l'immigration
et du statut de réfugié au Canada* p. 45





Introduction

Odile Piérart,
conseiller d'État,
présidente de la Cour administrative d'appel de Nancy

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, alors que les droits de l'homme ont été bafoués et que le continent européen compte des millions de personnes déplacées, la communauté internationale énonce les deux principes connexes et fondateurs du droit d'asile moderne : la liberté de circulation et le droit de trouver refuge dans un autre pays ; il s'agit des articles 13 et 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, texte proclamé par l'Assemblée générale des Nations unies ; et l'ONU, nouvellement fondée, entreprend de manière hésitante de rédiger la Convention de Genève du 28 juillet 1951, conçue alors comme européenne et provisoire ; elle sera prolongée et mondialisée par le protocole de New-York du 30 janvier 1967.

La ratification de la Convention de Genève par un nombre croissant d'États et la mise en place d'un droit d'asile effectif sur un fondement constitutionnel et législatif a eu pour effet l'institution, d'abord en Europe puis dans de nombreux pays dans le monde, des juridictions d'asile.

Le soixantième anniversaire de la CNDA, la juridiction française de l'asile qui entretient des relations fréquentes et fructueuses avec les juridictions homologues dans le monde, confrontées aux mêmes contraintes et aux mêmes exigences, dans le contexte d'une demande d'asile toujours croissante et plus complexe à appréhender, était une occasion privilégiée de porter un regard attentif et ouvert sur la diversité du traitement juridictionnel de l'asile dans le monde, susceptible de nourrir pour elle une réflexion sur ses propres pratiques.

C'est ce qu'a souhaité la présidente Martine Denis-Linton en consacrant cette matinée à ce thème : la diversité du traitement juridictionnel de l'asile dans le monde.

Elle m'a demandé de vous le présenter en vingt minutes... et en dépit du caractère inaccessible de l'exercice, je l'ai accepté comme un honneur qu'elle me faisait. Je l'ai en réalité accepté volontiers parce que j'ai pu bénéficier de l'appui de membres particulièrement compétents de la Cour qui m'ont apporté le fruit de leurs connaissances et de leurs recherches et ont largement contribué à ce rapport ; je voudrais citer et remercier en tout premier lieu M. Joseph Krulic, président permanent à la Cour, et M. Laurent Dufour, responsable du centre d'information juridique.

Je vais donc tenter de répondre à la demande de la présidente de la CNDA en procédant à grands traits à des approches comparatives successives, et notre regard (français) sera heureusement élargi et enrichi par celui porté par le représentant du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, M. Philippe Leclerc, puis par

l'intervention de M. Sébastiaan de Groot, président de l'Association internationale des juges de l'asile et par celle de M. Brian Goodman, président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada.

Je centrerai mon propos sur deux thèmes : l'organisation des juridictions de l'asile et les pouvoirs du juge de l'asile avant de présenter en guise de conclusion quelques réflexions sur ces approches comparatives.

I. Existe-t-il une typologie des juridictions de l'asile ?

Les juridictions qui traitent de l'asile sont très diverses, à l'instar de la diversité de systèmes juridictionnels que nous connaissons. Mais on peut tenter de les regrouper en quatre grandes catégories :

- les systèmes dotés d'une Cour spécialisée exclusivement pour l'asile,
- les systèmes dotés d'une Cour spécialisée dans le domaine des étrangers, qui regroupe asile et immigration,
- les systèmes dans lesquels l'asile est traité par la juridiction administrative de droit commun,
- le modèle dans lequel l'asile est traité par la juridiction judiciaire civile.

1. Seul un pays a opté pour ce dernier modèle, il s'agit du cas particulier de l'Italie

L'Italie se démarque des autres procédures de reconnaissance du droit d'asile, dès la phase administrative.

En effet, dans tous les pays étudiés, les entités chargées d'instruire les demandes d'asile sont (hormis dans le cas de l'Italie) des administrations nationales ou fédérales.

En Italie, ce sont des commissions territoriales qui examinent les demandes d'asile dans un premier temps (commission territoriale pour la reconnaissance de la protection internationale).

Ces commissions composées d'un membre du corps préfectoral, d'un fonctionnaire de la police d'État, d'un représentant d'un élu local et d'un représentant du HCR prennent des décisions sous le contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire.

En Italie, en effet, la distinction asile/immigration est très nettement marquée : le droit d'asile qui relève du droit civil est rattaché aux juges civils, alors que l'immigration et le séjour relèvent du droit administratif et sont rattachés aux juges administratifs.

Ce choix complexe, aux conséquences parfois très délicates pour la gestion des dossiers, s'explique par des raisons historiques (liées au traumatisme du fascisme), mais également par des raisons juridiques (qui en découlent) : le droit d'asile étant perçu comme un droit subjectif fondamental, à l'instar du droit de propriété ou de l'état des personnes, il était logique d'en attribuer la compétence au juge judiciaire, garant des libertés individuelles et dont le contrôle n'est pas celui de la légalité d'un acte mais celui de la reconnaissance d'un droit et donc celui d'un juge doté de pouvoirs de plein contentieux.



2. En revanche, une majorité de pays a opté, notamment dans la période récente, pour le modèle que l'on pourrait qualifier de modèle « allemand continental »

Ce modèle allemand confie le contentieux de l'asile au juge administratif de droit commun.

La justification d'un tel choix est assez simple : le contentieux de l'asile relève de la procédure administrative de droit commun, puisqu'il s'agit de contester une décision d'une administration ou d'un ministre. De manière classique, ce type de recours est déféré au juge administratif qui exerce son office en matière d'immigration (séjour) comme en matière d'asile (dont les décisions d'éloignement).

C'est le cas des pays scandinaves, des pays baltes, des Pays-Bas et de la Suisse, des pays d'Europe centrale et balkanique (la Slovénie depuis 1997, la Serbie qui a fait voter la création d'une juridiction administrative à la fin de l'année 2009 dans la perspective d'une entrée dans l'UE, la Croatie dont le système date des années 2007-2008 dans une même perspective européenne). C'est aussi le cas des pays d'Europe orientale (l'Ukraine, la Russie, l'Azerbaïdjan, la Bulgarie, la Roumanie depuis la période 2004-2007) et encore des pays de l'Europe du Sud (Grèce, Espagne, Portugal) et au-delà de l'Europe... de l'Argentine ou de la Corée du Sud.

Deux observations (liées à la spécificité du droit d'asile) apportent cependant des nuances à l'homogénéité de ce modèle de loin le plus répandu.

- La spécificité du droit d'asile se traduit, pour le traitement contentieux de cette matière, par des « spécificités » procédurales, dérogoires du droit commun.

Par exemple en Allemagne, le délai de recours pour déférer devant le juge administratif la décision refusant l'asile est de deux semaines, alors qu'il est d'un mois dans les autres matières relevant de la juridiction administrative.

S'agissant du « parcours juridictionnel » que devra effectuer le requérant, il varie, en Espagne, en fonction du motif de rejet par l'administration. Si l'administration a rejeté la demande d'asile pour irrecevabilité, le requérant devra présenter un recours devant un *Tribunal central de los contenciosos administrativos* (Tribunal administratif central), puis pourra interjeter appel auprès de la chambre administrative de la *Audiencia nacional*. En revanche, si la demande a été rejetée au fond par l'administration, le requérant devra présenter un recours directement devant la chambre administrative de la *Audiencia nacional* qui statuera en premier et dernier ressort.

- le contentieux de l'asile, en raison de ses spécificités, incite à un début de « spécialisation » au sein de la juridiction administrative.

Ainsi aux Pays-Bas, seule la Cour administrative régionale de La Haye (qui tient également des sessions à Amsterdam, Bois-le Duc, Haarlem et Zwolle) est compétente pour statuer en matière d'asile. Ou encore, en Corée du Sud, la question de l'asile est réservée au Tribunal administratif de Séoul (mais il est vrai que la procédure pour la reconnaissance de la qualité de réfugié est initiée par une demande au bureau de l'immigration de Séoul et les « statistiques » peuvent expliquer la concentration des affaires sur une seule juridiction : entre 10 et 20 recours avant 2008, 222 en 2009 et

170 en 2010) ; en Suède, trois tribunaux administratifs connaissent du contentieux de l'asile et de l'immigration : Stockholm, Göteborg et Malmö.

Ces juridictions ne sont pas pour autant des tribunaux spécialisés dans l'asile. Ce sont des juridictions administratives de droit commun, qui connaissent de l'ensemble du contentieux administratif, mais qui ont la particularité d'être les seules à traiter le contentieux de l'asile.

Ce choix particulier (d'une compétence réservée à une seule juridiction ou à un très petit nombre de juridictions – pôle de compétence) peut s'expliquer par une volonté d'unification du contentieux de l'asile et la recherche d'une harmonisation des solutions apportées par le juge, par un souci d'efficacité et de rapidité du traitement des demandes, ou encore par une spécialisation des juges ayant à traiter ce contentieux spécifique (sans aller jusqu'à créer une juridiction totalement dédiée à l'asile). On observe la même tendance à la « spécialisation » dans le modèle italien au sein des douze tribunaux civils compétents, le contentieux de l'asile est attribué à une chambre déterminée, voire à un *pool* de magistrats dans les très petites juridictions.

3. Certains pays ont fait le choix de regrouper dans une juridiction spécialisée tout le contentieux relatif aux étrangers : asile et immigration

C'est le cas notamment de la Belgique, qui a créé le Conseil du contentieux des étrangers, du Royaume-Uni qui s'est doté d'un Tribunal de l'asile et de l'immigration, de la Nouvelle-Zélande qui dispose d'un Tribunal de l'immigration et de la protection, et des États-Unis avec le Conseil d'appel de l'immigration.

On se souviendra que cette solution avait été écartée en France par le rapport Mazeaud (dans un contexte, il est vrai, assez différent parce qu'il s'agissait à titre principal de mettre un terme à la dualité de juridiction : juge administratif/juge judiciaire pour le contentieux de l'entrée, du séjour et de l'éloignement, plutôt que d'envisager le regroupement juge administratif de droit commun – juge administratif spécialisé).

Si ces juridictions sont marquées par la spécialisation « contentieux des étrangers », c'est en raison des liens étroits entre le contentieux de l'asile et les problématiques du séjour et de l'éloignement. En effet, tout comme dans les systèmes où le droit d'asile relève de la juridiction de droit commun, ici, le même juge peut statuer au même moment sur la demande d'asile et sur le droit au séjour ; et une décision refusant le statut de réfugié peut être assortie d'une obligation de quitter le territoire.

La spécialisation de la Cour, statuant en matière d'asile et d'immigration, permet une certaine modulation des pratiques procédurales, bien plus que dans le modèle « allemand ».

Par exemple, en Belgique, le juge peut statuer sur deux types de recours :

- soit sur un recours en annulation – et le dossier est renvoyé en cas d'annulation devant l'administration : l'office des étrangers ou le CGRA (Commissariat général aux réfugiés et apatrides) qui doit prendre une nouvelle décision,

- soit sur un recours de plein contentieux (si le dossier est sérieux ou présente une certaine difficulté),

selon le motif à l'origine du rejet de la demande par l'administration ou plus exactement selon le type de décision contestée.

Aux États-Unis, la composition même de la juridiction d'appel (*Board of immigration appeals*) est modulable :

- soit l'affaire est portée devant un juge unique pour une procédure de confirmation sans opinion de la décision (*Affirmance without opinion*). Cette procédure est mise en œuvre lorsqu'il apparaît probable qu'il n'existe pas d'erreur dans la décision de refus d'admission en qualité de réfugié. Le juge, qui exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, peut se borner à confirmer la procédure d'éloignement sans même rendre une analyse écrite. Certains parlent de « *refugee roulette* ».

- soit l'affaire est portée devant une chambre de trois juges, lorsqu'il existe des raisons de croire qu'une erreur ayant eu une influence dans la solution a été commise par le juge spécialisé de l'immigration, pour prendre une nouvelle décision le cas échéant.

Il existe ensuite l'équivalent d'un contrôle de cassation (*US Circuit Court of Appeals*).

4. Certains pays enfin ont opté pour une Cour exclusivement compétente en matière d'asile

Ce modèle a séduit un certain nombre de pays comme la France, l'Autriche, l'Irlande, le Danemark, et hors d'Europe, l'Australie ou le Canada, mais aussi des pays qui ont récemment créé leur système juridictionnel relatif à l'asile comme l'Afrique du Sud ou la Côte d'Ivoire.

- Ce système très spécialisé est celui qui permet les plus grandes modulations procédurales.

Le cas de l'Afrique du Sud est ici particulièrement intéressant : il existe des entités juridictionnelles différentes selon le motif de rejet par l'administration (le bureau de réception des réfugiés du ministère de l'intérieur). La demande d'asile est portée devant le Comité des affaires de réfugiés (*Standing Committee for Refugee affairs*, SCRA) lorsqu'elle est rejetée soit parce qu'elle est manifestement infondée, abusive ou frauduleuse. Il s'agit de l'enclenchement d'une procédure accélérée.

En revanche, lorsque la demande est rejetée parce qu'elle est infondée, le demandeur peut faire appel de cette décision devant le Conseil d'appel des réfugiés (*Refugee appeal Board*, RAB).

Selon l'entité juridictionnelle saisie, les procédures seront différentes (délai de recours, audition du requérant, possibilité d'interjeter appel de la décision).

Un autre exemple significatif de la liberté procédurale des juridictions spécialisées est celui du Canada. Avec la création de la Section d'appel des réfugiés, le Canada est actuellement en train de passer d'un système de droit commun à un système spécialisé qui lui permet ainsi de moduler la procédure. Mais je laisse le soin au président Goodman de nous parler tout à l'heure de cette évolution.



- Une Cour entièrement spécialisée peut aussi signifier des juges d'une nature différente des juges « ordinaires ».

Ainsi, en Côte d'Ivoire, la Commission de recours dotée d'un pouvoir juridictionnel ne compte aucun magistrat. Les juges de cette Commission de recours sont : un représentant du ministère des affaires étrangères et de l'intégration africaine, un représentant du ministère de la justice, un représentant du ministère de l'intérieur, un représentant du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés et un représentant du Service d'aide et d'assistance aux réfugiés et apatrides. En France également, l'assesseur HCR est un juge d'une nature particulière. En Suisse, certains juges de l'asile sont élus.

Un bref constat au terme de cette présentation trop rapide : parce qu'il s'agit d'un contentieux très spécifique, très factuel, faisant appel à des problématiques tant juridiques que géopolitiques et qui nécessite un traitement rapide des demandes, le contentieux de l'asile incite à la spécialisation : spécialisation des juridictions ou adaptation des procédures...

On observera en outre qu'il est sans doute difficile en termes de qualité qu'un même juge ait à traiter du fiscal, de l'urbanisme, des marchés publics et... de l'asile.

Au-delà des institutions et de l'organisation des juridictions, ou plutôt à travers elles, se pose la question des pouvoirs du juge de l'asile. La question qui peut paraître purement théorique a en réalité des conséquences ou des origines pratiques.

II. Les pouvoirs élargis du juge de l'asile sont dominants dans le monde ; ils traduisent le rôle fondamental d'un contrôle de plein contentieux pour le juge de l'asile

Tel est en effet le constat, sauf quelques exceptions qu'il convient de mentionner : les Pays-Bas, la Belgique (de manière très partielle, depuis 1987, prolongée par une réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007), et la Cour fédérale d'appel américaine (avant le stade de la Cour Suprême), les juges de l'asile en Europe et dans le monde font usage d'un contrôle de plein contentieux lorsque les requérants voient leur situation appréciée suivant la procédure de droit commun.

Il s'agit d'une véritable culture commune du juge de l'asile depuis les années 1950.

- C'est le cas, à la fois des juridictions de tradition française (CRR/CNDA, juridictions ivoirienne ou d'Afrique francophone) et des juridictions de tradition « allemande » (juridictions administratives de la RFA et des pays ex-communistes) : le juge peut substituer sa propre décision à celle de l'administration, en se plaçant à la date à laquelle il se prononce pour apprécier les changements qui ont pu affecter l'état du droit et/ou les circonstances de fait.

Il appartient au juge de l'asile de se prononcer sur le droit des intéressés à la qualité de réfugié « *d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de sa propre décision* » (décision du CE *Aldana Barrena* du 8 janvier 1982).

On observera que ce contrôle du plein contentieux, qui conduit traditionnellement le juge à regarder comme inopérants les moyens tirés de l'illégalité externe de la décision



attaquée, n'a pas empêché le juge français de l'asile de tirer les conséquences d'un défaut d'examen individuel de l'OFPPA. Le Conseil d'État a rappelé pour sa part dans une décision du 11 janvier 2012 (à propos de la suspension de la note du directeur général de l'OFPPA prévoyant le rejet systématique des demandes des étrangers dont les empreintes ont été volontairement altérées), que l'Office est tenu par le caractère obligatoire de l'examen individuel des demandes d'asile même lorsque la procédure prioritaire est mise en œuvre et, en dehors des exceptions prévues par la loi, de l'audition préalable des demandeurs d'asile... ; et la CNDA renvoie à l'OFPPA les demandes ainsi rejetées sans examen de la situation individuelle (*Yimer*, 21 février 2012).

- Le juge italien (civil) statuant en matière d'asile peut être également analysé à cette aune. Le « droit d'asile » y est perçu comme un droit subjectif et comme un droit constitutionnel fondamental. Le juge procède au règlement d'une situation au regard d'un droit subjectif et reconnaît.

- On peut également considérer que les juridictions de *Common Law* statuant en matière d'asile se placent dans cette perspective. La juridiction britannique et, de manière plus démonstrative encore, la juridiction néo-zélandaise, examinent l'ensemble des faits et du droit, à la date de leurs décisions, dans de très longues décisions de principe (dont un des exemples les plus accomplis demeure la décision *TK* des 28-29 octobre 2009 de l'*Asylum and Immigration Tribunal* sur les critères du risque des Tamouls de Sri Lanka en cas de retour à l'aéroport de Colombo : 67 pages, 410 notes en bas de page).

Ces décisions de principe (*Guidelines*) deviennent des références du droit positif et il suffit, dans d'autres décisions subséquentes, de s'y référer (en février 2010, le même tribunal britannique, dans des décisions moins importantes, se contente d'un jugement de 6 pages en se référant expressément au précédent *TK*), méthode habituelle de la *Common Law*.

Les juges néo-zélandais qui produisent parfois des jugements extrêmement longs (90 pages) examinent de manière très explicite les conditions de la crédibilité du requérant : la cohérence interne du récit, cohérence avec la réalité géopolitique telle qu'elle est connue selon les sources, « plausibilité » du récit, c'est-à-dire sa vraisemblance au regard de la logique et des réalités sociales ou des connaissances scientifiques connues (le cas échéant après expertise, mais sans que celle-ci soit généralement nécessaire).

La question se pose devant ce constat : les exceptions à ce contrôle de plein contentieux sont-elles fondamentales ou confirment-elles la règle ?

Une première observation permet de nuancer la règle : Il est vrai que certains pays pour certains types de décisions (certaines procédures américaines, les décisions d'irrecevabilité en Espagne ou au Canada sur les demandes nouvelles les décisions sur le caractère « manifestement infondé » dans les « procédures de l'aéroport » en Allemagne) ou pour certains types de requérants (ressortissants de l'UE ou procédure Dublin II pour la Belgique depuis une réforme législative de 2007) prévoient des types de procédure accélérée, ou des refus d'admission qui donnent lieu à des recours en annulation en excès de pouvoir.

L'exemple des Pays-Bas est plus éclairant : le mode de contrôle des décisions d'asile est, dans ce pays, traditionnellement celui du recours pour excès de pouvoir ; mais, depuis 2010, la loi néerlandaise précise que le juge de l'asile examine la situation en tenant compte des éléments postérieurs à la décision contestée. Du contentieux de l'excès de pouvoir, le juge néerlandais conserve le binôme annulation/rejet et le procès fait à un acte au regard d'une norme objective, mais pas la rétroaction temporaire qui consiste pour le juge à se placer pour statuer à la date de la décision attaquée. Il s'agissait, avec cette évolution, de répondre, ou d'anticiper, sur les « critiques » portant sur le caractère « effectif » de ce recours hollandais.

L'exception néerlandaise ne fait ainsi que confirmer la règle générale.

Ainsi des pays aussi différents que la France, l'Allemagne, le monde britannique, l'Italie, l'Espagne s'accordent, de manière parallèle et non concertée, sur un même type de contrôle pour apprécier au fond une décision de l'autorité administrative.

S'agissant de ses pouvoirs et de son office, le juge de l'asile ne se contente pas de dire le droit, il rend la justice de l'asile à l'effet de révéler l'existence d'un droit reconnaissant (préexistant). Il ne s'agit pas pour le juge d'apprécier la légalité d'une décision administrative mais de reconnaître l'existence pour l'intéressé d'un « droit à » l'asile, c'est-à-dire d'un droit subjectif qui conduit naturellement au contentieux de pleine juridiction (cela vaut y compris dans un pays, comme la France, où le recours pour excès de pouvoir a été célébré comme protecteur des droits de l'administré et des libertés publiques).

On peut s'interroger sur les raisons de ce lien entre contrôle de plein contentieux et juge de l'asile. Les motifs d'un tel contrôle ? Ils paraissent être de trois ordres :

- Dans une première approche, la nature même du contentieux de l'asile, qui repose sur une appréciation factuelle et implique un examen précis de faits « géopolitiques », induit en elle-même l'exercice d'un plein contrôle du juge. L'ignorance ou la méconnaissance de données sur la situation géopolitique du pays d'origine et les risques encourus dans les circonstances de l'espèce par le requérant en cas de retour forcé équivaldrait au défaut de recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH ou de l'article 39 de la directive procédure 2005/85 ; d'ailleurs le défaut de mention géopolitique par le juge français est sanctionné (CEDH, 2 septembre 2010, *YP et LP contre France*).

- Le caractère de droit fondamental du droit d'asile implique un type de contrôle vigilant et performant du juge, qui soit susceptible d'aboutir à des résultats concrets et certains en même temps qu'immédiats : c'est la voie naturelle de la pleine juridiction. En matière d'asile, le décideur est supposé agir avec l'aide de spécialistes éclairés des situations en cause, après (en général) un entretien et, sauf à instaurer un système de renvoi avec injonction (comme aux Pays-Bas), pour la bonne administration de la justice, un juge spécialisé, devant le très grand nombre d'affaires dont il est saisi, se doit de vider le litige et, en cas d'annulation, d'accorder une protection lui-même.

- Une raison plus profonde réside sans doute dans le choc qu'a constitué la seconde guerre mondiale, et le rôle particulier des déplacés « *privés du droit d'avoir des droits* » pour reprendre l'expression de Hannah Arendt.

Ainsi l'Allemagne, (en dépit d'une tradition de recours pour excès de pouvoir dans l'Allemagne prussienne du Nord), après 1949 et parallèlement à la restauration du fédéralisme, a opté pour la généralisation du plein contentieux dans la justice administrative, asile compris, censé mieux contrôler l'administration.

En France, le compromis a été trouvé en adoptant le plein contentieux pour l'asile, dans le cadre d'une juridiction administrative spécialisée (confinée dans un rôle particulier), la Commission des recours des réfugiés.

En Italie, le système a été inspiré par des réfugiés/exilés anti-fascistes des années 1930.

L'essence du droit des réfugiés, c'est l'éventuelle substitution d'une protection internationale à l'absence d'une protection nationale perdue ou rejetée. Et le premier instrument international de cette protection dans l'histoire est la Convention de Genève du 28 juillet 1951 dont la compétence *rationae loci* était limitée à l'Europe et la compétence *rationae temporis* aux événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951. Ce n'est que le protocole de New York du 30 janvier 1967 qui a étendu dans le temps et l'espace cette convention (qui compte aujourd'hui 193 états et non plus 52 comme en 1951).

En guise de conclusions, quelques réflexions sur ces approches comparatives des différents systèmes :

- Ceux qui ont étudié l'histoire du droit, voyagé dans le monde entier, qui connaissent tous les systèmes, ceux qui ont l'expérience de la gestion des juridictions et de la gestion des flux connaissent les faiblesses des différents systèmes ou modèles de traitement de l'asile auxquelles nul n'échappe : si les suédois ont une remarquable expertise de l'information-pays des données géopolitiques, les juges suédois sont eux-mêmes encore novices en ce domaine ; si le système de protection des réfugiés du Canada est réputé pour son équité et la qualité de ses décisions, il souffre de délais trop longs et de l'encombrement de cas ; les délais de jugement britanniques et autrichiens sembleraient également intolérables dans d'autres pays ; si les hollandais ont un système très différent en ce qu'il donne la primauté à une phase administrative hyper organisée, le contrôle du juge n'en est pas moins très fort puisqu'il prend en compte la façon dont l'administration a apprécié la crédibilité du demandeur ; les hongrois, les suédois et les espagnols manquent du contrôle d'un juge supérieur, qu'il soit d'appel ou de cassation, qui les éclaire sur leur application de la matière. Ainsi les fragilités apparaissent bien partagées...

- Comme on l'a vu, les règles procédurales varient beaucoup d'un système à l'autre mais aussi dans un même type d'organisation, témoignant de la « jeunesse » de ces juridictions de l'asile et de ce contentieux de l'asile. Or, ces règles ont précisément pour objet de garantir le respect de principes de valeur supérieure (issus de la tradition constitutionnelle de l'asile ou de la transposition en droit interne de garanties fondamentales du droit communautaire de l'asile) et bien sûr les principes des conventions internationales (au premier rang desquelles la Convention de Genève) et les règles du procès équitable.

C'est dans cet esprit que la CNDA a mis en œuvre une réflexion pour fixer le droit procédural de la Cour avec l'élaboration de règles propres plus précises et plus adaptées en vue notamment d'une plus grande qualité de l'instruction, réflexion qui pourrait aboutir dans les prochains mois.

- Une question centrale largement partagée demeure celle de l'enchevêtrement des compétences entre juridictions du droit d'asile et juridictions du séjour, avec les interférences de jurisprudence entre le juge administratif de droit commun, juge du séjour, juge du pays de destination, et le juge national de l'asile.

La distinction Cour nationale spécialisée/autres juridictions de droit commun tend à compliquer par sa seule existence cette répartition des compétences (un arrêt récent de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 24 mai 2012 illustre bien les problèmes de frontière).

La demande d'asile peut, dans certains pays, être incluse dans une demande plus générale tendant au maintien de l'étranger sur le territoire à divers titres (*Leave to stay*), ce qui conduit à des appréciations croisées au titre de la protection conventionnelle, de la protection subsidiaire, de la Convention européenne (art 3)...

- Il existe enfin une préoccupation commune sans doute à toutes les juridictions de l'asile : leur très grande dépendance à l'information géopolitique permanente accessible. Les juges recherchent les faits d'office. Ils sont tenus de les rechercher dans l'exercice de leur pouvoir d'instruction et de se servir de leur mieux de tous les moyens de connaissance dont ils disposent pour apprécier les circonstances de fait propres au demandeur d'asile ou spécifiques à son récit et donc la réalité de ses craintes. Mais les sources documentaires (éléments d'information générale) doivent être identifiées dans leur origine, leur nature et leur contenu pour être au contradictoire. Un portail européen existe à partir de la mutualisation des collectes d'information pour tous les offices de type OFPRA, centralisé par le bureau européen à Malte. Mais il reste beaucoup à faire en la matière pour les juridictions de l'asile en Europe et le Canada pourrait être une belle source d'inspiration en la matière...



Interventions

Philippe Leclerc,
*représentant du Haut Commissaire des Nations unies
pour les réfugiés auprès de la France*

J'aimerais remercier à la fois très solennellement et très chaleureusement les organisateurs de ce colloque et particulièrement la présidente de la Cour nationale du droit d'asile qui me font l'honneur de pouvoir être l'interprète de tous les représentants, tous les délégués du HCR en France qui ont accompagné la Commission des recours puis la Cour nationale du droit d'asile tout au long de son histoire.

Dès 1953, un délégué du HCR, comme on l'appelait à l'époque, siégeait au sein de la Commission des recours et cela n'a pas changé depuis. Il y a eu quelques adaptations et j'y reviendrai. Je m'attacherai dans le temps qui m'est donné à revenir sur les caractéristiques spécifiques du système juridictionnel d'asile français. À bien des égards, la création et l'évolution du système juridictionnel de l'asile en France revêtent des caractéristiques originales tant au regard de l'ordre juridictionnel national – on l'a entendu de manière magistrale par le vice-président du Conseil d'État – et je ne reviendrai pas sur les affirmations et la description faites, que de celui du traitement juridictionnel de l'asile dans ceux des États du monde qui ont institué un tel système, et on l'a entendu de la part de Mme Piérart, ils sont de plus en plus nombreux.

Je m'attacherai donc aujourd'hui à évoquer les caractéristiques qui me semblent les plus marquantes : la compétence de la Cour nationale du droit d'asile et la nature du recours – nous avons vu que finalement cette compétence de plein contentieux est partagée par la plupart des institutions juridictionnelles de l'asile, mais je reviendrai tout de même sur le particularisme français, la collégialité et la participation au sein de la formation de jugement d'un assesseur désigné par le HCR et, enfin, en ce qui concerne la procédure, le caractère public des débats notamment, qui ne se retrouve pas généralement dans les autres juridictions et qui étonne souvent les fonctionnaires HCR ou d'autres juridictions qui visitent la Cour nationale du droit d'asile. Peut-être peut-on également mentionner la particularité des demandes de réexamen et l'absence de caractère suspensif du recours pour les procédures prioritaires qui sont de plus en plus nombreuses en France.

Comme l'a rappelé le vice-président du Conseil d'État, la CNDA est la première juridiction administrative de France depuis de nombreuses années, en nombre d'affaires traitées et de décisions rendues ; en 2011, il faut le rappeler, la Cour a jugé 34 595 affaires et reçu 31 983 recours contre les décisions de refus de la reconnaissance du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire émises par le directeur général de l'Office français pour la protection des réfugiés et des apatrides, ce qui représente un taux de recours très important, de l'ordre de 85 %. De même il est significatif d'indiquer que le taux d'annulation en 2011 était de 22,7 % et de 19,3



en écartant les ordonnances classiques. De même l'activité juridictionnelle du Conseil d'État, en tant que juge de cassation, est également en augmentation puisque 140 pourvois en cassation lui ont été soumis dont 119 par les requérants, et que sur les 34 pourvois admis, 22 ont censuré des décisions de la CNDA. On constate également une augmentation des arrêts du Conseil d'État en matière d'asile.

La compétence et la nature du recours. Non seulement l'État français a-t-il créé une juridiction administrative spécialisée en matière d'asile, désormais rattachée au Conseil d'État pour sa gestion administrative et financière, compétente pour l'éligibilité du statut de réfugié et décider de la protection subsidiaire en premier et dernier ressort, mais le Conseil d'État a confirmé qu'il s'agissait d'un contentieux de pleine juridiction et je citerai moi aussi le fameux arrêt *Aladana Barrena* du 8 janvier 1982. Ainsi la Cour examine la demande de protection au fond et, dans le cadre de l'instruction des affaires, admet la soumission des pièces jusque trois jours avant l'audience. La Cour reconnaît ainsi elle-même la qualité de réfugié, ce qui n'est certes plus une originalité puisque beaucoup d'autres juridictions dans le monde le font désormais.

Je pense qu'il est également intéressant de noter ici la compétence consultative de la CNDA sur l'application des articles 31, 32 et 33 de la Convention de Genève même s'il ne s'agit pas d'une compétence juridictionnelle. Cette compétence consultative a d'ailleurs failli disparaître comme l'avaient proposé certains parlementaires lors d'une récente discussion d'un projet de loi sur l'asile, mais a été finalement maintenue à notre grande satisfaction. Nous saluons cette possibilité – certes réduite et qui n'est pas utilisée fréquemment – pour la Cour nationale du droit d'asile d'examiner les requêtes présentées par des réfugiés visés par des mesures prises sur la base des articles 31, 32 et 33 de la Convention de Genève et de formuler un avis sur le maintien ou l'annulation de ces mêmes mesures. Je vous rappelle que l'article 31 permet à un réfugié d'entrer sur le territoire de manière irrégulière à condition qu'il puisse justifier de cette entrée, et dans ce contexte, les questions relatives à la détention ou aux restrictions de déplacement peuvent relever de la compétence consultative de la Cour nationale du droit d'asile. En revanche, en France, le contentieux relatif à la procédure d'asile dite à la frontière est exclu du champ de compétence de la Cour. Il ne s'agit pas finalement là d'éligibilité au statut de réfugié mais d'accès au territoire et la Cour nationale du droit d'asile en l'état n'a donc pas compétence pour se prononcer sur les décisions prises par le ministère de l'intérieur sur avis de l'OFPRA et contrôlées par les juridictions administratives de droit commun. Ce n'est qu'au travers de la compétence consultative de la Cour nationale du droit d'asile au titre de mesures prises en application des articles 32 et 33 de la Convention sur le statut des réfugiés que les questions relatives à l'éloignement pourront lui être soumises. A ce sujet, j'aimerais faire une comparaison avec un système juridictionnel que vous n'avez pas cité mais qui me semble assez intéressant de ce point de vue, compétent pour les questions relatives au séjour mais également d'éligibilité : il s'agit du système suisse, qui est également un grand pays d'asile qui a eu l'occasion, malheureusement, d'accueillir certains de nos propres réfugiés, les huguenots, il y a très longtemps. Rappelons qu'en langue française, le mot réfugié apparaît pour la première fois dans le dictionnaire d'Alembert et de Diderot en référence aux réfugiés huguenots. C'est



donc au titre de la persécution par l'État français que le mot réfugié finalement est entré dans le vocabulaire français. Ainsi, si la Suisse examine l'éligibilité au titre de la Convention de Genève, elle n'examine pas la protection subsidiaire au titre des directives européennes puisqu'elle n'est pas un État membre de l'Union européenne. Elle a toutefois un système équivalent avec ce qu'on appelle l'admission provisoire : le juge doit d'abord contrôler que l'organe de première instance ait bien examiné que la personne est un réfugié et, dans la négative, si la personne a droit à l'admission provisoire, mais il doit également, dans un second temps, en cas de réponse négative aux deux premières questions, déterminer s'il est licite, raisonnable et possible de renvoyer le débouté vers le pays d'origine ou vers le pays de provenance. Ce système permet d'éviter l'enchevêtrement des procédures, que vous avez mentionné plus tôt, en statuant assez rapidement. En ce qui concerne le caractère licite du renvoi, il s'agit pour le tribunal arbitral fédéral d'examiner si ce renvoi est conforme à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, tandis que l'exigence de son caractère raisonnable peut conduire le juge à considérer que les conditions de renvoi d'une personne qui n'est certes pas un réfugié peuvent être difficiles en raison par exemple de la maladie ou d'autres raisons à caractère humanitaire.

Je rappellerai également que le Conseil d'État a statué dans un arrêt du 9 octobre 1981 que le contentieux de l'apatridie ne relève pas de la Cour nationale du droit d'asile car il ne s'agit pas d'examiner le statut d'apatride mais de s'intéresser à la question de la nationalité qui relèvera dans ce contexte du juge administratif de droit commun, avec la faculté de consulter le juge judiciaire.

Moins courant est le caractère public des débats au sein des institutions chargées de l'éligibilité au statut de réfugié ; le fondement du caractère public des audiences devant la Cour nationale du droit d'asile est, je crois, très naturel pour les juges français et les juristes français : on juge au nom du peuple français, entrent en jeu la notion d'égalité de traitement, la transparence. Dans le même temps il s'agit de personnes bien particulières que les juges ont devant eux, qui viennent d'États qui les ont persécutés, et le fait de débattre devant un public peut comporter des risques pour cette personne ou les membres de sa famille qui sont restés dans le pays d'origine et qui sont susceptibles d'être menacés de persécution. Certes le président de la formation de jugement a la possibilité de prononcer le huis clos à la demande des requérants ou de sa propre initiative, mais il est vrai que pour beaucoup de fonctionnaires du HCR, ce caractère public est surprenant au sein d'une Cour qui a la tâche de juger de l'asile.

Je mentionnerai encore la collégialité qui caractérise la plupart des décisions rendues par la Cour nationale du droit d'asile et à ce titre la participation du représentant du HCR dès 1953, je le rappelais, puis depuis 1986, en raison de la multiplication des formations de jugement à travers le délégué du HCR et ses suppléants. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette participation était conforme à la Constitution, qu'elle constituait l'exécution d'un engagement international de la France et qu'en tout état de cause les représentants du HCR restaient minoritaires dans les formations de jugement. Une loi subséquente a voulu préciser la participation du HCR en exigeant

que ses représentants aient la nationalité française et que ce soient des personnalités qualifiées avec l'agrément du vice-président du Conseil d'État. Le mécanisme certes a changé mais du point de vue du HCR il a été extrêmement fructueux et bénéfique de pouvoir participer à l'œuvre jurisprudentielle de la Commission des recours, de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État. Je rappellerai simplement la particularité du système français des demandes de réexamen, qui peuvent être soumises, certes sans faire l'objet désormais de l'aide juridictionnelle devant la Cour, sans limitation temporelle et surtout sans limitation quantitative.

Enfin, je ferai une dernière remarque relative à la multiplication des procédures prioritaires qui constituaient environ 30 % des demandes d'asile en 2011, et le fait qu'un grand nombre de décisions de l'OFPRA ne bénéficie formellement pas de l'effet suspensif du recours. Cette absence d'effet suspensif a été jugée récemment par la Cour européenne des droits de l'homme comme une violation à la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant des demandes d'asile effectuées en rétention.

Le HCR salue l'œuvre d'interprétation des dispositions de la Convention de Genève effectuée tant par l'organe de première instance, la Cour nationale du droit d'asile et par le Conseil d'État qui ont étendu et clarifié son champ d'application au fur et à mesure des années. Lorsque cette interprétation n'a pas été assez hardie du point de vue du HCR, l'adoption d'une directive européenne a pu inciter le juge à tenir compte de certaines situations de menaces de persécution, notamment celles d'agents non étatiques. Cette contribution jurisprudentielle majeure est mise à la disposition de l'ensemble des autres États à travers les décisions qui sont publiées par le HCR dans *RefWorld*.

Je voulais enfin préciser devant ce public que, si la France est en effet le premier pays en ce qui concerne les demandes d'asile présentées en Europe et deuxième dans le monde industrialisé en 2011, il y a un certain nombre d'autres États qui reçoivent bien plus de demandeurs d'asile comme le Pakistan ou encore l'Afrique du Sud qui, en 2010, a reçu plus de demandes d'asile ou l'équivalent de demandes d'asile que l'ensemble des États de l'Union européenne.





Sebastiaan de Groot,
président de l'Association Internationale des Juges de l'Asile (IARLJ)
(intervention traduite)

Au niveau international, les procédures juridictionnelles en matière d'asile connaissent une évolution rapide. En ce sens, ce 60^{ème} anniversaire de la Cour nationale du droit d'asile est d'autant plus mémorable. Permettez-moi de dire quelques mots sur l'association que je représente, avant de vous parler du système judiciaire hollandais en matière d'asile. J'aimerais ensuite introduire brièvement deux sujets concernant le système néerlandais, qui ont été évoqués dans les précédentes présentations, mais dont je parlerai du point de vue hollandais.

Notre association s'est fixé comme objectifs, et cela ne vous surprendra pas, de promouvoir une application juste et cohérente de la Convention de Genève, l'accès à un recours juridictionnel équitable dans les procédures d'asile et, plus généralement, le respect de la primauté du droit. L'Association internationale des juges de l'asile (IARLJ) a été créée en 1997, et depuis lors nos membres français n'ont cessé d'y jouer un rôle essentiel. M. Roger Errera, conseiller d'État honoraire, fut l'un de nos membres fondateurs, et est toujours membre actif du conseil de notre association : les précédents présidents de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), vos prédécesseurs, Mme la présidente, ont toujours été membres du conseil de l'IARLJ, et nous sommes fiers que ce soit, à présent, également votre cas.

Je voudrais également ajouter que M. Brian Goodman, président de la CISR du Canada, qui intervient à cette session, est également membre du conseil de l'association. L'association est internationale, mais elle a créé plusieurs sections régionales (Afrique, Amérique, Europe, Asie-Océanie) dont chacune est dirigée par un président.

Au niveau européen, nous avons récemment entrepris de développer, en partenariat, un projet relatif à l'évaluation de la crédibilité des demandes d'asile, un des sujets les plus important et difficile du droit d'asile. Un guide judiciaire sur l'évaluation de la crédibilité dans les procédures d'asile est en préparation : il vise à mettre en avant une base méthodologique commune permettant d'obtenir des décisions plus cohérentes. Cette question avait donné lieu à un rapport du HCR en juillet 2011, intitulé « *Safe at Last* », mettant en perspective les chiffres de différents pays européens relatifs aux demandeurs originaires de trois pays (Afghanistan, Irak, Somalie). Il ressort de cette étude qu'il existe de grandes différences entre les États membres de l'UE dans les réponses qu'ils apportent à des demandes d'asile similaires. Il existe donc de bonnes raisons de se réunir et de voir si, en tant que juges, nous pouvons définir une approche commune de ces questions qui nous permettrait de parvenir à un traitement plus homogène des demandes dans les différents pays de l'UE. Le mois dernier à Madrid, 25 juges de la plupart des pays européens (dont la France) ont échangé sur ce projet.

Le développement d'une formation des juges européens fait également partie de nos projets. Nous nous sommes donc réjouis de la création du Bureau européen



d'appui en matière d'asile (EASO) à Malte, dont les attributions incluent la formation des juridictions compétentes en la matière. J'espère que nous serons bientôt en mesure de coopérer avec cet organisme en vue de la création d'une plateforme permanente de formation des juges de l'asile au niveau européen.

Enfin, je signale la réunion tripartite entre l'IARLJ et des représentants des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, qui se tiendra la semaine prochaine à Strasbourg. Elle vise à permettre à des juges de l'asile de différents pays européens d'échanger avec des juges de la CEDH et de la CJUE sur des questions relevant de l'asile. Cette initiative est d'autant plus intéressante qu'il n'existe pas, à ma connaissance, de dialogue institutionnalisé et régulier entre les deux Cours et que la CEDH ne connaît de l'asile que sous le seul angle de la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

À présent, je vais revêtir un instant ma robe de juge national pour parler des procédures hollandaises. Nous ne suivons le « modèle allemand » qu'en matière de robe... pour le reste, les choses sont assez différentes chez nous. Mme Piérart a dressé un tableau complet des différents systèmes d'asile dans le monde. Je souhaite que ce travail remarquable puisse être diffusé au-delà de cette enceinte : en effet, peu de nos collègues connaissent la diversité des juridictions de l'asile.

En Hollande, l'organisation judiciaire tire ses origines du système français. Le *Raad van State* – l'homologue du Conseil d'État – est la juridiction nationale suprême dans le domaine de l'asile. La question de la compatibilité du rôle du *Raad van State* comme instance consultative auprès du gouvernement et de l'administration, avec son rôle judiciaire, a été posée. À la suite de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons décidé de diviser en deux départements le *Raad van State*, le premier jouant un rôle consultatif et l'autre un rôle juridictionnel. Et pour compliquer encore plus la situation, certains conseillers d'État sont membres des deux départements à la fois...

La branche contentieuse du Conseil d'État néerlandais est la juridiction suprême en matière d'asile. Au niveau des instances inférieures, nous avons un système pyramidal inversé basé sur un principe de spécialisation. Au premier niveau de l'instance, les cas d'asile sont traités par des tribunaux de droit commun, non spécialisés dans le droit d'asile, compétents en matière civile pénale, administrative, etc.

Les demandes d'asile, sont d'abord examinées par les services d'immigration et de naturalisation (IND). Les recours contre les décisions négatives de cet organisme doivent être introduits devant la Cour de première instance de La Haye. Les questions relatives à l'asile ne sont donc traitées que par la Cour de La Haye. Vous pourriez penser qu'il s'agit en fait d'une sorte de tribunal spécialisé à l'instar de ce qui existait en Hongrie jusqu'à l'année dernière (où la cour métropolitaine de Budapest était seule compétente pour connaître de l'asile), mais cette impression est trompeuse. En effet, si les recours doivent impérativement être adressés à la Cour de La Haye et à elle seule, cette juridiction répartit ensuite les affaires entre les 15 Cours que compte le pays. Celles-ci traiteront les recours ainsi attribués et rendront une décision finale au nom de la Cour de La Haye.



Ainsi, bien que j'appartienne moi-même à la Cour de Haarlem et que j'entende les requérants dans les salles d'audience de cette Cour, mes décisions sont formellement rendues par la Cour de La Haye, siégeant à Haarlem.

Ce mécanisme particulier trouve son origine dans une situation difficile qu'ont connue les Pays-Bas dans les années 90. Le caractère suspensif des recours empêchant tout éloignement avant que la juridiction n'ait statué, les requérants saisissaient tous la Cour de La Haye et l'engorgement qui en résultait allongeait leur séjour dans le pays. Le législateur a donc modifié la loi afin de pouvoir répartir les affaires d'une manière égale entre les différentes cours néerlandaises.

Mme Piérart a relevé qu'il existe aux Pays-Bas une forme de spécialisation *de facto*, sans relation avec le mécanisme précédemment décrit. Nos juges ne traitent pas de tous les sujets de droit et se concentrent sur des domaines spécifiques pendant au moins quelques années. Après six ou sept ans, les juges peuvent changer de spécialisation en fonction de leurs souhaits ou des besoins de l'institution. On notera que les juges de l'asile traitent également des questions d'immigration, de rétention, ainsi que d'autres questions relevant du droit des étrangers. Les juges exercent dans le domaine de l'asile pendant au moins cinq ans, et ont ensuite la possibilité de se diriger vers d'autres matières. Mais certains continuent à exercer dans le domaine de l'asile pendant dix ou vingt ans.

