

LE NOUVEAU PACTE SUR LA MIGRATION ET L'ASILE :

Un « nouveau départ » pour
la politique européenne d'asile ?



UNIVERSITÉ DE NANTES



FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES POLITIQUES



Alliance
europa



DROIT ET
CHANGEMENT SOCIAL

Avant propos

Avant propos

Lors de son discours sur l'état de l'Union prononcé le 16 septembre 2020 la présidente de la Commission Ursula von der Leyen a annoncé les nouvelles orientations pour la Commission, incluant « une approche axée sur l'humain et empreinte d'humanité » et la présentation d'un « nouveau pacte sur l'immigration ». La semaine suivante, une communication du 23 septembre 2020 est ainsi venue présenter le « nouveau pacte sur la migration et l'asile ». Celui-ci vise à « marque(r) un nouveau départ » en tenant compte des « graves insuffisances » mises en lumière par la crise de l'accueil des réfugiés de 2015-2016.

Cette nouvelle impulsion de la réforme des instruments de l'UE en matière d'asile, très attendue, s'insère dans un climat particulièrement difficile. Certes la tentative de réforme du régime d'asile européen lancée par la Commission en 2016 a permis d'aboutir à des accords politiques sur certains textes tels que la directive « accueil », le règlement « qualification », où la création de la nouvelle agence de l'Union européenne pour l'asile. Cependant, des blocages importants persistent sur d'autres textes tels ceux relatifs à la procédure d'asile ou au système Dublin, rendant impossible l'adoption globale des différents instruments, ceux-ci demeurant liés les uns aux autres. Dans un contexte où la pandémie de Covid-19 affecte très largement l'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés dans les Etats membres, impacte également plus globalement l'agenda européen et ravive les tensions entre les Etats, il s'agit pour la Commission d'effectuer une relance permettant tout à la fois de préserver les accords politiques trouvés au terme d'âpres négociations politiques (au sein du Conseil et entre celui-ci et le Parlement européen, co-législateurs en la matière), et de proposer une vision nouvelle à même de mettre fin aux blocages persistants pour permettre une adoption rapide des nouveaux instruments, tout en assurant un niveau de protection suffisant pour les personnes en besoin de protection internationale. A n'en pas douter, les objectifs sont ambitieux et sont difficiles à atteindre, et il est à craindre que les compromis politiques conduisent à la mise en place d'instruments affaiblissant la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe.

Afin d'analyser ce nouveau Pacte, ses ambitions et l'impact potentiel des propositions législatives de la Commission, un séminaire de travail regroupant de jeunes chercheurs a été organisé le 21 mai 2021 à la faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes. Le présent livret vise à restituer plusieurs contributions présentées dans ce cadre, qui mettent en exergue de nombreuses questions juridiques soulevées.

Eleonora Celoria envisage la nouvelle procédure de filtrage qui est proposée par la Commission, et explique en quoi celle-ci apparaît en réalité comme une institutionnalisation de l' « approche Hotspot » déjà développée en Grèce et en Italie ses dernières années, en mettant en exergue l'insuffisance des garanties proposées pour prévenir la détention de personnes en besoin de protection.

Charlotte Magnien analyse ensuite le cas spécifique de la protection des mineurs non accompagnés dans le nouveau Pacte et démontre que malgré la volonté d'une protection harmonisée sur l'ensemble du territoire de l'UE, celle-ci risque de demeurer fragile et précaire.

Sophie Olivier s'intéresse quant à elle au traitement des demandes d'asile des individus menaçant la sécurité nationale, et plus spécifiquement comment les dispositions du nouveau Pacte risquent d'amener à un rejet de leur demande par application d'une procédure immédiate de retour qui serait incompatible avec les obligations des États issues du droit international relatif à l'asile et à la protection des droits humains.

Ludwig Deroy étudie le nouveau mécanisme de solidarité envisagé, qui traduit tant une volonté de la Commission de réaffirmer l'importance de la solidarité européenne que des nombreuses difficultés à garantir celle-ci

Romain Foucart propose ses réflexions sur les parrainages privés ou communautaires, soutenus par la Commission comme voie complémentaire pour faciliter l'accès légal des personnes en besoin de protection internationale, et plus spécifiquement comment ceux-ci pourraient permettre in fine une meilleure intégration de leurs bénéficiaires au sein des États membres.

Nour Dalla examine enfin le nouvel instrument proposé par la Commission envisageant les règles dérogatoires face aux situations de crise et de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, en soulignant les difficultés potentielles dans la mise en œuvre de ce futur règlement eu égard à l'insuffisance de clarification des notions clés ainsi que sur les limites des régimes envisagés.

Ce séminaire fut organisé dans le cadre du projet ARRECO (Accueil et relocalisation des réfugiés en Europe : catégorisation et opérationnalisation), un projet de recherche mené de septembre 2017 à septembre 2021, lauréat du second appel à projets Recherche de l'Institut d'Études Européennes et Globales (Alliance Europa). L'organisation du séminaire et la publication de ce livret ont été rendus possibles grâce au soutien de l'Institut d'études européennes et globales - Alliance Europa, du laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297), et de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes, et grâce à l'aide de Mme Marie Bargain Daniel, stagiaire du programme.

Carole BILLET

Sommaire

Sommaire



Eleanora CELORIA



Charlotte MAGNIEN



Sophie OLIVIER



Ludwig DEROY



Romain FOUCART



Nour DALLA

01

The “new” Proposal on
a pre-screening procedure :
the costs of recycling
the hotspot approach at the
expense of the right to liberty

La “nouvelle” Proposition
relative à une procédure
de filtrage : les coûts du
recyclage du methode hotspot
aux dépens du droit à la liberté

Par Eleanora CELORIA

Doctorante en droit de l'immigration à l'école doctorale
« Droits et institutions » de l'Université de Turin

Abstract

The paper analyses the new Proposal for a Screening Regulation presented by the European Commission in September 2020 along with the New Pact on Migration and Asylum. Identifying the new procedure as representing an *institutionalisation* of the hotspot approach developed in Italy and Greece over the last five years, it aims at assessing the implications of the proposal on the human right to liberty, based on the evidence provided by the hotspot method. The risk of proliferation of *de facto* detention practices is presented as posing threats to the existing safeguards on detention under EU law, as interpreted by the CJEU.

Ce document analyse la nouvelle proposition de Règlement sur le filtrage présentée par la Commission européenne en septembre 2020 en même temps que le Nouveau Pacte sur la Migrations et l'Asile. Identifiant la nouvelle procédure comme représentant une institutionnalisation de l'approche hotspot développée en Italie et en Grèce au cours des cinq dernières années, il vise à évaluer les implications de la proposition sur le droit humain à la liberté, sur la base des preuves fournies par la méthode hotspot. Le risque de prolifération des pratiques de détention *de facto* est présenté comme une menace pour les garanties existantes sur la détention en vertu du droit européen, telles qu'interprétées par la CJUE.

1 The approach of the new Migration Pact : a focus on borders

Despite announcing the new Migration Pact as an innovative and ground-breaking “fresh start” for migration management policies¹ and deploying a comprehensive approach that would bring together legal migration management and asylum policies, the European Commission is once again found to actually be focusing mainly on asylum allocation, asylum procedures and border management, while the promise for new legal instruments remains vague and empty. Many of the new legislative proposals introduced by the Pact, as well as the amendments to pre-existing ones, in fact, regard procedures that are deemed to take place at the borders and that aim at limiting secondary movements of asylum seekers and migrants in Europe. Indeed, one of the most qualifying elements of the Pact is the special attention it pays to the management of European external borders. The stated aim of the

Commission is the establishment of «a seamless procedure at the border, comprising pre-entry screening, an asylum procedure and where applicable a swift return procedure – thereby integrating processes which are currently separate»². In the view of the Commission, one of the reasons that explain the need to focus on borders is the shift in migration flows: it is assumed that, compared to the 2015 refugee crisis, we are now witnessing an increase of mixed migration flows, including both persons who are in need of international protection and others who are not. According to the Commission, *abusive* asylum applications should be dealt with quickly by maintaining migrants at borders and returning them to their home countries as soon as possible³, so as to prevent the latter from having access to European territory, particularly through secondary movements⁴. In this scenario, the Screening Regulation

¹Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee of the region, *New Pact on Migration and Asylum*, COM (2020) 609, 23 September 2020. ²European Commission, *New Pact on Migration and Asylum*, op.cit., p. 5. ³G. Campesi, «The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of ‘Anomalous Zone’ for Migration Management», 27 November 2020, (at: <https://www.asileproject.eu/the-eu-pact-on-migration-and-asylum-and-the-dangerous-multiplication-of-anomalous-zones-for-migration-management/>). ⁴The approach of the Commission reflects the shift in the European border and migration regime that occurred after 2015. See in this sense: S. Hess, B. Kasperek, «The Post 2015 European Border Regime. New Approaches in a Shifting Field», in *Archivio antropologico mediterraneo*, n. 21 (2), 2019. ⁵EC, Explanatory Memorandum to the Proposal for a Screening Regulation, p. 1. ⁶T. Spijkerboer, «I wish there was a treaty we could sign», 28 September 2020, (<https://www.asileproject.eu/i-wish-there-was-a-treaty-we-could-sign/>).

is presented as a «new tool allowing for the identification, at the earliest stage possible, of persons who are unlikely to receive protection in the EU»⁵, and represents the first element of an approach where borders matter more than human beings, and seeking asylum is considered to be a subset of irregular migration⁶. Against this background, the article aims to reflect

on the human rights implications of the hotspot approach, the risks of which would be replicated in case the new Proposal is adopted on a screening procedure at borders. The focus of the analysis will be placed in particular on the risks of curtailment of migrants' personal freedom and of proliferation of detention at borders.



2 The Proposal for a Screening Regulation

2.1 Aims, personal scope and content of the screenings

The – apparently – new procedure designed by the Commission starts with a new «Regulation introducing a screening of third country nationals at the external borders» that aims at reinforcing controls at external borders, based on the assumption that existing border controls are not sufficient when it comes to «protecting the Schengen area». Moreover, states the Commission, the screening procedure would «accelerate the process of determining the status of a person», by collecting information that facilitates the referral of migrants to the appropriate subsequent procedure (asylum, return or refusal of entry). As for the personal scope of the Proposal, Article 3 and Article 5 identify four receiving categories of third-country nationals (TCNs): a) migrants who are apprehended in the context of an unauthorised crossing of external borders by land, sea or air;⁷ b) migrants who are disembarked in the territory of a Member State following a search and rescue operation;⁸ c) migrants who apply

for asylum at external border crossing points or in transit zones;⁹ d) irregular migrants found within the territory of the State, who are unable to prove that they fulfilled the conditions of entry¹⁰. It hence appears that the intention of the Commission – in its mission to tackle «mixed migration flows» – is to put in place a unified procedure that makes no distinction between asylum seekers and irregular migrants, enveloping them within a single category: the «fine line that exists in international and EU law between persons seeking international protection and other migrants» is thus ultimately discarded¹¹, disregarding all considerations on the need of protection and the vulnerability that are normally related to international protection seekers and forced migrants.

The components of the screening are described by Articles 9 to 12 of the Proposal and include identity and security checks as well as an evaluation of vulnerabilities and health conditions.

⁷ According to Article 3 (1) (a), the screening applies to this category of persons except for people for whom the Member States are not required to take the biometric data under Articles 14 (1) and 14 (3) of the Eurodac Regulation for reasons other than their age. ⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 (PSR), Article 3 (2), lett.b). ⁹ PRS, Article 3 (1), lett.a). ¹⁰ PRS, Article 5. ¹¹ L. Jakulevičienė, «Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedure at the EU external borders», 27.10.2020. <https://eumigrationlawblog.eu/re-decoration-of-existing-practices-proposed-screening-procedures-at-the-eu-external-borders/> ¹² PSR, Article 10 (1), Article 11 (1,2). ¹³ PSR, Article 9 (1). ¹⁴ PSR, Recital 26. ¹⁵ PSR, Article 9 (2). ¹⁶ As pointed out by ECRE, «the provision of vulnerability check where relevant is a lower standard compared to mandatory and systematic assessment of vulnerability of the applicants for international protection under Article 22(1) of the Reception Conditions Directive

The former are required only to the extent that they did not occur during border checks as regulated by the Schengen Border Code, proving that some of the provisions of the Proposal represent a mere duplication of rules that are already established in other instruments of EU law. Health and vulnerability checks, on the other hand, while presented by the Commission as an additional form of protection compared to the provisions of the Schengen Border Code¹², are not prescribed as mandatory in all circumstances: medical examinations are to be part of the process only unless «the relevant competent authorities are satisfied that no preliminary medical screening is necessary»¹³, for instance in case it is clear that «the overall condition of the person appears to be very good»¹⁴. In addition, it shall be checked whether the persons are «in a vulnerable situation, victims of torture or have special reception or procedural needs» only «where relevant»¹⁵, as assessed by competent authorities i.e. border guards and police officers¹⁶, who are however not specifically trained to recognise and assess any of it. At the end of the screening procedure, these authorities should then fill in a debriefing form¹⁷ to be transmitted to the public officials who are, in turn, competent for the examination of asylum applications or for returns. The information collected during the screening is also meant to

be used to determine whether to apply an accelerated or a border asylum procedure, and, supposedly, in the evaluation of the asylum application. No formal decision is issued at the end of the procedure; therefore, migrants are not granted any right to an effective remedy against the decision of channeling them through the procedures. This is particularly worrisome in the case of refusal of entry, as the person can end up receiving a debriefing form and immediately being refused entry, without being granted the basic safeguards provided for by the Schengen Borders Code¹⁸. The lack of a formal decision – to be disputed by the person affected if need be – is critical from the point of view of children's rights and best interest, too: in case children are wrongly identified as adults during the identification phase, as a matter of fact, the absence of an effective remedy against the decision will undermine their access to children rights and specific procedures. Though the Proposal does warn that «particular attention should be paid to the best interests of the child», it leaves a void as to the concrete procedures that would grant that such principle is respected, i.e. the appointment of a guardian or a detailed age assessment policy. Furthermore, as will be seen, no prohibition of detention for children is included in the Proposal, thus allowing Member States to adopt coercive measures on children, too.

and Article 24(1)-(2) of the Asylum Procedure Directive». ECRE, *Comments on the Commission Proposal for a Screening Regulation COM (2020) 612*, p. 19, (at: <https://www.ecre.org/ecre-comments-on-the-commission-proposal-for-a-screening-regulation-com-2020-612/>).¹⁷ Article 13 provides for the debriefing form to include: a) name, date, place of birth and sex of the person; b) nationality, country of residence prior to arrival and language; c) reason for unauthorized arrival, entry or illegal stay; d) whether the person made an application for international protection; e) information on routes travelled, including third country/ies of transit and those where the person could have sought protection; f) information on assistance provided by smugglers.¹⁸ According to the Code, in fact, entry may only be refused by a substantiated decision stating the precise reasons for the refusal, and a right to appeal the decision is enshrined.

.2.2 The procedure, its (lack of) procedural safeguards and the spaces for detention

In terms of procedural safeguards, the Proposal is, indeed, quite meagre. Article 6 of the Proposal accounts for the time and place specifics of the new procedure. In terms of time, screenings are to be conducted without delay and shall, in any case, be completed within 5 days from the apprehension at the border or disembarkation of the migrants, or within 3 days when directed to irregular migrants found on the territory.¹⁹ However, the proposed Regulation does not address in detail the consequences of not completing the checks within the given time limit. Article 14 (7), indeed, states that «where not all checks have been completed within the deadlines referred to in Article 6 (3) and (5), the screening shall nevertheless end with regard to that person, who shall be referred to a relevant procedure»²⁰, without specifying whether migrants in that situation would be able to enter the territory of the Member States or whether, on the contrary, they would be subjected to a

border (asylum or return) procedure. It is not clear, either, how the vulnerability assessment would be carried out, and what might happen to migrants who cannot or do not apply for asylum but present medical conditions or physical or psychological vulnerabilities that impede their return.²¹ Moreover, while «in exceptional circumstances, where a disproportionate number of third-country nationals need to be subjected to the screening at the same time» the time limit can be extended up to 10 days, the article does not clearly state what circumstances can be considered *exceptional*; nor, more importantly, whether a «crisis situation», as defined in the new Proposal on a Crisis Regulation²², is the only case when the time limit can be extended or merely one out of many possible circumstances that justify the extension²³. The result is that additional discretion is left to Member States as for the length of the procedure.

¹⁹ Article 6 (3). The article specifies that the screening period cannot exceed 2 days for migrants «to whom Article 14 (1) and (3) of Regulation 603/2013 apply, where they remain physically at the external border for more than 72 hours».

²⁰ Article 14 only applies to TCNs who were either apprehended during a border crossing or disembarked and does not cover all other categories of migrants that are included in the Proposal, such as asylum seekers applying for asylum at external borders. The reason for such exclusion is not clear, nor apparently justifiable. ²¹ According to Article 9 of the Proposal, «Where there are indications of vulnerabilities or special reception or procedural needs, the third-country national concerned shall receive timely and adequate support in view of their physical and mental health». ²² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, COM (2020) 613, 23 September 2020.

Similarly, wide discretion is accorded to the States with regard to the legal qualification of the placement of migrants at the border. Article 6 indicates that migrants shall be «conducted at locations situated at or in proximity of external borders»²⁴, where Member States are required to identify appropriate areas in which to maintain them during the procedures, «taking into account geography and existing infrastructures».²⁵ The Commission further acknowledges that the tasks related to the screening may be carried out in hotspot areas as referred to in Article 2 of Regulation 1896/2019 (Frontex Regulation).²⁶ Overall, there is little doubt that the procedures shall physically and materially take place within the territory of the Member States, presumably in pre-existing hotspots and other similar locations. One of the most symbolic and concerning provisions of the Proposal, nevertheless, is precisely the prohibition for migrants to enter the territory of the State («during the screening, the person shall not be authorised to enter»²⁷). Despite the ostensible attention for vulnerable categories,²⁸ the Proposal does not allow even for them to access the territory, where their needs would be better taken care of.

The absence of authorisation to enter the territory raises concerns in relation to the methods used by Member States to maintain migrants in proximity to the external border, too. According to Recital 12 of the Proposal, competent authorities should «apply measures pursuant to national law to prevent the person concerned from entering the territory during the screening. In individual cases, when required, this may include detention, subject to the national law regulating that matter». This “veiled” reference to detention confirms the acknowledgement from the Commission that the screening procedure might imply detaining migrants at the borders, a risk that is exacerbated by the possibility of maintaining migrants in detention during the asylum procedure (on the ground of Article 8 of the Reception Directive) and/or during the return procedure (on the ground of on Article 15 of the Return Directive)²⁹. The «seamless procedure» at the border envisaged by the Commission might therefore turn into a seamless *detention* period, starting immediately from screening day - with the peculiarity that, in this phase, no guarantees are provided by EU law to migrants while they are detained, regardless of them possibly being minors or vulnerable migrants, as there

²³ See Recital 19 of the Proposal, «Any extension of the 5 days' time limit should be reserved to exceptional situations at the external borders, where the capacities of the Member State to handle screenings are exceeded for reasons beyond its controls, such as crisis situations [...]». ²⁴ Article 6 (1). ²⁵ PSR, Recital 20. ²⁶ Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard, OJ L 295, 14.11.2019. ²⁷ PSR, Article 4 (1). ²⁸ Recital 27 of the Proposal states that «during the screening all persons concerned should be guaranteed a standard of living complying with the Charter and have access to emergency care and essential treatment of illnesses. Particular attention should be paid to individuals with vulnerabilities, such as pregnant women, elderly persons, single parent families, persons with an immediately identifiable physical or mental disability, persons visibly having suffered psychological or physical trauma and accompanied minors».

is no explicit prohibition of restriction for these categories. According to the Explanatory Memorandum, indeed, the (only) way in which the «fundamental rights of the persons concerned should be protected» is through an independent monitoring mechanism to be set up by each Member State³⁰. Article 7, specifically, poses a general obligation to «investigate allegations of non-respect for fundamental rights in relation to the screening» and leaves it to the States to define the powers of the body with regard, for instance, to access to documents and to the extension of monitoring and sanctioning powers³¹. Overall, the aim is seemingly to assure the compliance of the acts of national (and European) authorities with EU and international law, including the Charter of fundamental rights: as far as detention is concerned, the provision of the article prescribes that the mechanism shall ensure the respect of «national rules on detention, in particular concerning the grounds and the duration of the detention». The inclusion of an explicit reference to detention, yet, makes it clear that the Commission is aware that Member States might resort to coercive measures, which might then be implemented in contrast with human rights; and nonetheless, it has decided

to refrain from establishing even a basic set of common minimum standards in this domain.

While the introduction of a monitoring mechanism for the protection of fundamental rights³² is a welcomed novelty that NGOs have long been advocating for, it must be noted that the Proposal does not detail any procedural safeguards for the screening, nor regulates the restriction or limitation of movements connected to the enforcement of the prohibition of entry.³³ Article 8 of the Proposal, as it happens, only outlines a right for the TCNs to be «succinctly informed», in writing (or, in exceptional circumstances, orally) and in a language they understand, about the purpose and modalities of the screening. Though it entails a duty to inform asylum applicants about the obligation to remain in the Member State of first entry, in addition, it does not require authorities to inform migrants about the possibility to seek international protection. On the contrary, debriefing modules are envisaged as mere internal acts, which makes it impossible for migrants to challenge a verdict that «substantively affects» their personal situation, in that it may result in a refusal of entry or in an

²⁹In case the new asylum and return border procedures are adopted, detention could last up to 24 weeks (see Article 41, paras 11, 13 and Article 41-bis, para 5 of the Amended Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU; COM (2020) 611 final. ³⁰EC, Explanatory Memorandum to the Proposal for a Screening Regulation, p. 3. See also Recital 22 of the Proposal. ³¹It also prescribes that the independence of the monitoring mechanism is to be guaranteed and that Member States may include in the mechanism «national, international and non-governmental organisations and bodies» and can be supported by the Fundamental Rights Agency. ³²PSR, Article 7. See paragraph 4.

expulsion and, eventually, in a violation of the principle of *non-refoulement*.³⁴ Far from representing a mere collection of information, the screening is clearly designed as the first phase of a *filtrage* aiming at selecting the migrants who will have the privilege of entering Europe;³⁵ yet, though the outcome of the process is crucial for the persons involved, the Proposal does not provide for procedural guarantees, a role of the judicial or a right to effective remedy. Moreover, a «procedural disadvantage» clearly emerges, as lawyers, legal officers and NGOs tend not to have access to the borders to provide legal counselling and assistance.

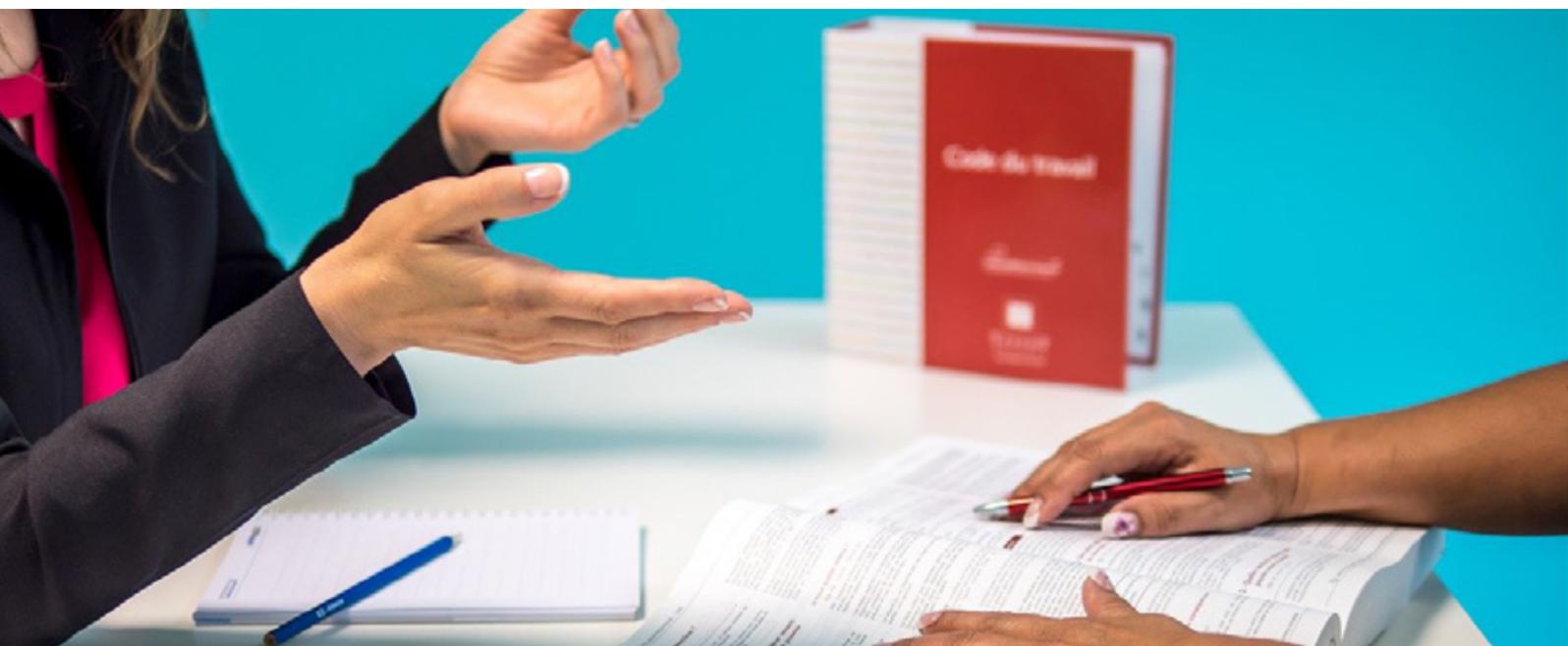
As for the protection of vulnerable categories, the Proposal does state that «particular attention should be paid to individuals with vulnerabilities, such as pregnant women, elderly persons, single parent families, persons with an immediately identifiable physical or mental disability, persons visibly having suffered psychological or physical trauma and unaccompanied minors»³⁶. However, it does not address in detail the physical locations where vulnerable migrants shall be helped and protected, nor lies down prescriptions on the role of experts and social services during the procedure - with the exception of child protection authorities, who shall only be involved «where appropriate»³⁷.

³³ Other information to be given includes: a) the applicable rules on the condition of entry in accordance with the Schengen Border Code; b) the procedure of international protection application (for those who apply for it); c) the obligation for irregular migrants to return; d) the possibility to enrol in a program for voluntary departure; e) the conditions of participation in relocation. Article 8 (1). ³⁴ See L. Jakulevičienė, «Re-decoration of existing practices?», cit. ³⁵ On hotspot as a "filter" tool, see: M. Borraccetti, «Il Nuovo Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo: Continuità o Discontinuità con il Passato?», in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 1/2021. ³⁶ PSR, Proposal 27. ³⁷ PSR, Article 6 (7).

3 Recycling the hotspot approach : human right implications

The EC's proposal does not come out of the blue. Back in 2015 already, the Commission introduced the idea of a fast status assessment immediately following migrants' arrival by sea on the Italian and Greek coasts, as a tool to better manage migration flows and to facilitate migrants' relocation to other Member States in a situation of disproportionate migratory pressure³⁸.

This so-called *hotspot approach* was initially designed by the 2015 European Agenda on Migration³⁹, but was never regulated by a common legal framework at the European level,⁴⁰ nonetheless, it was implemented in Italy and Greece over the last five years precisely with the purpose to more rapidly identify, register and channel migrants to the appropriate procedure.



³⁸ Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015, Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015.

³⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration, COM (2015)240, 13 May 2015. ⁴⁰ See the study commissioned by the European Parliament in 2016: D. Neville, S. Sy, A. Rigon, «On the Frontline: The Hotspot Approach to Managing Migration», 2016, (available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556942/IPOL_STU\(2016\)556942_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556942/IPOL_STU(2016)556942_EN.pdf)).

3.1 The implementation of the hotspot approach in Greece and Italy

The hotspot method arguably resulted in a systematic process of selection of migrants at the borders,⁴¹ following which Italy and Greece enforced the speedy returns of those who did not immediately apply for asylum, because they did not want to; were not informed about the possibility; or preferred to apply in another country, as they wished to join family members or communities in other Member States.⁴² The return operations were often conducted on the basis of specific agreements, notably the EU-Turkish deal in Greece, and the Italian-Tunisian operational agreement in Italy.⁴³

Today, Greece is (still) home to five operative hotspots, situated on the Aegean islands of Chios, Kos, Leros, Lesbos and Samos: while initially designed as reception facilities where to identify and register migrants, following the adoption of the EU-Turkey Deal these were transformed into confinement

sites with the purpose of implementing the return of refugees that the Deal itself foresaw.⁴⁴ For this reason, in 2016 the domestic legislation was amended with a new border procedure that envisaged a crucial role for EU Agencies in conducting border checks and asylum interviews, and was used as a tool for «filtering between the regular asylum procedure in Greece, or the return to Turkey».⁴⁵ According to Law 4375/2016 (Article 14, 1), when migrants arrive at external borders they are subjected to a restriction of their freedom of movement within the first reception centres during the identification procedure; while Article 14 (2) provides for the two-day «restriction of liberty» to be extended for another twenty-five days if identification and screening procedures are not completed.⁴⁶ Despite the law not framing such measure as detention, migrants are not to leave the centres during that period.⁴⁷

⁴¹C. Caprioglio, F. Ferri, A. Massimi, «Detention and Selection: An Overview of the Italian Hotspot System», 10 April 2018, (available at: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/detention-and/>).

⁴²On the real aims pursued by the EC with the hotspot approach, see C. Rodier, «Le Faux Semblant des Hotspots», in *La Revue des Droits de l'Homme*, n. 13, 2018. ⁴³EU-Turkey Statement of 18 March 2016, in European Council Press Release 144/16 of 18 March 2016, (available at: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>).

⁴⁴The practice is based on the assumption that Turkey will not readmit migrants who moved from the islands to the mainland. See: The Greens / European Free Alliance in the European Parliament, *The EU-Turkey Statement and the Greek Hotspots, a failed European pilot project in refugee policy*, June 2018, (available at: <https://bit.ly/38TAhkb>).

Said restriction was initially imposed automatically, without any case-by-case assessment. Moreover, unaccompanied children happened to remain in hotspot facilities for more than twenty-five days, waiting for their referral to adequate reception facilities, and could not move freely outside the centres.⁴⁸ It should moreover be noted that, in 2016, as a result of the EU-Turkey Deal, asylum seekers who were initially detained for the identification step in first reception centres were meant to be maintained there for the entire length of the asylum procedure. With time, however, the limited capacity of hotspots made such systematic detention impossible to achieve and protract: detention in facilities was hence replaced by confinement on islands, with the prohibition for asylum seekers to reach the mainland.⁴⁹ Such practice implicated blurring the line between the deprivation of liberty and the mere restriction to freedom of movements⁵⁰, and increasing risks of *de facto* detention. Geographical restrictions, in addition, have resulted in the overcrowding of the facilities on the islands, and thus also in the deterioration of reception conditions.⁵¹ The living conditions to which migrants have been exposed throughout the years have been widely documented

as substandard and degrading, marked by a lack of medical services, sanitary facilities and proper shelter and by an overall violent, unsafe environment in the camps.⁵² In 2019, in particular, the European Union Fundamental Rights Agency (FRA) updated its «Opinion on fundamental rights in the hotspots set up in Italy and Greece» and reported that fundamental rights challenges in hotspots persist, especially with regard to violent incidents and living conditions⁵³, and the situation further escalated during 2020, with the outbreak of Covid-19 in the camp. Following the implementation of the new restrictive law adopted in 2019, moreover, detention on the islands kept rising in 2020: for instance, all newly arrived persons on the island of Kos were, and still are to date, immediately subject to detention in the Kos pre-removal detention facility, even for the purpose of initial identification and asylum channelling; on the islands of Lesbos, Kos and, Leros, newly arrived persons belonging to so-called «low recognition rate» nationalities were immediately detained upon arrival, despite their explicit wish to apply for asylum and without prior application of reception and identification procedures as provided for by the law.⁵⁴

⁴⁵ ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece. A Study*, 2017, p. 7, (available at: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>). ⁴⁶ The new International Protection Law of 2019 (L. 4636/2019) has extended the initial time limit up to 5 days (Article 39, 4). ⁴⁷ In 2018, the European Court of Human Rights found that a «restriction of liberty» of a few days, applied on asylum seekers in the Chios hotspot before this was transformed into a semi-open centre, constituted detention, ECtHR, *J.R. et al v. Greece*, Application n. 22696/2016, (available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180319>). ⁴⁸ This is based on a «protective custody» rule. Reports of *de facto* detention within police stations for purposes of registration and identification were also recounted.

In Italy, the hotspot approach was implemented differently. Initially, no legal framework was adopted, thus leaving ample discretion to police and border authorities as for the period of the identification and screening process and for the intensity of restriction to personal freedom of migrants in the hotspot facilities.⁵⁵ The *Standard Operating Procedures* – or SOP, a policy document adopted by the Italian Ministry in 2016 – identified four hotspot facilities in Lampedusa, Pozzallo, Taranto and Trapani⁵⁶ and provided for a procedure according to which «new arrivals are subjected to medical screenings, they are controlled, pre-identified, and, after having being informed about their current condition as irregular immigrants and the possibility to apply for international protection, they are fingerprinted»⁵⁷. The SOP clearly specified that the procedure should be *as short as possible*, whereas the persons were actually able to leave the hotspot *only after* being fingerprinted and upon completion of all the security checks in national and international police databases. This meant that migrants were de facto detained in the facilities at least for the entire length of the identification process. As noted by the Committee for the Prevention of Torture (CPT), besides, such a restriction

was not limited to a few days as the SOP might attempt to intend; on the contrary, there were cases of migrants who were detained for up to several weeks.⁵⁸ Concerns pertaining to the lack of legal grounds for detention remained even following the adoption of Decree Law n. 13/2017 (subsequently converted into Law n. 46/2017), which provided that foreigners apprehended for irregular crossing of the internal or external border, or arriving in Italy after rescue at sea, were to be directed to appropriate «first aid and reception facilities» or hotspots, where they were to be identified, registered and informed about the asylum procedure, the relocation programme and voluntary return.⁵⁹ The law also added that «hotspot type» identification procedures should be carried out with regard to foreigners found to be irregular on national territory,⁶⁰ too. However, no mention was made of the possibility to detain migrants in hotspots (and therefore no legal safeguards were introduced) until Decree Law 113/2018 – later amended by Law 132/2018. The new law introduced a provision on «detention for identification reasons» of migrants whose nationality cannot be immediately determined, to be maintained for up to 30 days in suitable facilities set up in hotspots.⁶¹ Nonetheless, this new law has been

⁴⁹ On the issue of how the hotspot approach has modified the location of confinements, see: M. Vannier, «The Wall, Hotspots And Detention at Sea: Those Other Sites of Detention», 4 April 2021, (available at: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2021/03/walls-hotspots>) ; A. Guérin, *The European Approach to Hotspots in Green Islands*, cit. ⁵⁰ I. Majcher, «The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty (Part I, II, III)», 6 April 2018, (available at: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/eu-hotspot-1>).

rarely applied to date, and migrants are still kept in detention – though for a shorter period of time – without receiving a formal decision that they can challenge.⁶² The practice of detention is still *informal* and it is not subjected to procedural guarantees pertaining to the right to liberty. Like in Greece, moreover, the hotspot approach in Italy has repeatedly presented, and still presents, several shortcomings with regard to the living conditions of the facilities and to access to the asylum procedure.⁶³ National and international human rights bodies and NGOs have observed that the right to asylum has not been respected. Migrants, in fact, usually receive a short briefing immediately after disembarkation, while still confused, disoriented and in shock; they are then required – prior to identification and vulnerability assessments – to fill in a *foglio notizie* with their personal information and

reasons for fleeing their country of origin, without knowing that filing the form will impact their legal status and that their intention to apply for asylum shall be expressed through *the foglio notizie*. In addition, migrants generally do not receive any copy of the form and have no possibility to challenge its content at a later point. This may thus strongly undermine their effective access to the asylum procedure: numerous cases have indeed been reported where the responses that people gave at the port through *the foglio notizie* effectively prevented them from accessing the asylum procedure.⁶⁴ The Fundamental Rights Agency stated that «the swift implementation of return procedures may *de facto* deprive some new arrivals of a reasonable possibility to access international protection [...] Migrants of Tunisian origin could not always express their intention to apply for asylum at the hotspots».⁶⁵

⁵¹The Greek Refugee Council (GRC) reports that in 2018, following an action brought by GRC, the Council of State annulled the Decision of the Director of the Asylum Service regarding the imposition of the geographical limitation. However, following a new Decision of the Director of the Asylum Service, the geographical restriction on the Eastern Aegean islands has been reintroduced. A new regulatory framework for the geographical restriction on the islands then entered into force in January 2020 and significantly limited the categories of applicants for whom the restriction can be lifted. See: AIDA, Greece Country Report. 2019-2020 Updates, cit.⁵² Among others, see: UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Greece, 24 April 2017, A/HRC/35/25/Add.2.⁵³ FRA, Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy, February 2019, p.22: (available at: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-opinion-hotspots-update-03-2019_en.pdf).⁵⁴ AIDA, Greece Country Report. 2019-2020 Updates, cit., p. 41.⁵⁵ For a critical assessment of the hotspot approach in Italy: M. Benvenuti, «Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale», in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2018.⁵⁶ The operative facilities in 2020 were Lampedusa, Taranto, Messina and Pozzallo ones. See: Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nazionale, Relazione al Parlamento, 2020.⁵⁷ Ministry of Interior, SOP, 2016: (available at: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots_sops_-_english_version.pdf).⁵⁸ CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 10 April 2018, (available at: <https://rm.coe.int/16807b6d56>).⁵⁹ Article 10 ter, D. Lgs. 286/98, as modified by L. 47/2017.



⁶⁰Based on this provision, in 2016 and 2017 migrants - especially Sudanese, based on an informal agreement between Italy and Sudan - were apprehended at internal borders (for instance, in Ventimiglia) and moved to the Taranto hotspot to undergo an identification procedure, usually followed by the issuance of expulsion orders, that did not assess a risk of refoulement in each individual case. See: C. Caprioglio, F. Ferri, A. Massimi, «The Taranto Hotspot: Unveiling the Development of EU Migration Policies», 11 April 2018, (available at: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/taranto-hotspot>). ⁶¹See: D. Loprieno, «Il Trattenimento dello Straniero alla Luce della L. n. 132/2018, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*», n. 1, 2019. ⁶²The reduction of detention period is due to two main factors: first, the decrease of arrivals at Italian coasts in the recent years; second, the fact that hotspots are not used anymore as pre-removal detention sites, as irregular migrants are moved to administrative detention centres and then returned. This change has been advocated by the Italian Guarantor for the Rights of Persons Deprived of their Liberty (NPM). ⁶³As for the living conditions of the hotspots, the Lampedusa facility appears to be the most substandard facility of all: various reports mention overcrowding; lack of privacy; no separation between men, women and children; the poor state of sanitary facilities; and lack of running water. See: CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy, cit.; ASGI, CILD, INDIEWATCH, Dossier Lampedusa: Hotspot e Centri di Permanenza per i Rimpatri Violazioni dei diritti umani e dei diritti di difesa dei migranti, 10 April 2018, (available at <https://cild.eu/wp-content/uploads/2018/04/Dossier-Lampedusa.pdf>; Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nazionale, Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia), cit. ⁶⁴ECRE, The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece. A Study, 2017, cit., p. 11. Foglio notizie is a multiple choice question with mutually exclusive options such as "in Italy for work", "to reach family", "to escape poverty", "for asylum" and "other". C. Caprioglio, F. Ferri, A. Massimi, Detention and Selection, cit. ⁶⁵FRA, Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy, 2019, cit., p.35.

.3.2 The impact on migrants' fundamental rights : the right to liberty

While the hotspot approach has been implemented differently in Italy and in Greece in the past few years, common features arise with specific regard to: a) access to asylum; b) risks of either lawful or – more often – *de facto* detention; c) living conditions in overcrowded facilities; d) and lack of protection of minors, particularly those who are unaccompanied. In both countries, restrictions to personal liberty or to freedom of movement are applied automatically, without an individual case assessment or an evaluation on necessity and proportionality of the measure; are not based on written decision; and are not granted an effective remedy. In both Italy and Greece, as well, the vulnerability assessment and prompt identification of minors have proved to be far from smooth, resulting in children being unlawfully restrained for months in facilities where they are subjected to substandard living and hygienic conditions, forced to live and sleep together with unrelated adults,

and exposed to the risk of sexual abuses. Finally, discrimination between asylum seekers on the one hand and migrants on grounds of nationality on the other hand is similarly observed in hotspots in Greece and in Italy,⁶⁶ in that their pre-identification system *de facto* prevents certain nationalities from lodging an asylum application, hence reproducing a racial approach to migration flows.⁶⁷ The overall system is, besides, characterised by high levels of informality and arbitrariness, as the practices implemented by the main actors of the hotspot approach – national border guards and police authorities, members of European Agencies and, potentially, members of international organisations such as IOM and UNHCR – change in accordance with geo-political current affairs. The procedures are often not formalised by law either and, even when they are, huge gaps can be found between what is provided for by the legal framework and what happens in reality.