Je voudrais maintenant aborder deux questions propres à la procédure hollandaise de droit public. Elle s'apparente à une procédure classique de contentieux administratif, et la procédure d'asile est fondée sur cette même logique. Il en résulte deux conséquences majeures. Premièrement, il s'agit pour le juge de contrôler la légalité de la décision administrative et de rendre un jugement *ex tunc* en se plaçant à la date de la décision attaquée. Deuxièmement, en examinant le recours, le juge se pose la question suivante : « est-ce que l'autorité administrative a pris cette décision de façon raisonnable ? » Autrement dit, la primauté revient à l'autorité administrative qui prend la première décision, le juge n'exerçant qu'une compétence marginale limitée au seul contrôle de légalité. Il n'appartient donc pas à la Cour de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration. En matière d'asile, ces principes généraux sont néanmoins assortis de notables exceptions.

J'évoquerais, en particulier, la manière dont le juge contrôle l'évaluation faite par l'administration de la crédibilité des allégations du demandeur. De nombreuses décisions ont été rendues sur cette question depuis une dizaine d'années. Je me bornerai à quelques aperçus. Je rappelle que la jurisprudence de la branche contentieuse du Conseil d'État s'impose en principe à l'IND et aux cours de première instance. Bien que le juge ne soit pas formellement lié par la jurisprudence, il la suit dans la pratique. Il lui est toujours possible de s'en écarter mais il est alors tenu d'expliquer les raisons particulières qui justifient sa position.

Notre jurisprudence distingue plusieurs aspects dans l'analyse de la crédibilité et de la plausibilité. Premièrement, s'agissant des expériences personnelles passées du requérant, l'évaluation de crédibilité par l'administration fait l'objet d'un contrôle restreint : cette évaluation est-elle raisonnable ? Résulte-t-elle d'une analyse

attentive de la demande ? Est-t-elle suffisamment motivée ? Nous pensons en effet que l'administration est en meilleure position que la Cour pour examiner les déclarations d'un demandeur, en particulier à la lumière de son expérience dans le traitement de l'ensemble des demandes d'asile. Je veux rappeler que sur les 10 000 demandes reçues annuellement par l'IND ces dernières années, 40 à 50 % sont acceptées par l'administration, les autres sont refusées.

Le contrôle par le juge national de l'évaluation de crédibilité faite par l'administration peut, dans ces conditions, différer sensiblement de celui auquel se livre la Cour européenne des droits de l'homme sur la crédibilité des faits qui lui sont soumis. Ainsi, dans une affaire *Saïd* (1995), les déclarations du demandeur avaient été considérées comme non crédibles par l'administration néerlandaise et cette appréciation avait été confirmée par le juge sur la base de son pouvoir de contrôle de légalité. La CEDH, statuant *ex nunc*, a cependant exprimé l'opinion contraire. Il s'en est suivi une discussion sur la conformité du rôle du juge hollandais en matière d'évaluation de la crédibilité avec les standards européens, notamment vis-à-vis de l'article 13 de la Convention européenne des droit de l'homme et de l'article 39 de la directive « procédure » relatifs à la notion de recours effectif.

La décision *Samba Diouf* est la seule, à ma connaissance, où la CJUE a abordé la question de l'étendue des pouvoirs du juge de l'asile et affirmé que celui-ci devait se livrer à un examen approfondi, incluant le contrôle de légalité mais paraissant relever d'un pouvoir plus large de type « plein contentieux ». Je ne sais pas pour ma part si la pratique néerlandaise doit être modifiée en ce sens mais je relèverai que jusqu'à présent le Conseil d'État des Pays-Bas estime que l'approche du contrôle restreint – que nous appelons l'approche marginale – satisfait aux exigences européennes de l'effectivité des recours.

Le second aspect de l'évaluation de la crédibilité qui concerne les craintes en cas de retour dans le pays d'origine concerne donc le futur et non le passé, et fait l'objet d'un examen complet de la part de la Cour qui suppose un contrôle beaucoup plus approfondi de l'appréciation portée par l'administration : il ne s'agit plus de savoir si des allégations sont ou non crédibles mais si des allégations jugées crédibles sont ou non suffisantes pour justifier l'octroi de la protection internationale.

Je voudrais, en conclusion, signaler les évolutions concernant la règle classique de l'appréciation *ex tunc*. Depuis 2000, une loi sur les étrangers permet la prise en compte de nouveaux faits dans la procédure juridictionnelle. En pratique, cette législation n'a pas eu l'effet escompté en raison de restrictions jurisprudentielles qui en ont limité la portée. Cependant, une nouvelle loi adoptée en 2010 a ouvert la possibilité pour les parties d'invoquer des faits nouveaux et pour les cours d'en tenir compte. Dorénavant, les nouveaux faits et les nouvelles mesures gouvernementales peuvent être pris en compte, à condition d'être pertinents pour le cas d'espèce. Il s'agit donc bien d'une exception par rapport au principe du contrôle de légalité.

Brian Goodman,
*président de la Commission de l'immigration
et du statut de réfugié du Canada*

Madame la présidente et Messieurs les présidents, je suis très heureux d'être ici aujourd'hui dans la plus belle ville du monde.

Je m'appelle Brian Goodman. J'occupe le poste de président et directeur général de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (CISR) depuis cinq ans. J'ai aussi occupé les postes de commissaire et de vice-président de la CISR pendant les six années précédentes. Avant cela, j'ai été haut fonctionnaire de la province d'Ontario pendant près de trois décennies, occupant divers postes, notamment ceux de sous-procureur général adjoint, de haut fonctionnaire responsable pour la réforme des tribunaux ontariens et de président de la Commission de révision des loyers.

C'est avec gratitude et fierté que je me joins à vous aujourd'hui, en cette occasion mémorable.

Au fur et à mesure que j'apprenais à connaître la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), je comprenais de plus en plus clairement la raison pour laquelle elle est considérée comme un chef de file dans le domaine du droit d'asile. Vos pratiques innovatrices, votre engagement à atteindre l'excellence, le cadre institutionnel solide au sein duquel votre cour est établie et, surtout, le *leadership* incarné par votre présidente sont des éléments-clés de votre réussite depuis 60 ans.

J'ai rencontré Mme Denis-Linton la première fois il y a exactement trois ans. J'étais à Paris pour rencontrer les représentants de la Cour nationale du droit d'asile, de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides ainsi que d'autres organisations afin de mieux comprendre le système d'octroi de l'asile de la France. Ma visite a été extrêmement utile et instructive. J'ai donc lancé une invitation à Mme Denis-Linton afin qu'elle vienne à la CISR, ce qu'elle a fait au mois de mai 2011. J'étais ravi de l'accueillir à Ottawa... à une période où il n'y a pas un mètre de neige au sol!

Plus récemment, au début de 2012, deux cadres supérieurs de la CISR se sont rendus à Paris pour en apprendre davantage sur les processus opérationnels français et sur la technologie utilisée à l'appui du système de détermination du droit d'asile, et j'ai cru comprendre que vous les avez accueillis très chaleureusement.

Aujourd'hui, je désire saluer la forte amitié entre la CISR et la CNDA que nous entretenons, une amitié qui repose sur des bases solides, à savoir le respect mutuel et la compréhension.

J'aimerais profiter du temps qui m'est accordé aujourd'hui pour vous présenter mon point de vue à l'égard du système d'octroi de l'asile canadien et de l'incidence des principaux changements apportés par notre gouvernement, lesquels modifieront de façon importante le visage du système canadien au cours des mois à venir.



Histoire et aperçu de la CISR

À titre de signataire de la Convention de 1951 et d'autres instruments internationaux portant sur les droits de la personne, y compris la Convention contre la torture, le Canada offre une protection aux personnes qui craignent la persécution ou qui seraient exposées au risque d'être soumises à la torture, à une menace à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités du fait de leur renvoi du Canada.

La CISR, qui joue un rôle-clé en permettant au Canada de respecter ces engagements, est un tribunal administratif indépendant, doté de décideurs – ou commissaires – qui jouissent eux aussi d'une indépendance décisionnelle. Bien que la CISR soit un tribunal indépendant, elle doit également rendre compte de ses activités au Parlement par l'intermédiaire du ministre de la citoyenneté, de l'immigration et du multiculturalisme.

Créée le 1^{er} janvier 1989, la CISR est assujettie depuis 2002 à une loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, de laquelle chacune des trois sections de la CISR tire sa compétence. Cette loi confère à la CISR le mandat de régler, de manière efficace, équitable et conforme à la loi, les cas d'immigration et de statut de réfugié, et établit les principes et les concepts fondamentaux qui régissent ses activités.

Nous sommes 200 décideurs et plus de 900 employés à la CISR qui, ensemble, rendons de 40 000 à 60 000 décisions chaque année. Nous avons des bureaux régionaux à Toronto, Montréal et Vancouver. Notre siège social est situé à Ottawa. Notre budget pour cette année est de 145,7 millions de dollars canadiens.

La Section de l'immigration enquête sur des personnes dont on suppose qu'elles sont interdites de territoire au Canada ou qu'elles peuvent en être renvoyées, et elle procède aux contrôles des motifs de détention des personnes détenues pour des motifs liés à l'immigration.

La Section d'appel de l'immigration instruit des appels, principalement les appels du refus de demandes de parrainage au titre du regroupement familial, mais également les appels interjetés par des résidents permanents qui ont été frappés d'une mesure de renvoi du Canada ou qui auraient omis de satisfaire à l'obligation de résidence.

La Section de la protection des réfugiés, la plus grande de la CISR, se prononce sur les demandes d'asile présentées au Canada. Cette section rend également des décisions dans le cas de demandes présentées par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vue d'exclure des personnes qui demandent l'asile ou de révoquer ce statut.

La Cour fédérale et la CISR

Toutes les décisions de la CISR sont susceptibles d'être contestées devant la Cour fédérale du Canada. Il s'agit, non d'un appel, mais d'une procédure d'autorisation et de certification. Ainsi, la cour examine le dossier et vérifie si la décision contient une erreur ou n'est pas juste et raisonnable (procédure d'autorisation). En cas d'autorisation, une audience est alors organisée et la Cour fédérale se prononce sur l'existence d'une question sérieuse, d'importance générale (procédure de certification). Si une telle question existe, elle l'énonce et la certifie en vue d'un appel.



Les décisions de la Cour fédérale, si elles certifient une question, sont, à leur tour, susceptibles de faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême du Canada peut être saisie après autorisation.

Les motifs de contrôle sont ceux établis par la loi sur les Cours fédérales. Ces motifs comprennent notamment le manquement à un principe de justice naturelle ou à l'équité procédurale ; une erreur de droit ; ou le fait de fonder une décision sur une conclusion de fait erronée.

Si la Cour fédérale infirme une décision, l'affaire est renvoyée à la CISR pour être examinée de nouveau par un commissaire différent. Sur les dizaines de milliers de décisions rendues chaque année par la CISR, moins d'un pour cent sont infirmées par la Cour fédérale.

Réforme du système de protection des réfugiés

Cependant, malgré les forces du système actuel d'octroi de l'asile du Canada, notamment la très grande qualité du processus décisionnel de premier niveau à la CISR, nous avons un problème de longue date. Il nous faut trop de temps pour statuer sur les demandes d'asile et trop de temps pour renvoyer les demandeurs d'asile déboutés du Canada. Les raisons de ces longs délais sont complexes, et ne sont pas imputables à la CISR, mais elles sont principalement à l'origine du programme actuel de réforme du système d'octroi de l'asile du gouvernement, amorcé il y a environ trois ans.

La nouvelle procédure, qui devrait entrer en vigueur à la mi décembre de cette année, sera beaucoup plus rapide qu'aujourd'hui. La CISR sera tenue de tenir des audiences sur les demandes d'asile en 30 ou 45 jours à peine, et l'Agence des services frontaliers du Canada recevra également des fonds supplémentaires pour renvoyer rapidement du Canada les demandeurs d'asile déboutés une fois que ceux-ci auront épuisé les recours qui s'offrent à eux.

Section d'appel des réfugiés

Toutefois, en plus d'accélérer et de resserrer le processus sous de nombreux aspects, la réforme du gouvernement répond aussi à une demande des organisations non gouvernementales et des intervenants : créer un mécanisme d'appel grâce auquel les demandeurs d'asile déboutés peuvent interjeter appel d'une décision de premier niveau sur le fond, et non seulement pour les motifs relativement étroits du contrôle judiciaire.

L'instruction de ces appels relèvera d'un nouveau tribunal au sein de la CISR, à savoir la Section d'appel des réfugiés ou SAR. En vertu de la nouvelle législation, la plupart des demandeurs d'asile, ou le ministre, pourront, sans avoir à obtenir une autorisation, interjeter appel à la SAR relativement à une question de droit, de fait, ou de fait et de droit.

Contrairement à votre Cour, la SAR instruira essentiellement les appels sur dossier, et ses décisions seront rendues par un tribunal composé d'un commissaire unique. Cependant, en vertu de la loi, je peux demander que certains appels soient instruits par un tribunal constitué de trois commissaires, dont les décisions lieront à la fois les décideurs de premier niveau et les tribunaux de la SAR constitués d'un commissaire unique.



De plus, dans certaines circonstances très limitées, une audience peut être tenue. Plus précisément, le président de l'audience peut tenir une audience s'il est d'avis que la SAR dispose de nouveaux éléments de preuve documentaire, dont ne disposait pas le décideur de premier niveau, qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité, qui sont essentiels pour la prise de la décision et qui, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que l'appel soit accueilli ou refusé.

Au moment de statuer sur l'appel, la SAR peut confirmer la décision initiale concernant la demande d'asile, casser la décision et y substituer sa propre décision ou, dans de rares cas, renvoyer l'affaire au premier niveau pour qu'une nouvelle décision soit rendue. Comme pour la SPR de premier niveau, les calendriers imposés à la SAR seront très courts. Les parties auront 30 jours pour interjeter et mettre en état l'appel, et la SAR aura à son tour 90 jours pour rendre sa décision. Toutefois, ce délai ne s'applique pas dans les cas où la SAR choisit de tenir une audience.

Même si une partie est déboutée par la SAR, elle aura la possibilité de demander un contrôle juridictionnel à la Cour fédérale, avec autorisation, j'anticipe que la Cour accordera à la SAR une déférence considérable dans son rôle de supervision des décisions de premier niveau rendues dans le cas des demandes d'asile.

Nous avons beaucoup travaillé pour être prêts pour la mise en œuvre du nouveau système, lequel a notamment exigé la rédaction de nouvelles règles, politiques et procédures ; la mise au point d'un nouveau système électronique de suivi des cas ; le remaniement de nos procédures relatives au Greffe ; et l'embauche et la formation d'environ 100 nouveaux décideurs.

Comme vous pouvez l'imaginer, l'année a été extrêmement remplie, et les mois à venir seront cruciaux en raison de l'approche de la date de mise en œuvre.

Conclusion

Comme vous l'aurez constaté, à certains égards, le contexte du processus d'octroi de l'asile au Canada est très différent de celui de la France. En dépit de nos différences en ce qui a trait aux arrangements institutionnels et aux traditions juridiques, le Canada s'apprête à mettre en place un tribunal spécialisé indépendant qui aura la responsabilité d'instruire et de trancher des appels concernant des demandes d'asile, ce que fait la France depuis maintenant 60 ans.

Cependant, à d'autres égards, j'estime qu'il existe des parallèles importants qui nous lient d'une façon unique parmi les pays industrialisés qui accueillent des réfugiés. Fondamentalement, nous partageons des liens historiques, culturels et linguistiques qui remontent à des centaines d'années. Ces liens viennent à leur tour mettre en valeur l'engagement à l'égard des droits de la personne et de l'équité du processus décisionnel qui illustrent bien nos deux organisations, tout comme la très grande qualité de nos décisions respectives.

C'est pour cette raison que je suis particulièrement heureux d'avoir pu participer à la séance d'aujourd'hui. J'espère voir se poursuivre la collaboration et les échanges entre la CISR et la CNDA pour les mois et les années à venir.



Première table ronde
**Protection conventionnelle
et protection subsidiaire :
complémentarité ou concurrence?
L'exemple de la notion d'appartenance
à un certain groupe social**

Sommaire des interventions

- Introduction par Thierry Tuot,**
*Conseiller d'État,
Président de la 10^{ème} sous-section
de la section du contentieux du Conseil d'État* p. 51
- Intervention de Volker Türk,**
*Directeur de la protection internationale
au Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies* p. 53
- Intervention de Florence Malvasio,**
Présidente de section à la Cour nationale du droit d'asile p. 63
- Intervention de François Julien-Lafferrière,**
Professeur émérite de droit public, Université Paris-Sud p. 94



Introduction

Thierry Tuot,
*conseiller d'État,
président de la 10^{ème} sous section
de la section du contentieux du Conseil d'État*

Le sujet abordé est d'une actualité brûlante, qui dépasse sans doute de beaucoup les attentes des rédacteurs de la Convention, des directives et lois en vigueur. La protection conventionnelle puis la protection subsidiaire à la fois nationale puis communautaire telle qu'elle s'est développée ont toutes retenues l'idée d'appartenance à un groupe social comme étant l'un des motifs pour donner l'asile. Mais il faut bien dire que pour la protection conventionnelle, historiquement, ce motif était une sorte de sauvegarde à laquelle on n'attachait pas une grande importance, car on pensait à l'époque de la rédaction de la Convention, au lendemain des procès de Nuremberg, qu'avec les persécutions sociales, raciales et religieuses, on allait épuiser l'essentiel du sujet. Les groupes sociaux, on le voit dans les débats ayant présidé à l'adoption de la Convention, n'ont été envisagés que parce que l'on avait un peu de mal avec la persécution des tsiganes, qui était encore présente à tous les esprits, pour savoir dans quelle catégorie la placer : l'idée de groupe social suppléait aux imperfections des autres définitions.

Or, nous nous rendons compte, 60 ans après, qu'alors même que la persécution politique, religieuse et raciale demeure malheureusement vivace, de plus en plus souvent les violences dans les sociétés se portent maintenant sur des groupes sociaux auxquels, peut-être, on ne portait pas suffisamment attention autrefois, mais qui apparaissent aujourd'hui comme parfaitement intolérables et qu'il faut arriver à définir.

Alors qu'est ce qu'un groupe social ? Comment le juge, à la fois français et dans le monde, interprète-t-il cette notion ? Pour bien défendre les membres d'un groupe social, vaut-il mieux passer par la protection conventionnelle, avec ce qu'elle permet mais aussi avec ses lourdeurs, ou bien passer par la protection subsidiaire, avec la souplesse qui est la sienne mais aussi les limites du statut qu'elle permet de donner ? Ce sont ces sujets-là que nous allons aborder ensemble cet après-midi au travers des interventions de Mme Malvasio, présidente de section à la Cour nationale du droit d'asile, de M. Julien-Lafférière, professeur de droit public émérite à l'université Paris-Sud et de M. Türk, directeur de la protection internationale au Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies.



Interventions

Volker Türk,
*directeur de la protection internationale
au Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies*

Je suis très honoré de participer aux célébrations du 60e anniversaire de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) succédant à la Commission des recours des réfugiés. Ce colloque représente une occasion importante pour le HCR d'exposer son interprétation de l'« appartenance à un certain groupe social » et de débattre des problèmes rencontrés par les instances compétentes en matière d'éligibilité, y compris les juges, pour appliquer ce motif de la Convention. Je tiens à remercier la Présidente de la Cour nationale du droit d'asile d'avoir pris cette initiative.

Je voudrais d'emblée souligner les bonnes pratiques mises en œuvre par les autorités françaises en matière d'octroi d'une protection aux réfugiés. Depuis 2008, la France est le pays d'Europe qui a accueilli le plus grand nombre de demandeurs d'asile. Elle a, à ce titre, une position particulière à faire valoir pour définir le niveau de protection à accorder aux réfugiés au sein de l'Union européenne (UE).

Dans cette présentation, j'exposerai brièvement la responsabilité de surveillance du HCR concernant la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, exposé qui sera suivi d'une discussion sur les liens réciproques entre la Convention de 1951 et l'article 15 de la directive « Qualification » de l'UE relatif à la protection subsidiaire. Je donnerai ensuite une vue d'ensemble du motif de la Convention « appartenance à un certain groupe social » ainsi que de son interprétation et de son application, puis j'analyserai l'approche de ce motif adoptée par les autorités françaises et dans nos propres principes directeurs. Dans la seconde moitié de cette intervention, j'aborderai quatre problématiques actuelles liées à la définition de l'appartenance à un certain groupe social : le genre/les femmes ; l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; les victimes de la traite des êtres humains ; et les personnes fuyant un conflit et d'autres situations de violence ; puis je traiterai de la manière dont le motif de l'appartenance à un certain groupe social devrait être interprété du point de vue du HCR dans le contexte contemporain.

Rôle du HCR et mise en œuvre de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 par la France

La Convention de 1951 et son Protocole de 1967 sont les principaux instruments internationaux qui régissent la protection des réfugiés, définissant qui est un réfugié ainsi que les droits et les obligations liés à ce statut, de même que les obligations juridiques des États. Le cœur de ce dispositif réside dans l'obligation de fournir une protection aux réfugiés et de garantir le principe de non-refoulement tel qu'il est prévu en France par la Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, confirmant ainsi le régime international de protection des réfugiés et la définition d'un réfugié énoncée dans



la Convention de 1951. La France, en tant que membre de l'Union européenne, a également participé à l'élaboration de l'acquis européen en matière d'asile, qui s'articule autour de la Convention de 1951 et dont le but est d'harmoniser l'application de la Convention au sein de l'UE.

Le HCR a un intérêt direct à présenter sa position sur l'interprétation et l'application de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de 1951, relatif à la définition d'un réfugié, en sa qualité d'organe subsidiaire des Nations unies dont le mandat confié par l'Assemblée générale des Nations unies est de fournir une protection internationale aux réfugiés et, en collaboration avec les gouvernements, de rechercher des solutions permanentes au problème des réfugiés. Conformément à son Statut, qui est rappelé à l'article 35 de la Convention de 1951 et à l'article II du Protocole de 1967, le HCR remplit son mandat notamment « [e]n poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications ». La « responsabilité de surveillance » du HCR s'exerce notamment par la publication de principes directeurs qui guident l'interprétation des dispositions prévues par les instruments internationaux relatifs aux réfugiés, en particulier la Convention de 1951. Ces principes directeurs sont intégrés dans le Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés et les Principes directeurs sur la protection internationale publiés ultérieurement (« Guide et Principes directeurs du HCR »), qui ont fait l'objet d'une nouvelle publication en 2011 dans le cadre des célébrations du 60^e anniversaire de la Convention. La responsabilité de surveillance du HCR est également inscrite dans le droit de l'Union européenne.

En surveillant l'application de la Convention de 1951 dans le monde depuis plus de 60 ans, le HCR a développé une expertise unique en matière de droit des réfugiés et d'asile. Cette expertise a été reconnue dans le contexte de l'acquis de l'Union européenne en matière d'asile et au-delà, y compris dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a souligné la fiabilité et l'objectivité du HCR dans ce domaine. Dès 1952, la France prévoyait dans sa législation d'associer le HCR à son processus de détermination du statut de réfugié en exigeant qu'un représentant du HCR siège à la Commission des recours des réfugiés.

Relation entre la Convention de 1951 et la directive « Qualification » de l'UE

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Convention de 1951 et son Protocole de 1967 sont au cœur de l'acquis de l'Union européenne en matière d'asile. La Cour de Justice de l'Union européenne a reconnu que la Convention de 1951 constituait « la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés ». La directive « Qualification » de l'UE a notamment repris intégralement la définition du réfugié, en y apportant quelques modifications. Cette directive fixe en outre des normes minimales pour l'octroi de la protection subsidiaire aux personnes qui ont besoin de la protection internationale mais qui ne satisfont pas aux critères énoncés dans la définition d'un réfugié. La protection subsidiaire complète le régime de la protection accordée aux réfugiés mais ne le remplace pas.



C'est dans cet esprit que le HCR se félicite du fait que la Convention de Genève demeure l'instrument principal de protection en France. Selon les statistiques publiées dans le rapport annuel 2011 de l'OFPRA, la protection accordée en vertu de la Convention de 1951 représente un peu moins d'une décision positive sur quatre. La primauté de la Convention de Genève découle clairement des dispositions de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui disposent clairement que la protection subsidiaire peut uniquement être accordée si le demandeur ne remplit pas les conditions requises à l'obtention du statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951. L'obligation pour les autorités compétentes d'évaluer en premier lieu si le demandeur est un réfugié avant d'examiner l'applicabilité de la protection subsidiaire est systématiquement appliquée et a été fermement rappelée en 2008 par le Conseil d'État dans son arrêt *Pogossyan*. Le HCR note que l'application de l'article L. 712-2 alinéa c) du CESEDA reste particulièrement marginale en France avec un taux d'application en 1ère instance de 3 % en 2010.

Toutefois, comme il a été évoqué, la recherche a montré qu'en raison d'une interprétation inadéquate liée à ce qui semble être une réticence à appliquer la Convention de 1951, il existait de fortes divergences entre les États membres de l'UE dans l'interprétation et l'application des dispositions relatives à la protection internationale prévues par la directive « Qualification », conduisant parfois à des lacunes de protection. Ces divergences sont liées à la fois à des questions de fond et de preuves. Ces lacunes sont comblées par des formes de protection complémentaire nationale dans certains cas mais ne le sont pas du tout dans d'autres. Dans certains pays de l'UE, des demandeurs se voient même refuser la protection subsidiaire prévue à l'article 15 (c) de la directive « Qualification », alors qu'ils auraient dans le passé rempli les conditions requises pour l'octroi de la protection en vertu de la législation nationale ayant inspiré l'adoption de ce même article.

Contexte du motif de l'appartenance à un certain groupe social

Si l'on se tourne à présent vers le thème de cette table ronde, force est de constater que l'appartenance à un certain groupe social est le motif le moins clair. L'intégration d'une « appartenance à un certain groupe social » comme l'un des cinq motifs prévus par la Convention a été faite sur la suggestion du représentant de la Suède, M. Petrén, qui a souligné que l'expérience avait montré que certains réfugiés avaient été persécutés en raison de leur appartenance à certains groupes sociaux. Il a ajouté que le projet de convention n'avait prévu aucune disposition pour de tels cas de figure et qu'il convenait donc d'en ajouter une pour couvrir cette situation. Cette insertion de dernière minute faite par les rédacteurs sans autre explication a rendu son interprétation ultérieure problématique, bien qu'elle ait également permis d'appliquer ce motif de manière dynamique afin de faire face à des formes de persécution qui n'étaient pas prises en compte auparavant, ainsi qu'à leur évolution. Nous citerons, à titre d'exemple de cette interprétation dynamique, la persécution des femmes liée au genre dans certaines sociétés, laquelle est désormais largement reconnue comme un motif d'attribution du statut de réfugié.

Interprétation du motif de l'appartenance à un certain groupe social par le HCR

En s'appuyant sur l'analyse de la jurisprudence de divers pays en 2001, le HCR a publié des Principes directeurs sur la protection internationale relatifs à la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social ». Notre analyse a mis en évidence l'apparition de deux approches distinctes de la définition d'un certain groupe social, toutes deux considérées comme étant conformes à la Convention de 1951 et au Protocole de 1967 : l'approche des « caractéristiques protégées » et l'approche de la « perception sociale ».

Les principes directeurs du HCR ont conclu qu'il était nécessaire d'adopter une définition qui intègre les deux approches comme une alternative et non pas de manière cumulée : « *un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains.* »

Dès lors, en reconnaissant chaque approche comme légitime, les Principes directeurs du HCR n'exigent pas que les conditions des deux approches soient remplies pour établir l'existence d'un certain groupe social.

Toutefois, la portée de l'expression « un certain groupe social » a été réduite dans un certain nombre de juridictions en Europe ces dernières années, qui ont considéré les caractéristiques protégées et la perception sociale comme des approches cumulées plutôt qu'alternatives. La directive « Qualification » de 2004, dans son article 10 (1) (d), a été interprétée par certains États comme exigeant qu'il soit satisfait aux deux tests, bien que la pratique des États de l'UE varie et que certains aient rejeté une telle interprétation.

L'approche française

La directive « Qualification » indique clairement qu'elle instaure uniquement des « normes minimales » et que les États membres de l'UE conservent le pouvoir de « *prévoir ou maintenir des conditions plus favorables* ». En d'autres termes, l'approche adoptée par la directive « Qualification » concernant la définition de l'« appartenance à un certain social » fonctionne comme un seuil minimum et non pas maximum.

Des deux approches, celle de la « perception sociale », qui nécessite que les personnes partagent une caractéristique commune qui les mette en marge de la société mais n'exige pas que cette caractéristique soit visible à l'œil nu ou que les membres du groupe se connaissent entre eux ou se réunissent en tant que groupe, est profondément enracinée dans la jurisprudence française. Dans la décision *Ourbih* de 1997, le Conseil d'État a fixé deux critères permettant de définir un certain groupe social : « *l'existence de caractéristiques communes à tous les membres du groupe et qui définissent le groupe aux yeux des autorités du pays et de la société en général* » et « *le fait que les membres du groupe soient exposés à des persécutions* ». Toutefois, la jurisprudence récente a ajouté des éléments qui ne sont pas requis.

Premièrement, dans sa décision relative à l'affaire *Djellal* en 1999, la Commission des recours des réfugiés (CRR) a appliqué ce raisonnement à ce cas d'espèce célèbre sur l'orientation sexuelle avec pour effet que la protection en tant que réfugié était réservée aux « *personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur* ». Cette condition semble exiger que non seulement les caractéristiques du groupe soient identifiables pour la société en général mais que les membres du groupe qui sollicitent la protection manifestent ces attributs dans leur comportement extérieur. La même approche a été utilisée par la CRR en 2005, dans l'affaire *Mme G*, où il a été conclu que la requérante n'avait pas manifesté ostensiblement son orientation sexuelle dans son comportement.

Les principes directeurs du HCR ne posent aucune condition de « visibilité sociale ». L'analyse s'attache essentiellement à savoir si les membres d'un groupe social partagent un attribut commun dont la société reconnaît l'existence ou qui d'une certaine manière les met en marge ou les distingue de l'ensemble de la société. La « perception sociale » n'exige ni que l'attribut commun soit littéralement visible à l'œil nu ni que cet attribut soit facilement identifiable par le public. De plus, elle ne signifie pas qu'il doit exister un sentiment d'identification en tant que communauté ou que groupe, comme dans le cas des membres d'une organisation établie ; les membres d'un groupe social peuvent même ne pas se connaître entre eux. La détermination de la « perception sociale » porte plutôt sur la question simple de savoir si un groupe est « reconnaissable » ou « mis en marge de la société » d'une manière ou d'une autre. Comme l'a noté Richard Posner, juge à la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit, dans l'affaire *Gatimi v. Holder*, « [traduction libre] *dans une société homophobe, un homosexuel qui croise un hétérosexuel évitera de s'arrêter. Si vous appartenez à un groupe qui a été la cible d'assassinats, de tortures ou d'autres formes de persécution, vous vous efforcerez de ne pas être visible aux yeux de la société, et dans la mesure où les autres membres du groupe visé parviennent à rester eux aussi invisibles, ils ne seront pas « vus » par les autres membres de la société comme un segment de la population.* » Il s'agit de la même approche que celle adoptée pour les autres motifs énoncés dans la définition du réfugié comme la religion ou les opinions politiques : les personnes persécutées du fait de leurs croyances religieuses ou politiques seraient éligibles au statut de réfugié, que leur croyance se manifeste dans un cercle privé, non visible, ou de manière publique, plus visible.

Selon le HCR, ces conditions, qui pourraient être classées en « manifestation dans le comportement extérieur » et/ou « visibilité », ne seraient pas compatibles avec les principes généraux qui sous-tendent l'interprétation de la définition du réfugié et ne seraient pas non plus conformes à la décision du Conseil d'État dans l'affaire *Ourbih*, ni aux décisions de 2010 dans les affaires *OFPR c/ A.* et *OFPR c/ M.H.*. En vertu de ces décisions, la notion d'« appartenance à un certain groupe social » doit être interprétée à la lumière de la définition donnée par l'article 10 de la directive « Qualification », qui n'exige nullement de manifestation ostensible. La CNDA a reconnu que des groupes sociaux pouvaient exister dans des cas où les membres du groupe n'avaient ni revendiqué ni manifesté leur attribut en société lorsque cela aurait pu influencer sur leur risque de persécution, comme il a été démontré dans

les affaires CNDA, C. (Tunisie) et CNDA, M.N. (Cameroun). Cette approche semble avoir été plus constante depuis les décisions du Conseil d'État du 14 juin 2010 susmentionnées. Le HCR se félicite de ce changement d'approche qui n'exige plus de « manifestation dans le comportement extérieur » et encourage sa poursuite. Car il serait contraire au but et à l'objet de la Convention de 1951, et en fait absurde d'exiger que des personnes s'exposent à des persécutions pour pouvoir demander une protection contre ces mêmes persécutions.

Deuxièmement, d'autres décisions de la CNDA ont ajouté un élément supplémentaire, exigeant que le groupe soit défini de manière restrictive et suffisamment identifiable. Cette exigence semble découler d'une préoccupation générale que le motif du groupe social puisse s'étendre de manière illimitée. Toutefois, le fait qu'un large nombre de personnes risque la persécution ne saurait justifier un refus d'octroyer une protection internationale lorsque c'est par ailleurs approprié. Il est également important de garder à l'esprit qu'aucun des autres motifs conventionnels n'est limité par une question de dimension. De plus, une définition large du groupe ne signifie pas que tous les membres du groupe seront éligibles au statut de réfugié, chaque demandeur doit également remplir les autres critères de la définition d'un réfugié, notamment avoir une crainte fondée de persécution. Et, comme l'a noté le juge Gleeson C. J. dans la décision rendue par la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Khawar*, « [traduction libre] *ce sont les rapports de force, et non le nombre, qui créent les conditions dans lesquelles des persécutions peuvent se produire* ».

La troisième différence par rapport à la pratique généralement acceptée réside dans l'exigence introduite par le Conseil d'État dans l'affaire *Ourbih*, en vertu de laquelle un certain groupe social doit notamment être défini par le fait que les membres du groupe sont exposés à la persécution. Cette exigence regroupe les deux éléments de la définition, le groupe ne saurait être défini uniquement en référence à la menace de persécution.

Le HCR considère que l'introduction d'éléments supplémentaires permettrait d'aller au-delà de ce qui est requis dans le cadre de l'approche de la « perception sociale » et pourrait aboutir à refuser le statut de réfugié à des personnes qui, sinon, y auraient droit.

Problématiques actuelles

Dans la seconde moitié de cette intervention, je voudrais aborder un certain nombre de problèmes liés à l'application du motif de l'appartenance à un certain groupe social. Comme il est dit dans les Principes directeurs du HCR, « *[l]e terme appartenance à un certain groupe social devrait plutôt être compris dans un sens évolutif, ouvert à la diversité et aux changements de nature des groupes dans différentes sociétés, ainsi qu'à l'évolution des normes internationales des droits de l'Homme.* »

Quatre problématiques particulières sont apparues en Europe et ailleurs concernant l'appartenance à un certain groupe social et méritent d'être approfondies dans ce forum : le genre/les femmes ; l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; les victimes de la traite des êtres humains ; et les personnes fuyant un conflit et d'autres situations de violence.



Le genre/les femmes

La question de savoir si les « femmes » peuvent constituer un certain groupe social n'est pas nouvelle mais continue de soulever un certain nombre de problèmes juridiques. Comme l'indiquent les Principes directeurs du HCR, « *le sexe peut, de façon appropriée, figurer dans la catégorie du groupe social, les femmes constituant un exemple manifeste d'ensemble social défini par des caractéristiques innées et immuables, et étant fréquemment traitées différemment des hommes. Leurs caractéristiques les identifient également en tant que groupe dans la société, les exposant à des formes de traitement et des normes différentes selon certains pays.* » En d'autres termes, les femmes constituent un certain groupe social en vertu de l'une ou de l'autre approche de l'appartenance à un certain groupe social.

Certaines juridictions européennes ont explicitement inclus le genre ou le sexe dans leur législation nationale, ou les ont reconnus au travers des orientations fournies aux personnes chargées de statuer sur les dossiers. Les cas acceptés incluent ceux ayant trait aux mutilations génitales féminines, à la violence sexuelle, au mariage forcé et à la violence domestique.

Toutefois, plusieurs obstacles continuent de s'opposer à la reconnaissance des demandes liées au genre reposant sur le motif de l'appartenance à un certain groupe social. L'une des difficultés les plus courantes réside dans la réticence tant des juristes que des décideurs de catégoriser un certain groupe social concerné simplement comme « les femmes » ; pourtant, d'après la jurisprudence prédominante, cette catégorisation est possible quel que soit le test adopté. Dans la décision emblématique adoptée par la Haute Cour australienne dans l'affaire *Khawar*, le juge Gleeson C. J. a expliqué que dans ce cas, le certain groupe social pouvait simplement être caractérisé comme « les femmes » dans la mesure où « [traduction libre] *dans toute société, les femmes constituent un groupe distinct et reconnaissable (...), où leurs caractéristiques et leurs attributs distinctifs existent indépendamment de la manière dont elles sont traitées, que ce soit par les hommes ou par les gouvernements.* » En fait, il a ajouté que « *[l]es femmes pourraient continuer à constituer un groupe social même si cette violence devait disparaître entièrement. La persécution alléguée ne définit pas le groupe.* » La crédibilité représente un autre problème, en particulier dans les demandes qui invoquent le viol et la violence sexuelle, et où les déclarations des femmes sont mises en doute malgré des preuves attestant de formes généralisées ou systématiques de violences, y compris de viols pendant un conflit, perpétrées contre des femmes et/ou des filles.

L'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre

Dans certaines juridictions européennes, l'orientation sexuelle et l'identité de genre ont été explicitement intégrées à la législation nationale, soit comme exemple d'un certain groupe social, soit comme motif indépendant d'octroi du statut de réfugié, parfois à la suite de la transposition de l'article 10 (1) (d) de la directive « Qualification », qui prévoit que « *[e]n fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle.* »

Dans plusieurs affaires françaises relatives au mariage forcé et à l'orientation sexuelle, l'appartenance à un certain groupe social n'a pas été appliquée en tant que motif prévu par la Convention. D'après les arrêts, ce rejet est motivé par le fait qu'« *il n'est pas établi que le comportement de l'intéressée a été perçu par la société comme transgressif de l'ordre social* ». Il apparaît que la jurisprudence française en est venue à exiger une attitude revendicatrice de protestation ou de transgression sociale de la part du requérant pour que celui-ci soit perçu par la société comme appartenant à un certain groupe social. Cette exigence aboutit au rejet des demandes lorsque la requérante n'a pas « *cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement* » si bien « *qu'ainsi elle n'appartient pas à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social* ». D'un autre côté, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et la manifestent de manière ostensible ont plus de chances d'être considérées comme relevant du motif du certain groupe social.

Comme il a été mentionné précédemment, les Principes directeurs du HCR sur l'appartenance à un certain groupe social n'imposent pas d'exigence de « *visibilité sociale* ». La détermination de la « *perception sociale* » consiste simplement à savoir si un groupe est « *reconnaissable* » ou « *mis en marge* » de la société d'une certaine manière.

Comme il est stipulé dans les récents *UNHCR Guidelines on International Protection N° 9 : Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity*, les demandeurs LGBTI lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexuels qui ont dissimulé leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine peuvent ne pas avoir connu de persécutions dans le passé. Il est possible que cette dissimulation n'ait pas été un choix volontaire et que leur comportement ait précisément été modifié pour éviter la menace d'être persécuté. Comme l'a souligné la Haute Cour d'Australie : [traduction libre] « *c'est la menace d'un préjudice grave avec les conséquences qui en découlent qui constituent la conduite à caractère de persécution. Déterminer la probabilité réelle sans établir si le comportement modifié a été influencé par la menace d'un préjudice équivaut à ne pas étudier cette question correctement.* » De plus, des personnes LGBTI qui ont quitté leur pays d'origine pour des raisons autres que leur orientation sexuelle et/ou ont révélé cette orientation après leur arrivée dans le pays d'asile pourraient remplir les conditions nécessaires à l'octroi du statut de réfugié si elles peuvent prouver qu'elles ont une crainte fondée d'être persécutées si elles devaient être renvoyées dans leur pays d'origine.

Comme pour les demandes fondées sur les opinions politiques, un requérant qui déclare avoir peur d'être persécuté du fait de son orientation sexuelle n'a pas besoin de démontrer que les autorités connaissaient son orientation sexuelle avant qu'il ait quitté son pays d'origine.

De toute évidence, les décideurs se trouvent confrontés à d'autres aspects délicats dans l'examen de telles demandes, comme celui de la crédibilité. J'espère que vous trouverez les Principes directeurs récemment publiés utiles à cet égard.

Les victimes de la traite des êtres humains

Une autre question pertinente consiste à savoir si et comment les victimes avérées et potentielles de la traite des êtres humains peuvent être éligibles au statut de réfugié. Les Principes directeurs du HCR relatifs à la traite des êtres humains stipulent que « [e]n fonction du contexte, une société peut aussi considérer les personnes qui ont été victimes de la traite des êtres humains comme un groupe reconnaissable au sein de cette société. » Pour déterminer si les victimes avérées ou potentielles de la traite des êtres humains sont éligibles au statut de réfugié du fait de leur appartenance à un certain groupe social, il n'est pas nécessaire que les membres de ce groupe particulier se connaissent entre eux ou qu'ils se réunissent en tant que groupe. Il faut cependant, soit qu'ils partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutés, soit qu'ils soient perçus comme un groupe par la société en général. »

Concernant les deux affaires *J.E.F.* (Nigeria) et *A.O.* (Kosovo), la CNDA a reconnu que des victimes de la traite des êtres humains pouvaient constituer un certain groupe social au sens de la Convention de 1951, le groupe étant constitué, par exemple, de « *femmes soumises à la traite des êtres humains par des réseaux de proxénétisme* ». La CNDA a également affirmé que les femmes fuyant d'autres formes de persécution liée au genre comme le mariage forcé ou les mutilations génitales féminines pouvaient relever de la catégorie du « groupe social particulier » et être éligibles à une protection au titre de la Convention de 1951.

Dans de nombreuses demandes d'asile relatives à des persécutions liées au genre, y compris des demandes liées à la traite des êtres humains, le groupe social particulier pourrait être défini simplement comme « les femmes » ou « les femmes originaires de [nom du pays] ». Cette approche a été largement acceptée par plusieurs juridictions, notamment en Belgique, en Allemagne, en Espagne, en Autriche, en Suisse et au Royaume-Uni.

Les victimes de la traite des êtres humains ayant pu échapper à l'emprise de leurs trafiquants (y compris celles ayant été libérées par une action des forces de l'ordre), qui se trouveraient ou dans le pays d'origine ou dans un État étranger et qui pourraient rester redevables de « dettes » non épurées à l'égard de ces réseaux de trafiquants, pourraient constituer un groupe reconnaissable. Leur expérience passée, y compris le fait d'avoir été exploitées et/ou d'avoir échappé à leurs trafiquants, pourrait les mettre en marge de la société. En effet, dans ces réseaux de grande criminalité, le refus de ces femmes de se soumettre et de rembourser ce qui est perçu comme des dettes porte atteinte à l'hégémonie et au contrôle des trafiquants, et de fait, ce comportement les singularise. La CNDA a clairement reconnu ce risque en identifiant « *les femmes qui ont été contraintes de se prostituer et qui se sont échappées de leurs proxénètes/trafiquants* » comme constituant un certain groupe social au sens de la Convention de 1951. Le HCR se félicite de cette évolution de la jurisprudence française.

Les conflits et autres situations de violence

Il existe un danger, en particulier concernant la protection des personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence, que la protection subsidiaire soit accordée en lieu et place de la protection prévue pour les réfugiés, malgré le fait que beaucoup soient des réfugiés. Comme le montre l'étude menée par le HCR en 2011 « *Safe at Last* », il existe de profondes différences dans la pratique des États membres de l'UE quant à l'octroi de la protection réservée aux réfugiés, aux personnes fuyant un conflit armé ou une situation analogue à un conflit, comme en Somalie, en Irak ou en Afghanistan. Toutefois, pendant les négociations sur la directive « Qualification », la portée de l'article 15 (c) a été réduite. La référence aux situations de violations systématiques et généralisées des droits de l'homme a été supprimée et une terminologie plus vague a été adoptée. Lorsque le texte final a été approuvé, le HCR a souligné que le considérant 26 et le terme « individuelles » à l'article 15 (c) pouvaient s'avérer difficiles à interpréter, à la lumière de l'objectif consistant à répondre aux besoins de protection apparaissant dans le contexte d'une violence « indiscriminée ». Le HCR a demandé aux États membres de ne pas adopter une interprétation minimaliste des dispositions de la Directive relatives à la protection subsidiaire.

Le HCR est d'avis que correctement interprétée, la Convention de 1951 s'applique à de nombreuses personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence. La Convention de 1951 ne fait aucune distinction entre les personnes fuyant des situations en temps de paix ou en temps de guerre. Rien dans sa formulation n'empêche qu'elle ne soit appliquée aux personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence. En outre, il convient de garder à l'esprit que de nombreux conflits plongent leurs racines dans des différences ethniques, religieuses ou politiques, et que les effets directs et/ou indirects de la violence diffèrent en fonction de considérations d'ordre ethnique, religieux, politique, social, économique ou liées au genre. Si dans les situations de conflit contemporaines, la violence peut souvent sembler indiscriminée, elle revêt en fait un caractère discriminatoire dans ses causes, sa nature ou ses répercussions. Par conséquent, les personnes fuyant de telles situations peuvent tout à fait remplir les conditions nécessaires à l'octroi du statut de réfugié. Le HCR a récemment organisé une réunion d'experts à Cape Town, en Afrique du Sud, où ces aspects ont été débattus de manière plus approfondie, et nous avons l'intention de publier des principes directeurs sur ce sujet en 2013.

Conclusion

Comme le montre cette présentation, la beauté du droit des réfugiés réside dans son dynamisme et son adaptabilité aux réalités toujours changeantes du terrain. Le motif de l'appartenance à un certain groupe social en est un reflet particulier, qui permet une véritable évolution de la réflexion. En effet, à l'heure où nous célébrons le 60e anniversaire de la Cour nationale du droit d'asile, rendre hommage à cette caractéristique de la Convention équivaut à rendre hommage à l'inspiration de ses auteurs lorsqu'ils ont rédigé cet instrument au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Je vous remercie de votre attention.



Selon l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève de 1951 et le Protocole de New York de 1967¹ est considérée comme réfugié toute personne qui « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* ».

Le motif conventionnel tiré de l'appartenance à un certain groupe social, inspiré de l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948² et présent en substance à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)³, est sans doute le motif le plus insaisissable de la Convention de Genève comme en témoignent au plan international, hors d'Europe notamment, les interprétations et interrogations des autorités, administratives comme juridictionnelles, autour de sa mise en œuvre.

Les limites de la protection internationale du réfugié telle que définie par la Convention de Genève, conçue sur la base des cinq motifs de persécution énoncés à l'article 1^{er}, ont favorisé l'émergence d'autres dispositifs de protection internationale, protection dite complémentaire au Canada, protection des « personnes vulnérables » en Australie. Dans le cadre, régional, de l'Union européenne et de la politique européenne commune d'asile, véritablement engagée à partir de l'entrée en vigueur, en 1999, du Traité d'Amsterdam⁴, a été introduit le mécanisme de la protection subsidiaire afin de « *compléter la protection des réfugiés consacrée par la Convention de Genève* »⁵, dispositif introduit en droit national par anticipation en 2003⁶ et figurant à l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

1. Convention relative au statut des réfugiés conclue à Genève le 28 juillet 1951, signée par la France le 28 juillet 1951, entrée en vigueur en France le 20 septembre 1954 et Protocole relatif au statut des réfugiés, signé à New York le 31 janvier 1967, auquel la France a adhéré le 3 février 1971.

2. Article 2 (premier alinéa) : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.* »

3. Article 14 Interdiction de discrimination : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

4. Le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

5. Considérant 24 de la 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.

6. Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

Avec la mise en place de ces formes nouvelles de protection s'est rapidement posée, de manière renouvelée, la question de l'appréhension du motif conventionnel tiré de l'appartenance à un certain groupe social avec lequel ces protections postérieures viennent interférer, interférences favorisées par l'appréhension délicate du motif conventionnel. Les questionnements sont nombreux s'agissant du cas d'ouverture prévu par la Convention de Genève tandis que les dispositifs complémentaires peuvent, dans l'incertitude, servir de soupape de sécurité en offrant *in fine* une protection sans toutefois que les lignes de partage, pour ce qui concerne l'Union européenne, entre le motif conventionnel et la protection subsidiaire, soient clairement définies.

Le bénéfice de celle-ci est accordé aux personnes exposées à des menaces (CESEDA)/atteintes (directive) graves⁷, en droit national : « a) *La peine de mort ; b) La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; c) S'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international.* »

1. L'approche du juge français de l'asile : une approche ouverte, recentrée sur le droit de l'Union européenne

Historique

Dès la mise en place d'une juridiction de l'asile en France a pu se poser la question d'une reconnaissance de la qualité de réfugié sur le fondement de l'appartenance à un certain groupe social. On recense ainsi quelques décisions intervenues au cours des années 1980 reconnaissant la qualité de réfugié en considération de l'appartenance à un groupe social au sens des stipulations de la Convention de Genève. Ces premières décisions sont particulièrement intéressantes en ce que la juridiction n'a pas eu à connaître par la suite des groupes sociaux alors identifiés, étant précisé que des décisions de rejet concernant de tels groupes n'ont pas été recensées non plus par la suite. Décisions antérieures, tant aux principes directeurs édités par le HCR qu'à la mise en place de la politique européenne commune d'asile, avec la définition donnée par la directive 2004/83/CE, elles témoignent donc d'une approche du juge élaborée au plan conceptuel, indiquant souvent les critères d'identification du groupe social au sens de la Convention de Genève, et ouverte à tout groupe susceptible d'entrer dans le cadre ainsi défini.

La Commission des recours des réfugiés (CRR) a pris position sur la question en sections réunies en 1991 et accordé le statut de réfugié sur ce fondement à une ressortissante malienne s'estimant menacée d'excision du fait des pratiques rituelles de la minorité ethnique à laquelle elle appartenait (CRR, SR, 18 septembre 1991 *Mlle Aminata Diop* n° 164078). Le Conseil d'État s'est par la suite prononcé sur la notion avec la décision *Ourbih* qui concernait un transsexuel algérien (CE, 23 juin 1997, *M. Ourbih*, n° 171858), jurisprudence prise en compte par la CRR, en sections réunies, pour appréhender la situation des homosexuels algériens (CRR, SR, 12 mai 1999, *M. Djellal*, n° 328310).

7. L'article L. 712-1 du CESEDA emploie le mot « menaces » alors que la directive emploie le mot « atteintes ».



La jurisprudence s'est ensuite continûment développée au cours des années 1990 avec une approche de plus en plus ancrée dans le droit de l'Union, en considération des dispositions de l'article 10, d) de la directive 2004/83/CE, les décisions les plus récentes du Conseil d'État, de 2010 et 2012 confirmant cette orientation.

L'examen de cette jurisprudence illustre bien l'alternative protection conventionnelle/protection subsidiaire, dès lors que, dans toutes les occurrences dans lesquelles le juge estime que les risques, ou les menaces, sont établis mais n'identifie pas un groupe social ou l'appartenance du demandeur d'asile audit groupe, il écarte la protection conventionnelle et accorde la protection subsidiaire.

D'un point de vue historique, la jurisprudence paraît aujourd'hui à la croisée des chemins, appelée à prendre des positions plus claires quant à la ligne de partage entre la protection conventionnelle et la protection subsidiaire. En effet, après de premières décisions teintées d'une problématique sociologique, de « lutte des classes » ayant conduit à identifier des groupes sociaux dans la situation de classes qui avaient bénéficié des avantages d'un pouvoir déchu et se trouvaient persécutées à la suite d'un changement radical de régime, au cours des décennies 1990 et 2000, ce sont des problématiques touchant à l'intime de la personne qui ont dominé, conduisant à l'identification de groupes sociaux en considération de l'orientation sexuelle, des atteintes faites au corps et à la volonté des femmes en particulier, soumises à l'excision ou à des mariages forcés.

De nouveaux motifs de persécutions

De nouveaux motifs de persécutions susceptibles d'entrer dans la notion de groupe social se sont parallèlement fait jour qui appellent aujourd'hui le juge à prendre position. La sensibilité aiguë à l'égard des discriminations, les revendications égalitaires croissantes de personnes discriminées – discriminations, latentes, ouvertes ou patentes –, marginalisées aux plans économique, social et/ou culturel, pour des raisons parfois diffuses – où aucun des quatre autres motifs conventionnels n'apparaît clairement, les catastrophes naturelles ou industrielles touchant des populations géographiquement circonscrites, phénomènes qui peuvent générer des risques de persécutions ou de mauvais traitements du fait des désordres pouvant en résulter pour l'État concerné... telles sont, entre autres situations évolutives, modulables selon les circonstances concrètes et difficilement saisissables au plan conceptuel, pour les considérer sous l'angle de la notion de groupe social, celles aujourd'hui rencontrées par les juges de l'asile. Autant de situations où la difficile détermination d'un dénominateur commun évident, l'insaisissabilité d'un véritable motif de persécution font basculer la décision, en France, dans le sens de la protection subsidiaire. Les solutions appellent sans doute la réflexion et la discussion afin d'envisager les pistes d'avenir pour une articulation pertinente, juste et conforme au droit issu de la Convention de Genève et de l'Union européenne.

Trois types de décisions

La jurisprudence peut être classée en trois types de décisions : (1) celles qui identifient l'existence d'un groupe social au sens de la Convention de Genève et reconnaissent la qualité de réfugié aux membres du groupe exposés à des

persécutions dans leur pays pour ce motif sans pouvoir se réclamer de la protection des autorités, (2) celles qui dénie l'existence d'un tel groupe social dans la demande d'asile et qui, antérieures à l'introduction de la protection subsidiaire, rejettent le recours sans par conséquent accorder aucune protection ni souvent se prononcer véritablement sur les persécutions alléguées et (3) celles, enfin, qui refusent d'identifier un groupe social au sens de la Convention de Genève dans la demande d'asile mais, postérieures à l'introduction de la protection subsidiaire et constatant l'existence de menaces graves de traitements inhumains ou dégradants, accordent cette protection à l'intéressé.

2. Les principes posés par le Conseil d'État pour l'appréhension du groupe social

La notion conventionnelle doit être interprétée en tenant compte de la définition donnée par la directive 2004/83/CE

Le Conseil d'État dans des décisions du 14 juin 2010 a clairement indiqué au juge de l'asile que les stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève doivent être interprétées en tenant compte, s'agissant au cas d'espèce de la notion de groupe social, des dispositions de l'article 10 d) de la directive 2004/83/CE 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, selon lesquelles « *un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier : ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante* » (CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669 ; CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Habibi*, n° 323671).

Le juge de cassation décidant de régler les affaires au fond, une nouvelle audience d'instruction a été ordonnée afin de permettre aux requérants d'être entendus par la formation de jugement. Mais la position a été réitérée dans les décisions de juillet 2012 mettant un terme au litige (CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669 ; CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ M. Habibi*, n° 323671).

La position de principe selon laquelle les stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève doivent être interprétées en tenant compte des dispositions de la directive « Qualification » a été formulée dans des affaires intéressant la notion de groupe social. Mais la formulation, qui vise l'article 1^{er}, A, 2 dans son ensemble, vise tout autant les quatre autres motifs de protection conventionnels. Le juge de l'asile est appelé à prendre en compte les définitions desdits motifs données par la directive. Au demeurant, d'ores et déjà la CNDA puise de plus en plus souvent dans les définitions données par la directive pour guider son appréciation, qu'il s'agisse par exemple des actes de persécution ou de menaces graves ou de leurs auteurs.

L'absence d'exigence d'une manifestation publique de l'appartenance à un groupe social fondé sur des orientations sexuelles communes

L'appartenance à un certain groupe social n'est pas subordonnée, s'agissant d'un groupe fondé sur des orientations sexuelles communes, à la manifestation publique



extérieure de cette orientation par le demandeur d'asile dès lors que le groupe social n'est pas institué par ceux qui le composent, ni même du fait de l'existence objective de caractéristiques qu'on leur prête mais par le regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions (CE, 27 juillet 2012, *M. Mbwene*, n° 349824). Cette affirmation clarifie la position du juge de cassation qui, dans une décision isolée validant le raisonnement de la CRR, laquelle avait considéré que les craintes de persécutions personnelles alléguées par le requérant, ressortissant iranien homosexuel, n'étaient pas fondées, avait jugé que le motif de la décision de la CRR selon lequel l'intéressé n'avait jamais cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement extérieur », revêtait un caractère surabondant (CE, 7 août 2007, *M. Vartanian*, n° 281294).

La prise en considération des dispositions législatives, en particulier, pénales du pays d'origine

L'appartenance à un certain groupe social peut, en l'absence de toute disposition pénale spécifique, reposer soit sur des dispositions de droit commun abusivement appliquées au groupe social considéré, soit sur des comportements émanant des autorités, encouragés ou favorisés par ces autorités ou même simplement tolérés par elles (CE, 27 juillet 2012, *M. Mbwene*, n° 349824).

L'appréciation requise du juge de l'asile s'agissant d'un groupe social fondé sur des orientations sexuelles communes

Dans sa première décision rendue concernant la notion de groupe social, l'affaire *Ourbih*, concernant un transsexuel algérien, le Conseil d'État avait déjà donné certains éléments du cadre d'appréciation d'une demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle. Il indiquait en particulier que le juge doit rechercher si les éléments qui lui sont soumis sur la situation, en l'espèce celle des transsexuels en Algérie, permettent de regarder les intéressés comme constituant un groupe dont les membres seraient, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société du pays considéré, susceptibles d'être exposés à des persécutions (CE, 23 juin 1997, *M. Ourbih*, n° 171858).

Le Conseil d'État a précisé les exigences de l'appréciation requise en présence d'une telle demande dans deux décisions intervenues en juillet 2012.

Le juge de l'asile doit apprécier si les conditions existant dans le pays dont le demandeur d'asile a la nationalité permettent d'assimiler les personnes se revendiquant de la même orientation sexuelle à un groupe social du fait du regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions et dont les membres peuvent craindre avec raison d'être persécutés du fait même de leur appartenance à ce groupe (CE, 27 juillet 2012, *M. Mbwene*, n° 349824 concernant un ressortissant de République démocratique du Congo et CE, 27 juillet 2012, *OFPPA c./ Mlle Tumurtsetseg*, n° 342552 concernant une ressortissante de Mongolie).

L'appréciation du juge de l'asile doit, en outre, être suffisamment précise et pouvoir tenir compte, le cas échéant, des spécificités éventuelles de ce regard sur les différentes composantes de ce groupe (CE, 27 juillet 2012, *OFPPA c./ Mlle Tumurtsetseg*, n° 342552).

Le juge de l'asile doit également indiquer, s'agissant toujours d'un groupe social fondé sur des orientations sexuelles communes, les éléments dont il dispose sur la situation des homosexuels dans le pays d'origine qui lui permettent de regarder ces derniers comme constituant un groupe social au sens de la Convention de Genève et préciser si l'orientation sexuelle en cause fait, le cas échéant, l'objet d'un regard particulier de la société environnante ou des institutions vis-à-vis de la composante de ce groupe social, dont ses membres seraient, en raison même de leur appartenance à cette composante, susceptibles d'être victimes (CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ Mlle Tumurtsetseg*, n° 342552).

Par ailleurs, si la notion de groupe social peut être appliquée en considération de l'appartenance à un groupe social fondé sur l'orientation sexuelle, encore faut-il que le juge recherche si l'intéressé est susceptible d'être persécuté en raison de cette appartenance. À défaut le Conseil d'État censure une erreur de droit et renvoie, en l'espèce, l'affaire au juge du fond, dans un cas concernant une ressortissante ukrainienne (CE, 23 août 2006, *OFPRA c./ Mlle Shpak*, n° 272679).

3. Les groupes sociaux reconnus par le juge français de l'asile

L'appartenance à un groupe social reconnue en considération des origines sociales

La CRR a estimé caractérisé le motif conventionnel du groupe social dans plusieurs contextes géopolitiques en considération de l'appartenance des demandeurs d'asile concernés à une certaine classe économique et/ou sociale et persécutés pour ce motif. Les décisions recensées sont toutes antérieures à 1990 et portent sur une demande d'asile qui ne se présente plus guère en ces années 2000 et 2010 en France. Elles sont par conséquent antérieures au dispositif de la protection subsidiaire et il semble qu'aujourd'hui, le juge se poserait davantage la question de l'alternative avec cette autre protection internationale, au vu en particulier des réflexions menées autour de la notion et des définitions élaborées tant par le HCR que par le législateur européen dans la directive 2004/83/CE.

La CRR a ainsi considéré que des commerçants et des industriels au Vietnam avaient été victimes de persécutions et de représailles de la part des autorités vietnamiennes en raison de leurs origines ethnique et sociale – étant noté que la Commission retient ici deux motifs conventionnels sur le fondement desquels elle reconnaît le statut de réfugié. En l'espèce, la requérante, d'origine chinoise, appartenait à une famille de commerçants et d'industriels dont les biens avaient été confisqués. Son époux avait été arrêté à deux reprises et elle en demeurait sans nouvelles depuis sa seconde arrestation (CRR, 22 avril 1988, *M. Le Thoi*, n° 37156).

Des origines sociales contre-révolutionnaires en Chine ont été également été qualifiées au sens de la Convention de Genève sous l'angle de l'appartenance à un certain groupe social dans le cas d'une requérante chinoise arrêtée à plusieurs reprises et soumise à des brimades et des humiliations continues en raison de ses origines sociales contre-révolutionnaires – là encore il semble qu'un autre motif conventionnel, celui des opinions politiques, ici imputées, puisse s'ajouter à celui du groupe social (CRR, 18 mars 1988, *Mme Fong*, n° 70741).

La CRR a identifié en quelques occurrences un groupe social intéressant la bourgeoisie en Chine, et reconnu le statut de réfugié à des ressortissants chinois, victimes de persécutions en raison de leurs origines bourgeoises ou de leur appartenance à la bourgeoisie. La première espèce concerne un requérant regardé comme un ennemi du régime en 1958 en raison de ses origines bourgeoises. Déporté pendant huit ans dans un camp de rééducation par le travail au nord-ouest de la Chine populaire, il avait pu obtenir en 1966 un poste de médecin, étant toutefois contraint d'effectuer des travaux supplémentaires et subissant des brimades. Il avait ensuite été chassé de son domicile, avec sa femme et ses deux enfants, par des gardes rouges qui lui avaient cassé un bras. À nouveau détenu pendant huit ans dans une prison, il avait été libéré en 1974 et pu obtenir après la mort de Mao un passeport par corruption et pu ainsi quitter son pays (CRR, 19 septembre 1988, *M. Zhong*, n° 70033). Dans la seconde espèce, le requérant également chinois, issu d'une famille bourgeoise et possédant des biens fonciers importants, avait fait l'objet avec son épouse de mesures discriminatoires. La CRR lui a reconnu la qualité de réfugié en considération de son appartenance à un certain groupe social jugeant qu'il pouvait craindre avec raison d'être exposé à de nouvelles persécutions en cas de retour dans son pays (CRR, 15 juin 1989, *M. Zeng*, n° 55898 ; voir également, CRR, 18 mars 1988, *M. Foing*, n° 70741).

Cette appartenance à la classe bourgeoise a également été retenue pour identifier un groupe social s'agissant d'un ressortissant de Roumanie (CRR, 24 septembre 1984, *M. Basatke*, n° 223949), dans le Cambodge des Khmers rouges (CRR, 5 décembre 1985, *M. Huynh Lao*, n° 30819) et dans le Laos communiste (CRR, 6 février 1986, *M. Inthakhot*, n° 21207).

Un engagement aux côtés des autorités d'un précédent régime peut conduire à des persécutions pour l'appréhension desquelles l'appartenance à un certain groupe social apparaît implicitement admise dans une décision concernant des membres d'une famille ayant appartenu aux forces armées du régime précédent au Laos (CRR, 20 décembre 1985, *M. Rathphackdy*, n° 28154). La CRR a relevé dans cette affaire que le père du requérant, « *ancien officier de l'armée royale laotienne, a été envoyé en camp de rééducation, a été victime de discriminations de la part du régime au pouvoir dans son pays et a fait l'objet d'une surveillance particulière compte tenu de ses origines sociales ; que dans ces conditions, il doit être regardé comme craignant avec raison d'être persécuté au sens des stipulations (...) de la Convention de Genève s'il se réclamait de la protection de son pays* ».

Considérant la situation sociale des personnes sous le régime, déchu, du Shah en Iran, la Commission a identifié l'appartenance à un certain groupe social au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève. La CRR a dans ce contexte reconnu la qualité de réfugié à un ressortissant iranien dont la situation sociale sous le régime du Shah était à l'origine des persécutions subies par les autorités du nouveau régime en place. Il pouvait craindre des persécutions en cas de retour dans son pays (CRR, 15 avril 1988, *M. Amiri Nasserabadi*, n° 38457).

La CRR a également retenu l'approche du groupe social dans une affaire concernant l'origine « hors caste » au Japon, rejetant toutefois le recours. L'intéressé soutenait avoir subi du fait de son origine « hors caste » des discriminations dans le cursus

de ses études à l'Université et avoir perdu son emploi pour cette raison. Admettant implicitement la pertinence du motif conventionnel en cause, la CRR a jugé qu'à supposer ces circonstances établies, elles n'avaient pas été le fait des autorités et n'avaient pas été encouragées ou tolérées par celles-ci dans des conditions faisant obstacle à ce que le requérant se réclame de la protection de son pays.

On notera, d'une part, que les sections réunies de la CRR n'ont pas eu à se prononcer sur ces questions non plus que le juge de cassation. D'autre part, si des situations analogues se présentaient aujourd'hui devant la CNDA, elles feraient l'objet d'une approche renouvelée dans le cadre de la définition posée à l'article 10 d) de la directive 2004/83/CE pour l'appréciation desquelles le juge s'attacherait à vérifier si une caractéristique protégée peut être identifiée – caractéristique innée ou histoire commune – et si le groupe identifié est perçu comme tel par la société environnante.

Il est intéressant de reconsidérer ces solutions constructives dans le contexte des réflexions actuelles, d'autant plus que les qualifications de groupe social retenues par la juridiction française trouvent leur écho dans les réflexions de certaines juridictions étrangères qui ont pu se trouver confrontées à des situations relevant d'une certaine problématique de « classe » sociale s'agissant de groupes de personnes dont les membres soutiennent être exposés à des persécutions en raison de leur appartenance audit groupe.

Au Royaume-Uni, l'*Immigration Appeal Tribunal* (IAT, Tribunal d'appel en matière d'immigration britannique) a ainsi été saisi dans une affaire *Montoya* jugée en 2001 (*Montoya, Appeal*, n° CC/15806/2000, 27 avril 2001) du cas d'un requérant, qui gérait la plantation de café de son père en Colombie et alléguait être exposé à des menaces et des extorsions de fonds de la part d'un groupe révolutionnaire que le gouvernement n'avait ni la volonté ni la capacité de contrôler ; il affirmait que sa famille était ciblée parce qu'ils étaient de riches propriétaires terriens. La juridiction britannique, qui a exposé les principes essentiels devant régir selon elle les affaires fondées sur l'appartenance à un certain groupe social, a concédé que le statut de propriétaire d'une terre exploitée pour faire du profit est un facteur d'identification sociale ostensible et important. Elle a toutefois dénié l'appartenance de l'intéressé au groupe social envisagé considérant que le requérant pouvait changer son statut de propriétaire sans que cela ait un impact sur son identité ou sa conscience, autrement dit le juge a estimé qu'il n'y avait pas de caractéristique immuable constituant le groupe en question.

La situation de propriétaire foncier a également été mentionnée par le *Board of immigration appeals* (Commission des recours en matière d'immigration) des États-Unis dans une affaire *Acosta* jugée en 1985 (*BIA Matter of Acosta* décision provisoire n° 2986, 1985, 19 I. & N. Décisions BIA, 1^{er} mars 1985) intéressant un requérant membre d'un collectif de chauffeurs de taxis, le juge considérant de manière générale que la caractéristique du groupe social peut être une caractéristique innée telle que le sexe, la couleur ou le lien de parenté ou bien encore une expérience commune antérieure comme le fait d'avoir été militaire ou propriétaire foncier. Dans l'affaire en cause il a cependant refusé de reconnaître les membres du collectif de chauffeurs de taxis en cause comme un groupe social.



L'opposition à la pratique de l'excision dans le pays d'origine potentiellement constitutive de l'appartenance à un certain groupe social

La jurisprudence élaborée par la Cour au cours des années 2000 concernant les personnes exposées à la pratique de l'excision a été amorcée durant la décennie précédente dans une décision concernant une ressortissante malienne. Dans une décision de 1991, la CRR a relevé que l'excision, qui constitue une mutilation du corps de la femme, est couramment pratiquée, à titre rituel, dans certaines ethnies composant la population malienne (dont celle de la requérante) puis considéré que, « si l'exigence de cette opération était le fait de l'autorité publique ou si cette exigence était encouragée ou même seulement tolérée de manière volontaire par celle-ci, elle représenterait une persécution des femmes qui entendent s'y soustraire au sens des stipulations de la Convention de Genève à la condition que les intéressées y aient été personnellement exposées contre leur volonté » (CRR, 18 septembre 1991, *Diop Aminata*, n° 164078). On note, dans cette solution implicite, que le motif conventionnel du groupe social n'est pas identifié et que le juge s'est attaché à la question du comportement des autorités et de la protection qui pourrait en être obtenue.

C'est en fait dans une décision des sections réunies de 2001 que la CRR a affirmé pour la première fois que le refus de soumettre son enfant à la pratique de l'excision pouvait faire relever les parents requérants du motif de l'appartenance à un certain groupe social au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève. L'affaire concernait un couple de parents, de nationalité malienne qui avaient refusé de soumettre leur fille mineure à la pratique de l'excision. La CRR a considéré comme établies les violences dirigées contre eux et le risque que leur enfant soit excisée contre leur volonté relevant que les plaintes déposées n'avaient jamais donné lieu à des poursuites effectives à l'encontre des responsables coutumiers qui les menaçaient (CRR, SR, 7 décembre 2001, *M. Sissoko et Mme Konate épouse Sissoko*, n° 361050 et n° 373077).

La qualification a été mise en œuvre dans une affaire intéressant une ressortissante tchadienne, originaire de la zone du Logogne oriental. La CRR a constaté l'absence de législation interdisant ou restreignant la pratique des mutilations génitales féminines au Tchad et relevé que dans la zone d'origine de l'intéressée des excisions tardives sur de grandes adolescentes peuvent être pratiquées sans que les autorités soient en mesure d'offrir une protection alors même que les jeunes femmes voudraient se soustraire à la pratique en cause. La qualité de réfugiée a en conséquence été reconnue à la requérante du fait de « son appartenance au groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines » (CRR, 30 mars 2004, *Mlle Ndiguimadji*, n° 03024643/454281).

Dans une autre affaire concernant une ressortissante sénégalaise d'origine wolof, devenue la seconde épouse d'un homme d'ethnie toucouleur, issu d'une grande famille maraboutique et dont elle avait eu deux filles, la CRR a constaté les persécutions infligées à la requérante par son époux en raison de son refus de soumettre ses filles à la pratique de l'excision et la carence des autorités, qui n'avaient pas donné suite à ses plaintes. Notant que si la pratique de l'excision est criminalisée depuis 1999 au Sénégal, la Commission a relevé la persistance

de cette pratique tout particulièrement chez les Toucouleurs et considéré que la requérante était exposée, du fait de son opposition à l'excision de ses filles, tant à des violences dirigées contre sa personne qu'au risque que ses enfants soit excisées contre sa volonté. La qualité de réfugié lui a été reconnue en considération de son appartenance à un certain groupe social (CRR, 22 février 2005, *Mme Diakhate*, n° 03026136/456133).

La qualification explicite de l'excision comme une persécution au sens des stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève apparaît, semble-t-il, dans une décision de 2005 alors que la décision des sections réunies *Diop Aminata* de 1991 énonçait cette qualification au conditionnel sans l'appliquer au cas d'espèce. L'affaire jugée en 2005 concernait une ressortissante du Mali, d'origine sarakolé et native de Nomo dans le cercle de Niore de Sahel, qui avait été soumise à la pratique de l'excision dans son enfance. Promise à 16 ans contre son gré à un notable polygame de plus de quarante ans son aîné, elle avait en outre refusé de se soumettre à une nouvelle excision, totale, exigée par son futur époux. Victime des pressions et menaces du milieu familial et des autorités coutumières locales, elle n'avait pu trouver de protection de la part des autorités maliennes, nonobstant des dispositions pénales répressives et l'existence d'un programme de lutte contre les mutilations génitales féminines, ces autorités demeurant tolérantes envers des pratiques enracinées dans les traditions. La CRR a jugé en conséquence que la requérante craignait « *avec raison, du fait de son appartenance au groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines, de subir, en cas de retour dans son pays d'origine, une nouvelle excision, préliminaire à un mariage forcé, laquelle constitue une persécution au sens des dispositions de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève* » (CRR, 16 juin 2005, *Mme Sylla*, n° 04018444/492440).

Les sections réunies de la Cour ont posé un considérant de principe synthétisant l'approche de la juridiction s'agissant de l'identification d'un groupe social au sens de la Convention de Genève dans le cas des personnes qui, dans leur pays d'origine, se sont opposées à la pratique de l'excision pour elles-mêmes ou refusé d'y soumettre leurs enfants. Les sections réunies ont jugé que « *dans les pays de forte prévalence de la pratique de l'excision, les personnes qui ont manifesté leur opposition à cette pratique pour elles-mêmes, ou refusé d'y soumettre leurs enfants mineures, ont ainsi transgressé les normes coutumières de leur pays d'origine et sont exposées de ce fait tant à des violences dirigées contre elles-mêmes qu'au risque de voir leurs filles mineures excisées contre leur volonté ; qu'elles peuvent être regardées comme pouvant craindre avec raison des persécutions du fait de leur appartenance à un certain groupe social au sens des stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève, lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'être protégées par les autorités publiques de leur pays* » (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mme Diarra épouse Kouyate*, n° 08019372/638891 et CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mlle Kouyate*, n° 08019455/639908).

Mais la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) a écarté l'application du principe à la fillette mineure née en France, considérant que du fait de son jeune âge elle ne relevait pas de ce motif conventionnel (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mlle Kouyate*,



n° 08019455/639908), ainsi qu'à la mère, estimant que les parents d'enfants nés en France, où l'excision est pénalement réprimée, ne peuvent être regardés comme appartenant à un groupe social par le seul fait qu'ils se sont abstenus de faire exciser leur enfant, cette abstention ne constituant pas une transgression des normes coutumières du pays d'origine de l'intéressée (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mme Diarra épouse Kouyate*, n° 08019372/638891).

Ces affaires ont fait l'objet de pourvois en cassation devant le Conseil d'État lequel devrait d'ici la fin de l'année prendre position sur le raisonnement juridique suivi par la Cour concernant l'articulation Convention de Genève/protection subsidiaire dans un tel cas de figure.

La protection accordée aux requérantes le sera sur le fondement de la protection subsidiaire. Cette jurisprudence est constante (CNDA, 29 juillet 2011, *Mme Sougoule épouse Sylla*, n° 11007300 et CNDA, 29 juillet 2011, *Mlle Sylla*, n° 11007301 pour des ressortissantes guinéennes). Le refus d'un mariage forcé est potentiellement constitutif de l'appartenance à un certain groupe social.

Dans une décision des sections réunies de 2004 la CRR a pour la première fois identifié un groupe social s'agissant d'une ressortissante pakistanaise, des femmes qui avaient voulu se soustraire à un mariage forcé (CRR, SR, 15 octobre 2004, *Mlle Nazia*, n° 03013967/444000). Au cas d'espèce les faits ont cependant été jugés non établis. Auparavant, la juridiction n'avait pas détecté « *un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève* » (CRR, 7 mai 2001, *Mlle Kebe*, n° 374178 ; CRR, 10 juin 2003, *Mme Bayo*, n° 414620).

La décision de 2004 comporte un considérant de principe transposable *mutatis mutandis* selon les pays et sociétés en cause, qui a fixé la jurisprudence de la Cour (CRR, SR, 15 octobre 2004, *Mlle Nazia*, n° 03013967/444000). La CRR a considéré que « *dans les conditions qui prévalent actuellement au Pakistan, l'attitude des femmes qui entendent se soustraire à des mariages imposés, est regardée par la société et les autorités comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur, ces femmes faisant de ce fait l'objet de graves violences infligées avec l'assentiment général de la population ; que, notamment, les auteurs de « crimes d'honneur » sont rarement poursuivis et n'encourent de la part des tribunaux inférieurs que des peines légères ; que les femmes refusant des mariages imposés constituent ainsi un groupe dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de la société pakistanaise, susceptibles d'être exposées à des persécutions contre lesquelles les autorités ne sont pas en mesure de les protéger* ».

Essentiel est ici le critère de transgression des coutumes et lois en vigueur qui apparaît un élément clé de la qualification du groupe social considéré comme il peut l'être dans les affaires de mutilations génitales féminines. La même approche a été suivie dans une affaire intéressant une ressortissante turque pour laquelle également, les faits ont été jugés non établis (CRR, SR, 4 mars 2005, *Mlle Tas*, n° 04015449/489014).

Les sections réunies ont reformulé le considérant de principe en 2005 dans une affaire concernant une ressortissante du Cameroun pour lui donner une expression transposable à toute affaire soulevant cette problématique : « *Considérant que les femmes qui entendent se soustraire à un mariage imposé, c'est-à-dire conclu sans leur libre et plein consentement, dont l'attitude est regardée par tout ou partie de la société de leur pays d'origine comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur, et qui sont susceptibles d'être exposées de ce fait à des persécutions contre lesquelles les autorités refusent ou ne sont pas en mesure de les protéger, doivent être regardées comme appartenant à un groupe social au sens des stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève ; que lorsque ces conditions ne sont pas réunies et notamment lorsque leur comportement n'est pas perçu comme transgressif de l'ordre social, ces femmes n'en demeurent pas moins susceptibles d'être exposées à des traitements inhumains et dégradants au sens des dispositions de l'article L. 712-1 b) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ». Le recours a été rejeté les faits étant considérés comme non établis (CRR, SR, 29 juillet 2005, *Mlle Tabe*, n° 04046266/519803).

Dans le cas d'une ressortissante mongole dont le mariage lui avait été imposé la CRR, considérant que la législation nationale interdisait la pratique des mariages forcés, en a déduit que l'intéressée n'avait pas transgressé des coutumes et lois en vigueur et que, partant, ses craintes n'avaient pas pour origine son appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève (CRR, 7 octobre 2005, *Mme Dolgor*, n° 05009510/535458).

L'appartenance à un groupe social a en revanche été admise par la CNDA dans le cas d'une ressortissante de Guinée Conakry, appartenant à la communauté peule de Conakry, qui avait été contrainte d'épouser un imam polygame puis soumise à des violences et à une vie recluse. La Cour a constaté, d'une part, que les dispositions du code civil guinéen exigeant le consentement de la femme pour le mariage et la législation pénale qualifiant de délit le mariage forcé n'étaient pas respectées dans la communauté peule et, d'autre part, que l'attitude des femmes peules d'origine musulmane qui entendent se soustraire à des mariages imposés était regardée par la société comme transgressive à l'égard des coutumes et du droit islamique. Constatant que la requérante avait été victime de persécutions infligées avec l'assentiment général de la population sans pouvoir se réclamer de la protection des autorités – la qualité d'imam de son époux rendant d'autant plus vaine l'espoir d'une protection – la CNDA a estimé que « *les femmes qui comme la requérante refusent des mariages imposés, constituent ainsi un groupe dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de cette partie de la société guinéenne, susceptibles d'être exposées à des persécutions, sans pouvoir se réclamer de la protection des autorités* » et reconnu à la requérante la qualité de réfugié sur ce fondement (CNDA, 5 décembre 2008, *Mme Bah*, n° 620881).

Le Conseil d'État, dont les décisions sont cependant rares sur cette question, paraît avoir refusé la qualification d'appartenance à un certain groupe social dans le cas des femmes s'étant opposées à un mariage forcé et ayant ainsi transgressé une norme coutumière. Dans une affaire concernant une ressortissante turque,

d'origine kurde et de religion alévie, qui formait un pourvoi contre une décision de la CRR qui lui avait accordé la protection subsidiaire et refusé la reconnaissance de la qualité de réfugié, le Conseil d'État a rejeté le recours. Considérant la situation de la requérante, veuve d'un compatriote de religion sunnite s'étant heurtée à sa belle-famille qui voulait la remarier avec son beau-frère, le Conseil d'État a jugé, aux conclusions contraires de son rapporteur public, M. Julien Boucher, que la CRR n'avait pas commis d'erreur de droit en estimant que l'intéressée était confrontée à un conflit ayant un caractère individuel ne caractérisant pas l'appartenance à un groupe social au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève (CE, 3 juillet 2009, *Mme Demir*, n° 294266).

Quoique silencieux sur la notion de groupe social, l'arrêt semble marquer un refus de l'approche du rapporteur public lequel, dans des conclusions, nourries de références aux jurisprudences étrangères, en particulier des juridictions du Canada, du Royaume-Uni et d'Australie⁸ et à la directive 2004/83/CE, indiquait partager la position des sections réunies de la CRR dans la décision *Mlle Tabe* du 29 juillet 2005, selon laquelle constituent un groupe social, en particulier, « *les femmes qui entendent se soustraire à un mariage imposé, [...] dont l'attitude est regardée par tout ou partie de la société de leur pays d'origine comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur* ». M. Boucher faisait grief à la CRR de ne pas avoir identifié le caractère transgressif du comportement au vu du contexte local et social et proposait la cassation pour erreur de droit et le renvoi à la Cour.

Cette solution sur laquelle le rapporteur public et le juge de cassation ont eu une appréciation divergente a quelques difficultés à s'imposer à la CNDA, des décisions continuant de reconnaître la qualité de réfugié à des femmes victimes d'un mariage imposé. Ainsi, dans le même contexte turc, la CNDA a appliqué sa jurisprudence dans le cas d'une ressortissante turque, d'origine kurde et originaire de la province de Bingol qui avait été victime d'agressions et de mauvais traitements pour avoir refusé de se soumettre à un mariage imposé, jugeant qu'une telle attitude était perçue comme transgressive des coutumes prévalant dans certaines zones rurales de la partie orientale du pays après avoir constaté l'absence de protection des autorités, pour reconnaître la qualité de réfugié en considération de l'appartenance de l'intéressée à un groupe social (CNDA, 28 septembre 2009, *Mlle Atan*, n° 08017164/636702).

Le Conseil d'État a cependant encore jugé en 2011, écartant expressément le motif conventionnel, que les mauvais traitements infligés à une requérante par ses demi-frères et le mariage qu'ils lui avaient imposé caractérisaient « *un conflit familial à caractère individuel et non des craintes fondées sur l'appartenance à un groupe social victime de persécutions* » au sens de la Convention de Genève, censurant une erreur de droit de la CNDA (CE, 7 décembre 2011, *OFPR A c./ Mlle Sever*, n° 348228).

8. Arrêt de la Cour suprême du Canada *Ward* rendu en 1993 par ([1993] 2 RCS 689), arrêt de la Haute Cour d'Australie *Applicant A.* rendu en 1997 ([1997] HCA 4) et arrêt de la Chambre des Lords britannique du 25 mars 1999 *Islam et Shah* ([1999] 2 WLR 1015).



L'appartenance reconnue à un certain groupe social en considération de l'orientation sexuelle

Dans la décision *Ourbih*, concernant un ressortissant algérien, le Conseil d'État a admis que la situation des transsexuels peut être constitutive d'un groupe social au sens de la Convention de Genève et renvoyé à la CRR l'examen de la situation des intéressés en Algérie en vue de déterminer, au vu des éléments qui lui seraient soumis à cet égard sur la situation des transsexuels en Algérie, si ceux-ci permettent de regarder les intéressés comme constituant un groupe dont les membres seraient, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société du pays considéré, susceptibles d'être exposés à des persécutions (CE, 23 juin 1997, *M. Ourbih*, n° 171858).

Dans ses conclusions sur cette affaire le commissaire du gouvernement, M. Jean-Denis Combrexelle, a formulé une définition du groupe social indiquant que « [l]e groupe social apparaît dans ces conditions comme un ensemble d'individus, définis par des caractéristiques communes inhérentes à la personne, qu'une société, dans un contexte historique donné, désigne pour appliquer des mesures de caractère discriminatoire. Pour justifier l'application de la Convention de Genève, ces mesures discriminatoires doivent être d'une gravité extrême puisqu'elles doivent être constitutives de persécutions organisées, encouragées ou tolérées par les autorités publiques ». Il proposait au Conseil d'État de juger que « les transsexuels ne constituent un groupe social que dans les pays où leur spécificité sexuelle est perçue comme justifiant l'application de mesures particulières de persécution » et estimait que les transsexuels ne faisaient pas l'objet de persécutions en Algérie, point sur lequel il n'a pas été suivi.

La CRR a suivi l'approche tracée par le Conseil d'État et reconnu à son tour la qualité de réfugié à des homosexuels, notamment algériens.

Dans l'affaire *Djellal*, ressortissant algérien, jugée en sections réunies, la CRR a relevé que « dans les conditions qui prévalent actuellement en Algérie, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur sont, de ce fait, exposées tant à l'exercice effectif de poursuites judiciaires sur le fondement des dispositions du code pénal qui répriment l'homosexualité qu'à des mesures de surveillance policière et à des *brimades* ». Constatant les interpellations, violences, *brimades*, menaces, mesures de surveillance policière et poursuites judiciaires dont l'intéressé avait été victime en raison de son orientation sexuelle, elle a jugé que le requérant avait des craintes fondées de persécution liées à son appartenance à un groupe social (CRR, SR, 12 mai 1999, *M. Djellal*, n° 98006017/328310). L'exigence d'une manifestation ostensible de la caractéristique protégée a été censurée par le Conseil d'État en juillet 2012 (CE, 27 juillet 2012, *M. Mbwene*, n° 349824).

Dans le cas d'une ressortissante moldave, la CRR a constaté en revanche l'abrogation de la législation réprimant l'homosexualité et l'absence de manifestation ostensible de son homosexualité – condition censurée par le Conseil d'État – et jugé que la requérante n'appartenait pas à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social pour rejeter le recours (CRR, 25 mars 2005, *Mlle Grisciuc*, n° 04039953/513547).



La qualité de réfugié sur le fondement de l'appartenance à un certain groupe social a été reconnue à un ressortissant russe originaire de Perm qui avait été victime de persécutions en raison de son orientation sexuelle et subi des pressions et un harcèlement judiciaire des autorités de la ville en raison de ses activités militantes, la CRR ayant relevé que les poursuites judiciaires dont l'intéressé avait fait l'objet étaient mises en œuvre dans la région de Sverdlosk, dont il était originaire, malgré la dépénalisation de l'homosexualité en Fédération de Russie (CRR, 21 octobre 2005, *M. Klylov*, n° 04020851/495394).

La jurisprudence de la CNDA est intéressante s'agissant de la reconnaissance potentielle d'un groupe social en ce qui concerne la situation des homosexuels en Turquie, en ce qu'elle montre que les situations doivent être appréciées précisément dans la situation concrètement vécue par le demandeur d'asile. Ainsi, dans une affaire concernant un ressortissant turc d'origine kurde en provenance de la province d'Erzurum, la CNDA a estimé que les membres de la communauté homosexuelle en Turquie, nonobstant l'absence de répression pénale de l'homosexualité dans le pays, bénéficiaient « *difficilement d'une protection juridique effective ; qu'elles peuvent être soumises à des humiliations et à des comportements discriminatoires, voire violents susceptibles d'aller jusqu'au crime d'honneur, tant de la part de la population civile que des représentants de l'ordre public, et face auxquels les autorités judiciaires peuvent se montrer passives, voire tolérantes, y compris pénalement* ». Elle a accordé le statut de réfugié au requérant sur le fondement de son appartenance au groupe social identifié (CNDA, 21 juin 2010, *M. Saglam*, n° 09018368).

A l'inverse, une autre formation de jugement, saisie du recours d'un autre ressortissant turc d'origine kurde, a admis que le requérant avait pu avoir des difficultés à vivre son homosexualité dans son village d'origine dans le contexte qui prévaut à l'égard des homosexuels au sein de la communauté kurde. Mais, constatant que l'intéressé résidait depuis 2004 à Istanbul sans y être inquiété selon ses propres déclarations et que les personnes homosexuelles trouvaient dans la capitale turque une représentation ouverte et ne semblaient pas faire l'objet de discriminations systématiques, la CNDA a rejeté le recours (CNDA, 5 juin 2012, *M. Cakar*, n° 11004265).

L'identification d'un groupe social s'agissant des personnes homosexuelles a été reconnue dans le cas d'un ressortissant camerounais qui avait été arrêté, détenu et soumis à des sévices ainsi qu'à des menaces de mort par les notables du village en raison de son orientation sexuelle. La CNDA a constaté qu'existe au Cameroun une législation répressive sanctionnant l'homosexualité et considéré que la situation des homosexuels dans le pays permettait de les regarder comme un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe dont les membres sont, en raison de caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société camerounaise, susceptibles d'être exposés à des persécutions (CNDA, 10 janvier 2011, *M. Noumbo*, n° 09012710).

Les décisions du Conseil d'État précédemment commentées, *Mbwene* et *Tumurtsetseg*, de juillet 2007, confirment la pertinence de l'appréhension des persécutions dont peuvent être victimes les personnes homosexuelles sous

l'angle de l'appartenance à un certain groupe social au sens de la Convention de Genève (CE, 27 juillet 2012, *M. Mbwene*, n° 349824 ressortissant de République démocratique du Congo et CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c/ Mlle Tumurtsetseg*, n° 342552, ressortissante de Mongolie).

L'appartenance reconnue à un certain groupe social dans le cas d'un albinos

Saisie du cas d'un ressortissant malien d'ethnie bambara, albinos et originaire de Dogoni, la CRR a identifié l'existence d'un groupe social constitué de ces personnes jugées particulièrement vulnérables. La CRR a constaté que l'intéressé avait été victime d'ostracisme et de rejet de la part de la société ainsi que de la convoitise des féticheurs à l'égard des albinos en raison de vertus magiques et thérapeutiques attribuées à la peau et aux organes des albinos. Relevant par ailleurs l'absence au Mali de mesures légales protectrices en faveur des albinos, l'importance des traditions et coutumes, notamment au sein de l'ethnie bambara et que le requérant n'avait pu obtenir de protection des autorités, la CRR a jugé ses craintes de persécutions fondées et lui a accordé le statut de réfugié sur le fondement de son appartenance au groupe social de personnes vulnérables ici caractérisé (CRR, 10 juin 2005, *M. Traore*, n° 04041269/514926).

L'existence reconnue d'un groupe social s'agissant des enfants naturels en Afghanistan

Dans une décision isolée, la CNDA a identifié l'existence d'un groupe social dans le cas d'un enfant naturel, ressortissant d'Afghanistan (CNDA, 11 mai 2007, n° 592688).