⁶⁶In Greece, Syrians have been prioritised over all other nationalities in registration, identification and access to asylum. In Italy, certain African nationalities are treated as economic migrants and put in separate detention facilities in order to be returned or collectively expelled. ⁶⁷M. Veglio, *Vite a rendere*, in *Il Diritto d'Asilo*. Report 2017, Fondazione Migrantes, 2017, pp. 109 et seq. (available at: <http://viedifuga.org/diritto-di-asilo-report-2017-migrantes/>). ⁶⁸The human rights instruments against which the respect of fundamental rights is assessed are the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Charter of the Fundamental Rights of the European Union (the Charter). ⁶⁹See, for instance, the case pending in front of the European Court of Human Rights: ECtHR, *H.A. v. Italy*, Application n. 26049/18, communicated on 23 May 2020, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204118>. ⁷⁰Which refer to children, elderly persons and persons with disabilities.

As applied over the last five years in Italy and Greece, evidently, the hotspot system bears crucial implications for human rights. More specifically, while many violations of fundamental rights can be identified, the attention will be placed on the right to liberty and those related to detention conditions.⁶⁸ Firstly, the substandard and often degrading conditions of hotspot centres may amount to a violation of the prohibition of torture and inhuman and degrading treatments, as enshrined in Article 3 of the ECHR and in Article 4 of the Charter.⁶⁹ Even when critical living conditions do not reach the threshold of inhuman or degrading treatment *per se*, poor reception/detention conditions might not be in compliance with the right to health and standards of protection of vulnerable categories, protected by Articles 24, 25 and 26 of the Charter.⁷⁰ In addition, lack of adequate health services and denied access to education can be relevant under Article 24, as per the assessment of the best interest of the child during the implementation of reception measures in hotspots. With regard to the best interest of the child principle, while detention has been declared to be incompatible with it in all circumstances under the international human rights framework,⁷¹ the European Court of Human Rights and the European Union framework do not

consider detention *per se* as in contrast with it. It should however be noted that the European Court did find that detention, in specific circumstances (i.e. minors detained together with adults), may constitute a violation of article 3 of the Convention.⁷²

Secondly, to a certain extent detention itself can lead to a violation of the right to liberty, set by Article 5 ECHR and Article 6 of the Charter.⁷³ To comply with the content of the Articles, as interpreted by the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), detention shall be applied following a procedure established by law, and persons deprived of their liberty shall have access to an effective remedy. There must therefore be a domestic legal basis establishing the grounds of the measure and the legal remedies; the law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application to avoid all risk of arbitrariness.⁷⁴ Under Article 52 (1) of the Charter, moreover, any restriction to the right to liberty must be provided for by law, pursue a legitimate objective and be necessary and proportionate. Scholars have moreover pointed out that, when substandard conditions are found within (official or unofficial) detention centres, they might become relevant under Article 6 of the Charter.⁷⁵

⁷¹See the Joint General Comment by the Committee on Migrant Workers and the Committee on the Rights of the Child No. 4 and No. 23, and the UNHCR's position regarding detention of refugee and migrant children in migration context of 2017. ECtHR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application no. 13178/2003; ⁷²ECtHR, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, Application no. 25794/2013. ⁷³According to Article 52 (3) of the Charter, the meaning and scope of Article 6 shall be the same as those laid down by Article 5 of the Convention. Thus, this provision shall not prevent Union law providing more extensive protection, as recently suggested by the Advocate General with regard to the right to liberty (*Opinion of the Advocate General, Joined Cases C-924/19 PPU and C-926/19 PPU*, para 149). ⁷⁴Ex multis, ECtHR, *Amuur v. France*, Application no 19776/92, para 50; ECtHR, *Del Rio Prada v. Spain*, Application no 42750/09, para 125. ⁷⁵See: L. Mancano, *Storming the Bastille: Detention Conditions, the Right to Liberty and the Case for Approximation in EU Law*, in CMLR, 2019, p. 78.

In 2016, the ECtHR found a breach of Article 5 of the ECHR in a case concerning the holding of irregular migrants in a reception centre in Lampedusa (now a hotspot facility).⁷⁶ The Court held that *legislative ambiguity* of the Italian framework had resulted in a situation of *de facto* deprivation of liberty - thus ruling/determining/confirming that the lack of provisions on judicial supervision cannot, even in the context of a migration crisis, be thought to be compatible with Article 5. This said, although the violation of habeas *corpus* right was strongly stigmatised in *Khlaifia v. Italy*,⁷⁷ since the judgement the legal framework was not significantly improved, and unlawful detention practices are still implemented to this date. The supervision process for the implementation of the *Khlaifia* judgement is in place and the Committee of Ministers of the Council of Europe

recently asked the Italian Government for clarification following specific violations reported by Italian NGOs with regards to detention in the Lampedusa hotspot⁷⁸. In the following years, several appeals were brought in front of the ECtHR, claiming a violation of articles 3 and 5 of the ECHR: in 2017, ASGI lawyers lodged a complaint in front of the ECtHR against the Italian government, claiming that fourteen migrant children had unlawfully been detained in the Taranto hotspot for several days, in inhuman and degrading conditions.⁷⁹ The case is still pending to date, and the Court, which already found the first application to be admissible, has asked the Italian government for clarification regarding such illegal practices. In 2018 another claim of unlawful detention of a family with minors in the Lampedusa hotspot was presented to the European Court of Human Rights.⁸⁰

⁷⁶ ECtHR [GC], *Khlaifia and others v. Italy*, Application n. 16483/2012, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170054>.

⁷⁷ M. Savino, «The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: the Italian Case», in *German Law Journal*, 2016, pp. 981 – 1004. ⁷⁸ ASGI - In Limine, *Khlaifia Sentence: Italy Still Under Scrutiny for Violations in Hotspot*, 30 April 2021, at: <https://inlimine.asgi.it/khlaifia-sentence-italy-still-under-scrutiny-for-violations-in-hotspots/>. ⁷⁹ ECtHR, *Trawalli and others v. Italy*, Application No 47287/2017, communicated on 11 January 2018, (available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180670>).

⁸⁰ ECtHR, *S.B. and others v. Italy*, Application No 12344/2018, communicated on 26 June 2020, (available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204114>).

4 No lessons learned on the human rights front : in search of the added value of the Screening Proposal

Though the Commission never explicitly mentions the hotspot approach in the Communication of its New Pact, it can be argued that the Screening Regulation shares the same objectives and is based on similar premises. In both approaches, the control of migration is pursued through the prompt identification and selection of migrants, conducted with the assistance of EU Agencies while migrants are confined at borders. While the hotspot approach and its border procedures were limited to Italy and Greece and to situations of excessive migratory pressure, furthermore, with the “new” Screening Regulation and the amendments to asylum border procedure the Commission has expressed its will to normalise them in all Member States.⁸¹ As analysed above, yet, the experiences of Italy and Greece have clearly shown that the hotspot approach has the dangerous potential to jeopardise the human rights of

migrants, and that the limited access to the legal advice and support of lawyers or NGOs only worsens the situation. Many of the formal and informal practices that were enforced by the two countries during the last five years are as a matter of fact institutionalised in the Proposals attached to the Pact, and the Screening Regulation is a clear example of this trend: for example, in the document, the screening process is tailored on the procedures already conducted in hotspots; the possibility of extending checks to irregular migrants apprehended on the territory is nothing but a reference to the Italian provision adopted in 2017; the role of the EU Agencies - Frontex and EASO - which may «accompany and support the competent authorities in all their tasks» has already been tested on Greek islands; and the practice of confinement in geographical sites at the border has gradually sedimented.⁸²

⁸¹The idea of an accelerated border return procedure first surfaced in the controversial 2018 non-paper on ‘controlled centres’: G. Campesi, «Seeking Asylum in Time of Crisis: Reception, Confinement, and Detention at Europe’s Southern Border», in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, p. 44-70. ⁸²When recalling the «lessons learned from similar experiences in the past», the Commission refers to hotspots merely to enhance the cooperation among the EU and Member States: «The proposal draws the lessons from the standard workflow currently implemented in Italy and in Greece in hotspot areas as referred to in Regulation 2019/1896. It provides for a close cooperation between national authorities, the Commission, relevant EU Agencies and other Member States experts and responds to specific challenges faced at external borders by the Member States particularly exposed to the migration». EC, Explanatory Memorandum to the Proposal for a Screening Regulation, p. 40.

After the Moria fire of 2020, Human Rights Commissioner Dunia Mijatovic called for «a fundamental rethinking of the approach that led to the overcrowded, inhumane and completely unsustainable situation in Moria and elsewhere on the Aegean islands».⁸³ However, the Commission refused to conduct a serious evaluation of the experiences of Italy and Greece and to take into account the consequences of the hotspot approach on the fundamental rights of the migrants involved. Regardless of the fact that «no-one can be unaware of the systematic infringements of the right to liberty and substandard living conditions suffered by those held at the borders of Europe»⁸⁴, the Pact insists on the enhancement of border procedures without putting forward effective solutions to prevent human rights violations from happening again. Though the Proposal for a Screening Regulation does introduce a new instrument for the monitoring of human rights, as it happens, this does not include the much necessary detailed procedural safeguards pertaining to the deprivation of liberty, right to asylum and prohibition of pushbacks - thus leaving a void whereby history risks repeating itself.

Article 7 of the Proposal introduces a new independent monitoring body which shall ensure the compliance of the procedure with fundamental rights - focusing in particular on the issues of detention, access to asylum and respect of the principle of non-refoulement - but does not lay down any specific standards to be respected, nor (even minimum) standards to assess the concrete adherence of individual State practices to such human rights. For instance, the rules on the grounds and duration of detention are left to the discretion of national laws; no procedural safeguards are mentioned in relation to the access to asylum; and a right to effective remedy in relation to *non-refoulement* is never foreseen in the entire Proposal. The independent border monitoring mechanism foreseen in Article 7 is undoubtedly an important novelty, particularly with regard to mandate to monitor pushback operations. Moreover, by referring to the necessary «compliance with EU and international law, including the Charter», Article 7 can be seen to confirm that the presumption of extraterritoriality is only fictional: despite the Proposal insisting on the prohibition of entry, migrants will be both physically in the territory

⁸³Commissioner of Human Rights, Statement of 9 September 2020, (available at: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-the-greek-authorities-to-provide-adequate-support-to-all-those-affected-by-the-fire-in-moria>). ⁸⁴G. Cornelisse, «The Pact and Detention: an Empty Promise of Certainty, Clarity and Decent Conditions», 6 January 2021, (available at: <https://eumigrationlawblog.eu/the-pact-and-detention-an-empty-promise-of-certainty-clarity-and-decent-conditions/>).

and under the jurisdiction of Member States. Therefore, national, European and international standards on human rights shall apply to migrants at the border exactly as in any other portion of State territory. It should also be expected that, even though detention will be eventually regulated by national laws, the safeguards provided for in the Charter shall apply, as the faculty to lay down new grounds for detention is conferred by EU law.

Nevertheless, it is debatable whether the monitoring mechanism will be sufficient to prevent and neutralise human rights violations. In the first place, the Proposal does not regulate the powers that should be afforded by the monitoring body to grant that, once a violation is registered, States will proceed to comply with human rights in the immediate future. It does not bind States to conduct a follow-up investigation where a human rights violation is found, nor it sets sanctions or disciplinary measures to be applied. Secondly, it is not clear what consequences there will be for States that are accused of reportedly breaching migrants' rights.⁸⁵ Thirdly, and most importantly, the monitoring

mechanism can be conceived as an additional instrument to prevent systematic pushbacks at the borders but cannot replace the role of judicial and of judicial remedies: the protection afforded by national - and European - Courts has to be effective and accessible to individuals even at the border.⁸⁶

The lack of detailed provisions on procedural safeguards and effective remedies in the Proposal remains therefore worrisome. To this regard, the Italian case provides a perspicuous example of the implications that a lack of legal grounds and of procedural safeguards can provoke in terms of human rights restrictions, despite the existence of an independent monitoring body that is competent on the matter of deprivation of liberty. While the national *Garantor for the rights of persons deprived of their liberty* has constantly denounced the situation of the *de facto* detention in the Italian hotspots of Lampedusa⁸⁷, the absence of an effective remedy - due to the lack of provisions framing the confinement in hotspots as detention - has so far precluded migrants from seeing their rights adequately safeguarded.

⁸⁵The suggestion of ECRE on this point is that «the European Commission should be able to withhold EU funding by linking the mechanism to the monitoring of the effective application and implementation of the EU Charter of Fundamental Rights, which is an ongoing exercise and suggested precondition for Member States to receive EU funding in the next EU budget as part of the enabling conditions». ECRE, *cit.*, p. 37. ⁸⁶On the importance of judicial remedies, see: G. Cornelisse, *The Pact and Detention*, *cit.* ⁸⁷*Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nazionale, Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia*, *cit.*

One of the major concerns that arise from the Proposal - with regard to the respect of fundamental rights - is indeed the risk of proliferation of detention practices outside a clear legal framework. On the one hand, in fact, the Commission has called upon Member States to adopt measures to prevent the crossing of external borders and the entry on national territory and, in Article 7 on the monitoring mechanism, explicitly recalls the compliance with the provisions on detention; on the other hand, yet, the Proposal omits to *regulate* the possibility to detain the persons under screening. The choice is thus left to the Member States' discretion, but it is difficult to imagine ways to manage the screenings without applying formal or *de facto* detention. As already encountered within the hotspot approach in Italy and Greece, the grounds and circumstances in terms of time, place and conditions in which migrants are restricted are oftentimes not framed by law, so that, consequently, no procedural safeguards are provided for. Moreover, as the obligation to prevent applicants from entering the territory will apply irrespective of migrants' legal status and, at the same time, no prohibition of detention for minors or vulnerable

persons is foreseen⁸⁸, the detention at borders might turn out to be systematic.

The hotspot approach is not the only framework in which systematic and unlawful detention practices have been implemented: among 2017 and 2020 in Hungary, within the transit zones at the border with Serbia, migrants were intercepted and deprived of their liberty for long periods of time, during their asylum or return proceedings. It was precisely with regard to the Hungarian case that the Court of Justice of the European Union (CJEU) recalled that any detention measure applied during the context of a procedure regulated by EU law shall comply with the rules and standards laid down by the Reception Condition Directive and by the Return Directive⁸⁹. In its FMS judgement, the Court held that an obligation imposed on a third-country national to remain «permanently in a transit zone the perimeter of which is restricted and closed, within which that national's movements are limited and monitored, and which he or she cannot legally leave voluntarily, in any direction whatsoever, appears to be a deprivation of liberty» and shall be conceived as *detention* within the meaning of Directives 2013/33/UE and

⁸⁸ Thus, vulnerable migrants' needs would hardly be adequately addressed while placed in detention in border facilities, which are likely to be overcrowded if all migrants who undergo the screening procedures are required to remain in the centres. ⁸⁹ Court of Justice of the European Union (CJEU), *FMS and others v. Hungary*, 14 May 2020, C-924/19 PPU and C-926/19. PPU.

2008/115UE.⁹⁰ According to Luxembourg judges, furthermore, European Union law would not allow for a detention measure to apply «without a reasoned decision ordering»⁹¹ it and without «the necessity and proportionality of such a measure having been examined». As far as detention at the border is concerned, then, the CJEU decision is extremely relevant for at least two reasons. To begin with, it adopts for the first time a common definition of detention that is deemed to apply to EU migration and asylum law in general, and explicitly recognises that such a measure entails a deprivation of liberty and not just a restriction of the freedom of movement.⁹² Secondly, the Court judges Hungarian law and its practices of migrant confinement at the border as not compatible with EU secondary law on asylum and return: in doing so, it makes it clear that transit zones at borders cannot be outside the scope of EU law and that, provided that an asylum or a return procedure take place, all guarantees set by the asylum and return acquis on detention apply – according to which detention can be used only as a last-resort measure; must respect the principles of necessity and proportionality; and must be accompanied by an effective

judicial remedy.⁹³ It is therefore possible to conclude that, based on the ruling of the Court of Justice, borders shall not be considered as *anomalous zones* where substandard safeguards apply.⁹⁴ What is yet to be seen, on the other hand, is whether the principles developed by the Court of Justice could and will apply to detention practices that are implemented during the screening procedure, considering that the new regulation does not contain any grounds, limits or procedural safeguards on detention. Nonetheless, it can be argued that, since the screening procedure is regulated by EU law and detention implemented in this context would serve the purpose of preventing the entrance of migrants on the territory (which is similarly an objective posed by EU law) States shall necessarily be bound by the respect of the same principles that inform the EU secondary law provisions on detention. Moreover, it is likely that migrants will be held in the same facilities and subjected to the same restrictions during the first screening phase and during the asylum or return procedures at the border: therefore, it would not be reasonable to apply a different notion of detention and different safeguards for these two phases.

⁹⁰ CJEU, *FMS and others*, cit., para 302, p. 4. ⁹¹ CJEU, *FMS and others*, cit., paras 257-259; paras 273-275. ⁹² The Court also adopts a broader notion of what amounts to detention compared to that applied by the European Court of Human Rights in a similar context (the Hungarian transit zone), as it gives relevance to a legal preclusion – and not merely to a factual one – to leave a closed area. See S. Zirulia, «Per Lussemburgo è "Detenzione", per Strasburgo no: Verso un Duplice Volto della Libertà Personale dello Straniero nello Spazio Europeo?», in *Sistema Penale*, 25 maggio 2020, www.sistemapenale.it. ⁹³ See F.L. Gatta, *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo "Scontro" tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, p. 111 et seq. ⁹⁴ G. Campesi, *The EU Pact on Migration and Asylum*, cit.

This said, it is hardly deniable that, as it stands, the Proposal on a Screening Regulation might jeopardise the principles stated by the Court of Justice: as examined above, the new screening mechanism has a clear potential for practices of systematic *de facto* detention, which would be incompatible with the safeguards provided for by Reception Conditions and Return Directives as interpreted by the CJEU. For this reason, too, the lack of clear provisions regulating the deprivation of liberty during the screening procedure is deplorable – though possibly intentional – as it would imply that migrants are to remain in a *legal limbo* for 5 to 10 days, during which they are not afforded the protection of EU laws against unlawful detention.⁹⁵ The possible overlapping of the screening and asylum procedures raises many questions as well: on the one hand, the Explanatory Memorandum states that those who apply for asylum at the border shall «be considered as applicants for international protection»⁹⁶; on the other hand, it also establishes that «the legal effects concerning the Reception Condition Directive should apply only after the screening has ended»⁹⁷. It hence remains unclear whether during the screening procedure the rules set

by the Reception Condition Directive for all asylum seekers (detention as a last-resort measure, following a case-by-case assessment) will be fully respected. An additional consequence of the refusal to address the issue of detention is that standards on detention conditions will then not be uniform between Member States.⁹⁸ This is particularly concerning with regard to vulnerable categories, including children, whose detention should be avoided: the Commission refrained from including a prohibition of deprivation of liberty for children during the screening phase, thus allowing minors' detention to become a rule – as opposed to a limited exception – under EU law for the first time.⁹⁹

Bearing in mind the evidence of the effects of the hotspot approach in Italy and Greece and the risk of reproducing similar contexts, where the fundamental rights of migrants – including the right to liberty – are endangered, the added value of the new procedure can be questioned. Even besides the concerns for human rights, it has been argued that the screenings regulated by the Proposal merely replicate those that are already envisaged by an existing instrument of EU law, and that «arrivals of migrants and refugees at EU borders

⁹⁵ See, as for the right to liberty, FRA, *Initial Reception Facilities at External Borders: Fundamental Rights Issues to Consider*, 26 March 2021, available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/initial-reception-facilities-external-borders>. ⁹⁶ EC, Explanatory Memorandum, p. 5. ⁹⁷ *Ibidem*. ⁹⁸ G. Cornelisse, *The Pact and Detention*, cit. ⁹⁹ In this sense, the Proposal can even lead to worsening the current legislation in some Member States: in Italy, for instance, even though it has sometimes happened in practice, children can never be detained, not even for a short period of time, and should immediately be referred to reception facilities for minors. The introduction of a “legal limbo” during which all categories of migrants, including children, must be “maintained” at the border for screenings may weaken the protection system established for minors in Italy.

do not occur in a legal vacuum»¹⁰⁰ anyway. Identity and security checks, in fact, are currently conducted under the Schengen Border Code, which explicitly distinguishes irregular migrants from asylum seekers.¹⁰¹ On the other hand, the Reception Condition Directive poses an obligation on Member States to assess the vulnerability of asylum seekers.¹⁰² For those who are irregular and do not apply for asylum, additional monitoring and safeguards could be provided by amending the Return Directive, so that the assumption that additional checks are needed at the border can consequently be dismissed. In view of the Commission's aim to speed up asylum and return procedures, furthermore, the introduction of a new tool can be counterproductive: a multiplication of procedures to be conducted based on a presumption of migrants' non-entry in the territory might place additional burdens on States at the EU external¹⁰³ borders. Interestingly, by adding a new

EU regulation focusing on the control of borders, the Commission actually marks a retreat of EU law,¹⁰⁴ as the new Screening Proposal creates a *legal limbo* where the harmonised standards that were previously developed within the asylum and return *acquis* – also through CJEU case law – are suspended. It is important to note, by the way, that the presumption of non-entry and a formalised *limbo* procedure before asylum Directives and the Return Directive can apply were formally not part of the hotspot approach. To conclude, assuming that the experiences from Italy and Greece already pointed to a dark scenario in terms of respect of fundamental rights including the right to liberty, recycling a similar approach while, in addition, adding these novelties may erase decades of successful attempts to build a “Europe of value”, where fundamental rights are inherent to all human beings, migrants included.