4. La reconnaissance d'un groupe social refusée par le juge français de l'asile

L'absence de groupe social des victimes de la catastrophe nucléaire de Tchernobyl

Le Conseil d'État a approuvé la position de la CRR dans une affaire dans laquelle celle-ci avait considéré que les victimes de la catastrophe nucléaire de Tchernobyl ne constituaient pas un « groupe social » au sens des stipulations de la Convention de Genève, l'absence de perception sociale des intéressés en tant que groupe ayant sans doute conduit le juge de cassation à cette appréciation (CE, 15 mars 2000, *Mme Drannikova*, n° 185837).

L'appartenance à un groupe social refusée aux parents opposés aux politiques de planning familial en Chine et aux enfants nés en méconnaissance de la législation

Dans les années 1990, le Conseil d'État a estimé que les pratiques forcées de stérilisation et/ou d'interruption de grossesse ne constituaient pas des persécutions.

Dans une affaire concernant une ressortissante chinoise, saisi en cassation d'une décision de la CRR, le Conseil d'État a estimé que celle-ci avait pu « relever, sans erreur de droit, que la politique de limitation des naissances pratiquée en Chine ne suffisait pas à justifier l'attribution à l'intéressée du statut de réfugié, en l'absence de craintes individuelles fondées d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». Il a en outre explicitement écarté le motif tiré de l'appartenance à un certain groupe social jugeant que « le fait pour la requérante d'être mère de cinq



enfants ne saurait, nonobstant les risques de répression auxquels elle est exposée de ce fait, la faire regarder comme appartenant à un groupe social particulier au sens des stipulations (...) de la Convention de Genève » (CE, 29 décembre 1993, Mme Cheng, n° 103545).

Dans une précédente décision le Conseil d'État avait également confirmé la position de la CRR laquelle avait estimé, s'agissant d'un ressortissant chinois, que l'opposition dont le requérant se prévalait à l'encontre de la mise en oeuvre dans sa province d'origine de la politique générale de limitation des naissances n'était pas de nature à lui faire craindre des persécutions et jugé en outre que la CRR n'avait pas commis d'erreur de droit en considérant que « *l'existence d'une politique de limitation de naissances dans le pays d'origine [du requérant] ne suffisait pas, en l'absence de craintes individuelles fondées, à justifier l'attribution à l'intéressé du statut de réfugié* » (CE, 24 juin 1992, M. Zhou, n° 106473). La décision n'avait pas formellement pris position sur le motif conventionnel mais confirmé le rejet en l'absence de craintes personnelles de persécutions.

Sans se prononcer sur le motif de l'appartenance à un certain groupe social, la CRR, en sections réunies, a adopté en 1994 une position analogue niant que des mesures générales adoptées par un État dans le cadre d'une politique de planning familial, comme en l'espèce en Chine, puissent être qualifiées de persécutions (CRR, SR, 19 avril 1994, Wu, n° 218361). La CRR a jugé « *que l'existence d'une législation sur le contrôle des naissances de caractère général et non discriminatoire en République Populaire de Chine ne suffit pas pour reconnaître la qualité de réfugié à un requérant en l'absence de persécutions ou de craintes de persécutions personnelles fondées sur l'un des motifs mentionnés dans les stipulations (...) de la Convention de Genève* ». La décision ajoutait par ailleurs que la requérante n'avait pas fondé ses allégations sur l'un des motifs conventionnels, ce qui ne manquerait sans doute pas d'être fait aujourd'hui.

Dans un autre cas de figure, une requérante, ressortissante de la République populaire de Chine, alléguait des persécutions dérivées des circonstances de sa naissance, en violation par ses parents de la législation sur le contrôle des naissances – ce qui n'était pas discuté. La CRR a considéré que les persécutions alléguées à savoir le refus systématique des autorités chinoises de l'inscrire sur les registres de l'état civil n'était pas établi, l'intéressée ayant suivi une scolarité normale, non plus que la détention de ses parents. Elle a douté du montant, exorbitant, de l'amende que ses parents auraient payée, et implicitement jugé que les enfants chinois nés en méconnaissance de la législation sur le contrôle des naissances ne pouvaient être regardés comme membres du groupe social ainsi identifié (CRR, SR, 28 février 2003, Mlle Wang, n° 02006495/404411).

La CRR ne s'est en fait pas explicitement prononcée sur la question de l'existence d'un groupe social des parents – et des enfants nés en infraction à la législation sur le planning familial. L'étude susmentionnée menée sous l'égide du HCR note que les tribunaux et les instances administratives ont, dans l'ensemble, tendance à considérer que les mesures de contrôle de la population sont des politiques sociales autorisées qui ne peuvent donc être qualifiées de persécutions. La question divise les juges. Au Canada, dans une affaire *Chan*, le juge La Forest a estimé, suivant

l'approche des « *caractéristiques protégées* » que les requérants chinois s'opposent aux pratiques coercitives de planning familial pourraient constituer un certain groupe social au sens de la Convention de Genève (*Chan c. Canada* [Ministre de l'emploi et de l'immigration] 1995, 3 SCR 593, p. 642-6). Cette approche a été critiquée par le juge australien Dawson dans une affaire *Applicant A.* considérant que le raisonnement du juge La Forest permettrait à la persécution de définir le groupe social sans qu'une caractéristique commune puisse être identifiée chez les parents non plus qu'une perception particulière de la part de la société à l'endroit des intéressés (*Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Haute Cour d'Australie, 1997, 190 CLR 225 ; 142 ALR 331). Il a également pu être relevé que considérer l'opposition aux politiques de planning familial comme constitutives d'un certain groupe social, qui se fonde en fait sur le droit à la procréation, pourrait conduire à découvrir des groupes sociaux pour chaque droit de l'homme qui serait violé.

Le refus d'identifier un groupe social s'agissant de la condition faite aux femmes dans un pays déterminé

D'autres décisions rendues par la CRR dans les années 1990 montrent une position défavorable à l'identification d'un groupe social en considération de la condition féminine telle qu'elle peut être dans un pays.

L'identification d'un groupe social au sens de la Convention de Genève a ainsi été déniée, par les sections réunies de la CRR, à une ressortissante d'Algérie invoquant, selon les visas de la décision, des craintes liées à son mode de vie à l'occidentale et l'appartenance au groupe social des « *femmes algériennes, modernistes et francophones, occidentalisées, instruites, exerçant une activité professionnelle et qui, venant d'une zone placée sous le contrôle du Fonds Islamique du Salut, ne peuvent demander la protection des autorités* ». La décision énonce une position de principe selon laquelle : « *les dispositions de la législation interne algérienne qui régissent le sort des femmes en Algérie s'appliquent sans distinction à l'ensemble des femmes de ce pays ; le fait que certaines d'entre elles entendent les contester ne permet pas de regarder que ces dernières appartiennent, pour cette seule raison, à un groupe social particulier au sens des stipulations précitées de la Convention de Genève* », la CRR estimant donc que l'appartenance à un tel groupe ne peut dépendre du comportement d'une personne face à la législation en vigueur dans son pays d'origine (CRR, SR, 22 juillet 1994, *Mlle Elkébir*, n° 237939). Une réponse identiquement motivée a été faite à une ressortissante d'Afghanistan faisant valoir son comportement éloigné de la société traditionnelle (CRR, 23 novembre 1998, *Mme Ayoubi*, Recueil CRR, p. 38).

Dans la décision *Elkébir*, les sections réunies vraisemblablement mal à l'aise vis-à-vis de la requérante dont elles avaient reconnu qu'elle avait été victime de menaces et de violences répétées de la part d'islamistes, se sont fondées sur l'absence de protection des autorités, regardées comme ayant toléré volontairement les agissements répréhensibles, pour considérer que l'intéressée avait des craintes fondées d'être soumise à des persécutions en cas de retour dans son pays et lui accorder le statut de réfugié, « *dans les circonstances propres à l'espèce* », sans préciser sur le fondement de quel motif conventionnel. Le « *manque d'audace* » de



la CRR a pu être regretté par un commentateur qui évoquait aussi les risques d'une définition trop large du groupe social (commentaire de la décision par Francis Mallol, AJDA, 1995, p. 52).

Le contexte algérien de la décennie 1990 doit ici être rappelé. Une circulaire du ministre de l'intérieur du 22 décembre 1993 recommandant aux préfets d'examiner avec bienveillance les demandes de séjour émanant d'Algériens avait amorcé le dispositif de l'asile territorial, ensuite introduit par l'article 36 de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile⁹, pour l'étranger établissant que sa vie était menacée dans son pays ou qu'il était exposé à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, le dispositif ayant un caractère subsidiaire par rapport à la protection internationale prévue par la Convention de Genève.

Par ailleurs, on peut douter qu'en 2012, considérant les réflexions engagées autour de la notion de genre, notamment dans le cadre de la directive « Qualification » dans sa rédaction de 2004 et davantage encore dans celle de 2011, et également le dispositif de la protection subsidiaire, l'approche du juge serait quelque peu différente. Au demeurant, l'asile constitutionnel a ainsi été ponctuellement accordé à des femmes dont le comportement, émancipé et opposé au rôle confiné correspondant à la société traditionnelle dans laquelle elles vivaient, a été qualifié d'action en faveur de la liberté ce qui dénote un assez radical changement d'approche au regard de la situation qui peut être faite à la généralité des femmes dans certains pays (CNDA, 4 janvier 2011, *Mme Hashemi*, n° 10000337 pour une ressortissante iranienne dont le comportement et la tenue vestimentaire étaient considérés dans son pays comme contrevenant à la morale et aux prescriptions islamiques ; CNDA, 23 février 2011, *Mme Bint Hamady*, n° 10012782 pour une ressortissante mauritanienne, écrivain et journaliste, qui avait dénoncé les fondements de la société mauritanienne qualifiés par elle « d'archaïsmes sociaux et religieux »).

Le refus de reconnaître un groupe social dans le cas de personnes exposées à des pratiques de scarification

Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État a validé une décision, concernant une ressortissante du Bénin, par laquelle la CRR avait refusé de considérer que la requérante, qui voulait que ses filles échappent aux pratiques de scarification sur le visage en cours dans son ethnie, appartenait du fait de la situation de ses enfants à un groupe social exposé à des persécutions au sens de la Convention de Genève. La CRR avait estimé que l'intéressée pouvait se soustraire à ces coutumes ancestrales et jugé non établie la tolérance volontaire des autorités béninoises à l'égard de persécutions d'origine privée (CE, 12 janvier 2007, *Mlle Capo Chichi*, n° 267180).

9. Article 36 : « Il est ajouté, dans la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 précitée, un article 13 ainsi rédigé :
Article 13. - Dans les conditions compatibles avec les intérêts du pays, l'asile territorial peut être accordé par le ministre de l'intérieur après consultation du ministre des affaires étrangères à un étranger si celui-ci établit que sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. / Les décisions du ministre n'ont pas à être motivées. / Un décret en Conseil d'État précisera les conditions d'application du présent article. »

Le refus de considérer l'appartenance à une institution telle que l'armée, la police, les services secrets ou la magistrature comme relevant de la notion conventionnelle de groupe social

Les décisions rendues par le Conseil d'État en juillet 2010 retiennent particulièrement l'attention en ce qu'elles appréhendent la notion de groupe social en tenant compte des dispositions de droit de l'Union européenne. Le Conseil d'État avait cependant déjà pris position sur la qualification potentielle d'appartenance à un groupe social au sens conventionnel s'agissant de membres d'une institution pour la dénier par principe.

L'identification d'un groupe social a été refusée dans le cas d'un requérant, ancien engagé en France dans la Légion étrangère. Le Conseil d'État, après avoir indiqué que les services ainsi accomplis, quels que soient les inconvénients qui pourraient en résulter en cas de retour dans son pays, ne créaient aucun droit à l'obtention de la qualité de réfugié, a considéré que l'engagement dans la Légion étrangère ne saurait être regardé comme l'appartenance à un certain groupe social visé par la Convention de Genève (CE, 19 février 1982, *M. Khan*, n° 30251).

Dans les affaires jugées en 2010, concernant des ressortissants d'Afghanistan, considérant le motif conventionnel à la lumière des dispositions de l'article 10 d) de la directive 2004/83/CE, le Conseil d'État a jugé que la seule appartenance à une institution telle que l'armée, la police, les services secrets ou la magistrature, qui est créée par l'État, ne peut être assimilée à l'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève. Il estime par ailleurs que « *les opinions politiques susceptibles d'ouvrir droit à la protection ne peuvent être regardées comme résultant d'un engagement au sein d'une institution de l'État que lorsque celle-ci subordonne l'accès des personnes à un emploi en son sein à une adhésion à de telles opinions, ou agit sur leur seul fondement, ou combat exclusivement tous ceux qui s'y opposent* » (CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669 ; CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Habibi*, n° 323671 ; CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669 ; CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ M. Habibi*, n° 323671).

Combinant l'appréciation des deux motifs conventionnels – opinions politiques et appartenance à un certain groupe social – il en déduit que « *l'engagement dans une police régulière d'un État ne saurait constituer en lui-même, hormis dans les cas ci-dessus rappelés, ni l'expression d'opinions politiques, ni l'appartenance à un groupe social* » (CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669). Il juge de même que « *l'engagement dans une armée régulière ne saurait constituer en lui-même, hormis dans les cas ci-dessus rappelés, ni l'expression d'opinions politiques, ni l'appartenance à un groupe social* » (CE, 14 juin 2010, *OFPRA c./ M. Habibi*, n° 323671).

Le rapporteur public dans ces affaires, M. Julien Boucher, notait dans ses conclusions que cette approche a également été celle de juridictions américaines qui avaient dénié l'application du motif conventionnel du groupe social dans le cas d'un militaire de l'armée du Guatemala (Cour d'appel, 9^{ème} circuit, 13 février 1991, *M. Arriaga-Barrientos*, 937 F. 2d 411) et d'un policier péruvien craignant des représailles de la part de la guérilla du Sentier lumineux (Cour d'appel, 9^{ème} Circuit, 15 novembre 2000, *Cruz-Navarro*, 232 F. 3d 1024). Il relevait néanmoins que



certaines juridictions de *Common Law* distinguent, s'agissant des agents d'autorité, selon qu'est en cause leur appartenance présente ou passée à l'appareil d'État. Il citait, entre autres exemples, une affaire jugée en 2006 concernant un ancien membre des services du procureur général de Colombie dans laquelle le juge Posner estimait que le groupe social auquel appartenait le requérant était constitué par les anciens employés des services du procureur général, groupe dont l'intéressé ne pouvait démissionner, et non par ses employés actuels (Cour d'appel fédérale américaine, 7^{ème} Circuit, 2 octobre 2006, *M. Sepulveda*, 464 F.3d 770). Le rapporteur public signalait qu'une approche semblable pouvait être décelée dans certaines décisions de la CRR, citant le cas d'un ancien officier de l'armée royale laotienne (CRR, 20 décembre 1985, n° 28154).

M. Boucher partageait la position du *Board of Immigration Appeals* (Commission américaine des appels en matière d'immigration), dans sa décision de principe rendue en 1988, jugeant que « *les policiers sont par nature des agents publics qui incarnent l'autorité de l'État. Ainsi que tous les policiers à travers le monde en ont fait l'expérience, ils sont souvent attaqués soit parce qu'ils sont (ou sont perçus comme) des extensions des forces armées du gouvernement ou simplement parce qu'ils sont des incarnations très visibles du pouvoir de l'État* »¹⁰, sans que cela ne les rende pour autant éligibles au statut de réfugié (*BIA Matter of Fuentes* 19 I. & N. Dec. 658 [BIA 1988]).

Jugeant définitivement les deux affaires après avoir convoqué les intéressés à l'audience, le Conseil d'État, considérant l'engagement invoqué par M. Akhondi comme informateur dans les services secrets afghans et les menaces qu'il aurait subies de la part des Talibans après que ceux-ci aient découvert sa mission, confirme que « *le seul fait, à le supposer avéré, qu'il ait appartenu aux services secrets afghans et qu'il ait subi des menaces à ce titre ne peut en tout état de cause pas être assimilé à l'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève* ». Il écarte également le motif politique invoqué estimant « *qu'il ne ressort pas non plus des déclarations de l'intéressé faites lors de l'audience d'instruction que son engagement dans les services secrets correspondrait à l'expression d'une opinion politique au sens de la même convention, ni que les services secrets afghans fonctionnent de façon telle qu'y appartenir puisse être regardé comme révélant une opinion ou un engagement politique* » (CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c./ M. Akhondi*, n° 323669).

L'approche est identique dans la seconde affaire. Examinant l'engagement allégué par M. Habibi dans l'armée nationale afghane comme simple soldat ultérieurement promu au grade de sous-officier et les menaces alléguées de la part des Talibans, confirme que « *le seul fait, à le supposer avéré, qu'il ait appartenu à l'armée nationale afghane et qu'il ait subi des menaces à ce titre ne peut en tout état de cause pas être assimilé à l'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève* ». Il refuse aussi la qualification d'opinions politiques jugeant « *qu'il ne ressort pas non plus des déclarations de l'intéressé faites lors*

10. Le texte original est le suivant : "Policemen are by their very nature public servants who embody the authority of the state. As policemen around the world have found, they are often attacked either because they are (or are viewed as) extensions of the government's military forces or simply because they are highly visible embodiments of the power of the state."



de l'audience d'instruction son engagement dans l'armée nationale afghane, qu'il qualifie de « patriotique », correspondrait à l'expression d'une opinion politique au sens de la même convention, ni que les conditions de recrutement, d'action et de fonctionnement de l'armée afghane soient telles qu'elles puissent faire regarder l'engagement en leur sein comme traduisant une opinion politique » (CE, 27 juillet 2012, OFPRA c./ M. Habibi, n° 323671).

5. L'octroi de la protection subsidiaire à défaut de groupe social identifié

L'approche du groupe social refusée pour les fillettes, nées en France, exposées à l'excision en cas de départ vers le pays d'origine de leurs parents et l'octroi de la protection subsidiaire

La CNDA a pris position, en sections réunies, sur la question des risques potentiellement encourues par ces fillettes. Elle a écarté l'application de la protection conventionnelle dans toutes les affaires de ces requérantes mineures, nées en France de parents originaires de différents pays d'Afrique, alléguant, par la voix de leurs parents (père et/ou mère), le risque d'être exposées à l'excision en cas de retour dans le pays d'origine de leurs parents. Il apparaît néanmoins dans bien des cas que ces jeunes requérantes courent le risque d'être soumises, selon le pays, la région et la communauté d'origine de leurs parents, à la pratique de l'excision dans ledit pays sans pouvoir bénéficier de la protection des autorités souvent du fait de la prégnance de pratiques ancestrales, que les autorités, même si elles ont adopté, sous l'insistance des organisations internationales, des législations réprimant les mutilations génitales féminines, et conduisent le cas échéant des programmes visant à lutter contre ces pratiques, ne parviennent pas à combattre utilement.

La CNDA, en sections réunies, a qualifié la pratique de l'excision de traitement inhumain ou dégradant et considéré qu'une jeune requérante du Mali risquait d'être soumise dans son pays à cette pratique sans pouvoir bénéficier de la protection des autorités. La Cour a relevé que le père de la requérante avait menacé de retourner avec sa fille au Mali et que sa mère, victime de violences conjugales, ne disposait pas d'un titre de séjour en France. La protection subsidiaire a été accordée à l'intéressée au titre de l'article L. 712-1 b) du CESEDA (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mlle I.A. Kouyate*, n° 08019455/639908).

S'agissant de la mère de la jeune requérante malienne, d'origine malinké et de confession musulmane, qui avait été excisée dans son enfance et ne voulait pas que sa fille soit soumise à cette pratique, les sections réunies ont estimé que le risque pour cette requérante, parent de l'enfant, que cette dernière soit soumise à la pratique de l'excision n'est pas constitutif, pour le parent, d'un traitement inhumain ou dégradant justifiant l'octroi, à titre personnel, de la protection subsidiaire. Mais constatant que par décision du même jour la juridiction accordait le bénéfice de la protection subsidiaire à ses filles sur le fondement de l'article L. 712-1 b) du CESEDA, la Cour a jugé de façon prétorienne que la protection subsidiaire devait être étendue à la mère, sauf si sa présence constituait une menace pour l'ordre public, ce qui ne ressortait pas des pièces du dossier, en l'absence de dispositions législatives octroyant de plein droit un titre de séjour à la mère de l'enfant mineur bénéficiaire de la protection subsidiaire (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mme Diarra épouse Kouyate*, n° 08019372/638891).



Des décisions du même jour ont suivi ce même raisonnement (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mme Fatim Fofana*, n° 637716 ; CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mlle Khadija Leila Darbo*, n° 637717).

Dans le même type de situations, c'est-à-dire de requérantes mineures nées en France, filles de parents originaires de pays d'Afrique concernés par les mutilations génitales féminines et alléguant le risque d'être soumises à la pratique de l'excision en cas de retour dans le pays d'origine de leurs parents, la Cour a précisé sa jurisprudence en considération de la situation des parents du point de vue de leur droit au séjour en France et de leur comportement s'agissant de la pratique de l'excision, le risque encouru par l'enfant mineur devant être apprécié concrètement au regard de sa situation juridique et donc des modalités de la garde dont il fait l'objet par ses parents ou l'un d'eux.

Saisie du cas d'une ressortissante de Guinée mineure née en France, la CNDA a ainsi relevé que le père de l'intéressée disposait d'un titre de séjour régulier en France, qu'il avait exprimé son opposition à la pratique de l'excision, n'entendait pas retourner dans son pays et n'avait pas manifesté d'intérêts contraires à ceux de sa fille et estimé que le contexte familial était suffisant pour permettre de considérer que la requérante bénéficiait actuellement d'une protection suffisante de la part de ses parents qui, n'envisageant pas de quitter la France, assurent eux-mêmes sa protection. La Cour a donc refusé d'accorder la protection subsidiaire à la requérante mais réservé la possibilité pour celle-ci d'en solliciter à nouveau le bénéfice si la protection dont elle bénéficie actuellement n'était plus assurée (CNDA, 29 juillet 2011, *Mlle Sylla*, n° 11007301).

Une réponse semblable a été faite à la mère de cette fillette, ressortissante de Guinée, d'origine mandingue, qui résidait à Conakry et avait été excisée à l'âge de neuf ans, la Cour reprenant les constatations faites s'agissant de la situation, du comportement et des intentions ici du conjoint de l'intéressée pour juger le contexte familial suffisamment protecteur pour l'enfant du fait de ses parents. Refusant d'accorder la protection subsidiaire à la mère, la Cour a là aussi réservé la possibilité pour la requérante de solliciter à nouveau le bénéfice de la protection, pour elle et son enfant mineure, si la protection dont bénéficie actuellement son enfant n'était plus assurée (CNDA, 29 juillet 2011, *Mme Sougoule épouse Sylla*, n° 11007300).

Une démarche analogue a été suivie dans une affaire concernant les enfants d'une ressortissante du Sénégal d'origine diakhanké alléguant son opposition à la pratique de l'excision à laquelle elle avait été soumise dans son pays et ses craintes que ses filles, nées en France, soient exposées à cette pratique en cas de retour au Sénégal. La Cour a constaté que le père des enfants, qui les avait reconnues, exerçait conjointement avec la mère l'autorité parentale, s'était déclaré opposé à la pratique de l'excision et était titulaire d'une carte de résident valable jusqu'en 2015, permettant à ses enfants de bénéficier d'un séjour autorisé sur le territoire français. La Cour a jugé les menaces d'excision auxquelles seraient exposées les enfants en cas de retour au Sénégal non établies et rejeté le recours. Elle a par ailleurs jugé les allégations formulées à l'audience relatives au mariage forcé auquel la requérante aurait été soumise dans son pays et à l'état de polygamie

dans lequel vivrait le père des enfants en France sans incidence sur l'analyse de la situation personnelle des mineures intéressées (CNDA ,22 novembre 2011, *Mlle Sylla et Mlles Sylla*, n° 11005782, 11005783 et 11005784).

En revanche, dans une décision récente intéressant une ressortissante du Mali, d'origine soninké et de confession musulmane, mère d'une fillette née en France en 2000, à laquelle l'OFPRO avait opposé que le père exerçait l'autorité parentale et était titulaire d'une carte de résident, la Cour a constaté, au vu des pièces du dossier, notamment des attestations produites et des déclarations de la mère, que son concubin l'avait abandonnée depuis plusieurs années elle et ses deux enfants et que rien au dossier n'indiquait que le père aurait exprimé une quelconque opposition à la pratique de l'excision. Considérant que la situation du père au regard du droit au séjour ne garantissait en rien que l'enfant mineur n'encourait pas un risque d'être excisée au cas où elle serait emmenée au Mali, la Cour a accordé la protection subsidiaire à l'enfant et à sa mère, conformément à la jurisprudence (CNDA, 18 octobre 2012, *Mlle Niouma Toukara et Mme Bambi Toukara*, n° 09002558 et n° 10001865).

Cette grille de lecture a également été appliquée dans le cas d'une ressortissante de Gambie, d'origine mandingue et peule, mère d'une fillette née en France. La CNDA après avoir constaté que l'absence de législation réprimant la pratique des mutilations génitales féminines en Gambie et un taux de prévalence de la pratique de l'excision supérieur à 90 % dans les communautés mandingue et peule, a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire aux intéressées (CNDA, 28 octobre 2011, *Mlle Sira Leigh et Mlle Nkumba Isahoma Leigh*, n° 09023020 et n° 09023021).

L'appartenance au groupe social majoritairement refusée par la CNDA aux femmes victimes de la traite et de la prostitution forcée et le basculement vers l'octroi de la protection subsidiaire

De manière générale, le juge de l'asile examine la situation des femmes qui se sont trouvées sous l'emprise de réseaux de prostitution et s'en sont échappées sous l'angle de la protection subsidiaire en considération des menaces graves de traitements inhumains ou dégradants pesant sur elles, le juge estimant donc qu'un groupe social ne peut être caractérisé dans de telles situations.

La CRR avait certes accordé, en sections réunies, en 2003 le statut de réfugié à une requérante, ressortissante de la République dominicaine, qui avait été victime d'un réseau de prostitution, mais il ressort explicitement des motifs de cette décision que la protection conventionnelle a été accordée, non pas en raison de l'appartenance éventuelle de l'intéressée à un groupe social des femmes prises par de tels réseaux, fondement non envisagé par la décision, mais au motif que le refus de protection des autorités au regard des persécutions – établies mais non qualifiées par la décision – était fondé sur un motif ethnique.

La requérante, membre de la minorité noire de Saint-Domingue, abandonnée à sa naissance et élevée dans une famille blanche qui l'avait exploitée, avait été victime d'un réseau de prostitution qui l'avait conduite de force en Haïti où elle avait été contrainte de se prostituer. Or, si l'intéressée avait sollicité la protection des autorités dominicaines, il ressortait de l'instruction que c'est en raison de



ses origines ethniques que ces autorités n'avaient pas assuré sa protection. La CRR a considéré que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le refus des autorités dominicaines à l'étranger d'assurer la protection de la requérante devait être regardé comme ayant été inspiré par l'un des motifs de la Convention de Genève, le motif ethnique, et accordé le statut de réfugié à l'intéressée (CRR, 17 octobre 2003, *Mlle Mejia Suero*, n° 02025588/493204).

De manière générale donc, les femmes victimes de réseaux de prostitution, qui parfois les ont conduites en France, et qui sont parvenues à s'en échapper ou sont en voie de le faire, ayant parfois dénoncé ces réseaux et coopérant dans quelques occurrences – du fait de craintes de représailles – avec les autorités françaises pour permettre leur démantèlement, se voient accorder le bénéfice de la protection subsidiaire, lorsque, bien évidemment, les faits sont établis.

Cette grille d'analyse a été appliquée dans le cas d'une jeune ressortissante de République démocratique du Congo, sans famille et victime d'un réseau de prostitution ayant organisé sa venue en France où elle avait été séquestrée jusqu'à ce qu'elle réussisse à s'enfuir. La CNDA a considéré que la requérante était exposée en cas de retour dans son pays à une menace grave de traitements inhumains et dégradants (CNDA, 16 juillet 2009, *Mlle Kifaya*, n° 08017016/636560)

Les cas sont assez fréquents de ressortissantes en particulier d'Albanie, du Kosovo ou du Nigéria qui allèguent avoir été victimes de réseaux de prostitution. Lorsque les faits sont établis, la Cour accorde aux intéressées le bénéfice de la protection subsidiaire au titre de l'article L. 712-1 b) du CESEDA. Dans une affaire d'octobre 2011, par exemple, la Cour explicite dans un considérant argumenté sa préférence pour une qualification au regard de la protection subsidiaire.

La requérante, ressortissante du Kosovo, avait été séquestrée et contrainte de se prostituer en Italie par un homme rencontré à Pristina en 2009. Parvenue à s'enfuir et à rejoindre la France elle y avait déposé une plainte contre son proxénète et était prise en charge par l'Association de l'Amicale du Nid. La Cour considère qu'ayant été calomniée par son ex-époux, battue par son père et reniée par sa famille, elle ne pourrait bénéficier d'aucune protection en cas de retour au Kosovo et que, s'y retrouvant comme jeune femme isolée, elle risquerait soit d'être réintégrée dans un réseau de prostitution, soit d'être victime d'ostracisme de la part de la population locale. Pour la Cour, les agissements en cause n'ont pas eu pour origine l'un des motifs de persécutions énoncés à l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève.

En revanche, elle estime « *que les jeunes femmes qui se sont soustraites à l'emprise d'un réseau de prostitution et qui, par ailleurs, entendent dénoncer les organisateurs d'un tel réseau peuvent, sous certaines conditions, se trouver exposées dans leur pays d'origine à des menaces graves de traitements inhumains et dégradants susceptibles de leur ouvrir droit au bénéfice de la protection subsidiaire ; qu'il en va ainsi, notamment, lorsque la nature, l'envergure et les ramifications des réseaux criminels concernés peuvent concourir à rendre vaine la protection que les victimes de tels réseaux sont en droit d'attendre des autorités de leur pays* ». La Cour juge que la requérante est exposée en cas de retour dans son pays à l'une des menaces graves visées par l'article L. 712-1 b) du CESEDA pour s'être enfuie du

réseau de prostitution dans lequel elle avait été entraînée et alors que les autorités kosoviennes ne sont pas en mesure de lui apporter une protection suffisante contre l'activité de ce type de réseau de traite humaine. Elle lui accorde le bénéfice de la protection subsidiaire (CNDA, 28 octobre 2011, *Mme Azizi*, n° 10023193).

De manière fréquente, la Cour a à connaître du cas de femmes originaires du Nigéria victimes de réseaux de prostitution. Dans une affaire jugée en 2006, était en cause une ressortissante de ce pays laquelle, exploitée après la mort de sa mère et le remariage de son père, par sa belle-mère qui la forçait à travailler pour son compte, avait suivi un homme qui lui avait proposé de l'aider à partir en Europe, en lui promettant qu'elle pourrait y trouver un emploi afin de le rembourser. L'intéressée, après avoir juré de payer sa dette au cours de cérémonies vaudoues, avait quitté son pays pour la France en 2001 où elle avait été intégrée dans un réseau de prostitution et soumise à de mauvais traitements. Le réseau pour lequel elle travaillait ayant été démantelé en France en 2002, la requérante, arrêtée et placée en détention provisoire, avait témoigné lors du procès tenu en décembre 2004, à l'issue duquel elle avait été condamnée à douze mois de prison (peine couverte par sa détention provisoire). La CRR a considéré que la requérante ne pouvait retourner sans crainte au Nigeria, où elle risquait des représailles de la part des responsables du réseau, ayant témoigné devant la justice française et n'ayant pas fini de rembourser sa dette. Le bénéfice de la protection subsidiaire lui a été accordé au titre de l'article L. 712-1 b) du CESEDA. La juridiction a par ailleurs estimé que la condamnation dont la requérante avait fait l'objet pour sa participation au fonctionnement du réseau, ne suffisait pas à considérer que son activité sur le territoire français constituerait une menace grave pour l'ordre public au sens de l'article L. 712-2 d) du CESEDA (CRR, 1^{er} février 2006, *Mlle Helen Oukpe, alias Mlle Helen Idemudia*, n° 05008308/533907).

Une démarche analogue a été suivie par la Cour en 2011 dans une affaire dans laquelle la Cour a également écarté l'application de la Convention de Genève et retenu la protection subsidiaire.

La Cour a considéré que « *si le Nigéria et, en particulier, l'État d'Edo, sont particulièrement affectés par la prostitution et la traite de jeunes femmes à des fins d'exploitation sexuelle et si, par ailleurs, dans ce pays, prévaut un niveau élevé de corruption dans les administrations publiques, les autorités nigérianes ont signé et ratifié en 2000 et 2001 la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et le Protocole additionnel à cette convention visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ont adopté en 2003 une législation réprimant le trafic des êtres humains et instituant l'Agence nationale pour l'interdiction de la traite des êtres humains (NAPTIP), ont adopté également en 2006 un plan d'action nationale pour combattre la traite, ont organisé, avec les autorités locales et des organisations non gouvernementales, des campagnes de sensibilisation et de prévention à destination du public, en particulier des personnes vulnérables, et ont poursuivi et condamné un certain nombre de trafiquants* ». La Cour en a déduit que les agissements dont la requérante déclarait avoir été victime n'avaient pas pour cause son appartenance à un certain groupe social ou l'un des autres motifs mentionnés à l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève mais que l'intéressée était exposée en cas de retour



dans son pays à l'une des menaces graves mentionnées par l'article L. 712-1 b) du CESEDA. Le bénéfice de la protection subsidiaire lui a été accordé sur ce fondement (CNDA, 29 juillet 2011, *Mlle Odilomokwu*, n° 10020534).

Ces situations posent clairement la question de l'alternative entre la protection subsidiaire et la protection conventionnelle, selon que l'on estime qu'un groupe social au sens de la Convention de Genève, interprétée à la lumière de la directive 2004/83/CE, pourrait être caractérisé, étant entendu que l'on peut s'accorder pour qualifier la prostitution de persécution ou de traitement suffisamment grave pour appeler la mise en œuvre d'une protection internationale. La jurisprudence récente de la CNDA traduit ces hésitations. Si, majoritairement, la situation des victimes en cause est envisagée sous l'angle de la protection subsidiaire, des décisions marginales, mais richement motivées aux plans juridique et géopolitique, justifient leur prise de position en faveur de l'identification d'un groupe social.

Une décision de la CNDA a ainsi qualifié d'appartenance à un groupe social la situation d'une femme nigériane victime d'un réseau de prostitution. Originnaire de Benin City, dans l'État d'Edo, la requérante avait fait l'objet d'exploitation sexuelle par les membres d'un réseau nigérian de proxénétisme après avoir été soumise à un rituel comportant scarification sur son corps en vue de marquer son allégeance au chef du réseau. Forcée de se prostituer en France où elle avait été conduite, elle avait souhaité cesser la prostitution et dénoncé le réseau à la police. Aidée par le Mouvement du Nid elle craignait des représailles du réseau.

La décision considère que ces femmes « *subissent une forme de violence liée à leur appartenance sexuelle, qui doit être regardée comme constitutive d'une persécution et qu'elles sont exposées, en cas de retour dans leur pays, à de graves représailles de la part des trafiquants en raison notamment de la « dette » contractée ainsi qu'à des risques réels d'être à nouveau victimes de la traite des êtres humains ou de faire l'objet d'un ostracisme familial ou communautaire voire d'une grave discrimination* ». Au regard du motif conventionnel, la décision conclut que ces femmes, qui sont à la fois victimes d'un trafic d'êtres humains et désireuses de s'en extraire de manière active, constituent ainsi un groupe dont les membres sont, en raison de ces deux caractéristiques communes qui les définissent, susceptibles d'être exposés à des persécutions au sens des stipulations de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève, sans pouvoir se réclamer de la protection des autorités du Nigeria (CNDA, 29 avril 2011, *Mme Joy Edosa Felix alias Mlle Vivian Edosa*, n° 10012810).

Cette décision concernant une ressortissante du Nigéria a été frappée d'un pourvoi en cassation formé par l'OFPPA. Il reviendra au Conseil d'État d'indiquer l'approche qu'il estime devoir être suivie et de fixer la jurisprudence. On peut concevoir l'adoption d'une position de principe générale, valant pour toutes les femmes victimes des réseaux de prostitution. Mais on relève aussi qu'en présence d'une situation donnée, comme celle des personnes homosexuelles ou ici des victimes de la prostitution forcée, un groupe social peut être identifié dans un certain contexte national, sociétal, local et ne pas l'être dans un autre. Les situations sont en outre évolutives et un groupe social identifié dans tel contexte historique pourra perdre toute consistance ultérieurement.

Une autre décision, isolée, a reconnu l'existence d'un groupe social s'agissant d'une ressortissante du Kosovo qui avait été contrainte à la prostitution dans un hôtel de Pristina au Kosovo, avait tenté d'y échapper avec l'aide d'un homme devenu son compagnon et fui avec lui en Albanie où elle avait été poursuivie, menacée et agressée, ainsi que son compagnon, par les membres du réseau, des documents médicaux attestant des séquelles physiques et psychologiques de l'intéressée. La CNDA s'est fondée sur les sources d'information géopolitique publiques disponibles, à savoir le rapport de la mission organisée par l'OFPRA en novembre 2011, qui constate que la prostitution et la traite des femmes constituent un phénomène actuel réel au Kosovo, que l'action publique en faveur des femmes qui ont été victimes de ces trafics est encore faible et que « *le caractère patriarcal et traditionnel de la société pèse fortement sur la perception à l'égard des femmes qui ont été victimes de la traite* », lesquelles « *rencontrent de graves difficultés de réinsertion, la prostitution ayant jeté sur elles un lourd discrédit social* ». Elle a noté que les liens de la requérante avec sa famille avaient été rompus, que son compagnon avait été rejeté par sa propre famille du fait de son concubinage avec une ancienne prostituée, et que la jeune femme, menacée, n'avait pu solliciter la protection de la police de son pays.

Considérant que la soumission de femmes à la prostitution contre leur gré constitue une persécution au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève, la décision estime « *que les femmes victimes d'un réseau de prostitution au Kosovo parvenues à s'en échapper doivent être regardées, du fait de cette expérience qui leur est commune et de l'opprobre dont elles font ensuite aujourd'hui l'objet de la part de la société sans pouvoir, dans le contexte sécuritaire actuel prévalant dans ce pays, espérer une action efficace de la part des autorités, comme appartenant à un groupe social au sens des stipulations précitées de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève dont les membres peuvent craindre avec raison d'être exposés à un risque de persécution en cas de retour dans leur pays* ». La CNDA dans cette solution isolée a donc reconnu la qualité de réfugié à la requérante sur le fondement conventionnel « *de son appartenance au groupe social, qui peut actuellement être identifié dans ce pays [le Kosovo], des femmes qui ont été contraintes de s'y prostituer et sont parvenues à échapper à leurs proxénètes* » (CNDA, 15 mars 2012, Mme Osmani, n° 11017758).

Un dernier exemple de ces décisions, marginales, de la CNDA reconnaissant l'existence d'un groupe social s'agissant des femmes soumises à la prostitution peut être donné concernant le cas d'une ressortissante ukrainienne qui avait été contrainte de se prostituer dans une maison close à Kiev pour rembourser une dette contractée par son père et pu échapper, en France, au réseau qu'elle avait dû intégrer. La Cour a tout d'abord pris en considération la situation prévalant en Ukraine, propice au développement de la traite des femmes au regard des difficultés économiques et de la corruption ainsi que les discriminations à l'égard des femmes, confirmée, notamment, par des rapports internationaux, en particulier celui de l'Organisation Internationale des Migrations, publié en septembre 2011, faisant état de ce que l'Ukraine demeure l'un des principaux pays d'origine des victimes de la traite d'êtres humains malgré les efforts concédés par le gouvernement dans ce domaine.

De façon notable, la décision se réfère à la définition de la traite des êtres humains, définie par le Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, du 15 novembre 2000, selon laquelle la traite constitue une persécution au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève. La Cour juge ensuite « *que les femmes victimes d'un réseau de prostitution en Ukraine parvenues à s'en échapper doivent être regardées, du fait de cette expérience qui leur est commune et de l'opprobre dont elles font ensuite aujourd'hui l'objet de la part de la société sans pouvoir, dans le contexte actuel prévalant dans ce pays, espérer une action efficace de la part des autorités, comme appartenant à un groupe social au sens des stipulations précitées de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève dont les membres peuvent craindre avec raison d'être exposés à un risque de persécution en cas de retour dans leur pays* » (CNDA, 12 juillet 2012, Mlle Zhuryk, n° 11026228).

L'appréhension des violences diffuses faites, en particulier, aux femmes sous l'angle de la protection subsidiaire

La Cour appréhende de manière générale les situations de violence diffuse émanant de groupes incontrôlés, mafias ou autres délinquants sous l'angle de la protection subsidiaire. Ces situations se rencontrent en particulier dans des États dans lesquels les autorités s'avèrent impuissantes pour faire régner l'ordre. Les femmes sont particulièrement concernées, mais pas seulement. Indépendamment des situations concernant les victimes de la prostitution forcée, les violences faites aux femmes sont dans la quasi-totalité des cas envisagées sous l'angle de la protection subsidiaire. Il a par ailleurs été indiqué précédemment que la CRR a refusé d'identifier un groupe social dans le cas de femmes s'étant opposées à la condition qui leur était faite dans les sociétés traditionnelles dont elles étaient originaires.

Si le cas précédemment mentionné d'une ressortissante mongole, veuve, ayant refusé de se soumettre à un mariage imposé avec son beau-frère, n'avait pas conduit la CRR à lui reconnaître la qualité de réfugié en considération d'un groupe social, l'attitude de l'intéressée n'étant pas regardée par tout ou partie de la société mongole comme transgressive à l'égard des coutumes et des lois en vigueur lesquelles interdisent la pratique des mariages forcés, la protection subsidiaire lui a été accordée au titre de l'article L. 712-1 b) du CESEDA. La CRR a pris en considération les risques pour l'intéressée d'être victime d'atteintes graves à son intégrité physique de la part de son beau-frère, homme influent, sans pouvoir se prévaloir de la protection des autorités, très réticentes s'agissant d'intervenir dans les conflits d'ordre familial (CRR, 7 octobre 2005, Mme Dolgor, n° 05009510/535458).

Dans une autre affaire, concernant une ressortissante serbe d'origine rom, la CNDA a constaté que la requérante avait été victime d'une union forcée et de violences conjugales et n'avait pu bénéficier d'une protection des autorités serbes. Elle a écarté l'application de la Convention de Genève en jugeant d'une part que le défaut de protection des autorités n'était pas fondé sur l'origine ethnique de l'intéressée et, d'autre part, que celle-ci n'encourait pas de représailles de la part de sa communauté pour avoir transgressé les codes ancestraux, écartant ainsi le

motif national (ethnique) et celui du groupe social. Mais la CNDA a ensuite relevé la défaillance des autorités serbes dans la mise en œuvre de législation relative aux violences faites aux femmes, notamment du fait d'un défaut de coordination entre les services de police et les acteurs sociaux et accordé à la requérante le bénéfice de la protection subsidiaire au titre de l'article L. 712-1 b) du CESEDA (CNDA, 6 septembre 2011, *Mlle Veseli*, n° 10023173).

La situation, fragile, des femmes isolées dans des pays désorganisés ou en reconstruction, matérielle et sociale, à la suite d'un séisme, comme Haïti, ou d'un conflit interne, comme le Sri Lanka, a pu conduire le juge de l'asile à accorder la protection subsidiaire aux victimes avérées des menaces graves visées à l'article L. 712-1 b) du CESEDA. En 2011, par exemple la Cour a accordé une protection à une ressortissante d'Haïti, infirmière de profession qui s'était trouvée exposée à la vengeance de délinquants qu'elle avait contribué à faire arrêter. Les faits n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève, la Cour a constaté la dégradation de la situation sécuritaire en Haïti depuis le séisme du 12 janvier 2010 et constaté que cette situation affectait particulièrement les femmes isolées sans que celles-ci puissent utilement se prévaloir de la protection des autorités. La protection subsidiaire a été accordée à l'intéressée sur le fondement de l'article L. 712-1 b) du CESEDA (CNDA, 1^{er} septembre 2011, *Mme Bazile épouse Blanc*, n° 11002422).

Les menaces résultées de bandes armées et/ou mafieuses ne touchent pas que les femmes et la CNDA, considérant la situation d'un autre ressortissant de Haïti, soupçonné par un voisin, membre d'une bande armée, d'être à l'origine de son incarcération dans une affaire criminelle et pour ce motif victime d'une agression et de menaces de mort, faits également jugés comme hors du champ de la Convention de Genève, a estimé, au vu de la dégradation de la situation sécuritaire et de la désorganisation des services de l'État en Haïti, à la suite du séisme et de l'impossibilité de bénéficier d'une protection des autorités, qu'il était exposé à des actes de représailles assimilables à l'une des menaces graves visées par les dispositions de l'article L. 712-1 b) du CESEDA pour lui accorder la protection subsidiaire (CNDA, 14 juin 2011, *M. Charles*, n° 10015482).

Le cas d'une ressortissante de Sri Lanka, d'origine tamoule et originaire du nord, dont la Cour a considéré que l'appartenance de son frère aux Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (LTTE) et les représailles exercées contre sa famille n'étaient pas établies, de même que les opinions subversives que les autorités lui auraient imputées, a donné lieu à l'octroi de la protection subsidiaire au vu de sa situation de jeune femme isolée, victime de harcèlements et d'humiliations de la part de miliciens du Parti démocratique du peuple de l'Eelam (EPDP) et, partant, exposée à une menace grave au sens de l'article L. 712-1 b) du CESEDA sans pouvoir bénéficier d'une protection effective des autorités (CNDA, 20 décembre 2011, *Mlle Tharmalingam*, n° 11009447).

La situation des enfants des rues a de même été examinée sous l'angle de la protection subsidiaire, bien que la thèse d'un groupe social ait été évoquée par des juridictions étrangères notamment. La CNDA a ainsi accordé la protection



subsidaire à un ressortissant d'Angola, enfant des rues qui avait été contraint de se joindre à une bande de jeunes délinquants. Interpellé pour vagabondage et troubles à l'ordre public, il avait subi des brutalités policières. La Cour a estimé que les sévices infligés par les forces de police au requérant avaient un caractère indiscriminé et ne relevaient pas de l'un des motifs de la Convention de Genève. Qualifiant les agissements de traitements inhumains et constatant l'absence de tout dispositif de réinsertion, elle a accordé la protection subsidiaire à l'intéressé sur le fondement de l'article L. 712-1 b) du CESEDA (CNDA, 29 juillet 2011, *M. Vita*, n° 09024612).



Intervention de François Julien-Laferrière,
professeur émérite de droit public, université Paris-Sud

Introduction

La notion de groupe social n'est pas, *a priori*, une notion juridique, mais plutôt sociologique. Elle n'est pratiquement pas définie et, pourtant, elle est largement utilisée à des fins juridiques, notamment dans la procédure de détermination du statut de réfugié, du fait de sa mention à l'article 1^{er} A 2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951¹¹. Aussi n'est-il pas étonnant qu'elle donne lieu à interprétation et ces interprétations peuvent amplement diverger en fonction de l'approche que l'on en a.

Lors d'un colloque organisé par France terre d'asile dans les années 1980, Ivor Jackson, qui était alors directeur-adjoint de la protection internationale au HCR, conclut son intervention en déclarant : « *La Convention de Genève a été conçue comme une porte qui s'ouvre ; veillons à ne pas en faire une porte qui se ferme* ». Autrement dit, pour lui, la convention devait être interprétée de façon à ce qu'elle puisse jouer son rôle, c'est-à-dire permettre d'apporter une protection aux personnes qui en ont besoin. Or, à l'époque, la convention était interprétée de façon passablement restrictive en France, notamment en ce que la théorie de l'agent de persécution conduisait à écarter l'application de la Convention de Genève quand les persécutions n'émanaient pas des autorités étatiques car ce n'est qu'un peu plus tard que le Conseil d'État a admis que pouvaient être prises en compte les persécutions non étatiques quand l'État ne s'y opposait pas, soit qu'il n'en ait pas la volonté, soit qu'il n'en ait pas la capacité¹². On était alors à une période où la Convention de Genève était, du moins sur ce point, interprétée restrictivement. On a, depuis, évolué dans un sens positif, les deux versions successives de la directive « Qualification »¹³ admettant que la qualité de réfugié peut être reconnue quand les autorités de l'État n'ont pas été en mesure de lutter contre les persécutions infligées ou de s'y opposer.

C'est dans la même optique qu'il convient d'interpréter l'ensemble de la convention, afin de lui permettre de produire des « effets utiles », et notamment la notion de « l'appartenance à un certain groupe social » qui, selon le sens qu'on lui donne, peut être plus ou moins inclusive au regard de la détermination du statut de réfugié (I). Et le sens que l'on donne aux termes de la définition du réfugié figurant à l'article 1^{er} de la Convention – et spécialement celle de « groupe social » – conduit à se poser la question des rapports entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire, voire de l'utilité même de celle-ci (II).

11. Rappelons, pour mémoire, que l'article 1^{er} A 2 dispose : « *Aux fins de la présente Convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne [...] qui, [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* ».

12. CE, sect., 22 mai 1983, Rec. p. 247.

13. Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, puis directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011.



I. La notion de « groupe social » et l'interprétation de la Convention de Genève

Pour comprendre ce qu'il faut ou ce qu'on peut entendre par « groupe social », on peut se référer à la genèse de ce motif de persécution dans la Convention de Genève, mais aussi recourir à plusieurs méthodes d'interprétation de cette convention.

A. La genèse de « l'appartenance à un certain groupe social »

D'où vient la mention du groupe social dans la Convention de Genève de 1951 ?

L'appartenance à un groupe social comme motif de persécution a été introduite au cours de la négociation de la convention, par un amendement déposé, le 3 juillet 1951, par le représentant de la Suède, M. Petren, dans les termes suivants : « *L'expérience a montré que certains réfugiés étaient persécutés parce qu'ils appartenaient à certains groupes sociaux. Le projet de convention ne prévoit pas ce cas et il conviendrait d'y introduire une disposition destinée à les couvrir* »¹⁴.

Comme la conférence n'était pas revenue sur cette proposition pendant les jours suivants, M. Petren la reprit, le 13 juillet 1951, en déclarant : « *Il y aurait lieu d'insérer, dans l'alinéa 2 de la section A, une référence aux personnes qui pourraient être persécutées du fait qu'elles appartiennent à un certain groupe social. Il existe des cas de ce genre et il serait bon de les mentionner explicitement* »¹⁵.

Les négociateurs n'ayant pas fait écho à cette déclaration, lors de la séance du 16 juillet, le président M. Larsen y revient trois jours plus tard en ces termes : « *J'appelle l'attention de la conférence sur l'amendement suédois qui propose l'insertion des mots "de son appartenance à un certain groupe social" après les mots "du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité", aux deuxième et troisième lignes du paragraphe 2* ».

L'amendement suédois est alors adopté par 14 voix pour, aucune contre et 8 abstentions¹⁶.

Ces éléments, tirés des travaux préparatoires de la convention, sont les seuls susceptibles d'éclairer sur « l'intention du législateur » à propos de cette disposition. C'est fort peu. L'expression « *appartenance à un certain groupe social* » a donc été insérée à l'article 1^{er} sans que personne sache exactement ce que l'auteur de l'amendement voulait dire. Aussi, et depuis lors, chacun peut un peu y mettre ce qu'il veut.

Comment procéder, dans ces conditions, pour savoir ce qu'il faut entendre par « *groupe social* » ? Pour tenter de répondre à la question, plusieurs méthodes peuvent être utilisées.

14. Conférence des plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides. Compte-rendu analytique de la séance du mardi 3 juillet 1951 (A/CONF.2/SR.3).

15. Ibid., séance du vendredi 13 juillet 1951 (A/CONF.2/SR.19).

16. Ibid., séance du lundi 16 juillet 1951 (A/CONF.2/SR.23).

B. Les méthodes d'interprétation de la notion

En premier lieu, comme on vient de l'écrire, l'intention du législateur n'est pas de grand secours. Toutefois, il n'est pas indifférent de relever que M. Petren, auteur de l'amendement, a justifié celui-ci en disant qu'il existe des « *personnes qui pourraient être persécutées du fait qu'elles appartiennent à un certain groupe social* » et qu'« *il serait bon de les mentionner explicitement* ». En d'autres termes, pour M. Petren, le projet de convention énumère un certain nombre de cas dans lesquels la protection internationale doit être accordée ; il existe des besoins de protection qui ne sont pas couverts par ces cas, notamment, l'appartenance à un certain groupe social ; donc, il faut prévoir un nouveau cas afin de répondre au besoin de protection des personnes concernées.

Ainsi, le motif de l'appartenance à un certain groupe social apparaît comme complémentaire des quatre autres. Il a pour objet de couvrir les cas que ne couvrent ni la race, ni la religion, ni la nationalité, ni les opinions politiques. C'est un commencement d'explication, mais cela n'est pas suffisant.

Une deuxième méthode peut permettre d'avancer dans la définition de la notion de groupe social : la méthode téléologique. Elle consiste à se demander à quoi sert la Convention de Genève et comment l'interpréter et l'appliquer pour lui faire jouer son rôle.

L'objet de la convention est d'apporter une protection internationale, se substituant à la protection de l'État défaillant, aux personnes qui font ou sont susceptibles de faire l'objet de persécutions pour certains motifs. Et c'est cette exigence de « motifs de persécutions » qui pose le problème de savoir si le motif de l'appartenance à un certain groupe social doit être entendu largement ou non. Mais ce qui est fondamental, c'est l'objet de la protection, c'est-à-dire la garantie d'une protection pour les personnes qui en ont besoin.

Certes, les auteurs de la convention n'ont pas voulu accorder une protection à tout le monde et à n'importe qui. Mais dire que les auteurs de la convention n'ont pas voulu accorder de protection à telle ou telle catégorie de personnes, parce qu'elles ne sont pas expressément visées à l'article 1^{er}, et sans tenir compte de l'évolution de la société depuis plus de soixante ans, ne semble pas une bonne façon de procéder. Interpréter la convention sur la seule base de son texte, sans prendre le recul qu'impose le temps, la différence de contexte entre 1951 et 2012, c'est un peu comme lire la Bible avec les yeux des créationnistes.

On ne peut pas lire de façon purement littérale le texte de la convention, qui a maintenant plus d'un demi-siècle d'existence, en faisant abstraction de tout ce qui s'est produit dans le monde depuis la date de son adoption. Sinon, on la fige dans le temps et on risque d'en venir à rétablir les limites géographiques et temporelles de son applicabilité, qu'a supprimées le Protocole de New-York. Dès lors, si l'on veut que la notion de groupe social joue son rôle, elle doit être interprétée de façon large.



C. L'état du droit positif

Le Conseil d'État, dans son arrêt *Serge B.* du 27 juillet 2012¹⁷, après avoir rappelé les termes de l'article 10, paragraphe 1 d) de la directive « Qualification »¹⁸, a cru utile d'ajouter sa propre définition : « *Un groupe social est, au sens de ces dispositions, constitué de personnes partageant un caractère inné, une histoire commune ou une caractéristique essentielle à leur identité et à leur conscience, auxquels il ne peut leur être demandé de renoncer, et une identité propre perçue comme étant différente par la société environnante ou par les institutions* », puis de préciser : « *En fonction des conditions qui prévalent dans un pays, des personnes peuvent, à raison de leur orientation sexuelle, constituer un groupe social [...]* ».

Cette définition a, d'abord, le mérite d'exister. Car, avant cet arrêt, il n'y avait pas de définition du groupe social dans la jurisprudence ni, plus généralement, en droit français. Et, très proche de celle de la directive « Qualification », elle s'inspire également de très près de celle donnée par le HCR dans ses « *Principes directeurs sur la protection internationale* : « *L'appartenance à un certain groupe social* »¹⁹ : « *Un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains* ».

Mais, même si l'on peut se réjouir que cette définition soit large, on peut craindre qu'elle ne donne elle-même lieu à interprétation. À tel point que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a été appelée, le 7 décembre 2012, à examiner trois pourvois qui posaient la question de savoir si « *le fait d'être exposé, dans son pays d'origine, à la pratique de l'excision caractérise [...] l'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève et permet en conséquence de prétendre au statut de réfugié* »²⁰.

17. CE, 27 juillet 2012, n° 349824, *Serge B.* (à paraître au Rec.).

18. Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011, art. 10, §1 d) : « *Un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier : / - ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et / - ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. / En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle [...]* ».

19. UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale : « *L'appartenance à un certain groupe social* » dans le cadre de l'article 1. A. 2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, juill. 2008, p. 3-4.

20. Question posée à l'Assemblée du contentieux, telle que formulée par M. Larzul et Mme Barrier, rapporteurs. Requêtes de l'Ofpra (n° 332607), de Mme X. (n° 332491) et de Mme Y. (n° 332492). Voir sur le site du Conseil d'État : <http://www.conseil-État.fr/fr/role/s-kn6.html>. Les arrêts n'étaient pas encore rendus à la date à laquelle la rédaction de cette contribution a été terminée.

II. Le groupe social et les rapports entre les deux formes de protection internationale

Se pose alors une seconde question, que Mme Malvasio a déjà largement traitée : celle de la relation entre, d'un côté, le statut de réfugié de la Convention de Genève et, de l'autre, la protection subsidiaire. En d'autres termes, la protection subsidiaire est-elle réellement complémentaire de la Convention de Genève ?

A. Motifs de persécution et atteintes graves

L'analyse de la notion de groupe social que l'on vient de faire ci-dessus montre que la protection subsidiaire n'est pas d'un grand secours pour fournir une protection à des personnes qui en auraient évidemment besoin mais n'entreraient pas dans le champ de la Convention de Genève, par exemple parce qu'on ne pourrait les inclure dans la conception que l'on se fait du groupe social. Car aucun des trois types d'atteintes graves qui, en vertu de l'article 15 de la directive « Qualification », justifient l'octroi de la protection subsidiaire – « *la peine de mort ou l'exécution* » ; « *la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants* » ; les « *menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international* » – ne peut se rattacher, de près ou de loin, à la notion de groupe social. En revanche, tous peuvent être assimilés à des persécutions au sens de la Convention de Genève. Car, si la Convention ne définit pas la persécution – pas plus que le groupe social – il est cependant possible de tenter de cerner cette notion aux fins d'application de la Convention.

« *Il n'y a pas de définition universellement acceptée de la persécution et les diverses tentatives de définition ont rencontré peu de succès* », note le HCR dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*²¹. Mais il existe des indices qui permettent de rendre cette notion opérationnelle pour la détermination de la qualité de réfugié. Ainsi, comme le relève encore le Guide des procédures, on peut déduire des termes de l'article 33, alinéa 1^{er}, de la Convention²² que « *des menaces à la vie ou à la liberté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un certain groupe social sont toujours des persécutions* »²³. Mais cette interprétation du mot « persécution » n'épuise pas la notion et, comme l'écrit encore le HCR, « *d'autres violations graves des droits de l'homme pour les mêmes raisons constitueraient également des persécutions* »²⁴. Quant aux « *autres actions préjudiciables ou menaces de telles actions* », la question de savoir si elles « *constituent des persécutions dépendra des circonstances de chaque cas, [...] le caractère subjectif de la crainte d'être persécuté impliqu[ant] une appréciation des opinions et des sentiments de l'intéressé* »²⁵.

21. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, janv. 1992, n° 51.

22. « *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* »

23. HCR, *Guide des procédures*, loc. cit.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*



Et le *Guide des procédures* ajoute – ce qui se rattache de très près à notre sujet – : « Un demandeur du statut de réfugié peut avoir fait l'objet de mesures diverses qui en elles-mêmes ne sont pas des persécutions (par exemple, différentes mesures de discrimination), auxquelles viennent s'ajouter dans certains cas d'autres circonstances adverses (par exemple une atmosphère générale d'insécurité dans le pays d'origine). En pareil cas, les divers éléments de la situation, pris conjointement, peuvent provoquer chez le demandeur un état d'esprit qui permet raisonnablement de dire qu'il craint d'être persécuté »²⁶.

Quant à la jurisprudence française, elle n'est pas d'un grand secours pour aider à définir la notion de persécution car, selon une méthode bien éprouvée du juge administratif, elle se prononce au cas par cas en évitant les affirmations de principe qui risqueraient de la lier pour l'avenir. On peut cependant relever quelques décisions, notamment de l'ancienne Commission des recours des réfugiés, dont il résulte notamment que les atteintes à ses droits, dont est susceptible de se prévaloir le demandeur de la qualité de réfugié, ne peuvent être regardées systématiquement comme des persécutions, du seul fait qu'elles consistent en des « vexations » ou même des « discriminations », mais qu'elles doivent « revêtir un certain caractère de gravité »²⁷.

B. Similitude des notions

De ce qui précède, il ressort que les trois « atteintes » visées à l'article de la directive « Qualification » peuvent être regardées comme des persécutions puisque, non seulement, la peine de mort, la torture et les traitements inhumains ou dégradants entrent incontestablement dans le champ de cette notion – ou, sinon, celle-ci n'a plus aucun sens –, mais en outre, comme on l'a signalé, le *Guide des procédures* range aussi parmi les éléments concourant à constituer des persécutions « une atmosphère générale d'insécurité dans le pays d'origine », ce qui n'est pas sans rappeler la « violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international » visée par la directive « Qualification ».

Il apparaît donc que la notion d'« atteintes graves » est quasiment synonyme de celle de persécution. Cela semble ne pas justifier qu'il existe deux types de protection pour un même type d'atteinte aux droits. Sauf si l'on estime que, les motifs de persécutions visés par la Convention de Genève – race, religion, nationalité, appartenance à un groupe social ou opinions politiques – n'étant pas visés par la directive « Qualification » comme motifs d'« atteintes graves », la protection subsidiaire n'est pas « soluble » dans la notion de réfugié.

Cette façon de voir paraît fort contestable. D'abord parce qu'on voit mal ce qui peut expliquer les deux premières « atteintes graves » énumérées à l'article 15 de la directive – peine de mort et torture ou traitements inhumains ou dégradants –, sinon l'un des motifs visés à l'article 1^{er} de la Convention, surtout si l'on adopte une définition

26. HCR, op. cit., n° 53.

27. CRR, 14 décembre 2004, n° 450953, M. D. Ce même critère de gravité est retenu par la Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996, définie par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1^{er} de la Convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JOCE, 13 mars 1996.



« inclusive » de la notion de groupe social. Reste, alors, le troisième type d'« atteintes graves », les « *menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international* ».

On a vu plus haut que, pour le Guide des procédures du HCR, de telles « atteintes » sont constitutives de persécutions. Et il n'est pas besoin de faire un gros effort pour les rattacher à des raisons de race, de religion, de nationalité – au sens de minorité nationale –, d'appartenance sociale ou d'opinions politiques : en période de guerre civile, quand deux fractions s'affrontent – ce qui est l'hypothèse principalement visée par la directive – pour quelle raison les civils sont-ils exposés à des « *menaces graves et individuelles contre [leur] vie ou [leur] personne* », si ce n'est parce qu'ils appartiennent à la race du camp adverse, qu'ils sont de la religion du camp opposé, qu'ils appartiennent à une autre ethnie ou minorité, nationale ou sociale, ou qu'ils sont des ennemis politiques ?

C. Utilité ou inutilité de la protection subsidiaire ?

On est conduit à s'interroger sur l'utilité même de la protection subsidiaire. Présentée comme apportant une protection supplémentaire par rapport à celle qu'offre la Convention de Genève, en couvrant des hypothèses que celle-ci laisse hors de son champ, la protection subsidiaire n'est-elle pas, au contraire, un instrument de marginalisation de la convention et de fragilisation de la situation de personnes qui devraient être reconnues comme réfugiés ?

On a vu qu'il paraît possible d'interpréter la Convention de Genève de telle façon que les cas prévus pour entrer dans le champ de la protection subsidiaire entrent d'abord dans le champ de la Convention de Genève. Car, si l'on présente la première comme complémentaire de la seconde, il semble qu'en réalité les deux types de protection pourraient fusionner.

Il en va d'autant plus ainsi que, malgré les avancées que représente la directive « Qualification » de 2011 par rapport à celle de 2004, les deux statuts – réfugié, d'une part, et protection subsidiaire, de l'autre – sont différents et que le statut de la protection subsidiaire est moins protecteur que le statut de réfugié. Or la différence de traitement, qui dépend uniquement de l'instrument servant de base à la protection accordée, est extrêmement contestable car elle repose sur un critère purement juridique et abstrait et non pas sur le besoin de protection des personnes admises à l'un ou l'autre statut. Or les personnes à qui est accordée la protection subsidiaire n'ont pas un besoin de protection moindre que les réfugiés.

Certes, la directive dans sa version de 2011, affirme la volonté des États membres « *de chercher à rapprocher davantage les règles relatives à la reconnaissance et au contenu de la protection internationale sur la base de normes plus élevées* »²⁸ afin de « *limiter le mouvement secondaire des demandeurs d'une protection internationale entre les États membres, dans les cas où ce mouvement est uniquement dû aux différences qui existent entre les cadres juridiques [...]* »²⁹. Pourtant, malgré cette

28. Directive 2011/95/UE, Préambule, paragraphe 10.

29. Ibid., paragraphe 13.



déclaration d'intention, il demeure des différences non négligeables entre les deux statuts, la protection subsidiaire étant plus précaire et moins complète que le statut de réfugié.

Ainsi, alors que le réfugié bénéficie, en application de l'article 24, alinéa 1^{er}, de la directive « Qualification » (dans sa version de 2011 comme dans celle de 2004) d'un « titre de séjour valable pendant une période d'au moins trois ans et renouvelable »³⁰ – en pratique, en France comme dans la plupart des États membres, une carte de dix ans renouvelable automatiquement³¹ –, et d'un « titre de voyage établi selon l'annexe à la Convention de Genève et destiné à [lui] permettre de voyager hors de leur territoire »³², le bénéficiaire de la protection subsidiaire n'a droit, quant à lui, qu'à « un titre de séjour valable pendant une période d'au moins un an et renouvelable pour une période d'au moins deux ans » qui prend la forme, en France, d'une carte d'un an renouvelable seulement si, à son échéance, les conditions d'obtention de la protection sont encore satisfaites³³.

Conclusion

La différence entre les deux statuts de protection est de taille. La situation du bénéficiaire de la protection subsidiaire est beaucoup plus précaire que celle du réfugié. N'être assuré d'une durée de séjour que d'un an, sans certitude de renouvellement, a des conséquences considérables dans des domaines aussi importants que l'exercice d'une profession – les employeurs hésitent à recruter une personne, au demeurant étrangère, qui risque de ne pas pouvoir rester sur son poste de travail plus d'un an –, le logement – les bailleurs eux aussi donneront la préférence à un locataire qui pourra s'engager pour une plus longue durée –, et sur le plan psychologique – devoir se rendre en préfecture tous les ans, y présenter les documents exigés pour justifier des conditions du renouvellement, sans être sûr qu'au bout du compte la carte de séjour sera effectivement renouvelée, est une épreuve que beaucoup ont du mal à affronter sereinement.

On peut légitimement se demander si cette différence de traitement entre réfugié et bénéficiaire de la protection subsidiaire ne constitue pas, en réalité, une discrimination, une atteinte au principe d'égalité devant la loi au détriment du second. Certes, le principe d'égalité n'est pas un principe absolu. Il ne s'applique qu'à « situation égale » ou comparable. Comme l'énonce le Conseil constitutionnel, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »³⁴. Et pour le

30. Article 24, paragraphe 1.

31. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), art. L. 314-11 et 314-14.

32. Article 25, paragraphe 1.

33. CESEDA, art. L. 313-13 et L. 712-3. On observera que le Ceseda ne prévoit pas que, lors de son renouvellement, la carte de séjour du bénéficiaire de la protection subsidiaire est délivrée pour une durée de deux ans. Il y a là, semble-t-il, une contradiction avec l'article 25 de la directive « Qualification ».

34. Sur l'application du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel, V. F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*,

Conseil d'État, l'administration ne peut déroger au principe d'égalité que quand la loi l'autorise, quand un intérêt général le justifie et s'il existe une différence de situation justifiant objectivement la différence de traitement³⁵.

Si, en l'occurrence, l'autorisation « par la loi » – ou, plus exactement, par la directive, ce qui revient au même pour notre raisonnement – ne fait pas de doute, en revanche les deux autres conditions ne semblent pas réunies : on voit mal quel « intérêt général » peut justifier que les bénéficiaires de la protection subsidiaire soient plus mal traités que les réfugiés ; on ne voit pas, non plus, en quoi la différence de situation entre eux peut justifier la différence de traitement. Au contraire, la protection subsidiaire, comme le statut de réfugié, a pour objet de répondre à un besoin de protection et rien ne permet d'affirmer que ce besoin est moindre chez les bénéficiaires de la protection subsidiaire que chez les réfugiés.

Aussi, qu'on analyse la question au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de celle du Conseil d'État, on ne peut que conclure que la différence de traitement n'est juridiquement pas fondée et, partant, qu'elle constitue une discrimination. Si le but des auteurs de la directive – et de la loi prise pour sa transposition – était d'établir une telle discrimination, il n'était pas légitime.

Et il l'est d'autant moins que, comme il a été dit plus haut, la coexistence des deux régimes de protection est inutile, les cas d'octroi de la protection subsidiaire pouvant parfaitement, même sans avoir à faire un grand effort, être inclus dans les cas de reconnaissance de la qualité de réfugié.

n° 29, oct. 2010.

35. CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. p. 274.



⊕

Deuxième table ronde Les juridictions européennes face à l'émergence d'un droit européen de l'asile

Sommaire des interventions

Introduction par Frédéric Tiberghien, <i>Conseiller d'État</i>	p. 105
Intervention de Joseph Krulic, <i>Président de section à la Cour nationale du droit d'asile</i>	p. 107
Intervention de Catherine Teitgen-Colly, <i>Professeur de droit public à l'université de Paris I</i>	p. 117





Introduction

Frédéric Tiberghien,
conseiller d'État

L'objectif de cette table ronde est :

- de mieux comprendre le rôle des juges européens dans la construction en cours d'un droit commun de l'asile ;
- de mieux saisir leur mode de raisonnement et leur méthode d'interprétation des textes ainsi que l'étendue de leur contrôle ;
- d'identifier le socle juridique sur lequel ils s'appuient (charte des droits fondamentaux ; Convention européenne des droits de l'homme ; Convention de Genève ; directives européennes ; principes généraux du droit...) ; on se demandera à cette occasion si l'intervention des juges européens a pour effet d'affaiblir ou de renforcer la Convention de Genève et si les juges européens sont plus ou moins protecteurs que les juges nationaux ;
- d'examiner les rapports qu'ils entretiennent avec les juges nationaux et de mesurer leur impact sur ces juges et, de manière plus large, sur le droit national des différents États (en particulier sur les législateurs) ;
- de se demander si l'on s'achemine vers une harmonisation du droit d'asile en Europe et quelle est à cet égard la contribution des juges européens ; on tentera sur ce point de se projeter dans l'avenir à l'horizon d'une dizaine d'années.

Il ne s'agit donc pas :

- de décrire le fond du droit européen de manière exhaustive (par exemple les directives européennes) ou les jurisprudences des cours européennes de manière détaillée (elles sont supposées connues et font l'objet d'une documentation distribuée aux participants) ;
- de rappeler les jurisprudences nationales.

Les deux intervenants traiteront les trois questions transversales suivantes :

- la manière dont la Cour européenne concernée (Cour de justice de l'union européenne ou Cour européenne des droits de l'homme) a abordé les questions d'asile (sur le plan de la méthode, du raisonnement, des sources du droit dont la doctrine du HCR, du contrôle, etc.) ;
- leur apport jurisprudentiel quant aux grands principes ;
- l'impact de leur jurisprudence sur l'autre cour européenne, sur les juges nationaux et sur les droits nationaux.

Ils aborderont aussi le fond du droit pour illustrer l'impact des juges européens en retenant une approche chronologique : le traitement de la demande d'asile par

les autorités nationales ; le traitement du demandeur d'asile ; le traitement du débouté du droit d'asile.

Sur le traitement de la demande d'asile, ils se concentreront sur la procédure (le délai imparti pour déposer la demande d'asile ; l'État responsable de l'examen de la demande selon le règlement Dublin II ; la procédure accélérée) et sur le fond (le statut de réfugié et les causes de persécutions ; les clauses d'exclusion et de cessation) ainsi que sur la protection subsidiaire.

Sur le traitement du demandeur d'asile, on se focalisera sur l'hébergement et l'accueil, la rétention, la zone d'attente (accès des ONG, etc.) et le titre provisoire de séjour...

Sur les déboutés du droit d'asile, on examinera ce qu'a dit le juge européen (la Cour européenne des droits de l'homme surtout) sur les points tels que le non refoulement vers un pays où la vie ou la liberté du débouté seraient menacées, le choix du pays de renvoi et le sursis à exécution de la mesure de renvoi (art. 39 convention européenne des droits de l'homme). On soulignera en particulier l'impact de l'appréciation portée par la CNDA (y compris en procédure prioritaire) sur les risques encourus dans le pays d'origine sur l'aval de la procédure de renvoi.

Enfin, la présidente de la CNDA nous donnera son témoignage sur l'influence qu'exerce la jurisprudence européenne sur celle de la CNDA.



Interventions

Joseph Krulic,

président de section à la Cour nationale du droit d'asile

Depuis 2009, un nouvel acteur juridictionnel s'est invité dans le monde de l'asile : la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne), qui prend son nom le 1^{er} décembre 2009, lors de l'entrée en vigueur du TFUE (Traité de fonctionnement de l'Union européenne) ou traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, après s'être appelée CJCE (Cour de justice des Communautés européennes). 12 décisions, de fond si on néglige une ou deux décisions de procédure, ont été rendues avant le 29 octobre 2012, date du présent colloque.

L'importance doctrinale de ces décisions s'est vite affirmée, depuis la jurisprudence *El Gafaji* du 17 février 2009³⁶ sur le problème de la protection subsidiaire au sens de l'article 15C de la directive « Qualification » (« violence généralisée ») jusqu'aux deux décisions de septembre 2012, dont la plus emblématique est la décision du 5 septembre 2012 *Y et Z* sur les contours de la liberté religieuse. Répondant à des questions préjudicielles de juridictions nationales, les questions préjudicielles introduites au titre de l'article 267 TFUE, la CJUE est, pour ainsi dire, obligée de régler des questions de principe ou, du moins, de tenter de le faire. En cela, le domaine de l'asile ne diffère pas du droit de l'UE en général. Mais, s'agissant d'un domaine de compétence récent et nouveau pour ladite l'UE et surtout la CJUE, cette jurisprudence en la matière a le parfum des commencements et de l'espoir. Comme l'a dit Roger Errera à la conférence de Bled de l'IARLJ (*International Association of Refugee Law Judges*), le 9 septembre 2010, « *There is some hope* » (il y a quelque espoir) en parlant de la jurisprudence de la CJUE en matière d'asile.

I. Pour la première fois dans l'histoire du droit des réfugiés et de l'asile, une cour supranationale, la CJUE, statue sur l'interprétation et l'application des instruments juridiques relatifs à ce droit.

Quatre étapes, en termes de source et de jurisprudence fondatrices, peuvent être distinguées.

1.1. Première étape : 1951

La Convention de Genève, par elle-même, ne crée ni une juridiction internationale, ni aucun mécanisme de supervision international, comme par un comité d'experts chargé de suivre son application par les États parties, ce qui n'a été envisagé que fort récemment, en 2012, par des experts comme le professeur James Hattaway ou l'éminent spécialiste de l'asile et juge australien North dans ce qu'il est convenu d'appeler le « projet de Cambridge », qui tend à créer auprès du HCR un comité d'experts appréciant la mise en œuvre de la Convention de Genève par chaque État.

36. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*.



Nous avons nous-mêmes pu participer comme experts à l'université de Cambridge, les 29-30 septembre 2012, réunion qui a préconisé ce comité d'experts.

En 1952 ou 1953, nul n'y pense, ne le dit, ni le souhaite. Le HCR vient d'être créé. La Convention de Genève a une compétence *rationae temporis* limitée au 1^{er} janvier 1951 et une compétence *rationae loci* limitée à l'Europe. Seul le protocole de New York du 31 janvier 1967 dit « de Bellagio » transformera un instrument de règlement d'une crise de déracinement de personnes déplacées du continent européen pendant et après la seconde guerre mondiale, votée du fait de l'abstention des pays communistes et de la plupart des états musulmans dans une assemblée des Nations unies qui ne comptait à l'époque que 52 États, en un instrument universel de règlement de la demande d'asile dans le monde. Un miracle improbable, dont les instruments initiaux, et c'est encore largement le cas en 2012, sont d'abord les décideurs nationaux de l'asile et les juridictions nationales de l'asile.

1.2. Deuxième étape : La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a bel et bien construit une jurisprudence, indirecte et par ricochet, relative à la situation de certains demandeurs d'asile

La Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (couramment CEDH) est muette sur les réfugiés, l'asile et les demandeurs d'asile. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) va statuer indirectement sur les droits des demandeurs et des déboutés, en utilisant les articles 2, 3, 5, 8 et 13 relatifs, respectivement au droit à la vie, aux traitements inhumains et dégradants, à la liberté et aux conditions de vie dans les lieux de détention (prison, hôpital psychiatrique, etc.), à la vie familiale et au droit à un recours effectif. L'article 6 est, en tout cas, avant l'entrée en vigueur du TFUE ou Traité de Lisbonne (le 1^{er} décembre 2009) réputé inapplicable ou irrecevable *rationae materiae*, c'est-à-dire que la doctrine et la jurisprudence semblaient s'accorder, en tout cas avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ou TFUE pour n'y voir ni une matière civile, ni un procès pénal relevant de garanties procédurales de la CEDH, plus précisément l'article 6 de cette Convention européenne, étant entendu que cette irrecevabilité *rationae materiae* au sens dudit l'article 6 n'empêchait pas la CEDH d'exercer un contrôle au titre des articles 3 et 13 de la même Convention, c'est-à-dire d'évaluer le risque de subir un traitement inhumain et dégradant (article 3) ou de contrôler l'existence ou l'exercice d'un recours effectif (article 13). En effet, par un arrêt du 20 septembre 2007 *Sultani c/ France* (requête n° 45223/05), la CEDH de Strasbourg a rappelé que « les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur les droits ou obligations de caractère civil d'un requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 §1 de la Convention (voir *Maaouia c. France* [Grand Chambre], n° 39652/98, § 40, CEDH 2000-X ; *Penafiel Salgado c. Espagne* (déc.), n° 65964/01, 16 avril 2002 ; *Sardinas Albo c. Italie* (déc.), n° 56271/00, 8 janvier 2004) ». Depuis lors, elle ne s'est pas prononcée sur la question de la recevabilité *rationae materiae* des requêtes relatives à l'asile, la CEDH considérant uniquement que la CNDA doit être mise en conformité avec le droit de la CEDH, en raison de la violation des articles 3 et 13 de la CEDH en matière de procédure prioritaire (condamnation de la France

le 2 février 2012, *IM c/ France*). Les garanties procédurales européennes, inscrites à l'article 6-1 de la CEDH, ne s'appliquent donc pas en tant que telles devant la CNDA, du moins avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

A notre sens, au risque de nous répéter (voir plus loin), l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui implique l'application des articles 18 (droit d'asile) et 47 (recours effectif), comme celui de l'article 10 (liberté de religion) de la Charte des droits fondamentaux change complètement la situation. La combinaison de ces articles 18 et 47 et le renvoi de la charte et du traité de Lisbonne à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, voire la possible et même probable adhésion de l'UE à cette Convention ont et auront, normalement, pour effet la recevabilité *rationae materiae* des requêtes d'asile devant la CEDH au regard des exigences de l'article 6 CEDH : la question des garanties spécifiques de l'article 47, comparées à celle de l'article 6 CEDH, se posent, certes, mais il est difficile de déterminer si cette spécificité sera sans lien normatif avec celle dudit article 6 CEDH.

Elle le fera, notamment, sur deux points : les conditions d'accueil et de traitement des demandeurs d'asile et les conditions d'éloignement des déboutés³⁷, à la fois du point de vue d'un examen au fond des deux conditions en cause et en rendant obligatoire depuis une jurisprudence (*Mamatukov et Askarov contre Turquie*, 4 février 2005) l'application de l'article 39 de son règlement intérieur lui permettant d'obtenir des États un sursis à l'exécution de la décision d'éloignement, ce qui a pour effet de suspendre matériellement l'application de ces décisions d'éloignement jusqu'à ce que la CEDH se prononce au fond. Cette jurisprudence désormais bien établie sur les mesures provisoires paralyse l'exécution de ces décisions et institue une possibilité, largement utilisée par les avocats, d'obtenir un effet suspensif pendant l'examen des demandes d'asile, même lorsque les procédures internes aux États membres du Conseil de l'Europe (comme la procédure prioritaire ou une procédure de réexamens) excluent, en principe, un tel effet suspensif.

Cette jurisprudence est d'autant plus importante que la CJUE la prend de plus en plus en considération, et que les textes applicables renvoient à la CEDH.

1. 3. Troisième étape textuelle ou source du droit européen d'asile

L'inclusion, par le traité d'Amsterdam (1997), de l'asile dans la compétence communautaire et donc dans celle de la CJUE, même si ce traité a laissé un délai de 5 ans pour cette « communautarisation » et que les traités subséquents (dont celui de Nice en décembre 2000, en vigueur jusqu'au 1^{er} décembre 2009 date à laquelle le TFUE de Lisbonne lui succède) a généré des programmes quadriennaux successifs pour la mettre en œuvre (Programme de La Haye avant 2008, Programme de Stockholm après le « paquet asile » d'octobre 2008 défini sous la présidence française de l'UE).

37. Elle utilise très fréquemment l'article 39 de son règlement intérieur lui permettant d'obtenir des États un sursis à l'exécution de la décision d'éloignement.

I.4. Quatrième et dernière étape normative : la Charte des droits fondamentaux de l'UE

Proclamée par la conférence du Conseil européen rendant public le traité de Nice en 2000, elle a aujourd'hui une valeur égale au traité de Lisbonne, du moins depuis l'entrée en vigueur de ce traité, le 1^{er} décembre 2009.

II. Les normes du droit d'asile sur l'interprétation desquelles la CJUE présente un phénomène original de « miroir ».

Conformément à sa mission, la CJUE statue sur les normes de droit de l'UE, ici un certain nombre de directives et de règlements : la directive du 27 janvier 2003 sur les normes minimales d'accueil, la directive « Qualification » (QD) du 29 avril 2004, la directive sur la procédure de 2005, enfin le règlement Dublin II de 2003 sur la détermination de l'État responsable du traitement de la demande d'asile dans les États membres.

Mais ces textes s'ajoutent, pour la compléter et l'expliciter, à la Convention de Genève, qui demeure le texte de base. Ainsi la directive « Qualification » contient des précisions et des définitions bienvenues sur des notions de base du droit de l'asile telles que la protection et ses acteurs (art. 9), la persécution (ses acteurs à l'art. 6 ; les actes de persécution à l'art. 9 et leurs motifs à l'article 10, dont la religion et l'appartenance à un certain groupe social), enfin la cessation du fait du changement de circonstances (art. 11), tout comme l'exclusion (art. 12, qui démarque ou mime l'article 1 F de la Convention de Genève).

En outre, cette directive crée, pour la première fois depuis 1951, un nouvel instrument de protection internationale, la protection subsidiaire (art. 15), sous une triple déclinaison : contre le risque de la peine de mort (15a), le risque de traitements inhumains et dégradants (15b) et celui de l'exposition à la « violence généralisée », notion qui stimule fortement l'interprétation des juristes en droit européen, droit international humanitaire et droit international général (droit de la guerre).

Sur les douze décisions rendues avant le 29 octobre 2012 par la CJUE, cinq se rapportent à l'interprétation de cette directive « Qualification » : *Elgafaji* (17 février 2009 : protection subsidiaire au titre de l'art. 15 C, compris comme une relation en corrélation inverse entre individualisation du risque et niveau de violence de la « violence généralisée ») ; *Abdulla* (2 mars 2010 : cessation du statut de réfugié, qui examine l'hypothèse d'une disparition du régime persécuteur et la possibilité d'une protection de substitution par une force internationale) ; *B et D* (9 novembre 2010 sur l'exclusion et l'inscription sur une liste d'organisations terroristes par l'UE : l'inscription sur une liste terroriste n'a pas pour effet une exclusion automatique au sens de l'article 12 de la directive « Qualification ») et *Bolbol* (17 juin 2010 : exclusion du champ d'application de l'article 1 d) la Convention de Genève, prévoyant un transfert du statut de réfugié si une autre protection internationale des Nations unies est instituée, d'un Palestinien dans l'hypothèse assez particulière où ledit Palestinien ne bénéficie pas de la protection de l'UNWRA, c'est-à-dire ne bénéficie pas d'une protection internationale), *Y et Z* (*Bundesrepublik Deutschland c/ Y* (C-71/11) et *Z* (C-99/11) : notion de persécution religieuse en général, mais sur le



fondement d'une question de la juridiction allemande de Leipzig sur les Ahmadis du Pakistan). De même, la directive sur les conditions d'accueil, la directive retour et la directive procédures traitent de domaines dont la Convention de Genève ne disait rien.

En interprétant ces instruments européens, la CJUE va indirectement mais nécessairement interpréter la Convention de Genève. Cette herméneutique par ricochet, qui s'ajoute sans se confondre avec la jurisprudence par ricochet de la CEDH, et influence les interprètes habituels de la Convention de Genève que sont les juges nationaux de l'asile (en tout cas, ceux de l'UE), contribue ainsi à façonner le visage du droit positif de l'asile, dont la Convention de Genève constitue la pierre d'angle, mais non le seul standard ou fondement actuel : certes, toutes les décisions de la CJUE rappellent la primauté de principe de la Convention de Genève, mais il s'agit là d'un raisonnement inévitable, à l'instar de celui de toutes les organisations régionales de traités interétatiques (dont l'OTAN) qui rappellent le rôle fondateur de la Charte des Nations unies (dont l'article 51, interdisant les guerres, sauf de défense immédiate).

D'où l'intérêt de la jurisprudence de la CJUE pour les États non membres de l'UE et pour les États non européens qui sont parties à cette convention³⁸.

Un autre aspect de cet effet « miroir » de l'interprétation à laquelle procède la CJUE se laisse entrevoir du fait que les normes du droit des réfugiés et de l'asile nécessitent aujourd'hui, pour leur interprétation, celle de trois autres corps de droit international : le droit humanitaire international, le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international.

S'agissant du droit humanitaire international, les questions posées depuis l'arrêt *El Gafaji* illustrent l'interaction entre la Convention de Genève sur les réfugiés du 28 juillet 1951 et les quatre conventions de Genève du mois d'août 1949 sur le droit humanitaire. Les spécialistes du droit d'asile oublient souvent que le règlement espéré de la question des réfugiés ne constitue qu'un élément d'un dispositif plus général, celui de la mise en place des Nations unies, comme l'a montré, encore tout récemment, l'historien américain Marc Mazower dans un ouvrage de référence³⁹.

S'agissant des droits de l'homme, les cinq fondements de l'article 1^{er} A, 2 de la Convention de Genève supposent une liste, au moins implicite, de droits de l'homme (liberté de religion, ne pas être discriminé pour un motif ethnique, notamment). L'abondante jurisprudence de la CEDH analysant le risque de « traitement inhumain et dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme a inspiré la rédaction de l'article 15b) de la directive « Qualification » et a précisé les critères du risque, notamment pour les demandeurs d'asile Sri Lankais, dans l'arrêt *NA c/ Royaume-Uni* (17 juillet 2008). Elle précise les obligations de mention des sources géopolitiques, ce qui donne un contenu aux dispositions de

38. Les échanges et les influences se font dans les deux sens : le contenu de la directive « Qualification » sur la notion d'appartenance à un certain groupe social est directement inspiré par la jurisprudence canadienne.

39. Marc Mazower, *No Enchanted Palace, The End Of Empire and the Ideological Origins of The United Nations*, Princeton University Press, 2012 ; un des chapitres s'intitule "The Refugees".

l'article 4 de la directive « Qualification » et l'article 8 de la directive procédure, normes de l'UE. L'article 10 de la directive « Qualification » renvoie à l'article 15.2 de la CEDH, qui distingue une liste de droits indérogeables et de droits dérogeables, distinction classique dans la mesure où, contrairement à certaines apparences et certaines déclarations (déclaration de Vienne des Nations unies de juillet 1993 à la suite de la conférence mondiale des droits de l'homme), les droits de l'homme se différencient et souvent se hiérarchisent.

Pour ce qui concerne le droit pénal international, la définition, à l'article 7, h, du traité de Rome du 17 juillet 1998 instituant la Cour pénale internationale (CPI), de la persécution comme crime contre l'humanité suggère l'idée d'une possible unification des branches du droit des Nations unies, dont le droit des réfugiés constitue la face « protectrice » et dont d'autres constitueraient le volet répressif, ce que suggère, du moins dans ses origines, l'existence de la clause d'exclusion de la Convention de Genève (article 1 F de la Convention de Genève et article 12 de la directive « Qualification »), qui était associée à la possibilité de l'extradition (ou à son interdiction).

III. Sur l'interprétation : les trois rappels à l'ordre communautaire de la CJUE

L'interprétation, que les philosophes depuis Hans Georg Gadamer et Paul Ricoeur appellent depuis les années 1960 l'herméneutique, est au cœur de l'acte de juger. Ce point est généralement admis, même en France, en dépit du légicentrisme français, traduit dans l'adage de Montesquieu sur « *le juge, bouche de la loi* ». En tout cas, le juge de la CJUE, qui doit faire la synthèse de plusieurs traditions juridiques, se prévaut clairement d'un droit à l'herméneutique juridique.

C'est pourquoi la CJUE a souligné trois éléments.

Premier rappel : celui de l'autonomie du droit de l'Union, notamment par rapport à celui de la CEDH, quelle que soit l'étroitesse du lien qui existe entre eux. Certains passages de l'arrêt *Elgafaji* ont l'allure d'une « déclaration d'indépendance », au regard de la manière dont le Conseil d'État néerlandais avait rédigé les questions adressées à la CJUE. La CJUE reformule les questions et se permet d'établir une relation inverse entre le niveau de « violence généralisée » et l'individualisation de la menace pour interpréter l'article 15 c de la directive « Qualification ». Solution subtile et autonome au regard des droits nationaux, dont certains (c'est le cas de la Belgique) excluent l'examen individuel en cas de « violence généralisée » tandis que d'autres, dont la France, maintiennent cette exigence, dans les textes (article L. 712-1 c) du CESEDA) et la jurisprudence (Voir CNDA, SR, 27 juin 2008, *Baskaratas* et Conseil d'État, *Baskaratas*, 3 juillet 2009), au moins en théorie, la pratique des juges de l'asile étant variable sur ce point. Toutefois, difficile à manier pour le juge national, la jurisprudence *Elgafaji* conduira le Conseil d'État belge à reposer la même question préjudicielle, de manière plus explicite, c'est-à-dire à demander si la notion de « violence généralisée » équivaut à la notion de « conflit armé » au sens des quatre conventions du droit humanitaire du mois d'août 1949. L'autonomie et son corollaire herméneutique, la subtilité, constituent des armes à double tranchant dont les cours supranationales sont coutumières : la légitimité et l'approfondissement de l'influence de ces cours



passent, assez souvent, par une clarification ou un compromis entre plusieurs traditions juridiques nationales.