¹⁰⁰ M. Moutzourakis, «More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the 'Asylum Seekers' Status», in *European Law Journal*, 2021, p. 3. ¹⁰¹ Article 14 (1) states that TCNs who do not fulfil the entry conditions should be refused access to the territory, the exception being the respect of «the rights of refugees and third country nationals requesting international protection». ¹⁰² Article 22. In addition, Under Article 13 of the Reception Conditions Directive, Member States may also require medical screening for asylum applicants on public health grounds. ¹⁰³ See to this regard the joint statement of southern border countries of March 2021: (available at <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/club-med-countries-show-united-front-on-migration/>). ¹⁰⁴ M. Moutzourakis, *More Laws, Less Law*, cit.



02

La protection des mineurs
non accompagnés par
le nouveau pacte sur
la migration et l'asile :
une promesse vaine ?

Par Charlotte MAGNIEN

Doctorante contractuelle en droit public comparé
à l'Institut des sciences juridique et philosophique de
la Sorbonne - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le Parlement européen, dans une résolution du 11 mars 2021¹, a mis en exergue « *qu'en 2019, 30,3 % des demandeurs d'asile étaient des enfants, soit 207 215 enfants dans l'Union ; que 7,1 % de ces enfants étaient des mineurs non accompagnés* »² et que « *les enfants non accompagnés constituent un groupe très vulnérable et qu'ils sont confrontés à divers risques, y compris le risque d'être victimes de réseaux criminels, de violence, d'abus et d'exploitation sur les routes migratoires en direction et au sein de l'Union* »³. Le droit de l'Union européenne définit le mineur non accompagné comme un ressortissant de pays tiers ou un apatride âgé de moins de 18 ans qui entre sur le territoire des États membres sans être accompagné d'un adulte qui, de par le droit ou la pratique de l'État membre concerné, en a la responsabilité⁴. Cette définition s'applique tant que le mineur n'est pas effectivement pris en charge par un tel adulte et couvre également la situation dans laquelle le mineur cesse d'être accompagné après son entrée sur le territoire des États membres⁵. La notion de protection du mineur non accompagné renvoie, dans le cadre de notre étude, aux mesures et aux garanties octroyées en matière d'asile à cette catégorie spéciale de mineurs, dont la situation de vulnérabilité⁶ renforcée par les traumatismes liés au

parcours migratoire et à l'absence de responsable légal, les rend susceptibles de voir leurs droits facilement atteints. Cette protection implique dans le cas particulier des mineurs non accompagnés la prise en compte de l'intérêt supérieur de ces derniers, notion sur laquelle nous reviendrons au cours de nos développements.

Bien que des dispositions dédiées à la protection des mineurs non accompagnés⁷ soient présentes au sein des instruments juridiques européens applicables en matière d'asile⁸, celle-ci fait depuis plusieurs années l'objet d'actions ciblées tant au sein de l'Union européenne qu'à l'extérieur. Le plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)⁹ marque le point de départ d'un processus visant à améliorer la garantie des droits et la prise en compte des besoins spécifiques des mineurs non accompagnés. Dans le cadre de ce plan, plus de 200 millions d'euros ont été affectés à la protection des enfants migrants dans le cadre des programmes de financement de l'Union européenne, la Commission européenne et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union ont publié un manuel relatif à la tutelle des enfants privés de protection parentale dans le but d'aider les autorités des États membres à renforcer leur système de tutelle et à le rendre plus

¹*Résolution du Parlement européen du 11 mars 2021 sur les droits de l'enfant dans la perspective de la stratégie de l'Union européenne sur les droits de l'enfant [2021/2523(RSP)] ; ²*Ibid. ; ³*Ibid. ; ⁴*Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], article 2 (i) et (j), 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final. ; ⁵*Ibid. ⁶*Pour approfondir cette question, voir : L. De Bauche, *La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction. Étude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile*, Bruylant, 2012, 476 p ; L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014, 246 p.

adapté aux besoins spécifiques des enfants victimes de la traite des êtres humains et l'Union européenne a fait de l'éducation des mineurs migrants en dehors et au sein de l'Union une priorité¹⁰. 120 millions d'euros octroyés par cette dernière ont été dédiés aux programmes régionaux d'éducation et de protection en faveur des enfants et des adolescents vulnérables des familles de réfugiés syriens et des communautés d'accueil pour la période 2015-2016¹¹. Le plan d'action du Sommet de La Valette a appelé à lutter contre la traite des êtres humains à laquelle sont particulièrement exposés les mineurs non accompagnés et a réaffirmé l'importance d'accorder une attention particulière à cette catégorie de mineurs en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant¹². En 2017, la Commission européenne a proposé une nouvelle série de mesures pour répondre aux lacunes et aux besoins en matière de protection des droits de l'enfant impliquant notamment l'identification rapide des mineurs non accompagnés, l'octroi de conditions

d'accueil adaptées à leur bien-être, des garanties supplémentaires pour accéder aux procédures de détermination de leur statut et l'intégration le plus tôt possible de l'enfant dans la société¹³. L'Union européenne mène ainsi des actions ciblées en matière de protection des mineurs non accompagnés et cet engagement en faveur de la sauvegarde des droits de l'enfant et de la prise en considération de leur intérêt se voit réitéré dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile présenté par la Commission européenne le 23 septembre 2020¹⁴.

Ce nouveau pacte est composé de plusieurs instruments juridiques ayant pour objectif commun de mettre en place une approche globale de la gestion de la migration et de l'asile construite autour des principes de solidarité, de confiance mutuelle et de partage des responsabilités au sein de l'Union européenne. Ce nouveau pacte est composé d'une proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux

⁷ Voir sur cette question : E. Gallant, L. Ait Ahmed, H. Meur (dir.), « Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ? » (Actes du colloque du 21 juin 2018), Paris, IRJS Éditions, 2019, 153 p. ; N. Eba Nguema, « La protection des mineurs migrants non accompagnés en Europe », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2015, n° 7, 15 p. ⁸ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier du 16 décembre 2008, JOUE du 24 décembre 2008, L 348/98 ; Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte) du 13 décembre 2011, JOUE du 20 décembre 2011, L 337/9 ; Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale du 26 juin 2013, JOUE du 29 juin 2013, L 180/60 ; Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale du 26 juin 2013, JOUE du 29 juin 2013, L 180/96 ; Règlement 604/2013 du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride du 26 juin 2013, JOUE du 29 juin 2013, L 180/31

frontières extérieures, d'une proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union, d'une proposition de révision du règlement Eurodac et d'une proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration. Il est également constitué d'une proposition de règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration, d'une recommandation relative à un mécanisme de l'Union européenne de préparation et de gestion de crise en matière de migration, d'une recommandation sur les voies légales d'accès à une protection dans l'Union européenne, d'une recommandation relative à la coopération entre les États membres en ce qui concerne les opérations effectuées par des bateaux détenus ou exploités par des entités privées aux fins d'activités de recherche et de sauvetage ainsi que d'une communication sur les orientations de la Commission sur la mise en œuvre des règles de l'Union européenne relatives à la définition et à la prévention de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

Le nouveau pacte sur la migration et l'asile contient des dispositions permettant un certain renforcement de la protection des mineurs non

accompagnés. Dans sa communication du 23 septembre 2020 et par l'intermédiaire de sa présidente Ursula von der Leyen, la Commission européenne met en exergue une volonté de renforcer les garanties et les normes de protection prévues par la législation de l'Union européenne pour les mineurs non accompagnés par une meilleure prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits dans les différentes étapes de la procédure d'asile¹⁵. Dans la section 2.4 de la communication, elle fait notamment référence à la nécessaire désignation rapide des représentants des mineurs non accompagnés, à l'exemption pour ces derniers de la procédure à la frontière, à la mise en place d'alternatives efficaces à la rétention administrative ainsi qu'à la garantie des droits de l'enfant tant durant la procédure de détermination de leur statut que durant la procédure d'asile¹⁶.

Néanmoins, malgré l'adoption de mesures et de garanties dédiées aux mineurs non accompagnés par les institutions européennes, la mise en œuvre effective d'une protection européenne harmonisée pour ces mineurs semble périlleuse. Les obstacles rencontrés sont principalement liés aux divergences

⁹ Communication de la Commission au parlement européen et au conseil, Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010 – 2014), 6 mai 2010, COM (2010) 213 final. ¹⁰ Annexe à la communication sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des actions prioritaires prévues par l'agenda européen en matière de migration, Actions en cours contribuant à la protection des migrants mineurs, 10 février 2016, COM (2016) 85 final. ¹¹ Ibid. ¹² Plan d'action du Sommet de La Valette sur la migration, 11-12 novembre 2015. ¹³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, La protection des enfants migrants, 12 avril 2017, COM (2017) 211 final.

d'appréciation et d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant par les États membres, notion centrale en matière de protection des enfants. Dans sa communication relative à la protection des enfants migrants¹⁷, la Commission européenne déplorait l'absence de procédure dans la plupart des législations des États membres pour mettre en œuvre l'obligation incombant à ces derniers de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les mesures ou décisions prises à l'égard d'un mineur non accompagné conformément à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 alors même que cette obligation est fréquemment réaffirmée par les institutions européennes. La mise en œuvre des dispositions issues du nouveau pacte précédemment évoqué et visant au renforcement de la protection des mineurs non accompagnés fait resurgir une confrontation entre souveraineté et supranationalité¹⁸ et rappelle les

difficultés relevant du droit comparé et liées à l'incorporation d'éléments juridiques au sein de plusieurs États ayant des cultures et des conceptions juridiques différentes¹⁹.

Ainsi, alors que le nouveau pacte sur la migration et l'asile s'inscrit dans la volonté des institutions européennes de construire une politique européenne d'asile solide et uniforme, dans quelle mesure la promesse d'une protection homogène des mineurs non accompagnés sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, sous-tendue par ce nouveau pacte, peut-elle être considérée comme fragile et précaire ?

Si la protection des mineurs non accompagnés apparaît renforcée par le contenu du nouveau pacte sur la migration et l'asile (I), celle-ci demeure en proie à l'incertitude en raison de l'indétermination stricte de l'intérêt supérieur de l'enfant (II).

¹⁴Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 23 septembre 2020, COM (2020) 609 final. ¹⁵Ibid. ¹⁶Ibid.

¹⁷COM (2017) 211, précité. ¹⁸Cette confrontation implique une opposition entre d'une part, les États qui revendiquent leur indépendance et leur pleine autorité sur leur territoire et d'autre part, l'Union européenne qui exerce de plus en plus de compétences en lieu et place de ses États membres et qui défend la supériorité du droit de l'Union sur les droits nationaux. ¹⁹Pour approfondir cette question, voir : P. Legrand, « Au lieu de soi », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolulement*, Paris, PUF, 2009, p. 11-37.

Une protection renforcée des mineurs non accompagnés par le contenu du nouveau pacte sur la migration et l'asile

La protection des mineurs non accompagnés se trouve renforcée par le nouveau pacte sur la migration et l'asile en raison de la consolidation apparente d'un régime d'asile européen spécifique à la catégorie des mineurs non accompagnés (A) ainsi que par la réaffirmation notable de l'engagement de l'Union européenne dans la lutte contre la traite des êtres humains (B) à laquelle les mineurs non accompagnés sont particulièrement exposés.



A La consolidation apparente d'un régime d'asile européen spécifique à la catégorie des mineurs non accompagnés

Dans sa communication du 23 septembre 2020, et comme cela a été évoqué précédemment, la Commission européenne met en exergue une volonté de renforcer les normes de protection des mineurs non accompagnés prévues par le droit de l'Union européenne par l'amélioration de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits dans les différentes étapes de la procédure d'asile. Les dispositions constituant le régime d'asile européen des mineurs non accompagnés se trouvent dispersées dans les différents instruments juridiques composant le nouveau pacte et notamment dans la proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration²⁰. Celui-ci a pour vocation d'abroger et de remplacer le règlement n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination

de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (ci-après Dublin III). L'objectif de ce règlement est de rationaliser le système prévu par le règlement Dublin III et de le compléter par un mécanisme de solidarité reposant sur une clé de répartition. Le nouveau pacte sur la migration et l'asile reprend de nombreux éléments prévus par la proposition de règlement du 4 mai 2016 visant à modifier le règlement Dublin III²¹ pour consolider la mise en place d'un régime d'asile européen spécifique aux mineurs non accompagnés. Plusieurs améliorations sont néanmoins apportées pour permettre une meilleure prise en considération de la vulnérabilité et de l'intérêt supérieur de cette catégorie de mineurs.

²⁰ COM (2020) 610, Précitée. ²¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), 4 mai 2016, COM (2016) 270 final.

En premier lieu, le régime d'asile européen des mineurs non accompagnés implique des règles particulières en matière de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile. Les quatre premiers alinéas de l'article 15 de la proposition de règlement du 23 septembre 2020 réaffirment une position classique en la matière consistant à désigner comme responsable de l'examen de la demande, l'État dans lequel un membre de la famille ou un proche du mineur non accompagné se trouve. En l'absence de proche ou de membre de la famille se trouvant sur le territoire de l'Union européenne, l'article 15 alinéa 5 de la proposition de règlement reprend la réforme qui avait été initiée lors de la proposition de règlement du 4 mai 2016. Alors que l'article 8 alinéa 4 du règlement Dublin III du 26 juin 2013 désigne comme responsable du traitement de la demande l'État dans lequel le mineur non accompagné a introduit sa demande de protection internationale à condition que cela soit dans l'intérêt supérieur de celui-ci, l'article 10 de la proposition du 4 mai 2016 retient comme responsable, l'État dans lequel le mineur non accompagné a déposé sa demande de protection internationale en premier lieu sauf s'il est démontré que cela n'est pas dans son intérêt. Cette évolution textuelle tend à encadrer plus strictement les règles de détermination de l'État

membre responsable de l'examen de la demande d'asile du mineur non accompagné.

Au regard de cette réforme, lorsqu'un mineur non accompagné dépose une demande d'asile dans un autre État membre que celui dans lequel il a introduit sa première requête, il fait alors l'objet d'un transfert vers le premier État où sa demande a été enregistrée. Cette position va à l'encontre de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne rendue le 6 juin 2013²² dans laquelle la Cour a considéré que, lorsque le mineur non accompagné a présenté plusieurs demandes dans différents États membres, l'État responsable est celui dans lequel le mineur se trouve après y avoir déposé une demande de protection, autrement dit l'État de la dernière demande d'asile. Les dispositions de l'article 15 de la proposition de règlement du 23 septembre 2020 maintiennent ainsi la position adoptée dans la proposition de règlement du 4 mai 2016 et ce dans le but de limiter les déplacements du mineur d'un État membre à un autre – déplacements au cours desquels il est susceptible d'être exposé à des dangers – et d'empêcher les demandeurs d'asile de « choisir » l'État dans lequel ils souhaitent faire enregistrer leur demande afin d'éviter le « *forum shopping* ». ²³

²² CJUE, 6 juin 2013, *M. A. et autres contre Secretary of State for the Home Department* (C-648/11), § 60, ECLI:EU:C:2013:36.

²³ F. Ferrari, « *Forum shopping* : pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs », *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, n°1, 2016, p. 85-105.

En second lieu, le régime d'asile européen des mineurs non accompagnés prévoit des garanties renforcées pour permettre la protection de cette catégorie de mineurs. Dans cette perspective, l'article 13 de la proposition de règlement du 23 septembre 2020 reprend la modification apportée par la proposition de règlement du 4 mai 2016. D'une part, toute décision de transfert d'un mineur non accompagné implique préalablement une évaluation de l'intérêt supérieur de celui-ci par des personnes disposant des qualifications nécessaires. D'autre part, l'État membre exécutant le transfert d'un mineur non accompagné vers l'État membre responsable ou l'État membre de relocalisation doit s'assurer que celui-ci met en œuvre sans délai les dispositions prévues aux articles 14 et 23 de la directive du 26 juin 2013 relative aux conditions d'accueil²⁴, lesquels concernent respectivement la scolarisation et l'éducation des mineurs et la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, et à l'article 22 de la proposition de règlement sur la procédure d'asile du 13 juillet 2016²⁵ relatif aux garanties spéciales accordées aux mineurs non accompagnés et impliquant la désignation d'un tuteur. Par rapport à la proposition de règlement du 4 mai 2016, celle du 23 septembre 2020 ajoute comme facteur supplémentaire à l'évaluation de l'intérêt supérieur

du mineur non accompagné, « les informations fournies par le représentant dans l'État membre où se trouve le mineur non accompagné »²⁶ renforçant ainsi le rôle du représentant du mineur. Dans sa communication du 23 septembre 2020, la Commission européenne accorde une importance à la question de la représentation du mineur et retient que « les représentants des mineurs non accompagnés devraient être nommés plus rapidement et disposer de ressources suffisantes. Le réseau européen en matière de tutelle devrait être renforcé et jouer un rôle accru dans la coordination, la coopération et le renforcement des capacités des tuteurs »²⁷.

En troisième lieu, le régime d'asile européen des mineurs non accompagnés comprend des règles particulières concernant le lieu et les moyens d'identification de ces derniers. D'abord, la proposition de règlement visant à instituer une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union²⁸ prévoit l'exclusion des mineurs non accompagnés de la procédure à la frontière sauf exceptions. En effet, l'article 41 § 5 de la proposition dispose que « la procédure à la frontière ne peut s'appliquer aux mineurs non accompagnés et aux mineurs de moins de 12 ans et aux membres de leur famille que dans les cas visés à l'article 40, paragraphe 5, point b) »,

²⁴ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JOUE L 180/96 du 29 juin 2013. ²⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, 13 juillet 2016, COM (2016) 467 final. ²⁶ Article 13 § 4 (e) de la proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration, 2020/0279 (COD). ²⁷ COM (2020) 609 final, Précitée. ²⁸ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, 23 septembre 2020, COM (2020) 611 final.

autrement dit dans la mesure où ceux-ci sont considérés comme un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public d'un État membre ou que le demandeur a fait l'objet d'une décision d'éloignement forcé pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public en vertu du droit national. Le nouveau pacte sur la migration et l'asile établit ainsi une distinction entre les demandeurs d'asile dont la demande sera examinée à la frontière et les demandeurs d'asile vulnérables – catégorie dont relèvent les mineurs non accompagnés – qui pourront entrer sur le territoire d'un État membre pour introduire leur demande.²⁹

Ensuite, le nouveau pacte sur la migration et l'asile réaffirme la position de la Commission européenne en matière de collecte des données des mineurs non accompagnés. La proposition du 23 septembre 2020 visant à réviser le règlement Eurodac³⁰ s'appuie sur l'accord provisoire trouvé par les colégislateurs sur la proposition de révision de ce règlement du 4 mai 2016 et reprend majoritairement les éléments de celui-ci. Alors qu'auparavant l'enregistrement des empreintes digitales des mineurs ne concernait que ceux d'entre eux âgés de 14 ans ou plus, l'article 2 de la proposition de révision du règlement Eurodac du 4 mai 2016³¹ institue le relevé des empreintes digitales et la capture de

l'image faciale des mineurs à partir de l'âge de 6 ans. Cette évolution notable est reprise à l'article 10 de la proposition du 23 septembre 2020. Si celle-ci s'inscrit dans une volonté de l'Union européenne d'améliorer la recherche des familles et de permettre une meilleure protection des mineurs grâce à leur identification notamment dans le cadre de la lutte contre la traite des êtres humains, elle soulève des questionnements quant à son articulation avec la protection du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit à la protection des données à caractère personnel prévus par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.³²

Si la Commission européenne reprend des éléments de la proposition de règlement du 4 mai 2016 pour construire un régime d'asile européen spécifique aux mineurs non accompagnés, elle approfondit celui-ci par une identification précoce de la vulnérabilité de ceux-ci grâce à la proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures.³³ En effet, l'article 9 de cette proposition de règlement prévoit la mise en place d'un examen médical visant à détecter les besoins de soins immédiats ou d'isolement pour des raisons de santé publique des ressortissants de pays tiers soumis au filtrage selon les articles 3 et

²⁹ J. Pastor, « Un nouveau pacte pour les migrations dans l'Union européenne », *AJDA*, 2020, p. 1757. ³⁰ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'«Eurodac» pour la comparaison des données biométriques aux fins de l'application efficace du règlement (UE) XXX/XXX [règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration] et du règlement (UE) XXX/XXX [règlement relatif à la réinstallation], pour l'identification des ressortissants de pays tiers ou apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives et modifiant les règlements (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/818, 23 septembre 2020, COM(2020) 614 final.

5 de la proposition et à identifier les victimes de torture. Des dispositions particulières dédiées aux mineurs sont également prévues. L'article 9 § 3 dispose en effet que « dans le cas de mineurs, le soutien est apporté par du personnel formé et qualifié pour s'occuper de mineurs, et en coopération avec les autorités de protection de l'enfance ». L'instauration de cette procédure de filtrage s'inscrit dans la stratégie pour l'union de la sécurité du 24

juillet 2020³⁴, qui insiste sur l'objectif de lutter contre la traite des êtres humains, dans la mesure où elle permettra d'identifier plus rapidement les victimes potentielles d'exploitation et de torture. Par ce mécanisme de détection précoce de la vulnérabilité, l'Union européenne réaffirme de manière notable son engagement dans la lutte contre la traite des êtres humains, phénomène touchant particulièrement les mineurs non accompagnés.



³¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d' « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013, 4 mai 2016, COM (2016) 272 final. ³² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, 2000/C 364/01, JOCE du 18/12/2000. ³³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, 23 septembre 2020, COM (2020) 612 final. ³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relative à la stratégie de l'UE pour l'Union et la sécurité, 27 juillet 2020, COM (2020) 605.

B La réaffirmation notable de l'engagement de l'Union européenne dans la lutte contre la traite des êtres humains

Dans sa communication relative à la stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre la traite des êtres humains pour la période 2021-2025 du 14 avril 2021³⁵, la Commission européenne met en exergue que « *près de trois quarts (72 %) de toutes les victimes dans l'Union et 92 % des victimes de la traite à des fins d'exploitation sexuelle sont des femmes et des filles* »³⁶ et que « *les enfants représentent près d'un quart des victimes de la traite* »³⁷. Selon le Troisième rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains³⁸, la traite des enfants s'effectue principalement à des fins d'exploitation sexuelle, de criminalité forcée impliquant des infractions contre les biens ou liées à la drogue, et de mariages forcés, précoces et de complaisance. Dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile, la Commission européenne souligne que « *les réseaux de traite font un usage abusif des procédures d'asile et utilisent les centres*

d'accueil pour identifier les victimes potentielles »³⁹. Face à ce constat, elle propose la mise en œuvre de plusieurs actions relatives notamment à l'identification des victimes de la traite des êtres humains, à leur orientation vers des services spécifiques, à leur protection et à leur réinsertion au sein de la société.

En premier lieu, la Commission européenne insiste sur l'importance de l'identification des victimes de la traite des êtres humains le plus tôt possible et s'engage à renforcer les capacités d'identification de ces dernières grâce à la mise en place d'un financement spécifique dédié à la formation des personnes susceptibles de se trouver en lien direct avec les victimes telles que les policiers, les garde-frontières et les travailleurs sociaux. Dans cette perspective, elle invite les États membres de l'Union à intégrer à l'exigence de formation des

³⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la stratégie de l'UE visant à lutter contre la traite des êtres humains 2021-2025, 14 avril 2021, COM (2021). ³⁶ Ibid. ³⁷ Ibid. ³⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Troisième rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains (2020) établi conformément à l'article 20 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, 20 octobre 2020, COM (2020) 661 final. ³⁹ COM (2020) 609, Précitée.

professionnels susceptibles d'entrer en contact avec des victimes « *la dimension de genre et les droits des enfants* »⁴⁰ conformément à la stratégie de l'Union européenne en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes pour la période 2020-2025 présentée par la Commission européenne le 5 mars 2020⁴¹. Cette recommandation à l'égard des États membres a également été réitérée dans une communication du 24 novembre 2020 au sein de laquelle « *les États membres sont encouragés à former les professionnels de la santé à la gestion de la diversité et aux besoins de groupes de migrants spécifiques (migrants présentant des traumatismes, victimes de la traite des êtres humains ou de violences fondées sur le sexe, mineurs non accompagnés, personnes âgées, personnes handicapées, etc.), en utilisant les différents projets et supports de formation élaborés dans le cadre des programmes de santé de l'UE* »⁴². Les actions relatives à l'amélioration de l'identification des victimes de la traite des êtres humains s'articulent logiquement avec le nouveau pacte sur la migration et l'asile et font écho à certaines des mesures proposées par ce dernier comme la proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures que nous avons évoqué précédemment. L'examen

médical, prévu à l'article 9 de ce dernier et ayant pour objectif de détecter les besoins de soins immédiats ou d'isolement, facilitera l'action des institutions européennes pour identifier de manière précoce les victimes de la traite des êtres humains, et plus spécifiquement les enfants, et pour les orienter vers des services spécifiques et adaptés à leurs besoins.

En second lieu, la Commission européenne a pour objectif d'instituer un mécanisme européen de coopération en matière d'orientation des victimes lequel sera mis en place avec le soutien des agences européennes compétentes. Ce mécanisme européen permettra de renforcer et d'améliorer les actions des États membres en matière d'orientation et de soutien des victimes prises en application de la directive du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène⁴³. Dans la stratégie de l'Union européenne de lutte contre la traite des êtres humains pour la période 2021-2025, la Commission, en s'appuyant sur une évaluation des mécanismes d'orientation nationaux et transnationaux des États membres⁴⁴, a relevé que des améliorations devaient être effectuées en matière de détection des victimes potentielles, de mise à disposition d'un hébergement approprié,

⁴⁰ Ibid. ⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, 5 mars 2020, COM (2020) 152 final. ⁴² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Plan d'action en faveur de l'intégration et de l'inclusion pour la période 2021-2027*, 24 novembre 2020, COM (2020) 758 final. ⁴³ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE L 101 du 15 mars 2011.

notamment pour les enfants victimes, et de coopération entre les différents acteurs. Dans cette perspective, « *la Commission encouragera la coopération entre les autorités municipales, locales, régionales et nationales compétentes. Elle s'efforcera de renforcer la coopération avec le Comité économique et social européen, le Comité des régions et les partenaires concernés par la lutte contre la traite des êtres humains* »⁴⁵.

Au-delà de l'identification précoce des victimes et de leur orientation vers des services spécifiques, la stratégie de l'Union européenne de lutte contre la traite des êtres humains pour la période 2021-2025 préconise des actions visant à protéger les victimes et à favoriser leur réinsertion. Cela est notamment le cas des dispositions relatives à la garantie de « *l'accès à un hébergement approprié et sûr* »⁴⁶. La Commission européenne affirme qu'elle apportera d'apporter un soutien financier ciblé aux refuges spécialisés destinés aux victimes de la traite des êtres humains par l'intermédiaire du Fonds « *Asile, migration et intégration* »⁴⁷ et du Fonds pour la sécurité intérieure. Les installations spécialisées pour les femmes et les enfants victimes pourront également bénéficier de ce soutien financier sous réserve des conditions d'éligibilité et du champ

d'action de chacun de ces Fonds. De plus, le plan d'action prévoit l'aide de la Commission européenne dans le cadre de la mise en œuvre des programmes de réinsertion et d'autonomisation des victimes impliquant, par exemple, l'accès à l'éducation en ce qui concerne les mineurs non accompagnés et le financement d'organisations non gouvernementales et de centres de ressources pour les migrants, dans les pays tiers partenaires, dans le but de soutenir les victimes, y compris sur le plan psycho-social, en tenant compte des besoins liés au genre et des besoins particuliers des enfants. Dans une communication du 12 avril 2017 relative à la protection des enfants migrants⁴⁸, la Commission avait déjà eu l'occasion de formuler son attachement à la garantie d'accès à l'éducation pour tous les enfants réfugiés et avait retenu que « *l'accès précoce et effectif à un enseignement inclusif et formel, y compris aux structures d'éducation et d'accueil des très jeunes enfants, est l'un des outils les plus importants et les plus puissants pour l'intégration des enfants, favorisant l'acquisition de compétences linguistiques, la cohésion sociale et la compréhension mutuelle* »⁴⁹. La stratégie de l'Union européenne de lutte contre la traite des êtres humains pour la période 2021-2025 s'inscrit ainsi dans la continuité des actions ciblées

⁴⁴ Study on reviewing the functioning of Member States' National and Transnational Referral Mechanisms, European Commission, HOME/2018/ISFP/PR/THB/0000, 2020. ⁴⁵ COM (2021) 171, Précitée. ⁴⁶ Ibid. ⁴⁷ Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds « *Asile, migration et intégration* » JOUE L 150 du 20 mai 2014, p. 168. ⁴⁸ COM (2017) 211, Précitée. ⁴⁹ Ibid.

menées par l'Union européenne depuis plusieurs années dans le cadre de la lutte contre le trafic des êtres humains, qui touche particulièrement les mineurs non accompagnés.

La Commission européenne préconise à l'égard des enfants, et spécifiquement des mineurs non accompagnés et des victimes de la traite, une protection adaptée à la situation particulière de ces derniers. Dans une communication du 10 février 2021,⁵⁰ la Commission a réaffirmé la nécessité que « *les personnes vulnérables, notamment les mineurs non accompagnés et les victimes de la traite des êtres humains, bénéficient d'une aide et d'une protection spécifiques et sur mesure, tant au sein de l'Union que dans les pays partenaires* »⁵¹ et, qu'en ce qui concerne les enfants, « *des garanties concrètes devraient être mises en place pour s'assurer que leurs droits sont respectés* »⁵². Dans le même sens, elle avait considéré, dans sa communication du 12 avril 2017 relative à la protection des enfants migrants⁵³, que la vulnérabilité et les besoins de protection particuliers devaient faire l'objet d'une évaluation systématique et

individuelle plus poussée. Les mineurs non accompagnés victimes du trafic des êtres humains font donc l'objet de mesures tenant compte de leur intérêt supérieur conformément à l'article 13 de la directive du 5 avril 2011 évoquée précédemment et concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène.

Bien que les institutions européennes œuvrent pour assurer une meilleure protection de cette catégorie de mineurs dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile à travers la consolidation apparente d'un régime d'asile européen spécifique à la catégorie des mineurs non accompagnés et la réaffirmation notable de leur engagement dans la lutte contre la traite des êtres humains, cette protection, lorsqu'elle est mise en œuvre au sein des États membres, apparaît en proie à l'incertitude en raison de l'indétermination stricte de l'intérêt supérieur de l'enfant, notion pourtant centrale pour garantir la protection effective des mineurs non accompagnés.

⁵⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil visant à renforcer la coopération en matière de retour et de réadmission dans le cadre d'une politique migratoire de l'Union équitable, efficace et globale, 10 février 2021, COM (2021) 56 final. ⁵¹ Ibid. ⁵² Ibid. ⁵³ COM (2017) 211, Précitée.

Une protection des mineurs non accompagnés en proie à l'incertitude en raison de l'indétermination stricte de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'incertitude entourant la protection des mineurs non accompagnés s'explique par la mise en œuvre hétéroclite de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des États membres, source d'une protection inégale de cette catégorie spécifique de mineurs (A). En effet, bien que les textes européens et plus spécifiquement le nouveau pacte sur la migration et l'asile fassent référence à de nombreuses reprises à l'intérêt supérieur de l'enfant, cette notion n'est pas clairement définie laissant place à une concrétisation hétérogène. L'encadrement de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant par les institutions et les organismes européens devient alors souhaitable (B) pour assurer une protection harmonisée des mineurs non accompagnés sur le territoire de l'Union européenne.

A La mise en œuvre hétéroclite de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des États membres, source d'une protection inégale des mineurs non accompagnés

Bien que l'Union européenne œuvre pour l'instauration d'une approche globale de la gestion de l'asile et de la migration et d'une politique européenne d'asile commune en matière de mineurs non accompagnés, la concrétisation de ces objectifs se heurte à la diversité des cultures juridiques au sein de l'Union européenne. Autrement dit, la réception d'une règle de droit, élaborée par les institutions européennes, au sein d'un ordre juridique interne sera différente dans chaque État. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant se trouve ainsi appliquée au sein de chaque État membre de manière hétéroclite et appréciée par une diversité d'acteurs. Le Professeur Constantin Hruschka retient en ce sens, à propos de la proposition de réforme du 4 mai 2016 précédemment évoquée, que l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit à une application différenciée de cette règle par les différents États membres qui ont chacun leur propre approche de la

protection des droits de l'enfant au sein des procédures d'asile⁵⁴. Les mineurs non accompagnés ne bénéficient donc pas d'une protection homogène sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

L'exigence liée à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît à de nombreuses reprises au sein du nouveau pacte sur la migration et l'asile. En effet, la Commission européenne retient que « *les nouvelles règles garantiront que toutes les décisions concernant les enfants migrants tiendront compte avant tout de leur intérêt supérieur et que le droit de l'enfant d'être entendu sera respecté* »⁵⁵. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant découle, en droit de l'Union européenne, de l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel « *dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées,*

⁵⁴C. Hruschka, « Dublin est mort, vive Dublin ! La proposition de réforme du 4 mai 2016 de la Commission européenne », mis en ligne le 24 mai 2016, consulté le 07 octobre 2020, (disponible sur : <http://eumigrationlawblog.eu/dublin-est-mort-vive-dublin-la-proposition-de-reforme-du-4-mai-2016-de-la-commission/>), p. 4. ⁵⁵COM (2020) 609, Précitée.

l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». L'article 13 de la proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration du 23 septembre 2020, renvoie à une série de facteurs devant être pris en compte lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant par un État dans le cadre de la détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile. Cette liste comprend les possibilités de regroupement familial, le bien-être et le développement social du mineur impliquant une attention

particulière à la situation personnelle de celui-ci, les considérations tenant à la sûreté et à la sécurité, en particulier, lorsque le mineur est susceptible d'être victime d'une forme quelconque de violence ou d'exploitation, y compris la traite des êtres humains, l'avis du mineur en fonction de son âge et de sa maturité et les informations fournies par le représentant du mineur dans l'État dans lequel ce dernier se trouve lorsqu'il s'agit d'un mineur non accompagné.



La mise en œuvre concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant prend des formes différentes selon le pays concerné et les autorités nationales compétentes pour effectuer l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Au Luxembourg, la loi du 4 décembre 2019⁵⁶ a instauré un organe collégial ayant pour mission l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés dans le cadre des décisions de retour. Les membres de cet organe sont nommés par le ministre de l'Immigration et de l'Asile et la présidence est assurée par le représentant de ce dernier.⁵⁷ À titre de comparaison, en France, la compétence en matière d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant relève du juge des enfants dans le cadre d'une procédure de retour du mineur non accompagné dans son pays d'origine selon l'article 375-1 du Code civil français. Cette évaluation peut également être menée par des évaluateurs formés en conséquence lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'un dispositif ayant pour objet la réunification familiale dans le pays d'origine ou le pays d'accueil⁵⁸. La diversité des organes susceptibles d'évaluer l'intérêt supérieur du mineur non accompagné est un premier élément pouvant expliquer la mise en œuvre hétéroclite de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des États membres.

Dans son rapport de 2020⁵⁹, l'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher, autorité administrative indépendante luxembourgeoise créée le 1er avril 2020⁶⁰ pour promouvoir, sauvegarder et protéger les droits de l'enfant, déplore que « *ni la pratique, ni le projet de règlement grand-ducal ne prévoit des critères objectifs pour l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés, ni l'obligation de tenir compte des vulnérabilités particulières, dont notamment le sexe, l'identité de genre, l'orientation sexuelle, le handicap ou encore le risque d'être exposé à la traite des êtres humains ou la mutilation génitale féminine*⁶¹ » et craint que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit interprété que comme l'équivalent d'un retour dans la famille d'origine⁶². La Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg, dans son avis du 16 décembre 2019⁶³, a constaté que le projet de règlement grand-ducal ne prévoyait expressément aucun critère objectif à prendre en compte lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur du mineur non accompagné alors même que de nombreuses sources internationales ont élaboré plusieurs travaux relatifs à ces critères. Ce règlement grand-ducal a tout de même été adopté le 4 novembre 2020. Bien qu'un organe spécifique ait été

⁵⁶ Article 103 de la loi du 4 décembre 2019 portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, JOGDL, mémorial A, n°884 du 23 décembre 2019. ⁵⁷ Règlement grand-ducal du 4 novembre 2020 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés prévue à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, JOGDL, mémorial A, n°917 du 20 novembre 2020. ⁵⁸ Circulaire interministérielle DPM/ACI3/2006/522 du 7 décembre 2006 relative au dispositif d'aide au retour volontaire pour les étrangers en situation irrégulière ou en situation de dénuement. ⁵⁹ Rapport ORK-OKaJu 2020, Bilan d'un mandat de 8 ans, Intérêt supérieur de l'enfant, Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher, 184 p.

créé en matière d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, les garanties liées aux critères minimums devant être analysés ne sont pas assurées.

Le Bureau européen d'appui en matière d'asile⁶⁴ a relevé dans son guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile, élaboré et publié en 2019, que la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la France, l'Irlande, la Lettonie, la Suède et la Suisse disposent d'un processus formel d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de la procédure d'asile⁶⁵. Selon les directives du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, la détermination formelle de l'intérêt supérieur de l'enfant « est un processus formel fait de procédures de sécurité spécifiques et d'exigences de documentation mises en place pour certains enfants relevant de la compétence du HCR. Il y est exigé du décideur qu'il pèse et équilibre tous les facteurs pertinents émanant d'un cas particulier, et qu'il accorde un poids approprié aux droits et obligations reconnus dans la CDE et dans les autres instruments des droits de l'homme ; ce afin qu'une décision complète qui protège au mieux les droits de l'enfant soit prise »⁶⁶. Le Bureau européen d'appui en matière d'asile a constaté en

revanche que l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande, la Grèce, l'Italie, la Norvège, la Pologne et la Slovaquie appréhendent l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans le cadre de la procédure d'asile mais ne disposent pas d'un processus formel d'évaluation de celui-ci⁶⁷. L'adoption de critères objectifs applicables dans le cadre de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est donc pas harmonisée entre les différents États membres. Cette disparité apparaît alors comme un deuxième élément susceptible de justifier la mise en œuvre hétéroclite de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des États membres et fait obstacle à l'application d'une protection strictement égale pour les mineurs non accompagnés sur l'ensemble du territoire européen.

Outre ses modalités de mise en œuvre dans le cadre de l'évaluation, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut également faire l'objet d'approches différentes en ce qui concerne son appréciation par des juridictions régionales ou nationales. La Cour européenne des droits de l'homme effectue, par exemple, un contrôle *in concreto* du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans une décision *Khan c. France* du 28 février 2019⁶⁸, la

⁶⁰ Loi du 1er avril 2020 instituant l'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher, JOGDL, mémorial A, n°282 du 14 avril 2020.

⁶¹ Rapport ORK-OKaJu 2020, op. cit., p.35. ⁶² Ibid. ⁶³ CCDH du Grand-Duché de Luxembourg, Avis sur le projet de règlement grand-ducal relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés prévue à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration du 16 décembre 2019, avis n°01/2020. ⁶⁴ Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JOUE L 132/11 du 29 mai 2010». ⁶⁵ European Asylum Support Office, Guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile. Office des publications de l'Union européenne, 2019, p. 16.

Cour condamne la France en raison de l'absence de prise en charge d'un mineur non accompagné et retient que « eu égard aux constats ci-dessus, la Cour n'est toutefois pas convaincue que les autorités, qui ont omis d'exécuter l'ordonnance du juge des enfants du tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer du 22 février 2016 ordonnant le placement provisoire du requérant, ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour répondre à l'obligation de prise en charge et de protection de ce dernier, qui pesait sur l'État défendeurs'agissant d'un mineur isolé étranger en situation irrégulière âgé de douze ans, c'est-à-dire d'un individu relevant de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme se fonde ainsi sur l'ensemble des circonstances pour en déduire que la carence des autorités françaises est constitutive d'un traitement dégradant allant à l'encontre de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant est également appliquée au sein des États membres de l'Union européenne. Dans une décision du 20 mars 2018, la Cour constitutionnelle

de Karlsruhe retient que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une ligne directrice et un facteur décisif tant pour les autorités que pour le législateur »⁷⁰ et considère, que ce principe n'est pas garanti en l'espèce au regard d'une part, des normes en cause et d'autre part, de la situation des plaignants. Cette faculté du juge constitutionnel allemand est rendue possible grâce à l'article 100 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 qui institue l'exercice du contrôle concret par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en plus de celui du contrôle abstrait prévu à l'article 93 de cette même loi fondamentale. Dans le cadre du contrôle abstrait, une autorité politique demande au juge constitutionnel de contrôler la conformité à la Constitution d'une norme tandis que dans le cadre du contrôle concret, le juge ordinaire, au cours d'une instance principale, sursoit à statuer et défère au contrôle du juge constitutionnel une norme qu'il doit appliquer dans le but de résoudre le cas qui lui est soumis mais qui lui semble ne respecter qu'insuffisamment les prescriptions constitutionnelles.

Au contraire, le Conseil constitutionnel français effectue un contrôle *in abstracto* du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans la décision n°2019-797 QPC du 26 juillet 2019, il retient que l'exigence

⁶⁶ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Directives du HCR sur la Détermination Formelle de l'Intérêt Supérieur de l'Enfant, Communiqué Provisoire, mai 2006, p. 6. ⁶⁷ *Ibid.* ⁶⁸ Cour EDH, 28 février 2019, Khan c. France. ⁶⁹ *Ibid.* § 92. ⁷⁰ Décision BVerfG du 20 mars 2018 - 2 BvR 1266/17, BeckRS 2018, 4786, § 10.

constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant impose que « les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge »⁷¹. Cependant il apparaît que, dans le cadre de son contrôle du respect de cette exigence, le juge constitutionnel se limite à vérifier si le législateur a assuré la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière et le droit au respect de la vie privée sans examiner si les dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont concrètement susceptibles de porter atteinte à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Maître de conférences Delphine Burriez met en évidence que « cette décision révèle une

« conception abstraite » de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui s'exprimait déjà dans l'affaire relative au recours aux tests osseux⁷² »⁷³. Les organes compétents, les critères appliqués et les méthodes de contrôle sont autant de facteurs qui font obstacle à une protection homogène des mineurs non accompagnés sur le territoire de l'Union européenne, cette absence d'uniformité étant renforcée par le manque de précision des textes et plus particulièrement du nouveau pacte sur la migration et l'asile quant à la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'encadrement de l'appréciation de ce dernier par les institutions et les organismes européens apparaît alors souhaitable.

⁷¹CC, Décision n°2019-797 QPC, 26 juillet 2019, Unicef France et autres (Création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés), § 3. ⁷²Voir A. Gelblat, R. Medard Inghilterra, « L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 09 juillet 2019, consulté le 08 juillet 2020, (disponible sur : <http://journals.openedition.org/revdh/6496> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.6496>) ; T. Dumortier, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 1er mai 2020, (disponible sur : <http://journals.openedition.org/revdh/189> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.189>). ⁷³D. Burriez, « Une curieuse conciliation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la lutte contre l'immigration irrégulière », *AJDA*, 2019, p. 2133.

B L'encadrement souhaitable de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant par les institutions et les organismes européens

L'Union européenne œuvre dans le sens de l'harmonisation de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des États membres et ce à travers la mobilisation de plusieurs institutions et organismes européens. Le Bureau européen d'appui en matière d'asile a publié en 2019 un guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile, comme nous l'avons évoqué précédemment. La Commission européenne fait référence à ce guide dans sa proposition de règlement visant à instituer une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union présentée le 23 septembre 2020⁷⁴. Ce guide propose des critères de contrôle du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et des orientations générales dans le but de favoriser une convergence des procédures nationales et constitue un élément de droit souple. Il s'inscrit dans une logique de redéfinition du rôle des agences

européennes qui vont adopter des textes non contraignants juridiquement mais ayant pour objectif de favoriser l'harmonisation des pratiques sur le territoire de l'Union européenne.

Ces critères incluent notamment la prise en compte dans l'évaluation des considérations liées « *au sexe de l'enfant ; à son orientation sexuelle ou à son identité de genre ; à son origine nationale, ethnique ou sociale ; à sa religion ; à un handicap ; au statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ; au statut au regard de la citoyenneté ; à son âge ; à sa situation économique ; à ses opinions politiques ou autres ; au contexte culturel ou linguistique ou autre statut* »⁷⁵ ainsi que les différents droits de l'enfant. Le Bureau européen d'appui en matière d'asile établit une liste de ces derniers en se fondant sur l'observation générale n°14 du Comité des droits de l'enfant

⁷⁴COM (2020) 611, précitée p.8. ⁷⁵European Asylum Support Office, Guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile, op. cit., p. 18.



des Nations Unies⁷⁶, sur la Convention internationale des droits de l'enfant et sur l'acquis communautaire en matière d'asile⁷⁷ témoignant d'une volonté de respect des exigences internationales en ce qui concerne les droits de l'enfant. Le guide met ainsi en exergue douze critères de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant : le bien-être et le développement social de l'enfant, l'identité et le contexte de l'enfant, l'évaluation des vulnérabilités, la prise en charge et l'orientation en fonction de l'évolution des capacités de l'enfant, la scolarisation et l'éducation, les soins de santé, l'unité familiale, l'audition du point de vue de l'enfant, la non-discrimination, la sécurité et la protection de l'enfant, l'attention particulière aux risques potentiels liés à la traite des enfants et les

possibilités de regroupement familial⁷⁸. Bien que ces critères constituent un standard commun pour l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils ne sont pas toujours appliqués par les États membres de l'Union européenne. En effet, le guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile n'ayant aucune valeur juridique contraignante, les États membres n'ont pas d'obligation de mettre en œuvre ses recommandations. Ces dernières, pour être effectives, doivent être intégrées à un instrument de « droit dur » mais les institutions de l'Union européenne n'apparaissent pas enclines à procéder à cette insertion comme en témoigne le nouveau pacte sur la migration et l'asile dans lequel ne figurent pas de telles précisions.

⁷⁶ Comité des droits de l'enfant de l'ONU (CRC), *Commentaire général n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit considéré comme une considération primordiale* (art. 3, par. 1), 29 mai 2013, CRC/C/GC/14. ⁷⁷ European Asylum Support Office, *Guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile*, op. cit., p. 18. ⁷⁸ *Ibid.*, p. 19.

En France, ces critères n'ont pas été repris par le guide de bonnes pratiques en matière d'évaluation de la minorité et de l'isolement des personnes se déclarant comme mineurs et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille publié en décembre 2019 et élaboré avec le concours du ministère de la Justice, du ministère des Solidarités et de la Santé, du ministère de l'Intérieur et du ministère de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales alors même que l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve au cœur de cette évaluation. En effet, selon l'article 20 alinéa 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, « *tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État* ». Dans la mesure où le bénéfice de la protection de l'Aide sociale à l'enfance⁷⁹ dépend du résultat de l'évaluation de la minorité et de l'isolement, l'intérêt supérieur de l'enfant doit nécessairement être pris en compte dans le cadre de cette évaluation afin que le droit de ce dernier à une protection soit rendu effectif.

Le guide français de bonnes pratiques, précédemment évoqué, détaille les

critères de l'évaluation sociale prévus par l'arrêté du 20 novembre 2019 pris en application de l'article R. 221-11 du code de l'action sociale et des familles. Si l'article 5 de cet arrêté témoigne d'une vigilance quant à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'évaluation sociale au regard des exigences de formation des évaluateurs, l'article 8 retient six critères à examiner durant l'entretien détachés des considérations liées à la vulnérabilité de l'enfant : l'état civil, la composition familiale, la présentation des conditions de vie dans le pays d'origine, l'exposé des motifs de départ du pays d'origine et la présentation du parcours migratoire de la personne jusqu'à l'entrée sur le territoire français, les conditions de vie depuis l'arrivée en France et le projet de la personne. Les critères européens n'ont pas non plus été repris dans le règlement grand-ducal du 4 novembre 2020 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés⁸⁰ précédemment évoqué.

Si l'efficacité des critères établis par le Bureau européen d'appui en matière d'asile se trouve être limitée en raison du caractère non contraignant d'un guide pratique⁸², l'encadrement de l'appréciation de l'intérêt supérieur de

⁷⁸ Article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles. ⁸⁰ Règlement grand-ducal du 4 novembre 2020 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés prévue à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, op. cit., p.15. ⁸¹ Article 288 du TFUE. Pour approfondir cette question, voir : de N. de Sadeleer, « Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne » in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P.Gérard, F.Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1., Normes internationales et constitutionnelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, p. 253-293.

l'enfant s'effectue également à travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans une décision du 12 novembre 2019⁸³ relative à l'adoption d'une sanction à l'encontre d'un mineur non accompagné pour manquement grave au règlement des centres d'hébergement, la Cour considère que les sanctions infligées à un mineur doivent être adoptées en prenant particulièrement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et ce conformément à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux. Au cours de son raisonnement, elle reprend les éléments du paragraphe 2 de l'article 23 de la directive 2013/33⁸⁴ et retient dans son considérant 54 que « *les États membres doivent, lorsqu'ils évaluent cet intérêt supérieur, tenir dûment compte, en particulier, de facteurs tels que le bien-être et le développement social du mineur, en accordant une attention particulière à la situation personnelle de celui-ci, ainsi que les considérations tenant à sa sûreté et à sa sécurité* ». Auparavant, la Cour de justice de l'Union européenne se contentait de citer les dispositions relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant sans les expliciter véritablement.⁸⁵ Dans la décision précédemment évoquée, le juge de l'Union européenne détaille davantage son argumentation et précise les contours de cette notion. Il s'inscrit

dans une volonté de clarification des critères permettant d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, volonté qui sera par la suite réaffirmée.

En effet, à l'occasion d'une décision *TQ contre Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* rendue le 14 janvier 2021,⁸⁶ la Cour s'est prononcée sur la méthode d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, la réglementation néerlandaise établissait une distinction entre les mineurs non accompagnés âgés de moins de 15 ans et ceux âgés de plus de 15 ans. Celle-ci avait des conséquences sur la manière dont l'intérêt supérieur de l'enfant était évalué selon la catégorie à laquelle ce dernier appartenait. Le juge de l'Union européenne considère, dans cette décision, que l'intérêt supérieur de l'enfant doit également être pris en compte pour les mineurs de plus de 15 ans et retient que « *le critère de l'âge ne saurait être le seul élément à prendre en compte afin de vérifier l'existence d'un accueil adéquat dans l'État de retour. Il convient, pour l'État membre concerné, de faire une appréciation au cas par cas de la situation d'un mineur non accompagné, dans le cadre d'une appréciation générale et approfondie, et non une évaluation automatique en fonction du seul critère de l'âge* »⁸⁷. Il met ainsi en exergue la nécessité d'évaluer

⁸² Sur la question de la normativité de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne voir : F. Picod, « La normativité du droit communautaire », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, Dossier : La normativité, janvier 2007, (disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-normativite-du-droit-communautaire>). ⁸³ CJUE, 12 novembre 2019, Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers (C-233/18), ECLI:EU:C:2019/956. ⁸⁴ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), Précitée.

l'intérêt supérieur de l'enfant avec ses particularités propres et d'étendre cette évaluation à tous les mineurs non accompagnés.

Au-delà de cette clarification, la Cour a récemment adopté une conception large de l'intérêt supérieur de l'enfant et plus particulièrement du moment auquel celui-ci doit être apprécié. Dans une décision *M. A. contre État belge* du 11 mars 2021,⁸⁸ elle considère, dans son considérant 36, à propos de l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, « qu'une telle disposition est, elle-même, libellée en des termes larges et qu'elle s'applique à des décisions qui, telle une décision de retour adoptée contre un ressortissant d'un pays tiers, parent d'un mineur, n'ont pas pour destinataire ce mineur, mais emportent des conséquences importantes pour ce dernier ». Si le juge de l'Union réaffirme une position déjà tenue dans une décision du 8 mai 2018⁸⁹ en ce qui concerne la décision de retour prise à l'encontre du parent d'un mineur, la formulation plus élargie qu'il retient ici peut laisser entrevoir une possible extension de

l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant à d'autres décisions qui ne concernent pas directement ce dernier. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en ce qui concerne l'encadrement de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, œuvre dans le sens d'une harmonisation de la protection des mineurs non accompagnés. Bien que celle-ci doive encore être étoffée, cette protection ne pourra être véritablement effective que dans la mesure où les États membres accepteront de mettre en œuvre concrètement ces méthodes d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant et les institutions de l'Union européenne intégreront ces dernières à des instruments juridiques contraignants et apporteront des précisions supplémentaires quant à la définition de cette notion. Le nouveau pacte sur la migration et l'asile s'inscrit dans la continuité du régime d'asile européen spécifique à la catégorie des mineurs non accompagnés caractérisé par des dispositions réparties dans différents instruments juridiques, cohérentes entre elles et homogènes dans leur imprécision.

⁸⁵ CJUE, 12 avril 2018, *A et S contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-550/16), ECLI:EU:C:2018:248 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Nigyar Rauf Kaza Ahmedbekova, Rauf Emin Oglah Ahmedbekov contre Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite* (C-652/16), ECLI:EU:C:2018:801 ; CJUE, 2 avril 2019, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.* (C-582/17, C-583/17), ECLI:EU:C:2018:975. ⁸⁶ CJUE, 14 janvier 2021, *TQ contre Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (C-441/19), ECLI:EU:C:2021:9. ⁸⁷ Ibid. § 66. ⁸⁸ CJUE, 11 mars 2021, *M. A. contre État belge* (C-112/20), ECLI:EU:2021:197. ⁸⁹ CJUE, 8 mai 2018, *KA e. a. contre Belgische Staat* (C-82/16), § 107, ECLI:EU:C:2018:308.

03

Le traitement des demandes d'asile des individus menaçant la sécurité nationale

Par **Sophie OLIVIER**

Doctorante contractuelle en droit public
à l'Université d'Orléans

Il avait pu être dit du pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté le 16 octobre 2008 qu'il accordait la priorité à la sécurité des États membres au détriment des droits fondamentaux des personnes migrantes.¹ Tel est le constat qui peut également être fait, douze ans plus tard, au sujet du nouveau pacte sur la migration et l'asile présenté par la Commission européenne le 23 septembre 2020.

Si la prise en compte par les États de leurs préoccupations sécuritaires dans le droit régissant l'asile n'est pas nouvelle, comme en témoigne l'adoption, dès 1951, d'exceptions au principe de non-refoulement au nom de la protection de la sécurité,² elle s'est accentuée depuis les attaques terroristes perpétrées sur le territoire des États occidentaux qui, à l'image des attentats du World Trade Center en 2001, ont entraîné

« une accélération considérable du phénomène de criminalisation des exilés ».³ L'accroissement de ces préoccupations sécuritaires a en effet touché les migrants, qui ont été « les premières et principales victimes des modifications juridiques nationales destinées à lutter contre le terrorisme ».⁴ Les demandeurs d'asile sont particulièrement considérés comme des menaces parce qu'ils sont les seuls individus migrants dont la protection est prévue par le droit international et dont l'éloignement est interdit en vertu de traités internationaux.⁵ Aujourd'hui, les dirigeants étatiques considèrent que l'immigration, et en particulier l'asile, constitue une menace pour la sécurité, sécurité dont la définition n'est pas objective⁶ mais « fait partie intégrante du processus politique ».⁷ Cette perception est également répandue dans l'opinion publique.

¹ M.-L. Basilien-Gainche, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in C. Boutayeb (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 247-260, p. 250. ² Article 33(2) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. ³ J. Valluy, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Bellecombe-en-Bauges, Éditions du Croquant, 2009, p. 213. ⁴ A.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, Paris, Edilivre-Aparis, 2009, p. 81. ⁵ E. Guild, « International Terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: The Unexpected Victims of 11 September 2001 », *Eur. Foreign Aff. Rev.*, 2003, vol.8, p. 331-346, p. 331. ⁶ D. Bigo, « L'immigration à la croisée des chemins sécuritaires », *REMI*, 1998, vol.14, no1, p. 25-46, p. 33. ⁷ A. Macléod, I. Masson et D. Morin, « Identité nationale, sécurité et la théorie des relations internationales », *Études internationales*, 2004, vol.35, no1, p. 7-24, p. 24.

On assiste alors à une confusion entre la logique de protection de l'individu et la logique de sécurité⁸ et à une sécurisation croissante des frontières.⁹ Ainsi, les États membres de l'Union européenne n'ont cessé, depuis la naissance du régime d'asile européen commun – mis en place dans un contexte « nourri de l'obsession sécuritaire »¹⁰ –, d'adopter des normes allant dans le sens d'un durcissement des contrôles relatifs à la sécurité, et d'un accroissement des éloignements et des motifs de refus ou de cessation de la protection au nom de la sécurité.

Nous retrouvons dans la communication de la Commission européenne sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile¹¹ ces préoccupations sécuritaires des

États, ceux-ci craignant que l'asile soit accordé à des individus impliqués dans des activités terroristes.¹² On y apprend que la protection de la sécurité fait partie, avec le changement climatique par exemple, des « principaux défis qui se posent aujourd'hui au niveau mondial » et des « impératifs de portée générale » qui « nécessitent [...] une politique migratoire efficace ». Ainsi, malgré « l'inhabituel recours à l'asile pour consolider les réseaux terroristes »¹³ – ce que la Commission européenne a reconnu elle-même¹⁴ – le lien entre asile et sécurité est acté, dans un contexte depuis marqué en France par des débats sur la protection internationale, qui serait trop facilement accordée à des individus dangereux, à la suite de l'affaire Samuel Paty.¹⁵

⁸ M. Giuffré, « Deportation with Assurances and Human Rights: The Case of Persons Suspected or Convicted of Serious Crimes », *JICJ*, 2017, vol.15, no1, p. 75-95, p. 95. ⁹ E. Guild, loc. cit., p. 332. ¹⁰ P. Delouvin, P. Monfort et C. Teulé, « Lourdes menaces sur le droit d'asile en Europe », *Hommes et Migrations*, 2005, vol.1253, no1, p. 98-104, p. 98. ¹¹ Communication de la commission européenne au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 609. ¹² C. Gauthier, « Asile et terrorisme - L'insidieuse érosion des statuts de réfugié et de bénéficiaire de la protection subsidiaire », *RDLF*, 2019, no48. Un ancien directeur général de l'OFPPA évoque la « hantise » que le public découvre qu'un terroriste s'est vu reconnaître la qualité de réfugié : P. Brice, *Sur le fil de l'asile*, Paris, Fayard, 2019, p. 135. ¹³ V. Champeil-Desplats, « Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers : perspective comparative », *Gaz. Pal.*, 2003. ¹⁴ Commission européenne, Document de travail de la Commission - Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection, COM/2001/0743, Bruxelles, 2001, p. 6 : « il est peu probable dans les faits que des « terroristes » y aient recours, alors qu'il existe d'autres filières illégales plus discrètes et mieux adaptées à leurs activités criminelles ». ¹⁵ Samuel Paty a été victime d'une attaque terroriste et assassiné le 16 octobre 2020 par un individu russe d'origine tchéchène bénéficiant du statut de réfugié, statut qui avait été accordé à ses parents alors qu'il était mineur. Cet attentat a suscité dans l'opinion publique française de vives protestations à l'encontre des autorités de l'asile, auxquelles il a été reproché d'octroyer le statut à des individus dangereux pour la sécurité. Voir notamment, à ce sujet : T. Fleury Graff, « Suite à l'attentat de Conflans, la Cour nationale du droit d'asile violemment mise en cause : retour sur son rôle dans la protection des étrangers », *Le Club des juristes*, 27 octobre 2020. Par ailleurs, à la suite de cet événement, les autorités politiques ont annoncé l'éloignement d'autres réfugiés tchéchènes considérés comme étant dangereux, malgré les craintes de persécutions qu'ils encouraient dans leur État d'origine.

Le nouveau pacte pour la migration et l'asile met en place « *un filtrage préalable à l'entrée* », c'est-à-dire aux frontières extérieures de l'Union, pour les ressortissants d'États tiers qui n'ont pas l'autorisation de franchir la frontière. Prévu par une proposition de règlement, ce filtrage comprendra un contrôle de sécurité.¹⁶ Quelques éléments détaillés dans la communication sur le pacte retiendront ici notre attention :

« Les demandes d'asile ayant peu de chances d'être acceptées devraient être examinées rapidement sans nécessiter d'entrée légale sur le territoire de l'État membre. Cela s'appliquerait aux demandes présentées par des demandeurs [...] qui constituent une menace pour la sécurité nationale. Si les demandes d'asile présentées aux frontières extérieures de l'Union doivent être examinées dans le cadre des procédures d'asile de l'Union, elles ne constituent pas un droit automatique d'entrer dans l'Union. En revanche, la procédure d'asile normale continuerait de s'appliquer aux autres demandes d'asile et deviendrait ainsi plus efficace, apportant de la clarté aux personnes dont la demande est fondée. [...] Pour les personnes dont la demande a été rejetée dans le cadre de la procédure

d'asile à la frontière, une procédure de retour européenne, à la frontière, s'appliquerait immédiatement [...]

Toutes les garanties nécessaires seront mises en place pour faire en sorte que chaque personne bénéficie d'une évaluation individuelle et que les garanties essentielles soient pleinement préservées, dans le plein respect du principe de non-refoulement et des droits fondamentaux. »¹⁷

L'impact du nouveau pacte sur la migration et l'asile sur les demandes d'asile présentées par des individus dangereux pour la sécurité – que le pacte ne définit pas¹⁸ – concerne donc à la fois la question du temps et celle de l'espace. Concernant *le temps* d'une part, l'objectif est la réduction des délais et l'examen accéléré de la demande d'asile, au motif que celle-ci aurait peu de chance de recevoir une réponse favorable ; mais aussi l'accélération du retour de l'individu, qui devrait avoir lieu de façon immédiate. Concernant *l'espace* d'autre part, la communication de la Commission prévoit que l'examen de la demande d'asile se déroulera à la frontière ; et que l'individu menaçant la sécurité sera éloigné vers son État d'origine.

¹⁶ Article 1(3) de la proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures, 23 septembre 2020, COM/2020/612 : « L'objet du filtrage est l'identification de tous les ressortissants de pays tiers qui y sont soumis et la vérification [...] que les personnes soumises au filtrage ne constituent pas une menace pour la sécurité intérieure ». ¹⁷ Nous soulignons. ¹⁸ Lors des travaux préparatoires de la Convention de Genève, était concerné l'individu qui se livrait à des actes particulièrement graves qui mettaient en péril la sécurité intérieure ou extérieure de l'État d'accueil, et qui menaçaient directement ou indirectement le gouvernement, l'intégrité territoriale, la population, l'indépendance ou la paix de cet État : Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, A. Grahl-Madsen, *Commentary on the refugee convention 1951 - Articles 2-11, 13-37*, Geneva, UNHCR, 1997. Aujourd'hui, c'est la menace terroriste qui est particulièrement visée.

Ces évolutions prévues par le nouveau pacte nous amènent à nous demander si la volonté d'examiner à la frontière et de façon accélérée les demandes d'asile présentées par des individus menaçant la sécurité et, le cas échéant, de les rejeter avec une procédure immédiate de retour est compatible avec les obligations des États issues du droit international relatif à l'asile et à la protection des droits humains.

La question se pose à deux égards, qui seront présentés selon leur ordre chronologique. Dans un premier temps, la demande d'asile déposée par un individu menaçant la sécurité nationale serait examinée à la frontière et suivant une procédure accélérée, dans la mesure où une telle demande d'asile aurait peu de chances d'être acceptée – ce qui semble être en contradiction avec le droit international et européen (I). Dans un second temps, en cas de rejet de la demande, la Commission prévoit la mise en œuvre d'une procédure immédiate de retour, alors même que cet éloignement – certes permis par le droit d'asile – risque d'être contraire au droit international des droits humains (II).



L'examen accéléré à la frontière de demandes probablement rejetées en raison d'une menace pour la sécurité

La Commission souhaite que la demande d'asile déposée par un individu menaçant la sécurité nationale soit examinée selon une procédure spatio-temporelle particulière – à la frontière et de façon accélérée (A). Cette procédure serait justifiée, selon la communication de la Commission, par le fait que cette demande d'asile aurait peu de chances d'être acceptée, en raison du danger que représente le demandeur pour la sécurité de l'État d'accueil (B).

A Une demande examinée à la frontière en procédure accélérée

Dans le pacte, il est prévu que la demande de protection d'un individu dangereux pour la sécurité soit examinée à la frontière (1) selon une procédure accélérée (2).

1 L'examen obligatoire de la demande d'asile à la frontière

La Commission rappelle que le dépôt d'une demande d'asile à la frontière ne constitue pas un droit automatique d'entrer sur le territoire de l'État. Il est possible, dans certaines situations, d'examiner la demande d'asile à la frontière. À ce jour, le droit de l'Union européenne prévoit que les États peuvent procéder à un tel examen lorsqu' « *il existe de sérieuses raisons de considérer que le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'État membre* ». ¹⁹ La proposition modifiée de règlement procédures transforme cette possibilité en obligation ²⁰; le demandeur n'est alors

pas autorisé à entrer sur le territoire de l'État membre. Cette procédure pourra être, comme c'est le cas actuellement, ²² également appliquée aux mineurs ²³ – il s'agira désormais de la seule hypothèse d'examen à la frontière de la demande d'asile présentée par un mineur. La directive « procédures » prévoit actuellement que si aucune décision n'a été prise concernant la demande d'asile dans un délai de quatre semaines, l'individu se verra accorder le droit d'entrer sur le territoire de l'Union, afin que sa demande d'asile soit traitée. ²⁴ La proposition de règlement élargit ce délai à douze semaines. ²⁵

¹⁹ Articles 31(8)(i) et 43(1)(b) de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (« directive procédures »), JOUE L 180/60 du 19 juin 2013. ²⁰ Article 41(3) de la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM(2020) 611 (« proposition de règlement procédures »). ²¹ Article 41(6) de la proposition de règlement procédures. ²² Article 25(a)(iii) et (b)(iii) de la directive procédures. ²³ Cela ne sera toutefois qu'une faculté : article 41(5) de la proposition de règlement procédures. ²⁴ Article 43(2) de la directive procédures, proposition de règlement procédures. ²⁵ Article 41(11) de la proposition de règlement procédures.

L'objectif d'un tel examen à la frontière est sans doute d'éviter que des individus, sous prétexte de déposer une demande d'asile, n'entrent trop facilement sur le territoire de l'Union européenne alors qu'ils représenteraient une menace pour la sécurité. Cela répond au souci des États, reconnu par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (ci-après « HCR ») lui-même,²⁶ de s'assurer que des individus qui commettent des actes terroristes ne puissent trouver refuge sur leur territoire – bien que, dans le même temps, le HCR souligne l'absence de fondement statistique à l'idée selon laquelle les terroristes utilisent l'asile pour venir sur le territoire des États occidentaux.²⁷ Cette procédure à la frontière permet donc aux États d'examiner la demande d'asile sans prendre le risque d'autoriser l'entrée sur leur territoire d'individus menaçant la sécurité nationale alors que ceux-ci ne sont peut-être pas éligibles à une protection internationale, parce qu'ils ne craignent pas de persécutions au sens du droit des réfugiés ou parce qu'ils doivent être exclus de la protection subsidiaire en raison de leur dangerosité.²⁸ Surtout, le déplacement de l'examen de la demande d'asile à la frontière vise à « *accroître les chances de procéder efficacement*

à des retours directement depuis la frontière extérieure dans un bref délai suivant l'arrivée de la personne »²⁹. Les objectifs de cette procédure peuvent être rapprochés de ceux qui ont été assignés à l'externalisation, qui permet aux États d'examiner les demandes de protection internationale sur le territoire d'États tiers, qu'il s'agisse de l'État d'origine ou d'un État de transit. La Commission rappelle dans sa communication, comme le prévoit déjà la directive procédures³⁰, que même lorsque la demande est examinée à la frontière, l'État doit procéder à une « *évaluation individuelle* » et préserver « *les garanties essentielles* ». Cela vise notamment l'entretien et le droit à une assistance juridique. La proposition de règlement procédures est toutefois plus floue à ce sujet.³¹

En droit français, le refus d'accès au territoire d'un demandeur d'asile est permis – mais pas obligatoire – pour « tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public »³². Cette décision est prise par le ministre chargé de l'immigration, après avis de l'Office français pour les réfugiés et les apatrides (ci-après « OFPRA »). Cet avis ne lie pas le ministre si l'individu constitue une menace grave pour l'ordre

²⁶ UNHCR, *Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection - UNHCR's Perspective*, Geneva, 2015, 53.

²⁷ V. Cochetel, *Terrorism as a Global Phenomenon - UNHCR presentation to the Joint Seminar of the Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum and Committee on Article 36*, Ljubljana, UNHCR, 2008, p. 2. ²⁸ Article 17(1)(d) de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (« directive qualification »), JOUE L 337/9 du 20 décembre 2011.

public³³ : il pourra refuser l'accès du demandeur au territoire français même si l'OFPRA a rendu un avis favorable à son admission. Le droit français devra donc, si la proposition de règlement procédures est adoptée, être modifié afin de rendre l'examen à la frontière obligatoire.

Selon la Commission, utiliser la procédure à la frontière pour certaines demandes est « *bénéfique pour le système de l'asile en général* », dans la mesure où cela « *permettrait de traiter plus efficacement les demandes valables à l'intérieur des frontières* »³⁴. On retrouve ainsi, en filigrane du pacte, la volonté de garantir la crédibilité et

l'efficacité du système d'asile pour les demandeurs dont la demande est fondée et qui le méritent – l'opinion publique, aux yeux de laquelle « *l'équation terrorisme/réfugiés s'ancre progressivement, irrationnellement* »³⁵, serait au contraire heurtée par l'octroi d'une protection à un individu menaçant la sécurité.

La Commission rappelle en outre que la procédure à la frontière permet d' « *accélérer le traitement d'une demande* ». Dans cet objectif de célérité, la demande d'asile présentée par un individu menaçant la sécurité sera examinée suivant une procédure accélérée.

²⁹ Exposé des motifs de la proposition modifiée de règlement procédures. ³⁰ Articles 31(8) et 41(3) de la directive procédures. ³¹ L'article 41(11) de la proposition de règlement procédures dispose seulement que la procédure à la frontière doit permettre « un examen complet et équitable des demandes ». ³² Article L.213-1 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA »). ³³ Article L.213-8-1 CESEDA. ³⁴ Exposé des motifs de la proposition modifiée de règlement procédures. ³⁵ H. Labayle, « Terrorisme et droit des réfugiés, des liaisons dangereuses ? Libres propos sur le «Muslim Ban» et la jurisprudence Lounani de la Cour de justice », Groupement de recherche ESLJ, 2017.

2 Le recours obligatoire à la procédure accélérée

La proposition de règlement procédures prévoit que la demande d'asile sera examinée rapidement lorsqu' « *il existe de sérieuses raisons de considérer que le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public des États membres* »³⁶. À ce jour, il s'agit d'une simple faculté³⁷, qui deviendrait une obligation, dans le respect là encore des principes de base et des garanties fondamentales de la procédure³⁸. Cela resterait une faculté concernant les mineurs³⁹. Il est prévu actuellement que les États membres fixent le délai pour l'adoption de la décision⁴⁰. La proposition de règlement prévoit au contraire un délai maximal, qui est de deux mois à compter de l'introduction de la demande⁴¹.

En droit français, la demande d'asile déposée par un demandeur qui « *constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État* » est placée en procédure

accélérée⁴² et examinée dans un délai de quinze jours⁴³ – il s'agit d'ores et déjà d'une obligation. Le fait que les délais soient courts comporte le risque d'empêcher le demandeur de « *préparer effectivement son entretien, faire traduire d'éventuelles pièces complémentaires à l'appui de sa demande, garantir le contradictoire, alerter et faire intervenir un conseil* »⁴⁴ ; ce risque étant accentué lorsque la procédure a lieu à la frontière. La Cour EDH a observé que

« en matière de demandes de reconnaissance du statut de réfugié il peut être difficile, voire impossible, pour la personne concernée de produire des preuves à bref délai, spécialement si pareilles preuves doivent être obtenues dans le pays qu'elle dit avoir fui. En conséquence, les délais doivent être suffisamment longs [...] pour donner à une personne sollicitant le statut de réfugié une chance réaliste de prouver ses allégations ».⁴⁵

³⁶ Article 40(1)(f) de la proposition de règlement procédures. ³⁷ Article 31(8)(i) de la directive procédures. ³⁸ Articles 31(8)(i) de la directive procédures et 40(1) de la proposition de règlement procédures. ³⁹ Articles 25(a)(iii) de la directive procédures et 40(5)(b) de la proposition de règlement procédures. ⁴⁰ Article 31(9) de la directive procédures. ⁴¹ Article 40(2) de la proposition de règlement procédures. ⁴² Article L.723-2 III (5) CESEDA – la mise en œuvre de la procédure accélérée est une simple faculté concernant les mineurs menaçant la sécurité. ⁴³ Article R.723-4 CESEDA. ⁴⁴ J. Fernandez, « La réforme du dispositif français d'accueil et d'examen des demandes de protection », AFDI, 2014, vol.60, no1, p. 787-816, p. 810. ⁴⁵ Cour EDH, 19 févr. 1998, Bahaddar c/ Pays-Bas, 25894/94, cité dans F. Ippolito et S. Velluti, « The Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness », Refug. Surv. Q., 2011, vol.30, no3, p. 24-62, p. 54.

D'ailleurs, les demandes d'asile déposées à la frontière doivent être examinées dans un délai raisonnable⁴⁶, notion qui pourrait être invoquée pour interdire « les décisions trop expéditives, dans la mesure où elles empêchent un demandeur de préparer correctement les éléments au soutien de sa cause »⁴⁷. Le recours à une procédure accélérée fait craindre qu'elle se transforme en réalité en « procédure expéditive »⁴⁸, entraînant de « fortes baisses dans les garanties »⁴⁹ – à plus forte raison en France, puisque la demande d'asile déposée par un individu dangereux pour la sécurité sera examinée à juge unique en cas de recours devant la Cour nationale du droit d'asile⁵⁰. En outre, la procédure accélérée avait été à l'origine « ouverte dans des situations laissant présumer que le demandeur d'asile ne s'exposait pas à de réelles craintes de persécutions »⁵¹. Or, nous y reviendrons, rien ne laisse penser qu'un demandeur d'asile constituant une menace pour la sécurité ne craint pas pour autant des mauvais traitements dans son État d'origine.

À ce jour, la directive procédures permet le passage en procédure normale si « l'examen de la demande fait intervenir

des questions factuelles ou juridiques trop complexes pour être examinées dans le cadre d'une procédure accélérée »⁵². Cette possibilité est reprise par la proposition de règlement procédures⁵³. Or, l'on peut estimer que toute demande concernant un demandeur d'asile potentiellement dangereux est complexe – au même titre que les individus éligibles à l'exclusion de la protection, concernant lesquels le HCR considère que les décisions doivent être « prises dans le cadre de la procédure normale de détermination du statut de réfugié et non au cours [...] de procédures accélérées afin qu'une évaluation complète en droit et en fait puisse avoir lieu »⁵⁴. En effet, les autorités devront souvent déterminer les liens que le demandeur d'asile entretient avec une organisation criminelle à l'étranger. L'analyse de son rôle dans cette organisation, ainsi que de la potentielle menace qu'il représente pour la sécurité, nécessite une évaluation approfondie. Par ailleurs, les demandeurs d'asile dangereux pour la sécurité sont, en vertu du droit d'asile, susceptibles d'être éloignés ; « la difficulté sérieuse existe alors dans l'analyse de la proportionnalité d'une telle décision, entre les engagements internationaux et philosophiques de la

⁴⁶ Article 43(2) de la directive procédures. ⁴⁷ J. Fernandez, *loc. cit.*, p. 810. ⁴⁸ Conseil de l'Europe, Bureau du commissaire aux droits de l'homme : Rapport de M. Alvaro Gil-Roblès, commissaire aux droits de l'homme, sur le respect effectif des droits de l'homme en France suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005, 15 février 2006, p. 63. ⁴⁹ Coordination française pour le droit d'asile, Analyse du projet de loi relatif à la réforme du droit d'asile, 2015, p. 6. ⁵⁰ Article L.731-2 CESEDA. Voir J. Fernandez, *loc. cit.*, p.810 : « L'atteinte aux formations collégiales a des effets majeurs dans l'appréciation d'une demande de protection. On connaît, en effet, le poids de l'intime conviction dans l'établissement des faits en ce domaine, et l'intérêt conséquent d'une discussion entre le président et ses assesseurs ». ⁵¹ ELENA-France, Association des Avocats du Droit d'Asile, Proposition d'amendements au projet de loi n°714 pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, Paris, 2018, p. 33. ⁵² Article 31(9) de la directive procédures. ⁵³ Article 40(1)(4) de la proposition de règlement procédures. ⁵⁴ HCR, Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, Genève, 2011, p. 130.

France et la protection de la société »⁵⁵. Ainsi, la systématisation, dans le nouveau pacte, du placement en procédure accélérée des demandes d'asile présentées par des individus menaçant la sécurité n'apparaît pas opportune au regard de la complexité des dossiers et des conséquences d'un refus de la demande d'asile.

En France, contrairement aux prescriptions susmentionnées de la directive procédures, l'OFPPRA n'a pas la possibilité de reclasser la demande d'asile d'un individu menaçant la sécurité en procédure normale⁵⁶. De surcroît, c'est l'autorité préfectorale qui ordonne le placement de la demande en procédure accélérée, ce qui semble problématique, d'autant que ce motif de placement en procédure accélérée est défini « de manière vague et laisse ainsi aux autorités une marge d'appréciation très étendue »⁵⁷. La compétence du préfet

« n'apparaît guère compatible avec le traitement des demandes d'asile dont l'examen du bien-fondé devrait relever

de la seule compétence de [l'OFPPRA]. En effet, l'autorité préfectorale, davantage guidée par une logique de contrôle plutôt que de protection des demandeurs, fait un usage excessif de la procédure accélérée, sous le contrôle du ministère de l'intérieur »⁵⁸.

D'ailleurs, la proposition de règlement procédures prévoit que c'est l'autorité de détermination qui place la demande en procédure accélérée⁵⁹, ce qui pourrait amener la France à modifier sa législation en la matière. Ce serait ainsi l'OFPPRA, autorité administrative indépendante « qui ne peut, ou ne devrait, recevoir d'instruction ou d'ordre du pouvoir exécutif »⁶⁰, qui déciderait de placer l'examen de la demande d'asile en procédure accélérée dans le cas où le demandeur serait dangereux pour l'État d'accueil.

Si la Commission exige que la demande d'asile déposée par un individu menaçant la sécurité soit examinée à la frontière et en procédure accélérée, c'est parce qu'elle aurait « peu de chances d'être acceptée ».

⁵⁵ ELENA-France, *loc. cit.*, p. 34. ⁵⁶ Article L.723-2 V CESEDA. ⁵⁷ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile*, 2014, p. 12. ⁵⁸ CNCDH, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, 2013, p. 7. ⁵⁹ Article 40 de la proposition de règlement procédures. ⁶⁰ P. Chiron, « L'asile, victime collatérale des enjeux sécuritaires », *Tribune, IRIS*, 18 juin 2021. Si l'OFPPRA est sous la tutelle administrative et financière du ministère de l'intérieur depuis 2010, cela n'affecte pas son indépendance dans la prise de décision. L'article L.721-2(3) du CESEDA dispose ainsi que « L'office exerce en toute impartialité les missions mentionnées ci-dessus et ne reçoit, dans leur accomplissement, aucune instruction ». D'ailleurs, les déclarations politiques du Ministre de l'Intérieur se heurtent à cette disposition, puisqu'il a, à plusieurs reprises en 2020 et 2021, demandé à l'OFPPRA de refuser ou de « retirer les protections d'asile pour ceux qui seraient en contradiction avec les valeurs de la République ». Voir notamment : *Le Monde*, « Gérald Darmanin veut retirer le statut de réfugié aux étrangers radicalisés ou délinquants », 7 mai 2021.

.B L'issue incertaine de la demande d'asile présentée par un individu menaçant la sécurité

Affirmer que la demande d'asile présentée par un individu menaçant la sécurité nationale a peu de chances d'être acceptée comme le fait la Commission (1) semble contraire au droit international et européen (2).

.1 Un probable rejet de la demande selon le pacte

La Commission qualifie, dans sa communication sur le pacte, les demandes présentées par des demandeurs d'asile représentant une menace pour la sécurité nationale comme des demandes « ayant peu de chances d'être acceptées ». Elle précise d'ailleurs que tandis qu'elles seront examinées à la frontière selon une procédure accélérée, « la procédure d'asile normale continuer[a]

à s'appliquer aux autres demandes d'asile et deviendr[a] ainsi plus efficace, apportant de la clarté aux personnes dont la demande est fondée », suggérant *a contrario* que la demande présentée par un individu dangereux ne l'est pas. Une telle affirmation n'est pas anodine, puisque cela risque d'inciter les autorités nationales à ne pas procéder à un examen approfondi de la demande de protection.

À ce jour, le droit de l'Union habilite les États à prévoir, dans leur législation, qu'une demande émanant d'un individu menaçant la sécurité nationale est manifestement infondée⁶¹. Cette notion fait partie « *des concepts restrictifs du droit d'asile [...] qui [rendent] compte de la perception de demandeurs d'asile comme un risque pour la sécurité des États* »⁶². Qualifier une demande d'asile de demande manifestement infondée permet de la rejeter sans examen du besoin de protection du demandeur d'asile⁶³. C'est la raison pour laquelle le HCR a rappelé que les demandes manifestement infondées « *doivent s'entendre des demandes qui sont clairement frauduleuses ou ne se rattachent ni aux critères prévus*

par la Convention [de Genève] ni à d'autres critères justifiant l'octroi de l'asile », étant données « *les graves conséquences qu'une décision erronée entraîne pour le demandeur* »⁶⁴. La proposition de règlement procédures ne reprend pas cette possibilité de qualifier la demande d'asile présentée par un individu dangereux de demande manifestement infondée⁶⁵. Il est donc difficilement compréhensible que dans sa communication, la Commission affirme qu'une telle demande ait peu de chances d'être acceptée, alors que cela ne reflète pas la réalité – ni juridique ni factuelle. Selon la proposition de règlement procédures, la demande sera manifestement infondée lorsque :

- « Le demandeur n'a soulevé [...] que des questions sans pertinence » ;
- « Le demandeur a fait des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles [...] » ;
- « Le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité ou sa nationalité, en présentant de fausses informations ou de faux documents ou en dissimulant des informations ou des documents pertinents qui auraient pu influencer la décision dans un sens défavorable » ;
- « Le demandeur ne présente une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision [...] qui entraînerait son éloignement du territoire d'un État membre » ;
- Le demandeur vient d'un « pays d'origine sûr »⁶⁶.

⁶² Article 32(2) de la directive procédures. Ce n'est pas le cas de la législation française. C. Teitgen-Colly, *Le droit d'asile. Que sais-je ?*, Paris, PUF, 2019, p. 31. ⁶³ Article 36(5) de la proposition de règlement procédures : « Lorsque l'autorité responsable de la détermination considère, à première vue, que la demande peut être rejetée comme manifestement infondée, elle n'est pas tenue de se prononcer sur sa recevabilité ». ⁶⁴ Comité exécutif du HCR, *Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*, Conclusion n°30, 1983. ⁶⁵ Article 37(3) de la proposition de règlement procédures. ⁶⁶ *Ibid.*

Dans toutes ces situations, il est en effet peu probable que le demandeur d'asile encourt des mauvais traitements et soit éligible à une protection internationale. Tel n'est toutefois aucunement le cas d'un individu dangereux pour la sécurité : la menace potentielle qu'il représente ne préjuge en rien ses craintes de persécutions dans son État d'origine. L'individu peut être *dangereux* pour la sécurité de l'État d'accueil, mais en *danger* dans son État d'origine.

L'affirmation selon laquelle sa demande d'asile a peu de chances d'être acceptée, qui risque d'inciter les autorités nationales à ne pas procéder à un examen approfondi de la situation, n'est correcte qu'en ce qui concerne la protection subsidiaire. En effet, le droit de l'Union exclut de cette protection

l'individu dont « il existe des motifs sérieux de considérer qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve ». La demande de protection subsidiaire sera donc probablement rejetée si la dangerosité du demandeur est établie. Toutefois, la question de l'octroi de la protection subsidiaire ne se posant que si l'individu n'est pas éligible à la qualité de réfugié, il est impossible d'affirmer que la demande a peu de chances d'être acceptée sans avoir dûment analysé la crainte de persécutions qui justifierait la reconnaissance de la qualité de réfugié. En effet, cette affirmation semble contraire au droit international et européen, qui permet la reconnaissance d'une telle qualité aux individus dangereux.

⁶⁷ Article 17(1)(d) de la directive qualification.

2 L'absence d'incompatibilité entre reconnaissance de la qualité de réfugié et dangerosité du demandeur en droit positif

En droit international, l'individu menaçant la sécurité peut être reconnu réfugié. En effet, il ne relève pas des clauses d'exclusion – qui visent les personnes soupçonnées d'avoir un passé criminel⁶⁸. Si l'État partie à la Convention de Genève peut éloigner un réfugié menaçant la sécurité, il ne lui est pas permis de lui refuser le bénéfice du statut de réfugié. En droit de l'Union européenne, la solution est différente : les autorités nationales peuvent refuser le statut de réfugié – ou y mettre fin – s'il « existe des motifs raisonnables

de considérer [l'intéressé] comme une menace pour la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve »⁶⁹. C'est même une obligation en droit français⁷⁰, et la proposition de règlement qualification rendrait la révocation obligatoire, tandis que le refus resterait facultatif⁷¹, ce qui semble peu cohérent. En effet, aucun argument ne semble justifier que les autorités nationales soient obligées de mettre fin au statut de réfugié d'un individu menaçant la sécurité tandis qu'elles n'ont que la possibilité de le lui refuser *ab initio*.

⁶⁸ Article 1(F) de la Convention de Genève. ⁶⁹ Article 14(4)(5) de la directive qualification. ⁷⁰ Article L.711-6 CESEDA. ⁷¹ Article 14(1)(d)(2) de la proposition de règlement du parlement européen et du conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu cette protection, COM/2016/0466, 13 juillet 2016 (« proposition de règlement qualification »). Dans la communication sur le pacte, la Commission « soutient les accords politiques provisoires déjà dégagés sur [ce] règlement ».

⁷² UNHCR, UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, 2010, p. 13. ⁷³ M. Garlick, E. Guild, V. Moreno-Lax et S. Peers, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Second Revised Edition, EU immigration and asylum law, vol. 3, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 131. ⁷⁴ Doc. 14308/02 Asile 65, 15 novembre 2002, cité dans M.-T. Gil-Bazo, *Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law*, Research Paper n°136, UNHCR, *New Issues in refugee research*, Oxford, Oxford University, 2006, p. 20. ⁷⁵ Voir J. Fernandez, T. Fleury Graff et A. Marie, « Asile et risque pour la sécurité : Une déconnexion discutable entre la reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi d'un statut », *Actualité juridique droit administratif*, 2019, p. 1788-1794 ; F. Gazin, « Asile : Refus d'octroi et révocation du statut de réfugié », *Europe*, 2019, vol.7, no268. ⁷⁶ Article 14(6) de la directive qualification : « Les personnes auxquelles les paragraphes 4 et 5 s'appliquent ont le droit de jouir des droits prévus aux articles 3 [non-discrimination], 4 [liberté religieuse], 16 [droit d'ester en justice], 22 [droit à l'éducation], 31 [absence de sanction pénale des réfugiés en situation irrégulière], 32 [expulsion] et 33 [non-refoulement] de la convention de Genève ou de droits analogues, pour autant qu'elles se trouvent dans l'État membre » ; CJUE, *M. c/ Ministerstvo vnitra*, précitée, 55105-109 : « Les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre l'article 14, paragraphe 4 ou 5, de cette directive [sont] tenus d'accorder aux réfugiés [...] les droits visés à l'article 14, paragraphe 6, de ladite directive ainsi que ceux des droits énoncés dans la convention de Genève qui sont garantis à tout réfugié se trouvant sur le territoire d'un État contractant et dont la jouissance n'exige pas une résidence régulière [nous soulignons] [...]. L'application de l'article 14, paragraphes 4 à 6, de cette directive est sans préjudice de l'obligation, pour l'État membre, de respecter les [articles] 7 [respect de la vie privée et familiale], 15 [liberté professionnelle et droit de travailler], 34 [sécurité et aide sociales] [et] 35 [protection de la santé] ».

La question de la conformité de ces dispositions européennes au droit international s'est posée, puisque l'on pouvait craindre que la directive ajoute une clause d'exclusion à la liste pourtant exhaustive de la Convention de Genève⁷². Cette clause a ainsi pu être qualifiée de « *clause d'exclusion déguisée* »⁷³. Pourtant, elle a été conçue comme une alternative entre l'ajout d'une clause d'exclusion, qui serait contraire au droit international des réfugiés, et la seule insertion d'une exception au principe de non-refoulement, en réalité souvent neutralisée par le droit international des droits humains⁷⁴. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») a battu en brèche les objections concernant la légalité de cette clause. Elle a affirmé que si l'octroi du *statut* de réfugié était refusé ou révoqué, la reconnaissance de la *qualité* de réfugié, ainsi que de certains droits fondamentaux⁷⁵ – prévus par la directive qualification et dont la Cour a allongé la liste⁷⁶ – était quant à elle maintenue. Ainsi, l'individu menaçant la sécurité nationale ne jouit pas des droits dont l'octroi dépend de l'obtention du statut de réfugié, mais il détient en principe un « *statut [...] « amoindri » puisqu'il ne conserve que le bénéfice des droits que la convention [de Genève] reconnaît aux réfugiés quelle que soit leur situation par rapport à la régularité de leur séjour* »⁷⁷ – quoique la liste des droits reconnus

ne semble pas tout à fait cohérente⁷⁸. En pratique, nous y reviendrons, la jouissance de ces droits est largement théorique.

En somme, s'il semble établi qu'« *il y a là une situation inutilement complexe, qui crée davantage d'insécurité juridique pour le réfugié qu'elle ne permet de protéger la sécurité de l'État membre concerné* »⁷⁹, il n'en reste pas moins que le demandeur d'asile qui craint des persécutions dans son État d'origine et ne relève pas de l'exclusion doit être reconnu réfugié. Il est donc erroné de dire que sa demande d'asile a peu de chances d'être acceptée, voire qu'elle est manifestement infondée : il n'y a aucune raison d'affirmer en amont que le demandeur a peu de chances d'être reconnu réfugié du seul fait qu'il constitue une menace pour la sécurité.

Quoiqu'il en soit, l'individu dangereux, même s'il obtient une protection internationale, pourra être éloigné en vertu du droit d'asile. D'ailleurs, la Commission, qui renforce « *l'aspect sécuritaire de la politique migratoire européenne* » et met « *un accent fort sur les retours* »⁸⁰, insiste sur la nécessité de mettre en place une procédure immédiate de retour depuis la frontière afin d'accélérer et d'améliorer les éloignements, pour le moment peu efficaces.

⁷⁷ T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2019, p. 322. ⁷⁸ Voir L. Janku "(In)Compatibility of Article 14 (4) and (6) of the Qualification Directive with the 1951 Refugee Convention", *Nordic Asylum Law Seminar*, 2017, p. 16. ⁷⁹ T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, loc. cit., p. 323. ⁸⁰ Fondation Robert Schuman, *Le centre de recherches et d'études sur l'Europe, Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile*, 16 novembre 2020.



EUROPA

EUROPÄISCHES
STREIFEN

IRLAND
Dublin
Wales
Cardiff
London
Brüssel
Paris
Nantes
Bordeaux
Toulouse
Marseille
Nizza
Genf
Lyon
München
Bern
Straßburg
Stuttgart
Frankfurt
Ams

FRANKREICH
Loire
Nizza
Marseille
Korsika
Sardinien
Balearen
Murcia
Saragossa
Valencia
Barcelona
Korsika
Sardinien
Balearen
Murcia
Saragossa
Valencia
Barcelona

ANDORRA
MONACO
ITALIEN
VATIKAN
Sardinien
Balearen
Murcia
Saragossa
Valencia
Barcelona

4600
Golf von Biskaya
La Coruna
Bilbao
Ebro
Saragossa
Valencia
Barcelona
Murcia
Saragossa
Valencia
Barcelona

ANJEN
Murcia
Saragossa
Valencia
Barcelona



Un éloignement immédiat depuis la frontière de l'individu menaçant la sécurité

Dans sa communication sur le nouveau pacte sur la migration et l'asile, la Commission propose une procédure immédiate de retour depuis la frontière, dont le régime est établi par la proposition de refonte de la directive retour et dont la conformité au droit international pose question (A). Même si la jurisprudence récente semble favorable à l'éloignement, il n'existe aucune alternative lorsqu'il ne peut être exécuté (B).

A La question de la conformité de l'éloignement au droit international

Si l'éloignement est permis par le droit des réfugiés (1), il risque d'être souvent contraire au droit international des droits humains (2).

1 Un éloignement permis par le droit d'asile

La Commission énonce dans la communication sur le pacte la nécessité de mettre en place « un système européen de retour efficace et commun ». Elle prévoit ainsi que « pour les personnes dont la demande a été rejetée dans le cadre de la procédure d'asile à la frontière, une procédure de retour européenne, à la frontière, s'appliquerait immédiatement ». La Commission souligne qu'à ce jour, seul un tiers des personnes qui ont reçu l'ordre de quitter le territoire des États membres est effectivement éloigné, et que cela nuit à la crédibilité du système européen de l'asile et à la confiance que lui accordent les citoyens. Surtout, elle

craint que cela encourage la migration irrégulière, puisque peu de migrants sont éloignés, même s'ils ne disposent pas de titre de séjour. La Commission entretient ce que certains auteurs qualifient de mythe, selon lequel les États auraient parfaitement la capacité d'expulser de leur territoire tous les migrants en situation irrégulière ou dangereux, alors qu'il existe en réalité de nombreux obstacles politiques et juridiques à cet éloignement. Ce mythe servirait à apaiser l'opinion publique et à dissuader l'immigration vers l'Europe⁸¹ – préoccupations que l'on retrouve dans la communication de la Commission.

⁸¹ A M.-J. Gibney et R. Hansen, *Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom*, Working Paper n°77, UNHCR, *New Issues in refugee research*, Geneva, 2003, p. 15.

La procédure qu'elle propose – en insistant sur le fait qu' « *il est nécessaire d'établir une continuité entre les procédures d'asile et de retour* » et « *de procéder au retour rapide des personnes n'ayant pas le droit de séjourner dans l'Union* »⁸² –, consisterait à éloigner immédiatement l'individu dont la demande d'asile est rejetée, sans le laisser entrer sur le territoire de l'Union. La proposition de règlement procédures prévoit ainsi que « *les ressortissants de pays tiers dont la demande est rejetée dans le cadre de [l'examen à la frontière] ne sont pas autorisés à entrer sur le territoire de l'État membre* »⁸³ – étant précisé qu'ils « *pourront être placés en rétention [s'ils] présentent un risque pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* »⁸⁴. En outre, cette proposition impose qu'une décision de rejet de la demande d'asile soit toujours assortie d'une décision d'éloignement⁸⁵. Enfin, la proposition de refonte de la directive retour qui, selon la communication de la Commission, « *demeure une priorité essentielle pour combler les lacunes et rationaliser les procédures* », établit également « *une nouvelle procédure à la frontière pour le retour rapide des demandeurs d'une protection internationale déboutés à la suite d'une procédure d'asile à la frontière* »⁸⁶.

En affirmant que la demande présentée par un individu qui constitue une menace pour la sécurité nationale a peu de chances d'être acceptée, la Commission suggère que celui-ci fera sans doute l'objet d'une telle procédure de retour, faute d'avoir vu sa demande acceptée. Toutefois, même si le demandeur se voyait reconnaître la qualité de réfugié conformément au droit international et européen, il pourrait être éloigné, dans la mesure où le droit international des réfugiés permet l'éloignement des réfugiés dangereux⁸⁷, malgré les persécutions qu'ils craignent de subir dans leur État d'origine. En effet, lors de l'élaboration de la Convention de Genève, les États, alors préoccupés par la menace communiste, ont souhaité se prémunir contre la présence sur leur territoire de réfugiés menaçant leur sécurité⁸⁸. Cette possibilité a été reprise en droit de l'Union européenne⁸⁹ et en droit français⁹⁰. Ainsi, la volonté qui semble être celle de la Commission d'éloigner depuis la frontière l'individu dangereux pour la sécurité n'est pas contraire au droit d'asile. Toutefois, cela ne permet pas pour autant de considérer que sa demande de protection sera probablement rejetée. Cette précision est importante, dans la mesure où l'éloignement est en réalité souvent interdit par le droit international des droits humains, et qu'il est alors nécessaire que l'individu – qui ne pourra pas être éloigné – n'ait pas été privé de tout statut juridique.

⁸² Exposé des motifs de la proposition modifiée de règlement procédures. ⁸³ Article 41 bis (1)(6) de la proposition de règlement procédures. ⁸⁴ Article 41 bis (1)(6) de la proposition de règlement procédures. ⁸⁵ Article 35 bis de la proposition de règlement procédures. ⁸⁶ Exposé des motifs de proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM/2018/634, 12 septembre 2018. Cette procédure est régie par l'article 22.

Si l'on comprend que le fait d'examiner une demande d'asile en procédure accélérée à la frontière permet d'accélérer le retour, la Commission rappelle, dans sa communication, que les États doivent agir « *dans le plein respect du principe de non-refoulement et des droits fondamentaux* » - ce que

prévoit également la directive retour⁹¹. Or, aujourd'hui, le droit international des droits humains interdit l'éloignement des individus qui craignent de subir des mauvais traitements dans leur État d'origine, quand bien même ils constitueraient une menace pour la sécurité de l'État d'accueil.

⁸⁷ Article 33(2) de la Convention de Genève. ⁸⁸ J.C. Hathaway, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005. ⁸⁹ Articles 21(2) de la directive qualification et 23(2) de la proposition de règlement qualification. ⁹⁰ Article L. 731-3 CESEDA : la Cour nationale du droit d'asile « examine les requêtes qui lui sont adressées par les réfugiés visés par l'une des mesures prévues par les articles 31, 32 et 33 de la convention de Genève [...] et formule un avis quant au maintien ou à l'annulation de ces mesures ». ⁹¹ Article 5 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (« directive retour »), JOUE L 348/98 du 24 décembre 2008.

2 Un éloignement parfois interdit par le droit international des droits humains

Dans sa communication sur le pacte, la Commission précise que :

« en vertu du droit international en matière de droits humains, le principe de non-refoulement garantit qu'aucun individu ne devrait être renvoyé vers un pays où il serait exposé à la torture, à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et à d'autres préjudices irréparables. »

Le droit international des droits humains, ainsi que les organes qui contrôlent son respect par les États, interdit de façon absolue un tel éloignement, peu importe la dangerosité de l'individu⁹². Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « Cour EDH ») refuse de « remettre en cause le caractère absolu de l'article 3 ». Elle s'oppose à

la mise en balance du risque craint par l'individu en cas de refoulement et de la menace qu'il constitue pour la sécurité, et elle réfute la possibilité d'exiger un seuil probatoire plus important pour établir le risque de mauvais traitements lorsque l'individu est dangereux⁹³. D'ailleurs, si la directive qualification reprend les exceptions au principe de non-refoulement consacrées par la Convention