Deuxième rappel : en ce qui la concerne, la CJUE affirme qu'elle interprète les normes communautaires relatives à l'asile à la lumière de leur finalité, dans le respect de la Convention de Genève, des autres traités pertinents (cf. l'article 78 du TFUE) et des droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁴⁰. Cette manière « téléologique » d'interpréter le droit est, on le sait, celle du droit international général, c'est-à-dire que le texte des traités et conventions s'interprète à la lumière de l'intention des Hautes parties contractantes, alors qu'en droit interne, l'intention du législateur n'a qu'une valeur subsidiaire, le seul sens littéral du texte étant premier.

Le *troisième rappel* s'adresse au juge national : il doit interpréter, lorsqu'il statue, le droit national de façon à permettre la pleine efficacité du droit de l'UE (principe de l'interprétation conforme)⁴¹. En outre, il doit donner leur plein effet utile aux instruments de droit communautaire, en ne perdant pas de vue leur objectif (principe d'interprétation téléologique)⁴².

Le Conseil d'État lui-même a appliqué ce principe en affirmant : « *Il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de l'obligation (de transcrire une directive) à l'égard des autorités publiques* »⁴³. Un tel principe possède un lien avec un autre principe, celui de la protection juridictionnelle effective, affirmé par la CJUE en 2010⁴⁴. La procédure devant les juridictions nationales relève de la compétence des États membres. Toutefois, celle qui concerne la reconnaissance et la sauvegarde des droits que les justiciables tiennent du droit de l'Union ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits. Il s'agit d'un principe général du droit de l'Union, fondé notamment sur les articles 6 et 13 CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux, charte devenue norme depuis le traité de Lisbonne (voir *supra*), mais ces articles tendent tous à affirmer le caractère effectif du recours, tendant à un procès équitable.

IV. La CJUE affirme et renforce le respect effectif des droits des demandeurs d'asile et des réfugiés

IV.1 Elle se fonde, d'une part, s'agissant du droit de l'Union, sur l'article 78 TFUE, les principes généraux du droit de l'Union, les directives et règlements applicables et la Charte, d'autre part, sur la Convention de Genève et sur la CEDH, enfin sur d'autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme.

40. Cf. en particulier l'arrêt *Y et Z c/ Allemagne* (5 septembre 2012, Y et Z. (C-71/11) et C-99/11).

41. Cf. CJUE, *Diouf c/ Luxembourg*, 28 juillet 2011 qui explicite ce qu'il convenait d'entendre par « décision concernant une demande d'asile » au sens de l'article 39 de la directive (CJUE, Deuxième Chambre, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, affaire C-69/10).

42. Cf. *Elgafaji*, 17 février 2009, déjà mentionné.

43. Avis du Conseil d'État, 21 mars 2011, *Jin et Thuro*.

44. CJUE, 22 décembre 2010, affaire C-279/09, DEB, à propos du droit des personnes morales d'accéder à l'aide judiciaire, sur le fondement de l'art. 47 de la Charte.

IV.2 Les principaux domaines d'application sont les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile⁴⁵ et l'étendue du droit au recours effectif énoncé à l'article 39 de la directive relative aux procédures⁴⁶. La Cour aura à tirer les conséquences de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2012 dans l'affaire *IM c. France*⁴⁷ : la Cour a censuré l'absence de caractère suspensif du recours contre la décision de rejet de la demande par l'OFPRA en cas de traitement de la demande selon la procédure prioritaire (cas des pays d'origine estimés « sûrs » par l'OFPRA).

IV.3 La méthode suivie par la Cour consiste à prendre très largement en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les exemples ne manquent pas. Ainsi la décision du 21 décembre 2011⁴⁸ vient à dessein après celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *MM. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011. D'autres décisions significatives de la Cour européenne des droits de l'homme concernent la durée et les conditions de la détention des demandeurs d'asile⁴⁹, l'existence d'un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH, notamment quand l'article 3 est en cause⁵⁰.

IV.4 La jurisprudence de la CJUE insiste sur le caractère effectif du respect des droits des intéressés. Trois arrêts l'illustrent :

- À propos de l'application du règlement Dublin II, la Cour insiste, dans la décision *NS* de décembre 2011 déjà mentionnée, sur le caractère non irréfragable des présomptions contenues dans le droit de l'UE ou le droit national. S'agissant de la notion de « pays sûr », les États membres ont l'obligation et les moyens de s'assurer du respect effectif des droits fondamentaux dans ce pays. Il leur appartient aussi de tirer toutes les conséquences du caractère systémique des violations de ces droits par un État membre.

- À propos de la notion de cessation et de celle de changement de circonstances, la décision *Abdulla* a mis à juste titre l'accent sur la dimension relative aux droits de l'homme dans l'évaluation par les autorités nationales, y compris les juges dans l'évaluation de la situation nouvelle. Conformément à la directive « Qualification », elles doivent se poser les questions suivantes : de quelle protection s'agit-il pour l'avenir ? Émanant de quels acteurs ? Quelles en sont les conséquences concrètes pour l'État de droit ? Les acteurs de la protection ont-ils pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution. Quel est le degré réel du changement

45. Cf. CJUE, *CIMADE et GISTI c/ Ministre de l'intérieur*, affaire C-179/11 du 25 septembre 2012. Cette décision concerne l'interprétation de la directive de 2003 relative aux conditions d'accueil, et plus particulièrement le versement de l'allocation temporaire d'attente à certaines catégories de demandeurs d'asile. Elle est la suite d'une bataille juridique engagée depuis plusieurs années devant les juridictions françaises. Cf. Conseil d'État, *Association LA CIMADE*, 16 juin 2008 ; *M. et Mme Mirzoyan*, ord. Réf., 20 octobre 2009 ; *CIMADE et GISTI*, 7 avril 2011.

46. Cf. CJUE, *Diouf c/ ministre du travail, de l'emploi et de l'immigration*, affaire C-69/10, 28 juillet 2011.

47. 2 mars 2012.

48. CJUE, Grande chambre, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *NS c. Secretary of State for the Home Department et MEC, ASM, MT, KP, EH c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Dans cette affaire plusieurs ONG, le HCR, la Commission européenne et 13 États membres ont présenté des observations.

49. Cf. *Saadi c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2006.

50. *MMS c Belgique et Grèce*, précité ; *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011.



de circonstances ? Les ressortissants nationaux ont-ils accès à cette protection s'ils cessent de bénéficier du statut de réfugié ?

Enfin, à propos de la notion de persécution religieuse, la décision *Y et Z* refuse le concept de « noyau dur » de la liberté religieuse dont la violation déclencherait la notion de persécution. Elle refuse enfin d'exiger d'un croyant de renoncer à l'exercice de certaines pratiques ou manifestations publiques de ses croyances religieuses, c'est-à-dire de son identité. En cela, la CJUE s'est clairement démarquée de certaines jurisprudences nationales comme la Cour constitutionnelle de Karlsruhe qui, dans les années 1986-1987 ont tendu à rabattre cette liberté à celle du « for intérieur » (l'arrêt *Y et Z* répond bien à une question préjudicielle allemande), pour éviter, alors, de reconnaître trop de réfugiés venus des pays communistes comme la Roumanie, où la persécution des religions au sens de cette jurisprudence *Y et Z*, c'est-à-dire de la liberté religieuse comme liberté publique, battait son plein.

En d'autres termes, l'injonction ou le « conseil » de discrétion, de silence ou de dissimulation n'a pas de place ici⁵¹.

Conclusion

La jurisprudence de la CJUE en matière d'asile ne s'arrête pas le 29 octobre 2012. Dans les trois mois qui ont suivi, elle a pris d'importantes décisions :

- sur l'application du règlement « Dublin II » du 18 février 2003 combinée avec la clause humanitaire du paragraphe 2 de l'article 15 dudit règlement n° 343/2003 (6 novembre 2012, affaire *K. contre Bundesasylamt*, C-245/11), ;

- et sur l'application de l'article 1D de la Convention de Genève sur la combinaison de la protection de la Convention de Genève et d'autres formes de gestion ou protection de leur situation lorsque, par un motif indépendant de leur volonté, ils se trouvent dans le ressort ou le champ d'application de la Convention de Genève (19 décembre 2012, *El Kott*), en leur assurant, dans cette hypothèse, le statut de réfugié sans nouvel examen de leur situation et du risque ;

- et a en outre admis, sur le principe, la procédure prioritaire comme euro-compatible dans la mesure où elle ne contrevient pas aux obligations du recours effectif au sens de l'article 39 de la directive 2005/85 dite « Procédures » du 1^{er} décembre 2005 (31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D., B. A. contre Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*), autonome (droit de l'Union) au regard de l'article 13 CEDH.

Cette très récente mais incessante activité de régulation herméneutique au regard des directives et normes de l'UE (dont la Charte des droits fondamentaux) et, par ricochet, de la Convention de Genève, en ne négligeant pas l'acquis de la jurisprudence de la CEDH en matière d'article 3 de la CEDH, est nouvelle au sens que la CJUE est la première cour internationale qui statue directement en matière d'asile, même si le juge national de chacun des États de l'UE demeure le juge de droit commun du droit de l'UE et, par ailleurs, le seul juge direct appliquant la Convention de Genève.

51. Dans le même sens, la décision du Conseil d'État dans l'affaire *M. Mbwene*, 27 juillet 2012, de la Cour suprême de Norvège du 29 mars 2012 et de la Cour suprême britannique du 7 juillet 2010. Dans les trois cas il s'agissait de craintes de persécutions fondées sur l'homosexualité du demandeur.

La CJUE a déjà éclairé des zones d'ombre du droit d'asile comme la définition des formes de persécution telles que la persécution religieuse, l'articulation entre l'exclusion et le terrorisme, certaines stipulations peu appliquées de la Convention de Genève comme la cessation du statut de réfugié (article 1C de cette Convention ; cf. *Abdulla*), la combinaison entre l'article 1^{er}, A, 2 et l'article 1D (arrêts *Bolbol* et *El Kott* sur des Palestiniens, relevant ou non de la protection de l'UNWRA).

Elle a également interprété dans un sens élargi les droits composant le droit d'asile. Beaucoup se sont inquiétés, depuis l'eupéanisation du droit d'asile, d'un éventuel rétrécissement ou d'une limitation du droit d'asile. Au vu de sa jurisprudence connue en octobre 2012 ou même en février 2012, tel n'est pas le cas : la CJUE, comme la CEDH, a véritablement joué son rôle de qualification ou d'interprétation des normes européennes de l'asile, à la lumière et sous l'empire d'une norme universelle des Nations unies, la Convention de Genève. La CJUE est-elle la bouche de la loi ? Si c'était le cas, il s'agirait d'une combinaison de standards ou de normes universelles et européennes.

On peut, cependant, s'interroger sur les divergences ou les convergences possibles entre les juges de l'Asile, notamment en Europe, en attendant une supervision mondiale, ou sur ce qui l'influence, même par ricochet. Même si la CJUE a tendance à confirmer les solutions de la CEDH, on peut s'interroger sur d'éventuelles discordances (comparaison possible entre *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09 et CEDH, grande chambre, 21 décembre 2011, *N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*)⁵² : la CJUE se fonde sur les informations de la CEDH mais ne précise pas comment elle articule la défaillance « systémique » de la Grèce au titre du règlement « Dublin II » du 18 février 2003, la circonstance d'être pays membre de l'UE et la notion de « pays sûr » que les autorités irlandaises admettent, s'agissant de la Grèce, depuis 2004.

⁵³ Y aura-t-il par exemple une hiérarchisation des obligations en matière de recours effectif, recours qui relève, s'agissant de l'asile, de l'article 39 de la directive 2005/85 « Procédures », de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 13 de la CEDH, comme le pensent et le disent régulièrement de grands experts comme le slovène Bostjan Zalar et britannique John Barnes, l'article 13 de la CEDH demeurant le plus exigeant ? Ou y aura-t-il convergence entre les juges de l'asile du fait du traditionnel « dialogue des juges » invoqué en France depuis décembre 1978 par le commissaire du gouvernement Bruno Genevois dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'État *Cohn Bendit* ? Les situations peuvent, concomitamment ou successivement, relever des deux hypothèses. Mais la CJUE garde le mérite d'être la première Cour internationale à juger l'asile de manière explicite et avec une ambition normative.

52. Voir l'article de Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 29 décembre 2011.

53. Voir le même article de Actualités Droits-Libertés du 29 décembre 2011 par Marie-Laure Basilien-Gainche « Les Gens de Dublin ont des Droits ».



Les cours européennes et le droit d'asile

Rien ne prédisposait les deux cours européennes à connaître du contentieux de l'asile tant l'asile est resté longtemps conçu comme une prérogative souveraine des États. Il a fallu l'essor de la demande d'asile en Europe dans les années quatre-vingt-dix et la mise en place de politiques de plus en plus restrictives de la part des États européens et de l'Union européenne pour que la question de l'asile soit soulevée dans les prétoires nationaux, puis européens, celui d'abord de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), puis de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par des demandeurs d'asile de plus en plus nombreux, soucieux de faire valoir le respect de droits proclamés de part et d'autre comme universels, à défaut de pouvoir invoquer un droit d'asile absent des textes fondateurs de l'une et l'autre Europe⁵⁴.

Ni le statut du Conseil de l'Europe qui scelle pourtant la volonté des États parties de construire une Europe fondée sur « *les droits de l'homme, la prééminence du droit et la démocratie* », ni son instrument essentiel de protection des droits de l'homme qu'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne) signée en 1950 n'évoquent en effet la question de l'asile ou des réfugiés. Ce silence gardé dans les textes d'une Europe en construction s'explique principalement par l'élaboration au même moment d'un instrument propre à la protection des réfugiés, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951 dans le cadre des Nations unies ; élaboration dans laquelle les États européens jouent un rôle majeur car, répondant d'abord au souci de remédier à l'errance sur leur sol de milliers de personnes déplacées par la guerre, mais s'inscrivant aussi dans le contexte de la guerre froide. D'où le rôle moteur des États européens dans son élaboration et l'option qui leur a été initialement ouverte d'en limiter l'application « *aux événements survenus en Europe avant le 1^{er} janvier 1951* », largement souscrite lors de sa ratification, et qui ne sera levée qu'en 1967 par le Protocole de New-York.

Le silence de la Convention européenne en matière d'asile, jamais rompu par les protocoles ultérieurs, ne signifie donc pas indifférence à la question de l'asile de la part des États du Conseil de l'Europe. Leur droit interne en témoigne d'ailleurs tantôt directement par leur législation, voire par la consécration du droit d'asile dans la Constitution comme en Allemagne et en France⁵⁵, tantôt indirectement par l'introduction dans leur ordre juridique interne de la Convention de Genève. L'on ne s'étonnera dès lors pas de voir les instances du Conseil de l'Europe, et notamment l'Assemblée parlementaire (APCE), relever que « *le droit d'asile fait partie intégrante*

54. Sur la prise en compte du droit de l'asile par l'Europe, voir D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, PUF, 2002.

55. En France, l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et, en Allemagne, l'article 16 de la Loi fondamentale de 1949.

du patrimoine commun que représentent les traditions européennes »⁵⁶ et multiplier, ainsi que le Comité des ministres, les initiatives en faveur de ce droit. Proposition a même été faite de l'arrimer à la Convention européenne afin de le faire bénéficier du contrôle juridictionnel de la CEDH⁵⁷, voire de faire de celle-ci la juridiction suprême des décisions prises par les États en matière d'asile, proposition alors associée à la fois à la création d'une Commission européenne des réfugiés, chargée de formuler des principes directeurs et d'examiner le moyen d'harmoniser les procédures d'asile entre les États parties, et à la désignation d'un Haut Commissaire européen pour les réfugiés travaillant en liaison avec le HCR⁵⁸. C'est assez dire, même si ces initiatives n'ont pas, loin s'en faut, toutes abouti, le rôle d'aiguillon des instances politiques du Conseil de l'Europe pour que les politiques d'asile des États parties soient appréhendées à l'aune des droits de l'homme. La CEDH n'y a pas été insensible⁵⁹ et, alors même qu'elle rappelle au fil de ses décisions que « *ni la Convention ni ses protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique* » (CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et a c. RU*) et que « *en vertu d'un principe de droit international bien établi, les États ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux* » (CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. RU*, §73), elle a assujéti les mesures prises par les États en matière d'asile au respect des droits consacrés par la Convention au terme d'une interprétation particulièrement dynamique de sa portée comme de son contenu.

Les objectifs strictement économiques assignés à la Communauté économique européenne, instituée en 1957 par le traité de Rome, prédisposaient moins encore la CJUE à connaître des questions d'asile. Toutefois l'extension, d'abord entre cinq États dans le cadre des accords de Schengen de 1985, puis entre tous les États membres par l'Acte unique européen de 1986, du principe initial de libre circulation des travailleurs à toute personne, a nourri la double crainte d'un afflux aux frontières extérieures d'une immigration clandestine et d'un essor de la criminalité internationale ainsi que du terrorisme sur le sol européen. La convention d'application des accords de Schengen du 16 juin 1990 s'en fait l'écho en concentrant son attention sur toute une série de mesures visant à compenser par un renforcement des contrôles aux frontières extérieures l'abolition des contrôles aux frontières intérieures, dont certaines tendent à restreindre le droit de demander asile, comme le principe d'unité du traitement des demandes par un État désigné comme responsable, stipulation reprise à l'échelle de l'Union par la Convention de Dublin du 15 juin 1990. La politique européenne mise en place ensuite en matière d'asile, d'abord dans le cadre d'une coopération intergouvernementale institutionnalisée en 1992 par le traité de Maastricht qui fait de l'asile, comme de l'immigration, une

56. Recommandation n° 434 (1965) du 1^{er} octobre 1965 relative à l'application du droit d'asile aux réfugiés européens.

57. Recommandation de l'APCE n° 293 (1961) ; proposition reprise ensuite plusieurs fois par un certain nombre d'ONG sous la forme d'un Protocole additionnel à la Convention européenne relatif à l'asile du 3 mai 1988.

58. Recommandations de l'APCE n° 1236 du 12 avril 1994 et du 31 janvier 2001.

59. La décision *Soering c. RU* consacrant une protection par ricochet contre le refoulement (*v. infra*) est rendue en 1989, soit peu après la mise en exergue d'une obligation de non refoulement fondée sur l'article 3 de la CEDH par l'APCE (Recommandation n° 434 (1965)) et le Comité des ministres (Résolution n°4 (1967)).



question d'intérêt commun, puis d'une communautarisation des politiques d'asile et d'immigration engagée en 1997 par le traité d'Amsterdam, est restée marquée par cette liaison initiale entre questions d'asile et d'immigration dans une perspective sécuritaire et de contrôle des flux migratoires, liaison dangereuse dont l'Union ne paraît pas se départir. Progressive, partielle, différenciée, la communautarisation de la politique d'asile, qui a d'abord porté sur l'harmonisation des politiques nationales opérée par les quatre directives du Conseil – « Protection temporaire », « Accueil », « Qualification » et « Procédure »⁶⁰ – ainsi que par le règlement Dublin II qui a succédé à la convention éponyme et par le règlement Eurodac⁶¹, s'est poursuivie avec la mise en place d'un régime d'asile européen commun (RAEC) reposant sur la refonte de ces textes constituant « *le paquet asile* », afin de substituer aux normes minimales initialement établies des normes communes⁶². Cette communautarisation de l'asile s'est logiquement accompagnée de l'entrée en scène d'un nouvel acteur, la CJUE qui, du fait des nouvelles compétences de l'Union, statue désormais elle aussi, sur le droit européen de l'asile.

Deux cours sont ainsi appelées à connaître, au côté des juridictions nationales, du contentieux de l'asile (I) et contribuent alors, et de façon essentielle, à façonner le droit européen de l'asile (II).

I. L'appréhension par les cours européennes du contentieux de l'asile

En dépit de leurs compétences différenciées (A), les deux cours appréhendent de manière convergente le contentieux de l'asile (B).

A. Les compétences différenciées des cours

Alors que le silence de la Convention européenne en matière d'asile ne permet à la CEDH que de connaître indirectement des questions liées à l'asile, la Cour de justice s'est vue dotée par les traités d'une compétence qui lui permet de statuer directement sur le droit de l'asile dans l'Union.

60. Respectivement DA, DQ, DP dans la suite du texte. Directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ; Directive 2003/9/CE du 27 février 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres ; Directive 2004/83/CE 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 relative au contenu de ces statuts et Directive 2005/85 du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

61. Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, dit Dublin II ; Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, dit Eurodac.

62. Il s'agit de la directive « Qualification » 2011/95/UE du 13 décembre 2011, des directives « Accueil » 2013/33/UE et « Procédure » 2013/32/UE du 26 juin 2013 ainsi que du règlement Dublin III 604/2013 et du nouveau règlement Eurodac 603/2013 adoptés le même jour. Sur l'évolution du droit de l'Union, v. *L'Union européenne et la protection des migrants et de réfugiés*, (dir. A-S Millet-Devalle), Pedone, 2010 ; S. Guillaume et M. Benlolo-Carabot, *Le droit d'asile, 60 ans après la Convention de Genève : perspectives européennes et comparées*, LPA, Juillet 2012, p. 134.

1. La compétence indirecte de la Cour européenne des droits de l'homme

Le caractère subsidiaire de la protection conventionnelle par rapport aux systèmes nationaux de procédure conduit la CEDH, comme elle le relève de façon constante, à « se garder d'examiner elle-même les demandes d'asile ou de contrôler la manière dont les États remplissent leurs obligations découlant de la Convention de Genève »⁶³ car il s'agit d'une affaire relevant de la responsabilité des États. Elle n'en considère pas moins qu'il lui appartient « d'évaluer l'effectivité des procédures nationales et [de] s'assurer que ces procédures fonctionnent dans le respect des droits de l'homme » (*MSS c. RU*, préc., §388). Cette revendication par la Cour de sa responsabilité propre dans la protection des droits de l'homme s'est notamment traduite par une construction jurisprudentielle remarquable visant à donner la plus ample portée au champ d'application de la Convention tel que son article 1^{er} le définit sous l'intitulé « *Obligation de respecter les droits de l'homme* » en stipulant que « *les États parties reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction [des] droits et libertés définis au titre I de la Convention* ».

- Explicitant la notion de « *juridiction* » au cœur de cette définition et qu'elle entend de manière « *principalement territoriale* », la Cour fait application de la Convention européenne aux faits survenus sur le territoire des États parties⁶⁴, et notamment au placement en zone internationale des demandeurs d'asile à leur entrée sur le territoire, afin de vérifier le caractère non manifestement infondé de leur demande. Récusant le moyen d'extraterritorialité de cette zone soulevé par la France, elle affirme expressément que « *en dépit de sa dénomination, cette zone ne bénéficie pas du statut d'extraterritorialité* » en relevant d'ailleurs la réglementation nationale dont elle fait l'objet en France et la validation de son principe par le Conseil constitutionnel⁶⁵.

Elle ne borne toutefois pas les effets de la Convention au seul territoire des États et juge que « *dans des circonstances exceptionnelles* », des actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent aussi s'analyser en l'exercice de leur juridiction au sens de l'article 1^{er} de la Convention⁶⁶. S'opposant en cela à une politique du « *double standard* » au terme de laquelle les États pourraient se délier à l'extérieur de leur territoire des obligations conventionnelles au respect desquelles ils sont tenus sur leur territoire⁶⁷, elle reconnaît ainsi tant l'effet extraterritorial de la Convention que son application extraterritoriale.

63. CEDH, 7 mars 2000, *TI c. RU* ; CEDH, GC, 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, §286 et s. (cité « 2011, MSS » dans la suite du texte) ; v. notamment M.-L. Basilien-Gainche, « Les gens de Dublin ont des droits ; la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », *Actualité Droits-Libertés* du CREDOF, 29 décembre 2011.

64. Hormis déclaration explicite prévue à l'article 56 lequel permet à un État d'écarter l'application de la Convention « *à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales* ».

65. CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, §52. Parfois défendue en doctrine, l'extraterritorialité fut défendue par le Gouvernement français à propos de la zone d'attente de l'aéroport de Roissy, mais fermement rejetée par la Cour.

66. CEDH, 26 juin 1992, *Droz et Janousek c. France et Espagne*, §91.

67. V. sur ce point l'opinion concordante très motivée du juge Pinto de Albuquerque sur CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et a. c. Italie*.



Sans doute l'extension la plus spectaculaire *ratione loci* de la Convention résulte de la fameuse protection « par ricochet » introduite en 1989 par la Cour dans sa décision *Soering c. RU*, qui confère un effet extraterritorial à la Convention et offre une garantie particulièrement précieuse aux étrangers, et donc aux demandeurs d'asile faisant l'objet d'un éloignement du territoire. Pour donner effectivité au droit intangible consacré à l'article 3 portant interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, elle juge en l'occurrence à propos d'une décision d'extradition prise par un État partie que « *la Convention ne consacre pas en soi un droit de n'être pas extradé. Néanmoins quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante* » (§85). En faisant ainsi obligation aux États parties de ne pas éloigner vers un pays celui qui risquerait d'être exposé à des traitements prohibés par l'article 3 et en jugeant que leur responsabilité peut être alors engagée au regard de la Convention, la Cour exprime « *sa préoccupation essentielle* » qui est de « *savoir s'il existe des garanties effectives qui protègent le requérant contre un refoulement arbitraire, direct ou indirect vers le pays qu'il a fui* »⁶⁸. Pièce maîtresse de la protection conventionnelle, cette protection par ricochet a été étendue par la Cour aux étrangers et notamment aux demandeurs d'asile⁶⁹, qu'ils soient l'objet de mesures de refoulement à la frontière au motif que leur demande d'asile est manifestement infondée (CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*) ou de mesures de renvoi à la suite du rejet de leur demande présentée sur le territoire (CEDH, GC, 15 novembre 1996, *Chahal c. RU*). Cette protection, qui peut être parfois une protection par « *double ricochet* »⁷⁰, s'exerce désormais sans distinction selon le pays de renvoi, qu'il s'agisse de pays tiers à la Convention, mais aussi d'États parties à la Convention, dont notamment la Turquie⁷¹, et de manière encore plus remarquable au regard de la présomption de sûreté dont le règlement Dublin II et le Protocole n° 6, dit Protocole Aznar, annexé au traité d'Amsterdam, les avaient crédités, d'États de l'Union (CEDH, GC, 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, préc. et *infra*).

Au-delà de cet effet extraterritorial de la Convention, la Cour admet également dans « *certaines circonstances exceptionnelles* » son application extraterritoriale pour les actes accomplis à l'étranger par des agents de l'État exerçant « *un pouvoir et un contrôle physiques sur les personnes* »⁷². Faisant application de

68. V. parmi d'autres exemples, CEDH, 7 mars 2000, *T.I. c. RU*.

69. Pour une première application, v. CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas* ; CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, préc.

70. En cas de renvoi par un pays intermédiaire vers un autre pays n'offrant pas de garanties contre un traitement contraire à la Convention, en ce sens CEDH, GC, 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce* §142 et CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, §147. Sur ce « double ricochet », voir N. Hervieu « Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d'interception et refoulement des groupes de réfugiés en haute mer », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 27 février 2012.

71. Par ailleurs déjà condamnée par la Cour pour ses pratiques de torture (CEDH, 18 décembre 1996, *Askoy c. Turquie*) ; pratiques considérées comme « systématiques » par le Comité de prévention contre la torture (RUDH, 1994, p. 304).

72. CEDH, 30 juin 2009, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, §§86-89 ; CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev c. France* ; CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al Skeini et a. c. RU*, §136., V. G. Grisel, *L'application*

cette jurisprudence, elle a ainsi jugé recevable dans sa décision *Hirsi Jamaa et a. c. Italie*, rendue à l'unanimité en Grande Chambre le 23 février 2012, la requête de migrants ayant fait l'objet d'une interception en haute mer⁷³. Écartant la thèse défendue par les autorités italiennes d'une opération de sauvetage en haute mer qui l'aurait conduite à n'exercer qu'« un niveau réduit de contrôle » (§79), elle a au contraire jugé que l'interception en haute mer par des navires militaires italiens d'un groupe de deux cents ressortissants somaliens et érythréens montés en Libye à bord de trois embarcations pour rejoindre l'Italie, puis leur refoulement immédiat vers la Libye en application d'accords bilatéraux passés entre l'Italie et la Libye, « se sont déroulés à bord de navires des forces armées italiennes dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux ». Elle en a alors déduit que, « dès lors qu'ils sont montés à bord et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes » (§81) et que « partant, les faits dont découlent les violations alléguées relèvent de « la juridiction » de l'Italie au sens de l'article 1^{er} de la Convention » (§82)⁷⁴. Elle a ainsi offert aux migrants, toujours plus nombreux à emprunter des embarcations de fortune au péril de leur vie, une garantie d'autant plus remarquable que l'article 33 de la Convention de Genève qui consacre le principe cardinal de non refoulement vers un pays à risque a parfois été privé de portée dans le cas de refoulement en haute mer⁷⁵.

- Au-delà de ce rejet des exceptions d'irrecevabilité de caractère territorial soulevées par les États, la Cour écarte également les exceptions *ratione personae* invoquées en matière d'asile. Elle a ainsi jugé en 2000 que les États de l'Union ne pouvaient « sans contredire son but et son objet » s'exonérer de leur responsabilité au regard de la Convention européenne pour des mesures qui, prises en application du droit de l'Union, comme la convention de Dublin, peuvent affecter leurs obligations conventionnelles (CEDH, 7 mars 2000, *Ti c. RU*). Mais elle a alors conclu à l'irrecevabilité du recours formé par un demandeur d'asile sri lankais contre la décision britannique de le transférer vers l'Allemagne, État responsable du traitement de sa demande en application de la Convention de Dublin et qui

extraterritoriale du droit international des droits de l'homme, thèse Lausanne, 2009.

73. Pour une première application de la Convention à une interception en mer, en l'espèce de trafiquants de drogue, V. CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, où la Cour se fonde sur « le contrôle absolu et exclusif exercé de manière continue et ininterrompue par ses agents sur le navire et son équipage dès son interception par les autorités françaises ».

74. La Cour a alors condamné l'Italie pour avoir exposé les intéressés au risque de traitements contraires à l'article 3 pour leur transfert effectif en Libye, ainsi qu'à un risque de renvoi arbitraire par la Libye, pays non signataire de la Convention de Genève, vers la Somalie et l'Erythrée.

75. La Cour suprême américaine avait ainsi refusé de faire application de ce principe de non refoulement à des demandeurs d'asile haïtiens en haute mer (CSUS, *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 US 155, 1993, analyse ayant donné lieu à une opinion dissidente très fermement motivée du juge Blackmun et par ailleurs largement réprouvée par les instances onusiennes (Assemblée générale des Nations unies, Comité des droits de l'homme, Comité contre la torture, HCR, etc.) et régionales (notamment la Commission interaméricaine des droits de l'homme) ou encore nationales (par ex., la Chambre des Lords). La Cour suprême d'Australie a repris cette analyse (Cour d'Australie, 26 octobre 2000, et 11 avril 2002, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, [2000] HCA 55, S157/1999 et *v. Hawar*, [2002] HCA 14, S128/2001).



l'avait déjà débouté, au motif que le risque qu'il invoquait de renvoi vers son pays d'origine, tenant au refus de l'Allemagne de prendre alors en compte pour l'octroi du statut de réfugié les risques de persécution d'origine privée, dont précisément il se prévalait, n'était pas établi en raison de garanties offertes par le droit allemand. Elle a jugé de même en 2008, s'agissant du recours formé par un demandeur d'asile iranien contre une décision de transfert vers la Grèce, alors que le traitement des demandes d'asile en Grèce faisait déjà l'objet de vives critiques⁷⁶.

C'est assez dire l'importance de la décision *MSS c. Belgique et Grèce* rendue en Grande Chambre en 2011 dans laquelle la Cour, au-delà de la condamnation de ces deux pays pour violation de la Convention (*infra*), conclut pour la première fois à la recevabilité du recours formé contre une décision de transfert d'un demandeur d'asile afghan par la Belgique vers la Grèce. La Cour s'appuie ici sur sa jurisprudence *Bosphorus* invoquée par un tiers intervenant (les Pays-Bas) pour rappeler que si les États sont exonérés de leur responsabilité au regard de leurs obligations conventionnelles pour des actes dictés par leur appartenance à une organisation internationale « *dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention* » – ce qui est le cas de l'Union –, leur responsabilité reste néanmoins engagée pour « *tous les actes ne relevant pas strictement de [ces] obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'[ils ont] exercé un pouvoir d'appréciation* »⁷⁷. Relevant alors la présence d'une clause dite de souveraineté dans le règlement Dublin II, clause qui permet aux États membres de décider discrétionnairement de procéder ou non à l'examen d'une demande d'asile (art. 3, §2), elle conclut que leur liberté d'appréciation étant préservée, une mesure de transfert opérée par un État membre « *ne relève pas strictement des obligations juridiques internationales qui [le] lient* ». Dès lors, « *la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer* » (MSS, §440). « *Compromis satisfaisant* » pour les uns, « *stratagème* » pour d'autres, toujours est-il que la CEDH appelée à se prononcer sur le droit de l'Union à propos des mesures nationales prises par les États membres, loin de remettre en cause le principe même du règlement Dublin II qui constitue une pièce essentielle du régime d'asile dans l'Union, le sauve, mais à un certain prix : l'abandon du caractère irréfragable de la présomption de sûreté des États membres au cœur du système de l'Union, abandon qui marque les limites du principe de confiance mutuelle.

La CJUE dispose, quant à elle, d'une compétence qui lui permet de connaître directement du droit de l'asile de l'Union.

76. CEDH, 2 décembre 2008, *KRS c. RU* où la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête d'un demandeur d'asile iranien objet d'un renvoi vers la Grèce au motif qu'« *en l'absence de toute preuve contraire, il convient de présumer que la Grèce respectera cette obligation [de respect de la convention] à l'égard de toute personne renvoyée, y compris du requérant* ».

77. CEDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, §155-157, où la Cour, en se fondant alors sur la protection équivalente assurée par le droit communautaire, s'abstient de contrôler la conventionalité de la saisie par l'Irlande d'un avion appartenant à une compagnie aérienne relevant du droit yougoslave et loué à une société turque, saisine opérée en application d'un règlement communautaire pour assurer la mise en œuvre des sanctions onusiennes contre la République fédérale de Yougoslavie.

2. La compétence directe de la CJUE

Prévue par le traité de Rome, la compétence de la CJUE ne s'est que très récemment étendue au contentieux de l'asile, à l'issue de la communautarisation des politiques d'asile. Le recours en manquement n'y a qu'une portée limitée car la Cour se concentre sur le défaut de transposition des directives dans les délais impartis⁷⁸ et ne porte guère son attention sur des manquements des États aux autres obligations plus substantielles posées par le droit de l'Union. Le recours en annulation reste quant à lui tout à fait marginal⁷⁹ du fait des conditions strictes de son ouverture aux personnes physiques ou morales, à peine assouplies par le traité de Lisbonne. Aussi est-ce essentiellement par voie préjudicielle que la Cour est saisie du contentieux de l'asile, dans le cadre des renvois des juridictions nationales portant sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité de ses actes.

Particulièrement importante eu égard à la fort mauvaise facture du droit dérivé résultant des incessants compromis politiques dont il a fait l'objet lors de son élaboration⁸⁰, la compétence de la Cour en matière d'asile a été renforcée par le traité de Lisbonne qui l'a banalisée en supprimant le monopole donné jusque là aux juridictions suprêmes pour statuer sur les renvois préjudiciels en matière d'asile et d'immigration afin d'éviter un afflux contentieux (art. 267 TFUE). Elle peut également désormais connaître, au-delà des actes des institutions de l'Union, de ceux des « *organes ou organismes de l'Union* » (art. 263 et 267 TFUE), et donc des actes de toutes les agences et organes de l'Union, dont notamment ceux très contestés en matière d'asile et d'immigration de l'agence Frontex⁸¹. Sa compétence s'est également élargie en matière d'asile et d'immigration s'agissant de la suppression des contrôles aux frontières intérieures (art. 276 TFUE) sous la réserve générale des responsabilités incombant aux États membres « *pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* » (art. 4-2 TUE). L'institution en 2000 d'une procédure accélérée en cas d'« *urgence extraordinaire à statuer sur une question préjudicielle* » (art. 105 du Règlement de procédure de la Cour), puis en 2008 d'une procédure préjudicielle d'urgence (PPU) pour

78. CJUE, 5 février 2009, *Commission c/ Finlande*, C-293-3 ; CJUE, 30 avril 2009, *Commission c/ RU*, C-256/08 et CJUE, 9 juillet 2009, *Commission c/ Espagne*, C-272/08, décisions portant toutes les trois sur le non respect par chacun de ces pays du délai imparti pour la transposition de la directive « Qualification ».

79. Deux recours en annulation émanant du Parlement ont conduit la Cour à l'annulation, d'une part, des dispositions de la directive « Procédure » écartant la procédure de codécision pour l'établissement d'une liste de pays d'origine sûrs et de pays tiers européens sûrs (CJCE, 6 mai 2008, *Parlement c/ Conseil*, C-133/06), d'autre part, d'une décision du Conseil introduisant de nouveaux éléments dans le code frontière Schengen (CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Parlement c/ Conseil*, C-355/10, M.L. Basilien-Gainche, « e Code Frontières Schengen n'est pas soluble dans la comitologie », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 12 septembre 2012).

80. V. par ex. la contradiction entachant le motif d'octroi de la protection subsidiaire prévu par l'article 15 c) de la directive « Qualification » qui a appelé des éclaircissement de la Cour (*infra*. H. Labayle voit à cet égard dans certaines contradictions volontaires « *la seule méthode susceptible de forcer le consensus européen indispensable à l'époque* » in « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, 2011, 274 ; V. également F. Julien-Laferrrière, H. Labayle et O. Edstrom (dir), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005.

81. C. Rodier, « L'action de Frontex : quelle transparence, pour quelle légalité ? » in *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, (dir. L. Dubin), Bruylant, 2012, p.165.



les renvois préjudiciels concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui permet à la Cour de réduire à un mois environ le délai de traitement d'une affaire (art. 107 du Règlement précité)⁸², a par ailleurs amélioré le traitement de ces recours de même que l'obligation imposée à la Cour par le traité de Lisbonne de statuer dans « *les plus brefs délais* » lorsque l'affaire faisant l'objet d'un renvoi préjudiciel concerne une personne détenue (art. 267 TFUE). Mode principal de saisine, le renvoi préjudiciel reste toutefois dépendant de la décision des juges nationaux de renvoyer. L'urgence à statuer relève de l'appréciation souveraine de la Cour, laquelle a par exemple refusé de statuer selon la procédure préjudicielle d'urgence pour un renvoi concernant une décision prise en application du règlement Dublin II de transfert vers la Grèce d'un demandeur d'asile, préférant laisser la CEDH, également appelée à se prononcer sur un transfert vers la Grèce, statuer la première⁸³. Enfin, il n'appartient pas à la Cour saisie d'un renvoi préjudiciel de se prononcer sur l'interprétation des dispositions nationales ni de juger si l'interprétation qu'en donne la juridiction de renvoi est correcte ; cette compétence relève des seules juridictions nationales. En revanche, elle doit veiller au respect du principe d'interprétation conforme qui requiert de ces dernières qu'elles garantissent la pleine effectivité du droit de l'Union et adoptent une solution conforme à la finalité qui est la sienne⁸⁴.

Encore peu nombreuses, les décisions en matière d'asile se multiplient pourtant et révèlent une Cour décidée à exercer pleinement sa compétence. Ainsi a-t-elle écarté le moyen d'irrecevabilité tenant à son incompétence *ratione temporis* à propos de décisions adoptées avant l'entrée en vigueur de la directive « Qualification » en rappelant, outre son obligation de statuer sur une question préjudicielle, « *l'intérêt certain* » de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions de la Convention de Genève reprises par le droit national et le droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme⁸⁵. Elle revendique en outre plus largement son rôle de garante des droits fondamentaux, relevant à cet égard que pour parvenir à la conclusion d'une équivalence de protection entre le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne « *elle attache une grande importance au rôle et aux compétences de la [Cour] en la matière, considérant en effet que l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépend des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect* » (CEDH, *Bosphorus*, préc. §160).

Appelées à des titres distincts à statuer sur un contentieux de l'asile qui ne les concerne de façon commune que s'agissant de celui des 28 États membres (sur les 47 composant le Conseil de l'Europe), les deux cours européennes l'appréhendent toutefois de manière voisine.

82. Pour une première application à la rétention d'un demandeur d'asile, voir CJUE, GC, 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU.

83. En ce sens, H. Labayle, préc. p. 286.

84. Pour un rappel de ces principes à propos des directives relatives à l'asile, CJUE, GC, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla c/ Bundesrepublik Deutschland*, §48 (cité « 2010, *Abdulla* » dans la suite du texte) ; CJUE, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c/ ministre luxembourgeois du Travail*, §59 et 6 (cité « 2011, *Diouf* » dans la suite du texte).

85. CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland c/ B et D*, C-57/09 et C-101/09, §71 et s. (cité « 2010, *All. c/ B. et D.* » dans la suite du texte).

B. La convergence des cours européennes dans l'appréhension du contentieux de l'asile

C'est à l'aune des droits de l'homme que les deux cours appréhendent le contentieux de l'asile. Cette référence centrale et commune induit un partage et un échange entre les cours qui favorisent l'émergence de conceptions voisines du droit de l'asile et rendent compte de la « *puissance unificatrice* » des droits de l'homme⁸⁶.

1. Une appréhension du contentieux de l'asile à l'aune des droits de l'homme

- Au regard de sa mission de protection des droits de l'homme⁸⁷, la CEDH qui fait ici figure de pionnière avec un contentieux de près de trente ans, appréhende naturellement le contentieux de l'asile à l'aune de ces droits. Elle sanctionne ainsi le non respect des droits conventionnels dans la mise en œuvre par les États de leur politique d'asile, en particulier des droits intangibles, et notamment l'interdiction de la torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants consacrée par l'article 3 auquel elle confère la plus grande portée, non seulement territoriale en en faisant un vecteur premier de la protection par ricochet (*supra*), mais aussi matérielle⁸⁸ en l'enrichissant pour y inclure notamment les atteintes à la dignité humaine⁸⁹. Elle défend, par ailleurs, avec une particulière fermeté les droits conventionnels intangibles en refusant notamment toute mise en balance entre la protection et la menace pour la sécurité nationale du pays d'accueil⁹⁰.

Sans sous-estimer l'ampleur du terrorisme international, elle maintient le cap⁹¹ en protégeant ceux qui sont soupçonnés ou condamnés pour des actes qui lui sont liés et oppose une ferme résistance tant aux pressions qui s'exercent sur elle (notamment par le refus d'exécution des mesures provisoires) qu'à la fronde de

86. H. Labayle, « L'Union européenne et les droits fondamentaux » in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, 581-593.

87. La Cour souligne « *le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme* » de la Convention et considère que toute interprétation des droits et libertés qu'elle énumère doit se concilier avec « *l'esprit général [de celle-ci], destiné à sauvegarder les idéaux et valeurs d'une société démocratique* », (CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. RU*).

88. CEDH, GC, 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, préc. §165 à propos de l'exécution de la peine de mort à l'issue d'un procès inéquitable ; CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, à propos d'un risque de lapidation en Iran d'une jeune femme adultère.

89. CEDH, 22 juin 2006, *D et a. c. Turquie*, §165. Sur cette extension à la dignité, voir F. Sudre, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit au respect de la dignité humaine », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen G.Cohen-Jonathan*, Bruylant, vol. 2, 2004, 1499-1514. L'atteinte à la dignité est désormais aussi retenue à propos des autres droits intangibles protégés notamment par les articles 2 et 4, et ceux non intangibles protégés par les articles 5, 8 et 14.

90. CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. RU*.

91. Solution confirmée par la Cour à l'unanimité après le 11 septembre 2001 et après les attentats terroristes de Londres à propos du renvoi par l'Italie de ressortissants tunisiens poursuivis ou condamnés pour acte de terrorisme en Tunisie : CEDH, GC, 28 février 2008, *Saadi c. Italie* (139) où la Cour refuse d'amender sa jurisprudence antérieure en relevant que « *'le risque' ou 'la dangerosité' ne se prêtent pas dans ce contexte [du terrorisme international] à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment l'une de l'autre* » ; CEDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Soltana c. Italie*. Contestée par le Royaume-Uni et l'Italie, la Cour maintient sa position, V. CEDH, 13 avril 2010, *Trabelsi c. Italie* ou encore CEDH, 20 juillet 2010, *A c. Pays-Bas*.



certains États pour les condamnations dont ils font l'objet en la matière (Royaume-Uni, Italie). Elle n'accorde en outre que peu de crédit aux assurances diplomatiques données par les pays de renvoi même s'ils ont souscrit des engagements en matière de droits de l'homme, *a fortiori* s'ils font preuve de mauvais vouloir, en refusant par exemple systématiquement la venue d'observateurs internationaux⁹², et préfère s'en tenir à « *des sources internationales sérieuses et fiables* » tels que les rapports du HCR ou des ONG⁹³ sur la situation des droits de l'homme dans le pays de renvoi. Sa garde peut toutefois faillir, voire largement fléchir⁹⁴.

Elle s'assure également du respect des droits non absolus, en particulier du droit à la liberté et à la sûreté (art. 5), du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), second vecteur de la protection par ricochet dont elle s'est attachée à définir le contenu⁹⁵, mais dont elle fait toutefois une application asymétrique en laissant une marge d'appréciation plus ample aux États en matière de regroupement familial qu'en matière d'éloignement⁹⁶, et en laissant le fléau de la balance pencher plus souvent désormais en faveur du non éloignement⁹⁷. Elle sanctionne en outre l'interdiction des expulsions collectives⁹⁸. Le contentieux de l'asile l'a conduite également à protéger les droits procéduraux énoncés par la Convention, à l'exception toutefois des garanties du procès équitable énoncées à l'article 6 dont elle refuse de faire application aux mesures prises à l'encontre des étrangers et demandeurs d'asile, mis à part le cas de circonstances exceptionnelles tenant à un risque de déni de justice flagrant dans le pays de renvoi comme celui

92. En particulier dans les lieux de détention (CEDH, 19 juin 2008, *Riabikine c. Ukraine*)

93. CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. RU*. Solution confirmée par la Cour à l'unanimité après le 11 septembre 2001 et après les attentats terroristes de Londres à propos du renvoi par l'Italie de ressortissants tunisiens poursuivis ou condamnés pour acte de terrorisme en Tunisie : CEDH, GC, 28 février 2008, *Saadi c. Italie* ; CEDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Soltana c. Italie*. Contestée par le Royaume-Uni et l'Italie, la Cour maintient sa position, V. CEDH, 13 avril 2010, *Trabelsi c. Italie* ou encore CEDH, 20 juillet 2010, *A c. Pays-Bas*.

94. CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. RU*. L'on a pu voir dans cette décision « *une rupture jurisprudentielle complète* », les assurances n'ayant pas jusqu'ici eu « *pour vocation [...] de désamorcer à elles seules un risque avéré de torture* » (N. Hervieu, « Rejet de la demande de renvoi en Grande Chambre dans la sensible affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 13 mai 2012).

95. CEDH, GC, 18 octobre 2006, *Uner c. Pays-Bas* où la Cour définit des « *principes directeurs* » permettant d'apprécier à partir d'un faisceau d'indices la réalité et l'effectivité des liens familiaux et sociaux et leur ancienneté, en prenant en compte la minorité des enfants.

96. CEDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse*.

97. CEDH, 31 juillet 2008, *Darren Omoregie c. Norvège* où la Cour juge, sans s'arrêter à la circonstance du mariage du requérant avec une ressortissante norvégienne, ni à l'enfant né de cette union, que l'interdiction du territoire pour cinq ans d'un demandeur d'asile débouté resté de manière irrégulière sur le territoire norvégien constitue « *une sanction administrative dont le but est de faire en sorte que les immigrants ne puissent pas compromettre l'application effective des règles sur le contrôle de l'immigration* » qui est justifiée.

98. CEDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique* (cité « 2002, *Conka* » dans la suite du texte).

d'une constitution de preuves contre le requérant par usage de la torture⁹⁹. Parmi les droits procéduraux, la Cour a donné une portée à la fois matérielle et tout à fait importante au droit au recours effectif des demandeurs en cas d'atteinte à un droit conventionnel (art. 13) (*infra*) et personnelle en jugeant que le grief fondé sur la violation de l'article 13 combiné avec un droit conventionnel (en l'espèce l'article 3) garde son caractère défendable et permet au requérant de bénéficier de la qualité de victime alors qu'ayant obtenu le statut de réfugié, le grief de violation de l'article 3 ne l'est plus (CJUE, 2011, NS, §54).

Le contentieux de l'asile, comme d'ailleurs plus généralement le contentieux des étrangers, s'avère ainsi un terreau fertile pour l'enrichissement des droits conventionnels ; la Cour privilégiant une interprétation dynamique, constructive et évolutive, car la Convention est « *un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui* » (CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. RU*, §3). Au-delà de sa crainte régulièrement exprimée à l'égard de renvois arbitraires risquant d'exposer les demandeurs d'asile à la mort ou à des traitements contraires à l'article 3, elle manifeste une vigilance particulière à l'égard de ces demandeurs qu'elle considère « *particulièrement vulnérables* », vigilance qu'elle exerce vis-à-vis des mesures de renvoi mais aussi du traitement qui leur est réservé dans le pays d'accueil. À travers l'attention particulière qu'elle leur porte ainsi à titre individuel, la Cour tend plus largement à garantir le droit d'asile, et ce alors qu'elle n'a pas pour mission de le protéger en tant que tel. En se fondant tantôt sur des dispositions constitutionnelles internes (comme l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 pour la France) ou internationales (la Convention de Genève de 1951), elle lui fait directement place et souligne le droit des demandeurs d'asile d'accéder à la procédure de détermination du statut de réfugié¹⁰⁰.

- Bien que non originelle dans l'Europe communautaire (puisque le traité de Rome ne consacrait que les principes de libre circulation et de non discrimination liés au strict objectif de constitution d'un Marché commun), la prise en compte des droits de l'homme y est devenue réalité sous l'impulsion décisive de la CJUE à travers les principes généraux du droit communautaire, puis leur confirmation au fil des réformes du traité de Rome jusqu'à l'adoption en 2000 de la Charte des droits fondamentaux. Objet jusque-là de réglementations restrictives ponctuées par des « *rappels vertueux*¹⁰¹ » à la Convention de Genève, la politique d'asile européenne se voit désormais saisie à un double titre par les droits de l'homme proclamés dans la Charte. En effet, l'Union et les États membres sont tenus de respecter dans leur politique d'asile les droits fondamentaux tant substantiels que procéduraux qu'elle consacre et dont un certain nombre se font l'écho des droits conventionnels qu'elle enrichit cependant. Ainsi, l'article 1^{er} consacre le droit à la dignité humaine que la CEDH avait déjà tiré de certains droits conventionnels. L'article 4 qui, pendant de l'article 3 de la Convention européenne, porte interdiction de la torture et des

99. V. notamment CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. RU* préc. où la Cour relève que la pratique de la torture est « *contraire à l'article 6 ainsi qu'aux standards internationaux les plus fondamentaux du procès équitable* ».

100. En ce sens, CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, §41 et 43.

101. H. Labayle, « L'Union européenne et les droits fondamentaux » in « *Au carrefour des droits* », *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, 581-593.



peines ou traitements inhumains ou dégradants, est renforcé par l'article 19-2 qui, en prohibant tout éloignement, expulsion ou extradition exposant à ce type de traitements, voire à la peine de mort (elle-même proscrite par l'article 2-2), consacre la protection conventionnelle par ricochet mise en œuvre par la CEDH. Parallèlement la Charte interdit les expulsions collectives (art. 19-1), consacre le droit à la liberté et à la sûreté (art. 6) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 7) et garantit un droit à un recours effectif au champ d'application et au contenu plus étendus que les articles 6 et 13 de la Convention européenne dont il se fait pourtant l'écho direct (art. 47).

Parmi ces droits, et c'est là son originalité en matière d'asile, la Charte consacre en son article 18, sous le titre « Liberté », et pour la première fois dans le cadre de l'Europe, le droit d'asile qui constitue donc un droit fondamental. Fruit d'un compromis politique¹⁰², l'article 18 qui fut l'un des plus discutés lors de l'élaboration de la Charte, définit ce droit comme « *un droit garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Par la double référence qu'elle comporte à la Convention de Genève et aux traités de l'Union, cette définition, bien que non dépourvue d'ambiguïté en ce qu'elle ignore la contradiction pourtant possible entre les dispositions du traité relatives à l'asile et la Convention de Genève¹⁰³, consacre la place de cette dernière au plus haut niveau ; place mise chaque fois en exergue par le droit dérivé de l'Union qui, d'une part, en fait, avec le Protocole de 1967 qui l'accompagne « *la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* » (Pt. 3 DQ), d'autre part, fonde « *le régime d'asile européen commun [...] sur [son] application intégrale et globale* »¹⁰⁴, enfin lui emprunte un certain nombre de concepts (actes de persécution, clauses de cessation, clauses d'exclusion, etc.). Son intégration dans l'ordre juridique européen exige de l'Union qu'elle configure le droit de l'asile en conformité avec elle et n'est pas non plus sans incidence sur le rôle de la CJUE désormais conduite à en être le principal interprète, et la seule juridiction internationale à pouvoir se livrer à l'interprétation de ses dispositions¹⁰⁵. Le HCR l'a d'ailleurs bien compris en privilégiant désormais la coopération avec les instances de l'Union¹⁰⁶.

102. Sur cette disposition de la Charte, V. C. Teitgen-Colly, « Article II-78 - Droit d'asile », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 253-268.

103. Pour une illustration de cette difficulté, V. *infra* CJUE, 31 janvier 2013, *HID, BA c/ Refugee Applications Commissioner*, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General, C-175/11 (cité « 2013, HID » dans la suite du texte).

104. Pt. 2 DA et DQ. La directive « Qualification » relève en outre qu'« *il convient que les normes minimales relatives à la définition et au contenu du statut de réfugié soient établies pour aider les instances nationales compétentes des États membres à appliquer la Convention de Genève* » de même que des critères communs pour reconnaître le statut de réfugié au sens de l'article 1^o de la Convention de Genève (Pt. 16 et 17).

105. Également saisi des questions d'asile et appelé à interpréter la Convention de Genève, le Comité des droits de l'homme des Nations unies n'est pas une juridiction.

106. V. A. Martin-Necker, *Le rôle et l'influence du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés dans le processus de communautarisation des politiques d'asile en Europe*, Thèse Sciences-Po Paris,

Déjà visée par les directives d'harmonisation alors qu'elle était encore dépourvue de force juridique¹⁰⁷, la Charte est devenue, depuis le traité de Lisbonne qui lui a conféré la valeur juridique d'un traité (art. 6-1 TUE), la référence première tant du droit dérivé de l'asile dans l'Union¹⁰⁸ que de la CJUE¹⁰⁹, qui fonde désormais ses décisions en matière d'asile exclusivement sur ses dispositions et défend son champ d'application. Elle a, à cet égard, jugé que l'exercice par les États de la clause de souveraineté prévue par le règlement Dublin II qui leur permet de déroger à son application met « *en œuvre le droit de l'Union* » et « *fait partie intégrante du système européen commun d'asile prévu par le TFUE et élaboré par le législateur de l'Union* » et conclu que son exercice relève à ce titre du champ d'application de la Charte (2011, *NS*, §65 et 68).

2. La « *puissance unificatrice* » des droits de l'homme

Loin de rester enfermées dans leur ordre juridique propre, les deux cours s'abreuvent à des sources communes et s'influencent mutuellement.

- En jugeant que la Convention européenne « *ne doit pas être interprétée isolément et doit donc s'appliquer en accord avec les principes du droit international* » (*Soering c. RU préc.*), la CEDH a clairement opté pour une « *symphonie des sources*¹¹⁰ », d'où ses références systématiques aux diverses sources pertinentes du droit des droits de l'homme : sources internationales, générales (PIDCP et PIDESC) ou spécialisées (CIDE, convention contre la torture), sources européennes (conventions diverses du Conseil de l'Europe et droit de l'Union européenne), sources nationales. Sous l'intitulé « *droit et pratique pertinents* »¹¹¹, elle prend de surcroît en compte la *soft law* constituée notamment des observations du Comité des droits de l'homme des Nations unies ou de ses constatations qu'elle qualifie de « *jurisprudence* »¹¹², des

2011. De son côté, la directive « Qualification » y invite en indiquant que « *des consultations avec le HCR peuvent contenir des indications utiles pour les États membres lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'octroi éventuel du statut de réfugié en vertu de l'article 1° de la Convention de Genève* » (Pt. 15).

107. V. règlement Dublin II (Pt. 15) et DA (Pt. 5), DP (Pt.8) et DQ (Pt. 10).

108. La directive « Qualification » refondue en décembre 2011 dispose qu'elle « *vise [...] à promouvoir l'application des articles 1°, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 et 35 de ladite charte, et devrait être mise en œuvre en conséquence* ». De son côté, le Code frontières Schengen qui se bornait en 2006 à prévoir son application « *sans préjudice du droit d'asile* » (article 3) a été complété en 2013 par un article 3 bis (Droits fondamentaux) exigeant le respect de la Charte des droits fondamentaux, du droit international applicable, dont la Convention de Genève, des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non refoulement, et des droits fondamentaux.

109. De manière récurrente, la Cour rappelle que la Convention de Genève est la « *pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* » (CJUE, GC, 21 déc. 2011, *NS c/ Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 et *ME et a. c/ ORAC*, C-493/10, § 77 - cité « 2011, *NS* » dans la suite du texte).

110. L. Burgorgue-Larsen évoque aussi une « *approche cosmopolitique* », *Chronique de jurisprudence européenne comparée* (2009), *RDP*, n°6, 2010 p.1820 et 1821.

111. CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, §52 et s. (cité « 2012, *Popov* » dans la suite du texte) où la Cour « *observe que l'ensemble des sources internationales préconise en effet que les autorités soient tenues de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la durée de la détention des mineurs* » (§ 98).

112. CEDH, GC, 22 décembre 2009, *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*.



observations et rapports du Comité des Nations unies contre la torture ainsi que des principes posés par le HCR¹¹³, des résolutions et recommandations émanant de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou du Comité des ministres. Cette méthode « globalisée », que d'aucuns critiquent comme syncrétique¹¹⁴, la conduit à prendre en compte la Convention de Genève sur les réfugiés et, au titre du droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux ainsi que le droit dérivé (règlements Dublin et Eurodac, directives asile¹¹⁵) à l'instar donc de la Cour de justice, sans oublier les décisions de cette dernière auxquelles, bien qu'encore peu nombreuses, elle se réfère le cas échéant¹¹⁶.

Si de son côté la CJUE privilégie dans le traitement du contentieux de l'asile les traités européens et la Charte des droits fondamentaux, elle n'ignore pas pour autant d'autres sources de droit puisque les traités incorporent dans le droit de l'Union « *les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux* » (art. 6-3 TUE) et que de son côté, la Charte, au-delà de son article 18 qui donne à la Convention de Genève une place centrale déjà évoquée en matière d'asile (*supra*), se réfère dans son très riche Préambule aux « *droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, de la Convention européenne [...], des Chartes sociales adoptées par l'Union et par le Conseil de l'Europe, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme* ». Dans ce contexte, l'on ne s'étonnera pas de voir les directives relatives à l'asile rappeler aux États membres « *les obligations auxquelles ils sont tenus par les instruments de droit international auxquels ils sont parties et qui interdisent les discriminations*¹¹⁷ », ou encore « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » érigé en « *considération primordiale* » par la convention internationale relative aux droits de l'enfant (art. 18 DA)

Dès ses premières décisions relatives à l'asile, la CJUE s'est vue d'ailleurs invitée au dialogue avec la CEDH. Ainsi, s'interrogeant sur le sens du troisième motif d'octroi de la protection subsidiaire prévu par la directive « Qualification » et sa spécificité par rapport au deuxième motif qui retranscrit l'article 3 de la Convention européenne, l'avocat général P. Maduro relevait que « *dans un tel contexte, il importe, pour chaque système de protection des droits fondamentaux, tout en préservant son autonomie, de comprendre comment les autres systèmes interprètent et développent ces mêmes droits fondamentaux afin non seulement de minimiser les risques de conflits mais aussi de s'engager dans un processus de construction informelle d'un espace*

113. Pour une illustration de ces diverses sources, voir notamment CEDH, 2012, *IM*, §75 et s. ; V. également CEDH, 2012, *Hirsi Jamaa* préc. à propos des principes du Comité exécutif du HCR relatifs à l'interception en pleine mer de migrants demandeurs d'asile.

114. J.-F. Flauss relevait que cette approche peut conduire à opposer à un Etat un engagement international qu'il n'a pas souscrit (« Actualité de la CEDH » (sept 2009 - fév 2010), *AJDA*, 17 mai 2010, p. 997).

115. CEDH, 2011, *MSS*, §263 où pour condamner la Grèce pour violation de l'article 3, la Cour se fonde notamment sur le manquement des autorités grecques aux obligations qu'impose la directive « Accueil ».

116. CEDH, 2012, *IM*, §86 où la CEDH analyse l'arrêt de la CJUE du 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c/ Ministre du travail*, portant sur une demande d'asile en procédure accélérée.

117. DP, Pt. 9, DA, Pt. 6 et DQ, Pt. 11.

*européen de protection des droits fondamentaux. L'espace européen ainsi créé sera, en grande partie, le produit des diverses contributions individuelles issues de différents systèmes de protection existants au niveau européen »*¹¹⁸. Le dialogue s'est depuis organisé puisque la Charte a posé le principe que les droits fondamentaux contenus dans la Charte qui correspondent à des droits conventionnels ont « *le sens et la portée* » que leur confère la Convention (art. 52-3) ; clause-passerelle fort importante dans le contentieux de l'asile dès lors que les droits fondamentaux en cause, dont la liste figure dans les explications du Praesidium, sont ceux qui sont le plus souvent invoqués (art. 3, 5, 8 de la convention et art. 4 du Protocole 4). Ce dialogue a clairement pris corps, et de manière particulièrement remarquable, à propos du règlement Dublin II où la CJUE a délibérément laissé la CEDH statuer la première, ce qui n'était pas le moindre des paradoxes puisqu'était en cause l'instrument-clef du système d'asile européen, puis souscrit à son analyse dès la première occasion en se référant expressément à sa décision et en adhérant en outre à son mode de preuve pour l'évaluation des risques dans l'État de renvoi (CJUE, 2011, *NS*, §88 et s.).

Au-delà de ces sources partagées, le contentieux européen de l'asile est marqué par la présence active du Haut Commissariat pour les réfugiés précisément chargée par la Convention de Genève d'en « *surveiller l'application* » et avec lequel les États doivent coopérer (art. 35). Défendant auprès des deux cours l'interprétation de la convention telle qu'elle est définie dans le *Guide des procédures et critères pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (1979, réédité en janvier 1992, Genève), complété depuis par les *Principes directeurs sur la protection internationale*, et apportant son expertise des situations locales, il est devenu, notamment à l'occasion d'observations devant la CJUE ou de tierces interventions devant la CEDH, « *leur interlocuteur privilégié* »¹¹⁹. À titre d'exemple, la CEDH dit, à propos des transferts vers la Grèce, accorder « *une importance cruciale* » à la lettre adressée par le HCR en avril 2009 à la ministre belge compétente en matière d'immigration, lui recommandant « *dans des termes non équivoques la suspension des transferts vers la Grèce* » (MSS 2011, §349). Il ne fait guère de doute que le HCR contribue ce faisant à l'unité de vues des cours ; unité favorisée également par la prise en compte de plus en plus fréquente des rapports d'expertise sur des situations locales (situation géo-politique dans les pays d'origine ou traitement des demandes d'asile dans les États de l'Union) émanant de diverses instances internationales ou nationales et des ONG.

- Ces références communes, facteur de convergence des cours dont témoignent leurs décisions en miroir¹²⁰, n'excluent toutefois pas leur autonomie mutuelle d'interprétation. Ainsi, dans sa décision *Elgafaji (infra)*, la CJUE suit les conclusions

118. Concl. P. Maduro sur CJCE, GC, 17 février 2009, *Epoux Elgafaji c/ Staatssecretaris van justitie*, C-465/07, §22, cité « 2009 *Elgafaji* » dans la suite du texte).

119. J.-F. Flauss, chr. préc. *AIDA*, 2010, 1004. Dans sa décision 2010, *MSS*, où elle condamne la Belgique pour le renvoi d'un demandeur d'asile en Grèce, la Cour se fonde notamment sur les diverses recommandations formulées dès 2008 par le HCR en faveur d'une suspension des renvois en Grèce.

120. CEDH, 2011, *MSS* et CJUE, 2011, *NS* pour les transferts Dublin ; ou encore CEDH, 2012, *IM* et CJUE, 2013, *HID* pour les procédures prioritaires.



de son avocat général P. Maduro qui, après avoir plaidé en faveur du dialogue avec la Cour européenne (*supra*), l'invitait à distinguer clairement du deuxième motif d'octroi de la protection subsidiaire, relatif à la violation d'un droit correspondant au droit protégé par l'article 3 de la Convention européenne¹²¹, le troisième motif, celui-ci ayant « *un contenu distinct de celui de l'article 3 de la CEDH, [son] interprétation doit dès lors, être effectuée de manière autonome tout en restant dans le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la CEDH* »¹²². Plus généralement, dès les premiers renvois préjudiciels concernant la directive « Qualification », elle a souligné la logique à la fois institutionnelle et systémique guidant son interprétation : une interprétation qui « *doit être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la Convention de Genève et des autres traités pertinents, ainsi que dans le respect des droits fondamentaux et des principes reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux (CEDH, 2 mars 2010, Abdulla, préc. §78)* ». Il s'agit donc pour la Cour de garantir la cohésion du système d'asile européen commun, qui est un « *élément constitutif de l'objectif de l'Union visant à mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice* » ouvert « *à ceux qui recherchent légitimement une protection* » (Pt. 1 DQ).

Sa décision 2011 NS, dans laquelle elle confirme la possibilité de dérogation à l'application du règlement Dublin reconnue par la Cour européenne peu avant illustre très clairement cette logique. Elle y prend en effet acte du risque existant en pratique « *de difficultés majeures de fonctionnement de ce système [Dublin] pouvant conduire à un traitement des demandes d'asile incompatible avec les droits fondamentaux des demandeurs* » (§81), mais elle entend toutefois ne pas « *[vider] de leur substance les obligations [en] résultant et compromettre la réalisation de l'objectif de désigner rapidement l'État membre compétent pour connaître d'une demande d'asile* » (§85). Rouage essentiel du système européen commun d'asile en ce qu'il répond à la nécessité « *d'accélérer le traitement des demandes dans l'intérêt tant des demandeurs d'asile que des États participants* » (§79), ce règlement est certes « *une méthode claire et rationnelle* » de traitement des demandes (§84), mais il est aussi et surtout l'expression de la confiance mutuelle des États. Ainsi qu'elle le relève, 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 commun européen d'asile, fondé sur une confiance légitime et une présomption de respect par les États membres du droit de l'Union, et plus particulièrement des droits fondamentaux* » (§83). Le souci de garder cet instrument-clef pour le système d'asile de l'Union et, à travers lui, le principe de confiance mutuelle des États membres, explique le compromis trouvé pour finalement le sauver, à savoir exclure que « *toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable affecte[rait] les obligations des autres États membres de respecter*

121. Le deuxième motif concerne les atteintes graves que sont « *la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine* » (art. 15, b) et le troisième les atteintes graves constituées par des « *menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international* » (art. 15, c).

122. CJCE, GC, 17 février 2009, *Elgafaji*, §28. Néanmoins la Cour prend la peine de relever la compatibilité de la définition qu'elle donne de ce motif avec la CEDH, y compris la jurisprudence européenne relative à l'article 3 qu'elle cite (§44).



[ses] dispositions » (§82) et circonscrire la dérogation à son application au cas où « les États ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés et croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain et dégradant [au sens de l'article 4 de la charte] » (2011, NS, §123-2).

Bien que s'appuyant sur la décision 2011 MSS de la CEDH, la CJUE va en réalité beaucoup plus loin. Alors que la première fait obligation aux États membres de déroger à l'application du règlement Dublin II au vu du risque d'exposer par son transfert un demandeur à une violation d'un droit protégé par la Convention dans l'État de renvoi (art. 3), la CJUE circonscrit l'obligation de dérogation à ce seul cas. La préservation du système d'asile européen commun se fait donc au prix d'une réduction de la protection au noyau le plus dur des droits fondamentaux, puisque seule la violation de l'article 4 de la Charte est prise en compte. Au-delà du règlement Dublin, la Cour confirme cette distinction dans la protection qu'elle entend offrir au titre de la Charte, en jugeant à propos d'un risque de violation de leur droit à liberté de religion invoqué par deux demandeurs pakistanais en cas de renvoi que, pour apprécier si une atteinte au droit à la liberté de religion constitue un acte de persécution au sens de la directive, il appartient aux autorités de vérifier si l'intéressé « en raison de l'exercice de cette liberté dans son pays d'origine court un risque d'être poursuivi ou d'être soumis à des traitements ou à des peines inhumains ou dégradants »¹²³.

Il faut cependant noter que la CEDH protège elle-même plus souvent les demandeurs d'asile d'un risque de violation de l'article 3 (dans le cadre notamment de la protection par ricochet ou des mesures provisoires) et qu'il lui arrive également de limiter le champ de la protection par ricochet à la violation de ce droit. Ainsi, c'est en s'appuyant sur sa jurisprudence que l'avocat général Y. Bot invitait la CJUE dans la décision précitée à écarter le risque de violation du droit à la liberté de religion en relevant que la Cour européenne fait une « distinction entre les garanties fondamentales visées aux dispositions 2 à 6 de la CEDH et ses autres dispositions » (Concl. §74) et que « sur un plan purement pragmatique », l'« on ne saurait exiger que l'État contactant qui expulse renvoie l'étranger uniquement vers un pays où les conditions cadrent pleinement et effectivement avec chacune des garanties liées aux droits et libertés consacrés par la [CEDH] » (Concl. §75). Cet adossement à la CEDH mérite d'autant plus d'être relevé que la CJUE n'est, en vertu de la clause-passerelle de la Charte, liée par l'interprétation donnée par la CEDH qu'en ce qui concerne le sens et la portée du droit conventionnel. La CJUE choisit donc de s'inspirer de la jurisprudence de Strasbourg pour définir de manière restrictive une notion centrale de la Convention de Genève, c'est-à-dire une disposition du droit international des réfugiés. Élargissant la portée de la jurisprudence de Strasbourg, elle interprète à sa lumière la Convention de Genève ; interprétation qui est réductrice (*infra*) et conduit à privilégier la *lex generalis* de la Convention européenne à la *lex specialis* de la Convention de Genève¹²⁴.

123. CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland c/Y et Z*, C-71/1 et C-99/11 (cité « 2012 All. c/Y et Z » dans la suite du texte).

124. L. Leboeuf et M.-L. Basilien-Gainche, « Droit d'asile : L'atteinte à la liberté de religion comme persécution » [PDF], *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 11 septembre 2012.

Plus généralement, et contrairement à ce que l'interprétation téléologique de la Convention européenne laisserait supposer, cet adossement de la CJUE sur la jurisprudence de la CEDH ne garantit pas nécessairement une meilleure protection des droits des demandeurs. Nombre d'arrêts témoignent en effet du « réalisme » de la CEDH. Elle ne manque ainsi jamais de rappeler, voire de « marteler¹²⁵ », à propos du traitement des demandes d'asile, la prérogative souveraine de tout État de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement de son territoire. Elle se montre en outre soucieuse de l'essor de ces demandes et des difficultés de leur traitement par les États, acquiesçant par exemple aux « *sérieux problèmes administratifs auxquels [a été] confronté le Royaume-Uni à l'époque pertinente, où le nombre des demandeurs d'asile connaissait une augmentation vertigineuse* » et à la nécessité alors « *de permettre un traitement rapide de sa demande d'asile* »¹²⁶, non toutefois sans donner lieu à l'expression d'une virulente opinion dissidente de juges dénonçant une mesure qui « *poursuivrait donc un seul objectif bureaucratique et administratif, étranger à la nécessité d'empêcher une entrée régulière sur le territoire* » et ferait alors du « *demandeur d'asile un objet et non un sujet de droit* »¹²⁷. Ainsi, loin de méconnaître la charge que présente pour les États le traitement des demandes d'asile et leur coût, elle les prend en compte, ce qui la conduit à souscrire par exemple au principe de procédures accélérées, à étendre la marge d'appréciation des États, voire à renforcer le niveau de preuve requis face à un risque de persécution lié à des pratiques très fréquentes (mutilations sexuelles féminines, réseau de prostitution...) susceptibles de renforcer la demande d'asile¹²⁸.

Si les cours ne peuvent ni renoncer à leur mission de protection des droits de l'homme, qui constitue la raison d'être de l'une (la CEDH) et fonde la légitimité de l'autre (la CJUE), elles n'ignorent donc ni les intérêts des États dans la mise en œuvre de leur politique d'asile, ni l'exercice de leur souveraineté sur leur territoire, voire plus largement pour les États européens non membres de l'Union, sur leur politique d'asile. Cette tentative finalement commune de concilier les intérêts des États et de l'Union et la protection de droits de demandeurs conduit à la convergence de leurs jurisprudences respectives ; des jurisprudences par lesquelles elles contribuent, mais dans des proportions distinctes, à la configuration du droit de l'asile dans l'Union.

II. La contribution des cours européennes à la configuration du droit de l'asile en Europe

Leur contribution résulte principalement des interprétations qu'elles donnent selon le cas du droit de l'Union (primaire ou dérivé), de la Convention européenne, voire le cas échéant de la Convention de Genève. Si elle précisent alors le sens et la portée de l'une ou l'autre des dispositions de ces instruments, ou leur articulation, elles vont parfois au-delà et, tantôt de manière souple, définissent une notion (par

125. L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la CEDH », *AJDA*, 2012, p.148.

126. CEDH, GC, 29 janvier 2008, *Saadi c. RU* (§80).

127. Opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann et Hirvela.

128. CEDH, 20 septembre 2011, *Omeredo c. Autriche* ; 29 novembre 2011, *V. F. c. France*, N. Hervieu, « Apports et apories des instruments conventionnels de lutte contre la prostitution forcée », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 15 décembre 2011.

exemple, le caractère collectif d'une mesure d'éloignement, CEDH, 2002, *Conka*), confirment une définition (comme celle de juridiction, CJUE, 2013, *HID* §83) ou proposent une grille d'analyse (ainsi pour la preuve des craintes de persécution, CEDH, 2008, *Na c. RU* ou les assurances diplomatiques¹²⁹), tantôt de manière davantage contrainte, imposent des obligations (ainsi de la suspensivité comme condition d'effectivité d'un recours, *infra*). Saisies principalement de questions concernant les procédures d'asile, les cours apportent des garanties importantes aux demandeurs (A). Mais leur contribution s'élargit au-delà, en particulier celle de la CJUE qui précise dans une jurisprudence, certes encore restreinte car récente, les conditions d'octroi d'une protection au titre de l'asile (B).

A. La contribution des cours à la définition de la procédures d'asile

La jurisprudence des cours exprime leur volonté de garantir un accès effectif des demandeurs à la procédure d'asile et de leur offrir des conditions d'accueil dignes. Ces garanties sont toutefois tempérées, et parfois sérieusement, au nom de l'exigence d'efficacité du traitement des demandes.

1. L'accès aux procédures d'asile

Point crucial pour les demandeurs, l'accès à la procédure d'asile a particulièrement retenu l'attention des cours qui ont rendu à son propos des décisions à la fois convergentes et retentissantes, qu'il s'agisse de permettre aux demandeurs d'exercer leur droit de demander asile et de voir leur demande effectivement traitée, ou de leur garantir un recours effectif contre les décisions prises à leur rencontre.

- Ce sont des décisions de transfert de demandeurs d'asile vers la Grèce en application du règlement Dublin II qui ont donné aux deux cours une véritable occasion de se pencher sur l'accès aux procédures et le traitement des demandes (CEDH, 2011, *MSS* et CJUE, 2011, *NS*). Statuant la première pour les raisons déjà indiquées, la CEDH, après avoir jugé que le respect de la Convention imposait aux États de l'Union de renoncer au caractère irréfragable de la présomption de sûreté dont le règlement Dublin les crédite, a condamné la Belgique et la Grèce pour violation de l'article 3, ainsi que de l'article 13 combiné avec ce dernier « *au titre des défaillances de la procédure d'asile suivie à l'égard du requérant* » dans chacun de ces pays. S'appuyant sur les rapports circonstanciés d'instances multiples (HCR, Comité de européen de prévention contre la torture, Commissaire européen aux droits de l'homme, ONG dénonçant unanimement la procédure et la situation des demandeurs d'asile en Grèce), la Cour consacre un long développement aux défaillances concernant l'accès à la procédure : insuffisance du personnel, défaut d'information des demandeurs, détention quasi immédiate, « *astuces* » des services de police pour décourager les demandeurs, impossibilité pour eux d'accéder physiquement aux services compétents (2011, *MSS*, §173-182), avant de juger que « *bien que tout demandeur d'asile puisse en théorie introduire une requête devant la Cour et une demande d'application de l'article 39 du règlement de la Cour, il apparaît que les carences précitées sont telles pour les demandeurs d'asile que l'accès à la Cour est quasiment impossible* » (§182). Elle formule les

129. CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. RU* préc. où la Cour retient onze critères permettant aux États d'apprécier la solidité de ces assurances comme la bonne foi, des relations bilatérales historiques, etc.



mêmes critiques à l'égard de la procédure d'examen des demandes en en relevant également les graves carences : incompétence des policiers en matière d'asile, forclusions irrégulièrement opposées, longueur excessive des procédures... (§183-188) pour relever alors le « *caractère illusoire* » de l'examen de la demande d'asile en Grèce (§357) qui « *ressort à suffisance* » de cette analyse. Non sans stigmatiser les autorités belges à qui il incombait « *de ne pas se contenter de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention mais au contraire de s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique* » (§359), la Cour conclut à la violation par la Belgique de l'article 3 de la Convention pour sa décision de transfert vers la Grèce (§362).

La CJUE, qui reprend peu après l'analyse de la CEDH, renonce à son tour au caractère irréfragable de la présomption de sûreté des États membres (2011, *NS*, §104) pour exiger d'eux qu'ils usent de la clause de souveraineté du règlement Dublin II et renoncent au transfert vers l'État membre responsable en cas de « *défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs dans [cet] État* », qu'ils ne peuvent ignorer, et qui constituent « *des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 de la Charte* » (§123). Pour ne pas avoir pris en compte les défaillances de la procédure grecque, elle condamne en l'espèce le Royaume-Uni pour les décisions de transfert vers la Grèce prises à l'encontre de plusieurs demandeurs d'asile sans d'ailleurs procéder à un nouvel examen des risques d'un transfert vers ce pays. En effet, elle s'en remet ici à la décision de la Cour européenne jugeant les risques d'un tel transfert « *suffisamment établis* » (§90) non sans créditer au passage les « *rappports réguliers et concordants* » des ONG internationales faisant état « *des difficultés pratiques que pose l'application du système européen commun d'asile en Grèce* », ainsi que les informations du HCR, les rapports de la Commission sur l'évaluation du système Dublin et ses propositions de réforme du Règlement, sur lesquels la CEDH s'est appuyée, soit un ensemble d'instruments « *de nature à permettre aux États membres d'apprécier le fonctionnement du système d'asile dans l'État concerné* » (§91).

- L'attention des cours a par ailleurs été sollicitée à propos des délais de traitement des demandes dans le cadre des procédures prioritaires. Acquiesçant ici, au nom du réalisme, au risque d'engorgement du système, la CEDH ne formule pas d'opposition de principe à l'égard des procédures accélérées ou prioritaires (CEDH, 2012, *IM* §145). Elle note cependant les critiques convergentes formulées à leur égard par les diverses instances européennes et internationales¹³⁰ et exprime également sa défiance à l'égard du placement automatique en procédure prioritaire, c'est-à-dire « *lié à un motif d'ordre procédural, et sans relation ni avec les circonstances de l'espèce, ni avec la teneur de la demande et son fondement* », dans le cas d'une première demande (§141). Soucieuse de la possibilité effectivement donnée au demandeur de faire valoir le bien-fondé de ses griefs (§148), elle rappelle que l'examen

130. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a notamment considéré qu'« *un délai court de cinq jours pour déposer une demande d'asile n'est pas compatible avec les valeurs fondamentales consacrées à l'article 3 de la Convention* » (cité par la Cour §75.).

en procédure prioritaire ne saurait dispenser du respect des garanties procédurales. Elle condamne alors la France au vu de « l'ensemble des contraintes imposées tout au long de la procédure » à un demandeur d'asile soudanais originaire du Darfour placé en rétention, en relevant successivement « le caractère particulièrement bref et contraignant » du délai qui lui a été donné pour présenter sa demande (cinq jours), la durée limitée de son entretien devant l'OFPPRA (une trentaine de minutes), la complexité de sa demande, la difficulté de préparer en rétention une demande d'asile complète et documentée en langue française sans disposer d'un interprète, avant de conclure qu'un tel traitement « extrêmement rapide, voire sommaire de sa demande par l'OFPPRA » a « affecté en pratique[sa] capacité à faire valoir le bien-fondé de ses griefs tirés de l'article 3 de la Convention » (*id.* §148) sans que ces insuffisances quant à l'effectivité du recours aient pu être « compensées » devant les instances juridictionnelles (*infra*). Elle se montre en revanche particulièrement tolérante dans le cas du réexamen d'une demande en procédure accélérée en souscrivant alors à la brièveté du délai d'examen par l'OFPPRA, se contentant de le voir « vérifier s'il existe de nouveaux motifs propres à modifier sa décision de rejet préalable » (CEDH, *Sultani c. France*, §65). Confrontée à la question inverse à propos de l'application du règlement Dublin, la Cour a vu dans la longueur de la procédure de traitement de la demande un facteur aggravant, notant à cet égard que « les autorités grecques auraient pu, si elles avaient agi avec célérité, abréger substantiellement les souffrances [du demandeur] » (MSS, §262), analyse partagée par la CJUE (2011, NS, §108).

Prenant également acte de l'exigence de célérité du traitement des demandes d'asile (CJUE, 2013, *HID*, §59 et s.) et de la marge d'appréciation que la directive « Procédure » laisse aux États pour opérer un classement des demandes en procédure prioritaire (CJUE, 2011, *Diouf*, §29 et s., *HID*, §62, 66 et s), la CJUE fait preuve d'une particulière souplesse à leur égard. Elle considère ainsi que la liste des cas établie par cette directive n'est pas exhaustive et valide, comme critère de placement en procédure prioritaire, le critère couramment utilisé par les États tenant à la nationalité du demandeur, souscrivant par là-même au concept-clef mais particulièrement contestable du pays d'origine sûr. De manière pour le moins surprenante, elle écarte le principe de non discrimination quant au pays d'origine, énoncé à l'article 3 de la Convention de Genève¹³¹, pour privilégier le droit de l'Union en retenant une lecture de la Charte s'opposant à l'extension du principe de non discrimination en raison de la nationalité, au-delà de ce que prévoit l'article 18 TFUE qui le réserve aux ressortissants communautaires (2013, *HID*, §73). Par ailleurs, l'exigence d'un délai suffisant, permettant au demandeur de rassembler et de présenter des éléments nécessaires pour étayer sa demande et permettre son examen équitable et complet pour vérifier l'absence de risque d'exposition à des dangers en cas de renvoi, ne constitue qu'une garantie de portée limitée, et ce d'autant qu'elle s'applique à des demandeurs d'asile précisément placés en procédure prioritaire¹³² (préc. §75).

131. V. C. Teitgen-Colly, « Le 'concept' de pays sûr », *Mélanges en l'honneur de F. Julien-Laferrrière*, Bruylant, 2011, p.525-576.

132. La Cour a par ailleurs précisé les garanties requises en procédure normale par l'article 4 de la directive « Qualification », CJUE, 22 novembre 2012, *MM c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*, C 277/11.



- Les cours européennes se montrent plus fermes envers les États pour qu'ils garantissent aux demandeurs d'asile un droit au recours effectif. La CEDH, dont la « *préoccupation essentielle est de savoir s'il existe des garanties effectives qui protègent le requérant contre un refoulement arbitraire, direct ou indirect, vers le pays qu'il a fui* » (2011, *MSS*, §286), s'y montre particulièrement sensible en raison de l'essor des mesures provisoires qu'elle est appelée à prendre pour compenser l'ineffectivité des recours nationaux. L'on sait comment, de manière prétorienne particulièrement remarquable, elle a, au nom de « *l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* », et plus largement de « *la bonne administration de la justice* », conclu à sa compétence pour édicter des mesures provisoires¹³³ afin « *d'éviter des situations irréversibles qui empêcheraient de procéder dans de bonnes conditions à cet examen de la requête et le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention* »¹³⁴. D'abord facultatives pour les États (CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas c. Suède*), ces mesures, qui sont devenues obligatoires depuis l'arrêt *Mamatkoulou* de 2005, trouvent un terrain d'élection dans le contentieux de l'asile et, plus largement, celui des étrangers, aussi bien pour protéger des demandeurs d'asile d'un refoulement à la frontière¹³⁵ que d'un éloignement du territoire¹³⁶, ou d'un transfert à un État membre en application du règlement Dublin II¹³⁷ lorsque l'exécution de ces décisions présente un « *caractère potentiellement irréparable* », ce qui est notamment le cas des renvois exposant les demandeurs ou les réfugiés à un risque de traitement contraire à l'article 3¹³⁸. Pour autant, le prononcé de ces mesures ne présente aucune automaticité. N'ignorant pas les intérêts des États, la Cour juge en effet qu'un État peut échapper à son obligation d'exécuter une mesure provisoire s'il démontre que « *confronté à une situation exceptionnelle, un obstacle objectif l'[a] empêché de se conformer à la mesure* » et s'il établit alors avoir « *entrepris toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle et pour en tenir la Cour informée*¹³⁹ ». En outre, elle ne donne pas de « *mode d'emploi* » des mesures à prendre et préserve ainsi la liberté des États de choisir, sous le contrôle des juges internes, celle qui leur paraît la plus pertinente (assignation à résidence, délivrance d'une admission au séjour...)¹⁴⁰. Ces mesures provisoires n'en constituent pas moins des garanties essentielles dont

133. Sur le fondement de l'article 39 de son règlement intérieur combiné avec l'article 34 de la Convention lequel porte engagement des États de « *n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours individuel* ».

134. CEDH, GC, 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*.

135. CEDH, 2005, *Mamatkoulou*, préc ; CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*.

136. CEDH, 2002, *Conka c. Belgique*, préc.

137. CEDH, 22 juillet 2010, *A. c. Pays-Bas*, à propos d'une remise à la Grèce.

138. Des mesures provisoires peuvent toutefois être également prononcées dans d'autres hypothèses que le renvoi, par exemple pour suspendre une détention contraire à l'article 5, voire à l'article 3 de la Convention (*infra*).

139. CEDH, GC, 10 mars 2009, *Paladi c. Moldova* ; exception que le Conseil d'État s'est autorisé à élargir au cas d'« *absence d'exigence impérieuse d'ordre public* » faisant ainsi *a contrario* de l'exigence impérieuse d'ordre public un motif éventuel de non exécution de la mesure provisoire (CE, 30 juin 2009, *Beghal contre France*, n° 328879).

140. TA Dijon, 27 mai 2009, n° 09011353.

atteste leur essor. Le risque de son engorgement et le souci de la Cour de ne pas devenir une « *cour de l'urgence* »¹⁴¹ expliquent la réflexion engagée par le Comité des ministres sur leur aménagement, mais aussi sur la nécessité pour les États de se doter de recours effectifs en matière d'immigration et d'asile¹⁴².

Le contentieux de l'asile a ainsi conduit les deux cours à préciser le contenu du droit au recours effectif garanti tant par l'article 13 de la Convention européenne « *à toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la convention ont été violés* » que par le droit de l'Union, d'abord comme principe général du droit consacré par la CJUE, puis par l'article 47 de la Charte, et plus spécifiquement confirmé en matière d'asile par l'article 39 de la directive « Procédure » ; précisions relatives à la nature des recours, aux délais et à leur suspensivité.

La CEDH confirme en matière d'asile la marge d'appréciation des États quant à la manière de se conformer aux obligations résultant de l'article 13 pour organiser les voies de recours internes et n'impose aucune forme particulière de recours ni même que le recours s'exerce devant une juridiction¹⁴³. Des « *principes inhérents* » au recours interne doivent toutefois être respectés, tenant d'une part à l'autorité de recours qui doit présenter les garanties et pouvoirs d'une juridiction, notamment celui de procéder à « *un examen indépendant et rigoureux de tout grief* »¹⁴⁴, d'autre part à la procédure qui doit permettre « *d'examiner le contenu d'un grief défendable fondé sur la convention et d'offrir le redressement approprié* » (2012, *IM*, §128). Le droit de l'Union exigeant pour sa part un recours de nature juridictionnelle, la CJUE fait application au juge de l'asile des principes caractérisant une juridiction, « *notion autonome au sens du droit de l'Union* », à savoir « *l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organisme des règles de droit ainsi que son indépendance* » (2013, *HID*, §83). Elle a en outre écarté le principe de double juridiction au vu de l'intérêt qui s'attache à la rapidité des procédures en matière d'asile (2011, *Diouf*, §69 ; 2013, *HID*), et limité la portée du droit au recours dans le cadre d'une procédure accélérée, en jugeant que la décision d'application de cette procédure constituant un acte préparatoire de la décision statuant au fond sur la demande d'asile (*Diouf*, §43), le droit au recours n'impose pas « *un recours spécifique ou autonome à l'encontre de la décision d'examiner une demande d'asile dans le cadre de [cette] procédure* », sous réserve que les motifs d'usage d'une telle procédure puissent donner lieu à contrôle juridictionnel dans le cadre du recours contre la décision finale de rejet (*Diouf*, §71).

L'effectivité des recours exigée « *en pratique comme en droit* » (CEDH, GC, 26 octobre 2000, *Kudła c. Pologne*, §157) impose selon la CEDH « *une célérité particulière* », afin que les recours « *puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la*

141. V. en ce sens la Déclaration du Président de la Cour J.-P. Costa concernant les demandes de mesures provisoires – 11 février 2010.

142. N. Hervieu, « Pistes de solutions pour remédier à l'accroissement exponentiel des demandes de mesures provisoires », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 12 février 2011.

143. V. notamment, CEDH, *IM*, préc. §138 qui rappelle des décisions plus anciennes, CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. RU*, préc. § 122.

144. CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, §49 et 2011, *MSS*, §293.



Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles » (2002, *Conka c. Belgique*). La rapidité du recours ne doit toutefois pas « être privilégiée aux dépens de l'effectivité de garanties procédurales essentielles visant à protéger contre le refoulement arbitraire » (2010, *IM*, §147). Elle conclut ainsi à une violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 s'agissant d'un recours suspensif « théoriquement disponible », mais qui se heurte « en pratique à des obstacles conséquents » tenant notamment à la brièveté du délai de recours (48 heures) et à une absence d'assistance juridique et linguistique du fait d'un placement en rétention empêchant le demandeur de « faire valoir efficacement ses griefs » (2012, *IM*, §154). La CJUE souscrit pour sa part à la réduction du délai de recours en procédure accélérée (quinze jours au lieu d'un mois), lequel ne lui « semble pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif, et apparaît comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et aux intérêts en présence », mais réserve toutefois « l'hypothèse où, dans une situation donnée, ce délai s'avère[rait] insuffisant compte tenu des circonstances » (CJUE, 2011, *Diouf*, préc. §67 et 68). Elle s'est en outre attachée à préciser les conditions de décompte du délai de recours en cas de transfert Dublin lorsqu'est prévu un recours suspensif¹⁴⁵.

L'un des apports les plus déterminants des cours, qui a d'ailleurs constitué une nouvelle occasion pour elles d'exprimer leur convergence, a trait à la suspensivité des recours. La CEDH juge en la matière que la marge d'appréciation dont les États disposent quant à la manière de respecter l'article 13 ne saurait avoir « pour effet de soumettre le caractère suspensif d'un recours à [leur] décision discrétionnaire ». Mais si elle exige qu'un recours soit parfois suspensif « compte tenu de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation d'un risque de torture ou de mauvais traitements et vu l'importance qu'elle attache à l'article 3 »¹⁴⁶, ou encore en cas de risque de violation du droit à la vie garanti par l'article 2¹⁴⁷, ou de l'interdiction des expulsions collectives¹⁴⁸, elle n'a pas généralisé cette exigence notamment au cas de violation du droit au respect de la vie familiale¹⁴⁹. Elle a ainsi condamné l'absence de recours suspensif contre les décisions de refus d'asile (CEDH, *Jabari*, préc.) et des décisions de renvoi¹⁵⁰ ainsi que les décisions de refoulement à la frontière – le recours en référé-liberté offert en France contre ce type de décision lui a valu condamnation en raison de son caractère non immédiatement suspensif (CEDH, 2007, *Gebremedhin*). La Cour a également sanctionné le défaut de caractère suspensif des recours contre les mesures de remise d'un demandeur à un État membre en application du règlement Dublin II (2011, *MSS*). Rappelant

145. CEDH, 29 janvier 2009, *Petrosian*, C-19/08, où elle juge que lorsque la législation de l'État sollicitant le transfert confère un effet suspensif au recours formé contre les décisions de transfert, le délai d'exécution du transfert commence à courir à partir de la décision sur le bien-fondé de la demande.

146. CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie* §49; 2002, *Conka c. Belgique* ; 2011, *MSS*, §293.

147. 23 juillet 2013, *M.A. c. Chypre*.

148. CEDH, *Conka c. Belgique*, §§81-83 et *Hirsi Jamaa*, §206.

149. CEDH, GC, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*.

150. CEDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, §83 et s. ; au vu de son caractère non immédiatement suspensif, recours pourtant en suspension d'extrême urgence ouvert en Belgique aux demandeurs d'asile contre des décisions d'éloignement et du caractère « trop aléatoire » de la suspension.

d'abord que « l'accessibilité en pratique d'un recours est déterminante pour évaluer son effectivité » (§318) et que « l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire, c'est-à-dire en faisant abstraction de ces exigences quant à l'étendue du contrôle car le contraire reviendrait [...] à reconnaître aux États la faculté de procéder à l'éloignement de l'intéressé sans avoir procédé à un examen aussi rigoureux que possible des griefs tirés de l'article 3 » (§388), elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 3, au vu à la fois des obstacles entravant l'accès à la procédure suspensive belge, pourtant revue à l'issue de la précédente condamnation de la Belgique par la Cour dans sa décision *Conka* (§392), de l'absence de contrôle attentif et rigoureux du grief allégué (§389) et de la portée limitée de ce recours non à même d'offrir un redressement approprié (§393). Il en a été de même pour les décisions de refus d'asile opposé par l'OFPRA aux demandeurs placés en procédure prioritaire. Appréhendant la procédure de manière globale, la Cour relève alors les insuffisances de la procédure administrative devant l'OFPRA, non compensées au stade des recours juridictionnels du fait « en particulier » de l'absence de caractère suspensif du recours en annulation des décisions de refus de l'Office devant la CNDA et le fait que le renvoi n'a pu être évité en l'espèce que par l'édiction d'une mesure provisoire (*IM c. France*, §156)¹⁵¹. Il s'agit là d'une décision de première importance, dans la mesure où le quart des demandeurs d'asile, dont principalement ceux venus de « pays d'origine sûrs », relève de cette procédure.

Les cours européennes veillent également aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile.

2. L'accueil des demandeurs

- De manière protectrice, la CEDH manifeste une vigilance particulière à l'égard des demandeurs d'asile qu'elle considère comme des personnes en situation de « particulière vulnérabilité », vulnérabilité « inhérente à leur qualité » et que les États doivent prendre en compte (2011, *MSS*, §233). Elle exige à cet égard qu'ils leur assurent des conditions d'existence digne comme le veut l'article 3 de la Convention, lequel inclut le respect de la dignité des personnes¹⁵², de même que la directive « Accueil » de l'Union, à laquelle elle n'hésite pas à se référer lorsque sont en cause des États de l'Union. Elle juge ainsi que le maintien par les autorités grecques d'un demandeur d'asile dans l'errance et le complet dénuement constitue « un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité » justifiant la condamnation de la Grèce sur ce fondement (*MSS*, §263). La protection de la Cour s'exerce *a fortiori* à l'égard des mineurs non accompagnés en raison de « l'extrême vulnérabilité » dans laquelle ils se trouvent. La CJUE s'assure également que les demandeurs d'asile bénéficient des conditions minimales d'accueil établies par la directive « Accueil », laquelle entend, en écho à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux, garantir le « plein respect de la dignité humaine » des demandeurs (point 5). Elle en a par ailleurs défendu l'application à « tous les ressortissants des pays tiers et apatrides qui déposent une demande d'asile à la frontière ou sur le territoire d'un État membre tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en qualité de demandeurs d'asile », en s'opposant à

151. V. également CEDH, 10 octobre 2013, *KK c. France*.

152. CEDH, 2011, *MSS* ; CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*.



l'exclusion voulue par certains États des demandeurs d'asile placés en procédure Dublin. Ces demandeurs d'asile doivent donc « être autorisés à se maintenir sur le territoire ». Une autorisation de maintien provisoire sur le territoire doit donc leur être délivrée de même que les prestations liées à leur qualité de demandeur, comme par exemple en France l'allocation temporaire d'attente¹⁵³.

- En revanche, les cours européennes ne s'opposent pas à la rétention des demandeurs d'asile. La CEDH l'estime justifiée au vu de l'article 5, 1, f de la Convention qui, corollaire du « droit indéniable des États de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire », permet « l'arrestation et la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». Ce faisant et contrairement au principe d'immunité pénale prévue par la Convention de Genève, elle les considère implicitement en situation irrégulière tant qu'un État ne les a pas « autorisés » à entrer, même s'ils se présentent volontairement au service de l'immigration pour solliciter l'asile ; ils se voient ainsi banalisés parmi les étrangers (CEDH, GC, 29 janvier 2008, *Saadi c. RU*). De surcroît, leur minorité ne fait pas obstacle à leur détention, qu'ils soient accompagnés¹⁵⁴ ou même isolés¹⁵⁵. Si « l'intérêt supérieur de l'enfant » s'y oppose *a priori*, force est d'observer qu'aucun instrument international, pas même la CIDE, ne l'exclut.

La Cour se montre cependant vigilante en matière de rétention en donnant la plus grande portée aux garanties énoncées par l'article 5, 1, f de la Convention (CEDH 25 juin 1996, *Amuur c. France*). Jugeant qu'il existe non pas une différence de nature mais de degré entre une simple restriction à la liberté de circuler prévue par le protocole 4, art. 2 et la privation de liberté au sens de l'article 5, 1, f, elle assimile le placement d'un demandeur d'asile en zone d'attente à une privation de liberté dont elle vérifie qu'elle satisfait aux conditions de fond de cet article, à savoir être légale et régulière. Entendant l'exigence de légalité de manière formelle (comme une exigence de base légale) mais aussi matérielle (comme impliquant une certaine qualité de la base légale), elle subordonne cette privation à diverses conditions (contrôle judiciaire, limitation de la durée du maintien, accompagnement juridique, humanitaire et social, permettant notamment aux demandeurs d'asile d'avoir accès à la procédure d'asile). Quant à la condition de régularité de la privation de liberté, la Cour juge que pour éviter l'arbitraire, « il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la détention » et exige en conséquence « un lieu de séjour approprié ». La privation de liberté doit être en outre conforme au but énoncé par l'article 5, 1, f, à savoir l'exécution d'une mesure de refoulement ou d'éloignement, et être

153. CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade et GISTI c/ Min.Int.*, C-179/11, §46.

154. CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*. V. toutefois en sens inverse CEDH, 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, condamnant la rétention des mineurs dans son principe même ; V. en ce sens N. Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 22 janvier 2012.

155. CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeke c. Belgique*, préc. ; CEDH, 19 janvier 2010, *Mushadzihiyeva et a. c. Belgique*, préc. ; CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce* où la Cour relève que « les mineurs [étrangers], qu'ils soient ou non accompagnés, comptent parmi les populations vulnérables nécessitant l'attention particulière des autorités ».

d'« une durée raisonnable nécessaire aux fins de l'objectif poursuivi »¹⁵⁶. Enfin, l'arrestation qui précède la détention doit également satisfaire aux conditions de l'article 5, 1, f, exigence qui l'a conduite à condamner la ruse consistant à donner confiance à des demandeurs d'asile en les convoquant, sous prétexte de mettre leur dossier en règle, pour les arrêter et les expulser (2002, *Conka*). La Cour se montre par ailleurs soucieuse des conditions de détention des demandeurs d'asile au regard des exigences de l'article 3¹⁵⁷, jugeant par exemple « *inacceptables* » les conditions prévalant au centre de détention attenant à l'aéroport d'Athènes et que « *pris ensemble, le sentiment d'arbitraire, celui d'infériorité et d'angoisse qui y sont souvent associés ainsi que celui d'une profonde atteinte à la dignité que provoquent indubitablement ces conditions de détention, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3* » (2011, *MSS*, §233).

Sa jurisprudence contribue par ailleurs à la mise en place d'un véritable « statut » des mineurs demandeurs d'asile, mineurs qui sont pour elle un sujet particulier d'attention, mineurs accompagnés¹⁵⁸ et *a fortiori* mineurs isolés détenus ou/et laissés à eux-même lors de leur remise en liberté¹⁵⁹. La condamnation de la France pour détention de parents demandeurs d'asile et de leurs enfants mineurs dans un centre de rétention administrative rend compte de sa vigilance. Elle conclut en effet, d'une part, à une violation de l'article 3 pour n'avoir pas pris la mesure « *compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention* », des conséquences inévitablement dommageables d'un tel placement qui excèdent le seuil de gravité requis par cet article, d'autre part, de l'article 5-1 pour défaut d'examen de la situation particulière de ces enfants détenus en même temps que leurs parents et l'absence de recherche d'une alternative à leur rétention, et de l'article 5-4 (droit à la sûreté) en raison du « *vide juridique dans lequel se trouvent les enfants 'accompagnant' leurs parents* », la loi ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leurs parents dans la mesure où ils ne font l'objet ni d'un arrêté préfectoral d'expulsion, ni d'un arrêté de placement en centre de rétention, enfin de l'article 8 pour ingérence disproportionnée dans leur vie familiale (2012, *Popov*). De son côté, la CJUE a pris en considération « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » pour assouplir l'application du règlement Dublin II aux mineurs¹⁶⁰.

156. Sur ces garanties C. Teitgen-Colly « L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme » in H. Fulchiron (dir.) *Les étrangers et la CEDH*, LGDJ, 1999 ; « La protection des étrangers et la CEDH », in C. Teitgen-Colly (dir.), *La CEDH, 60 ans et après ?*, p. 41-83.

157. CEDH, 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce* ; CEDH, 22 juillet 2010, *AA c. Grèce*.

158. CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhieva et a. c. Belgique*, n° 41442/07.

159. CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka c. Belgique* : condamnation de la Belgique pour avoir maintenu un enfant de cinq ans en détention pendant un mois en zone de transit dans un centre pour adultes, puis l'avoir refoulée seule vers le Congo ; traitement qui a « *nécessairement causé un sentiment d'extrême angoisse ayant atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain* » ; CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, où la Cour, sans s'arrêter à la brièveté de la détention (2 jours) dans un centre de l'île de Lesbos d'un jeune afghan de quinze ans non accompagné, condamne la Grèce pour l'avoir retenu dans des conditions « *abominables du point de vue de l'hébergement, l'hygiène et l'infrastructure [qui] étaient si graves qu'elles portaient atteinte au sens même de la dignité humaine* ».

160. CJUE, 6 juin 2013, *MA c/ Secretary of State for the Home Department*, C-648/11.

Au regard de la correspondance retenue par la Charte entre ses articles 4 et 6 et les articles 3 et 5 de la Convention, mais aussi de la référence des directives relatives à l'asile à la détention des demandeurs d'asile, la CJUE ne devrait pas s'éloigner de la CEDH, étant précisé que les dispositions de la directive « Retour » de 2008 relatives à la détention ne s'appliquent en principe pas aux demandeurs d'asile en tant que tels¹⁶¹.

Au-delà de la procédure d'asile, les cours contribuent à la définition des conditions d'octroi d'une protection au titre de l'asile en Europe.

B. La contribution des cours à la définition des conditions d'octroi d'une protection au titre de l'asile

En vérité, il est difficile de parler d'une contribution de la CEDH car les décisions qu'elle prend, par exemple en jugeant un renvoi d'un demandeur d'asile incompatible avec la Convention, n'ont pas pour effet de procurer un statut juridique au titre de l'asile, mais seulement un asile de fait. Pour autant, l'on ne peut passer sous silence la contribution qu'elle apporte indirectement par l'interprétation qu'elle donne dans sa jurisprudence foisonnante de notions que l'on retrouve en droit de l'asile, à commencer bien sûr par l'interdiction des traitements visés à l'article 3 de la Convention qui constitue le motif le plus important d'octroi de la protection subsidiaire, mais aussi celle de risques encourus dans le pays de renvoi et de seuil de gravité requis utiles dans l'appréhension des craintes de persécution en droit des réfugiés, ou d'appartenance à une minorité exposée¹⁶² non sans lien avec celle d'appartenance à un certain groupe social, d'asile interne, celle de pays sûr à propos de l'application du règlement Dublin, ou encore la question essentielle de la charge de la preuve¹⁶³ dont on observe que la CEDH tend à l'alléger et l'objectiver en recourant de plus en plus largement aux rapports d'expertise d'instances internationales et nationales¹⁶⁴, suivie en cela par la CJUE. Loin d'être, comme certains l'ont reproché, « une facilité méthodologique parfois proche d'un régime de sous-traitance »¹⁶⁵, ces expertises, au plus près des réalités locales et dont le sérieux est confirmé par la convergence des analyses menées de part et d'autre¹⁶⁶, ne dispensent pas de l'examen au cas par cas de la situation individuelle

161. CJUE, 30 mai 2013, *Arlsan c/ République tchèque*, C-534/11.

162. CEDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays Bas* : violation de l'article 3 en cas de renvoi d'un somalien ne pouvant plus bénéficier de protection nulle part sur le territoire car son clan a été décimé.

163. CEDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*.

164. V. par exemple la référence aux rapports du CGCLP de 2008 et les trois rapports de la Cimade sur le centre de rétention de Rouen-Oissel cités in CEDH, 2012, *Popov c. France* préc.

165. J.-F. Flauss, préc., AJDA, 2010, 1004.

166. CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France*, où la Cour s'appuyant sur les rapports d'organisations non gouvernementales (Amnesty International, Human Rights Watch - §37 à 41), internationales (Comité contre la torture et du Comité des droits de l'homme des Nations unies - §42 à 49) ou gouvernementales (Rapports du Département d'État américain et du ministère de l'intérieur britannique sur l'Algérie §50 à 52) salue « la fiabilité des éléments ainsi collectés » au regard « de l'autorité et de la réputation des auteurs des rapports précités [...] et du caractère sérieux et récent des enquêtes et des données sur lesquelles elles se fondent » (§ 68).

du demandeur que la Cour n'a cessé de rappeler¹⁶⁷. Pour non négligeable qu'il soit, cet apport de la CEDH n'est cependant pas comparable avec celui de la Cour de justice de l'Union appelée à statuer par la directive « Qualification » sur les conditions d'octroi ou de fin d'une protection au titre de l'asile, mais depuis peu, d'où le nombre encore restreint de ses décisions, mais aussi leur importance attestée par le fait qu'elles sont quasiment toutes rendues en Grande chambre.

1. Les conditions d'octroi d'une protection au titre de l'asile

- La CJUE a précisé la notion de persécution pour motif religieux, qui constitue l'un des cinq motifs d'octroi du statut de réfugié prévu par la Convention de Genève et repris par la directive qualification (art. 9)¹⁶⁸. Libérale dans la définition qu'elle donne du droit à la liberté de religion consacré par l'article 10 de la Charte, elle reprend en vertu de la clause-passerelle de la Charte celle de la CEDH, à savoir qu'il s'agit d'un droit à l'expression publique des convictions religieuses et non d'un droit cantonné au « noyau dur » du for intérieur. Aussi l'observation d'une pratique publique, même si elle ne constitue pas un élément central pour la communauté religieuse concernée, est un élément pertinent dans l'appréciation du risque encouru de persécution, dès lors qu'elle est « particulièrement importante » pour le demandeur « *aux fins de conservation de son identité personnelle* » (§71). La Cour précise encore que « *lors de l'évaluation de la demande d'asile, les autorités ne peuvent raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce à ces actes religieux* » en cas de renvoi.

Elle adopte, en revanche, une définition restrictive de la notion de persécution. Se fondant sur l'article 9-1 de la directive « Qualification » qui fait état d'actes « *suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère répété* » pour constituer une violation « *grave* » du droit fondamental en cause, elle juge que l'acte de persécution doit « *affecter* » la personne concernée d'« *une manière significative* » et *apprécie sa gravité « non pas en fonction de l'élément de la liberté de religion auquel il est porté atteinte, mais en fonction de la nature de la répression exercée sur l'intéressé et des conséquences de cette dernière* ». Sur la base de ce critère objectif de gravité, elle exclut alors que les atteintes portées au droit à la liberté de religion dont « *la gravité n'équivaut pas à celle de la violation des droits fondamentaux auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'art. 15-2 de la Convention européenne des droits de l'homme* » puissent constituer des actes de persécution. En suivant la Cour européenne qui s'en tient à ce « socle minimal » constitué par la violation des seuls droits intangibles¹⁶⁹, la Cour s'éloigne pourtant incontestablement du texte même de l'article 9-1 de la directive qui vise « *en particulier* », donc non exclusivement, les droits indérogeables¹⁷⁰. Mais surtout, elle privilégie une interprétation à la lumière

167. CEDH, 17 juillet 2008, *Na c. RU* où elle fixe des critères sous forme de « tests » permettant d'apprécier les risques encourus par les demandeurs d'asile déboutés. V. également plus récemment CEDH, 10 octobre 2013, *KK c. France*.

168. CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Allemagne c/ Y et Z*, préc.

169. V. en ce sens les conclusions précitées de l'avocat général Y. Bot qui se réfère en particulier à la décision de la CEDH, 28 février 2006, *Z. et T. c. R.*

170. Cet article vise en effet « *la violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15 de la CEDH* ».



de la Convention européenne plutôt qu'à celle de Genève, laquelle prend en compte plus largement les craintes de persécution et non les seuls « *risques réels* » de persécution et, selon l'interprétation communément retenue, ne réserve en outre pas la protection internationale à la violation des droits intangibles¹⁷¹.

- La Cour se montre plus protectrice du droit d'asile dans la levée de la contradiction affectant le troisième motif d'octroi de la protection subsidiaire énoncé par l'article 15 c) de la directive « Qualification » (*supra* note 79) et tenant à la double condition d'« *une menace directe et individuelle* » et du caractère « *aveugle de la violence* » que J-Y Carlier résume en ces termes : « *Faut-il que la bombe porte mon nom pour que la violence aveugle me menace individuellement ?* »¹⁷². Privilégiant ici une interprétation autonome de ce motif, elle relève qu'il « *couvre un risque d'atteinte plus générale* » que les deux autres motifs (CJUE, 2009, *Elgafaji*, §33) et se distingue notamment du deuxième motif qui, simple transposition de l'article 3 de la CEDH, doit être compris comme exigeant des éléments d'individualisation des risques, puisque c'est en ce sens que la CEDH, dont l'interprétation s'impose en vertu de la clause-passerelle de la Charte, le comprend dans « *un contexte général de violence dans un pays* »¹⁷³. Ainsi la Cour, après avoir défini la « *violence aveugle* » comme une violence qui s'exerce sur « *des personnes sans considération de leur situation personnelle* », juge que « *l'existence de menaces graves et individuelles* » peut n'avoir pas à être rapportée si le degré de violence caractérisant le conflit armé atteint « *un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou dans la région concernée courrait du seul fait de sa présence sur le territoire, un risque réel de subir des menaces graves et individuelles* ». En établissant un rapport de proportionnalité inversée entre le niveau de la violence aveugle et l'exigence d'individualisation du risque, la Cour allège la charge de la preuve qui pèse sur le demandeur, voire l'en dispense « *exceptionnellement* ».

2. La privation de la protection au titre de l'asile

- La Cour assortit de garanties l'application de la clause de cessation du statut de réfugié pour changement de circonstances prévue par l'article 11-1 e) de la directive, laquelle s'inspire directement de l'article 1, f, c) de la Convention de Genève. Elle exige en effet que le changement de circonstances ait « *un caractère significatif et non provisoire* », de sorte que les facteurs de craintes de persécution du réfugié soient « *durablement éliminés* » (CJUE, GC, 2 mars 2010, *Abdulla*, §71). À cette fin, elle impose aux États de vérifier très concrètement la réalité du changement et de s'assurer, au regard de la situation individuelle du réfugié et en tenant compte du droit applicable et effectivement appliqué, ainsi que du

171. En ce sens, notamment J. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991 : J.-Y. Carlier, *Qu'est-ce qu'un réfugié ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

172. J.-Y. Carlier, « La circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *Chronique Journal de droit européen*, 2010. Dans la décision en cause, soit 2009, *Elgafaji*, la Cour juge que ne prévaut pas en Irak une situation exceptionnelle de violence aveugle faisant peser des menaces graves sur n'importe quel civil. V. plus généralement, J.-Y. Carlier, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *Cours de l'Académie de droit internationale de la Haye*, Martinus Nuhoff Publishers, 2008.

173. CEDH, 17 juillet 2008, *Na c. RU*, à propos de la violence au Sri-Lanka.

respect des droits fondamentaux dans l'État concerné que, d'une part, « *le ou les acteurs de protection* » désignés comme tels par la directive ont pris des « *mesures raisonnables pour empêcher la persécution* », notamment par l'institution d'un « *système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution* », d'autre part, que le réfugié concerné a accès à cette protection. Elle exige, par ailleurs, que les États s'assurent de l'absence d'autres circonstances pouvant justifier des craintes de persécution du réfugié pour le même motif ou un des autres motifs conventionnels en les invitant à recourir, dans l'appréciation de ces craintes, au critère de probabilité qui prévaut pour l'octroi du statut de réfugié.

- À l'occasion d'affaires portant sur des questions très sensibles puisque concernant tant les actes de terrorisme que les réfugiés palestiniens, la Cour a dû préciser le sens qu'il convenait de donner à plusieurs clauses d'exclusion du statut de réfugié prévues par la directive « Qualification », clauses directement inspirées de la Convention de Genève et auxquelles elle fait application dans les deux cas du principe d'interprétation stricte qui s'impose pour des clauses restrictives d'un droit. Sa contribution est particulièrement remarquable s'agissant de l'exclusion pour appartenance à une organisation terroriste dont elle condamne l'automaticité, en subordonnant l'exclusion à la condition qu'il y ait des raisons sérieuses de penser que des actes constitutifs de « *crimes graves de droit commun* » ou d'« *agissements contraires aux principes des Nations unies* » au sens de la directive sont imputables à l'intéressé¹⁷⁴. Cette condition d'imputabilité, qui disqualifie la « *black list* » européenne des organisations terroristes, exige de la part des États un examen individuel et précis des activités exercées au sein de l'organisation terroriste en cause. La Cour, cependant, témoigne d'une certaine prudence en ajoutant que l'exclusion n'est « *pas subordonnée au fait que la personne représente un danger actuel pour l'État membre d'accueil* », là où elle aurait dû dire de manière positive qu'une menace actuelle à l'ordre public dans le pays d'accueil ne saurait constituer une clause d'exclusion dès lors que la Convention de Genève ne la prévoit pas et que l'interprétation stricte de ses clauses d'exclusion la condamne. Une telle affirmation n'aurait toutefois pas manqué de fragiliser la disposition fort contestable de cette directive autorisant la révocation, la privation ou le non renouvellement du statut de réfugié dans ce cas de menace pour la sécurité de l'État (art. 14-4, a)). Elle a sans doute aussi voulu préserver la marge d'appréciation des États, comme elle le fait d'ailleurs, mais en sens inverse, en leur permettant d'accorder aux personnes frappées d'exclusion une protection autre que le statut de réfugié, au titre toutefois de leur droit national.

La jurisprudence relative à l'application aux réfugiés palestiniens de la clause d'exclusion en cas de protection déjà offerte par une organisation internationale¹⁷⁵, clause prévue par l'article 12§1, de la directive « Qualification », en écho à l'article 1^{er}, D de la Convention de Genève, témoigne également d'une protection nuancée de la part de la Cour. Elle en a en effet d'abord limité l'application en la réservant aux palestiniens ayant effectivement recouru à la protection de l'UNWRA, organisation

174. CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Allemagne c/ B. et D.*, préc.

175. CJUE, GC, 17 juin 2010, *Nawras Bolbol c/ Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C- C 31/09.



qui leur est dédiée¹⁷⁶. Puis elle a, par une interprétation anormalement restrictive de l'exception assortissant la clause d'exclusion, à savoir le cas de cessation de la protection de l'UNWRA « *pour quelque raison que ce soit* », jugé que « *le seul départ de la zone d'opération de l'UNWRA, indépendamment du motif de ce départ, ne [peut] pas mettre fin à l'exclusion* » (§55). Seuls des faits extérieurs à la volonté du demandeur (par exemple, la suppression de l'organisme de protection, l'impossibilité pour lui d'assurer sa mission ou encore des faits indépendants de la volonté du requérant, peuvent justifier la non application de cette clause d'exclusion. La Cour paraît toutefois, au terme de « *l'évaluation individuelle* » toujours requise de la situation du requérant, apprécier ces faits souplement¹⁷⁷. En outre, elle juge que « *le droit qui naît en raison de la cessation de l'assistance de l'UNWRA doit être quelque chose de plus que le simple droit de solliciter un tel statut* » et doit ouvrir reconnaissance de plein droit du statut de réfugié, sous réserve que l'intéressé ait bien sollicité la protection de l'UNWRA et qu'il ne relève pas d'autres clauses d'exclusion du statut.

* * *

Malmené par de forts vents contraires dans les États comme dans l'Union, le droit de l'asile trouve dans le déploiement contentieux qu'il suscite devant les cours européennes l'occasion d'un meilleur arrimage aux droits de l'homme. Appelées à remédier aux dysfonctionnements ponctuels mais multiples du droit de l'asile dans les États européens et dans l'Union, elles s'avèrent, en dépit, mais sans doute aussi grâce au principe de subsidiarité juridictionnelle, être plus architectes qu'ouvrières. Restructurant l'ouvrage et reconfigurant le droit de l'asile autour de standards communs puisés dans le fonds commun des droits de l'homme, elles sont les vrais juges du droit de l'asile. C'est bien à une refondation à laquelle toutes deux contribuent, la CEDH en appliquant des principes essentiels du droit des droits de l'homme à un droit de l'asile sur lequel elle n'a pas directement prise, la CJUE, directement compétente en la matière, en s'assurant que les droits de l'homme dont se réclame si généreusement le droit de l'Union irriguent effectivement les procédures et le traitement au fond des demandes d'asile. L'exercice du droit d'asile se voit ainsi assorti de garanties procédurales essentielles, pourtant parfois élémentaires, qui lui faisaient défaut, ainsi que de garanties de fond, tandis que sous la plume des juges, le concept de dignité prend corps et celui de vulnérabilité s'affirme.

L'autorité de chose jugée qui s'attache à leurs décisions ainsi qu'à leur interprétation a d'ores et déjà imposé des évolutions du droit de l'Union et des États. Ainsi, le nouveau règlement Dublin III, reprenant le considérant de principe de l'arrêt de la CJUE, 2011, *NS*, limite l'obligation de transfert en cas de « *défaillance systémique exposant le demandeur d'asile à des traitements inhumains et dégradants dans l'État responsable de son traitement* », ou encore prend acte, dans la droite ligne de l'arrêt *MA* de la CJUE du 6 juin 2013, de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » pour assouplir son application aux mineurs (art. 6 §1). De même, la directive « Qualification », refondue

176. CJUE, GC, 19 décembre 2012, *Abed El Karem El Kott*, C-364/11.

177. La Cour juge en l'espèce que le requérant « *dans un état personnel d'insécurité grave* » a été « *contraint* » à un départ forcé tandis que l'UNWRA était dans l'impossibilité de lui assurer dans cette zone des conditions de vie conformes à sa mission (§63).

en 2011, donne une nouvelle définition de l'asile interne, directement inspirée par la décision de la CEDH *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11 janvier 2007¹⁷⁸. En France, si la loi du 30 novembre 2007 a institué, à l'issue de la décision *Gebremedhin c. France*, un recours suspensif contre les décisions de refoulement frappant les demandeurs d'asile à la frontière (art. L. 221-1 CESEDA), force est cependant d'observer l'absence d'autre texte permettant d'exécuter les arrêts des cours relatifs à la suspensivité des recours et aux conditions d'accueil. Les juridictions nationales semblent davantage prendre acte des garanties exigées par les cours européennes (garanties dont elles anticipent parfois d'ailleurs l'adoption). Tirant les conséquences de la réponse de la CJUE à sa question préjudicielle (CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade et Gisti c/France*, préc.), le Conseil d'État reconnaît ainsi en 2013 aux demandeurs placés en procédure Dublin un droit au maintien sur le territoire et à des conditions d'accueil dignes dont notamment l'allocation temporaire d'accueil¹⁷⁹, mais retient une conception pour le moins restrictive des conditions d'accueil¹⁸⁰. De son côté, la CNDA a également fait application de la jurisprudence de la CJUE relative au changement de circonstances pour conclure à la cessation du statut de réfugié d'un ressortissant de la République de Yougoslavie, originaire du Kosovo, au vu du caractère significatif et pérenne du changement intervenu au Kosovo depuis l'indépendance (CNDA, 25 novembre 2011, n° 10008275).

En dépit de la complexité qu'elle crée puisqu'elle impose d'articuler des systèmes normatifs pluriels et de niveaux différents et qui ne devrait pas disparaître par la seule adhésion de l'Union à la Convention, la coexistence des cours, mais aussi des juridictions nationales, constitue un incontestable atout dans le travail de réflexion, d'échange et de maturation qu'appelle la définition de standards communs en matière d'asile. Les tâtonnements sont néanmoins de mise et l'approximation encore fréquente (que l'on songe par exemple à l'exacte portée de l'arrêt *IM c. France* de 2011), les contradictions possibles, les tensions inévitables avec les États, mais aussi les risques de régression tant les enjeux du droit de l'asile sont considérables. Enjeux géopolitiques, qu'on mesure à la seule évocation de la définition des fameux pays dits sûrs ou des assurances diplomatiques, de la protection des réfugiés palestiniens, ou encore de l'exclusion des génocidaires rwandais... Enjeu politique aussi pour l'Union, car le contentieux de l'asile a donné l'occasion aux cours de lui porter un double coup de poignard par le refus du caractère irréfragable de la présomption de sûreté des États membres, mais ce faisant de montrer leur capacité à être de véritables garants des droits de l'homme. C'est assez dire l'ampleur des questions soulevées par un contentieux qui ne saurait pourtant être détaché du demandeur d'asile qui le suscite ; un demandeur confronté à un véritable parcours d'obstacles, fait souvent de files d'attente, de fichage, d'interpellation, de détention, de renvoi, et qui tente parfois par un ultime recours au juge européen d'obtenir que les droits universels dont il est titulaire soient garantis, à commencer par le droit d'asile si souvent proclamé.

178. En revanche, la refonte de la directive « Qualification » en 2011 n'a pas conduit à la réécriture de son article 15,c, la Commission jugeant suffisante l'interprétation donnée par la CJUE dans sa décision *Elgafaji*.

179. CE, 17 avril 2013, *Cimade et Gisti*, n° 335924.

180. Voir la jurisprudence dite « des tentes », CE, 19 novembre 2010, *Min. int. c/ Panokheel*.



Conclusion





Jacques Ribs,
conseiller d'État honoraire,
président de l'association France Terre d'Asile (FTDA)

Il m'échoit le périlleux honneur de conclure une journée de débats si savants et si riches.

Je le ferai sous un aspect sans doute un peu moins technique, en vous offrant modestement un simple regard issu du milieu associatif, en ma qualité de président de France Terre d'Asile, organisation de près de 500 salariés aujourd'hui, animant un réseau européen de 70 organisations, bénéficiant du statut consultatif au comité économique et social de l'ONU et membre depuis des lustres de la CNCDH. Nous nous efforçons chaque jour de combiner expertise et opérationnalité au service des demandeurs d'asile mais aussi de différentes catégories de migrants (mineurs isolés étrangers-migrants de droits).

France Terre d'Asile est une structure qui accueille d'une manière ou d'une autre près de 5 000 personnes par jour, souvent dans des conditions très précaires et qui s'efforce d'offrir un suivi personnalisé à tout demandeur d'asile qui y est hébergé, lui apportant non seulement gîte et couvert, mais également une assistance linguistique et juridique, une aide à la préparation de son dossier.

Le résultat en est clair : pour l'année 2011, alors que le taux moyen de reconnaissance de l'OFPRA et de la CNDA a été de 25,30 %, celui de nos pensionnaires est de 42,97 %. Avouons que cela nous interpelle sérieusement sur l'égalité de chances selon que l'on est hébergé ou non en CADA.

Nous fournissons également, après vos décisions, un appui suivi et personnalisé pour ceux qui ont obtenu l'asile (logement, travail) afin de leur permettre de s'insérer en France. Nous le faisons avec des moyens qui sont, hélas, de plus en plus réduits. C'est un autre problème, mais dont la gravité n'est pas moins importante.

Toutes les années passées au service de FTDA, au contact permanent de la réalité, m'ont convaincu que l'Asile est vraiment l'honneur de notre civilisation.

Permettez-moi de citer ce texte admirable du grand romancier Albert Cohen qui a joué professionnellement un rôle majeur dès 1944 au Comité intergouvernemental pour les Réfugiés à Genève :

« S'il est un être humain qui a besoin de protection, c'est bien le réfugié. Il vit dans des conditions matérielles difficiles. Il a le plus souvent perdu ses biens matériels. Il est dépourvu de ressources et ne peut avoir recours aux différentes formes d'assistance qu'un État dispense à ses ressortissants. Il a personnellement connu, dans le passé, des périodes douloureuses. Il a été fréquemment frappé dans ses affections familiales. Il est parti, en but à la suspicion ou au mépris qui s'attache aux étrangers dépourvus de protection ».

Or, quelle est la qualité de la réponse apportée depuis la dernière guerre mondiale à cette dramatique problématique ? La réponse à cette question est partagée.

Une sorte de schizophrénie semble régner en la matière.

D'un côté, au plan des textes, nous observons une progression constante vers un affinement de la notion d'asile que vos travaux ont parfaitement montré.

On est passé de la Convention de Genève de 1951, qui ne concernait que l'Europe, au Protocole de New York de 1967 débouchant sur une Convention mondiale concernant 147 États, tout en gardant les mêmes motifs de persécution, sans compter le placement sous mandat du HCR. A quoi s'est ajouté en France, au fil des années, l'asile constitutionnel en faveur de « *toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté* » et la protection subsidiaire. La jurisprudence de son côté est venue faire évoluer des notions aussi complexes que celles du groupe social, d'agent de persécution...

Or, dans le même temps, on voit se durcir dans les faits l'accès à la protection internationale à nos frontières communes.

Il y a, indiscutablement, dans l'esprit de certains dirigeants européens une pollution de la question de l'asile par la politisation du problème de l'immigration. Depuis dix ans, l'on s'est mis à durcir par tous moyens les conditions de la recevabilité au statut de réfugié, de peur que ne se glisse, par là, quelque étranger, recru de misère, qui aurait trouvé là le moyen de mettre le pied dans notre eldorado, à protéger à tout prix de ce genre de pollution. Le malthusianisme est devenu le *credo* administratif en la matière.

Tout d'abord à l'échelle européenne, l'ineffable Convention Dublin II imposant le dépôt de la demande d'asile dans le premier pays d'entrée dans l'Union, qui est souvent, comme la Grèce par exemple, dépourvu de tout moyen sérieux d'y faire face, avec pour corollaire l'errance sur le territoire de l'Union de troupes de demandeurs d'asile.

S'y ajoute la déclinaison au niveau national du placement en procédure prioritaire à la seule discrétion de l'administration, notamment à partir de la fameuse « liste de pays sûrs », que la loi autorise l'OFPRA à établir, fixant ainsi elle-même, curieusement, les conditions de recevabilité dont elle sera juge ensuite dans les faits. Quant à la pertinence de cette liste, je n'aurai pas la cruauté d'insister sur le tragique exemple du Mali.

Cette notion d'exception procédurale, si proche de l'arbitraire, devrait être exclue dans tout pays démocratiquement géré, dès lors qu'il s'agit ici d'appliquer des conventions internationales parfaitement claires et que nous avons des juges de qualité pour en décider. Laissons les juges faire librement et sereinement leur travail en toutes circonstances. D'autres ont dit tout à l'heure, mieux que moi, tout le mal qu'il fallait penser de cette étrange procédure, pour que j'ajoute quoi que ce soit.

Je n'insisterai pas davantage sur les conditions matérielles d'accueil et d'accès à la procédure dans notre pays et sur le fait que l'urgence est devenue le *credo* d'une politique sans vision et sans perspectives.

Mais on ne peut évidemment pas parler aujourd'hui du droit d'asile sans le situer au niveau européen, devenu majeur.

Désormais, les arrêts des deux Cours européennes ont un impact fort sur le déroulement de la procédure en France et les conditions d'accueil !

- J'en veux pour preuve une des dernières décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui, en février dernier, a reconnu qu'un recours effectif doit être suspensif de l'éloignement pour un demandeur d'asile primo-arrivant. Nous attendons sur ce point depuis mars 2012 un décret mettant en œuvre cette décision.

- L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de septembre dernier en est une autre illustration, en reconnaissant le droit à des conditions matérielles d'accueil pour les demandeurs d'asile placés « sous Dublin ».

Au plan normatif, on doit apporter une extrême attention à l'évolution des travaux sur les différentes directives européennes – qualification-procédure-accueil –, au processus lent, complexe difficile dans les âpres négociations entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil.

La nouvelle directive « Qualification », adoptée en décembre 2011, propose quant à elle un meilleur encadrement des critères d'accès à la protection. Par exemple, l'application de l'asile interne devra dorénavant répondre à des critères stricts. La protection accordée doit désormais être « effective et non temporaire ».

La définition du groupe social a elle aussi évolué, renforçant la prise en compte des aspects liés au genre. Cela devrait avoir un impact en France puisque, depuis 2010, le Conseil d'État a défini l'appartenance à un groupe social en renvoyant à la directive « Qualification » (article 10.1.d.), laquelle mentionne le concept de genre.

En s'appuyant sur cette définition, la CNDA a, depuis lors, reconnu plusieurs cas invoquant des persécutions liés au genre. En effet, la jurisprudence sur ces questions se développe et permet peu à peu d'enrichir la réflexion et de mieux appréhender le genre dans la demande d'asile. La CNDA est ainsi intervenue à plusieurs reprises lors de réunions de réflexion autour de cette problématique, organisées par France Terre d'Asile qui pilote et relaie en France les travaux européens sur cette question.

Nous nous félicitons du travail commun d'appropriation accompli avec les services de la Cour sur ce dernier aspect.

Voilà le type de coopération qui permet d'avancer concrètement au service du droit d'asile.

On observe également un alignement des droits des bénéficiaires de la protection subsidiaire sur ceux des réfugiés et le renforcement de la prise en compte des difficultés spécifiques d'intégration pour les personnes bénéficiant d'une protection internationale. Voilà une directive qui, lorsqu'elle sera transposée (avant septembre 2013) pourra utilement faire évoluer certains éléments de la protection en France.

La nouvelle directive « Accueil », en cours d'adoption (d'ici fin 2012), propose un encadrement des conditions d'accueil des personnes vulnérables, parmi lesquelles sont désormais inscrites les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves et les personnes ayant des problèmes de santé mentale. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et des aspects liés au genre (séparation femmes/hommes, mesures de prévention des violences sexuelles...) doit être soulignée.

Cette directive comporte de nombreux articles consacrés à la rétention qui permettent, certes, d'encadrer cette pratique, mais ne risquent-ils pas également d'augmenter le recours à la rétention à l'échelle européenne ? La nouvelle directive propose en effet un large panel de motifs de placement en rétention qui, combiné à l'absence d'un contrôle juridictionnel automatique, permettrait aux États membres de placer les demandeurs d'asile en rétention de manière quasi systématique et arbitraire. Par ailleurs, concernant le montant des allocations (ATA = hébergement) accordées aux demandeurs d'asile, le nouveau texte prévoit que celles-ci ne peuvent pas être plus favorables que les *minimas* sociaux accordés aux nationaux. Il y a là, potentiellement, les éléments d'un débat difficile sur le plan national, alors que le système actuel nous interpelle déjà gravement quant aux conditions de vie des bénéficiaires, retentissant nécessairement sur l'exercice pratique de leurs droits.

Enfin, la directive « Procédures », en cours de négociation, soulève de nombreuses inquiétudes consécutives à la raideur du Conseil et des États européens : élargissement des critères d'accélération d'une demande d'asile, possibilités de dérogations aux garanties procédurales « *lorsqu'un nombre élevé de ressortissants de pays tiers demandent simultanément une protection internationale* », dérogations ajoutées à l'effet suspensif d'un recours... Aucun accord n'a encore abouti sur ce texte. Mais l'effet de l'adoption d'une telle directive et de sa transposition risque d'être désastreux.

Faut-il enfin évoquer les règlements Dublin et Eurodac, textes directement applicables, en cours d'adoption (d'ici fin 2012) dont les effets sur le plan des libertés fondamentales risquent d'ouvrir d'intenses, passionnants et passionnés débats ? Ainsi, par exemple, le nouveau règlement Eurodac, en négociation, proposerait d'accorder la possibilité aux autorités de sécurité d'accéder à la base de données Eurodac, posant ainsi quelques problèmes majeurs.

On le voit, notre législation nationale et notre pratique risquent d'être particulièrement affectées par cette production européenne et nous devons être particulièrement vigilants pour qu'au moment de la transposition de ces directives dans le droit français nous n'en épousions pas les aspects les plus négatifs.

Je terminerai, si vous me le permettez, en soulignant ce qui me paraît une évidence : votre activité et la nôtre représentent les deux bouts d'une même chaîne, celle qui consiste à permettre que la justice soit pleinement rendue en matière d'asile, qu'aucun de ceux qui pourraient y prétendre ne soit laissé au bord du chemin, les avocats ayant, également de leur côté, un rôle déterminant dans cette chaîne, dans le cadre d'une défense efficace pour la manifestation de la vérité, ce qui rend



impérieuse une aide juridictionnelle convenable rémunérant à un niveau normal le travail accompli. L'affaire est apparemment en chantier. Nous verrons quels effets concrets elle produira. Souhaitons les aussi heureux que possible.

Il s'agit également de faire en sorte qu'au niveau administratif se manifeste une même volonté d'aider à cette révélation du vrai, tournant le dos à tout malthusianisme.

Il faut en effet raison garder et ne pas perdre de vue, tout de même, que notre pays, de 66 millions d'habitants, n'accueille qu'environ 50 000 demandeurs d'asile par an, soit à peine 0,7 % de cette population, et une part somme toute modeste des réfugiés dans le monde, avec un taux de reconnaissance finale moyen, en l'état, de l'ordre de 25 %. Ce ne sont tout de même pas des hordes !

Dès l'instant que nous participons tous à une chaîne, souhaitée la plus efficace et la plus vertueuse possible, il serait heureux, dans un esprit de progrès constant, qu'une collaboration s'établisse entre ces différents acteurs et, spécialement, entre, d'une part, l'OFPRA et surtout votre Cour ainsi que les Associations française et internationale des juges de l'asile et, d'autre part, le monde associatif spécialisé. Cela existe à l'étranger, notamment en Italie et au Royaume Uni par exemple.

Pour notre part, nous y sommes prêts. Les sujets de réflexion communs ne manquent pas. Reste à se rencontrer et à les définir. Nous sommes à votre disposition.

En vous remerciant d'avoir bien voulu nous donner la parole.

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Christian Vigouroux, président de la section du rapport et des études

Conception et réalisation :

Jacky Richard, conseiller d'État, rapporteur général, président adjoint de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

Secrétaire de rédaction : Corinne Mathey

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication

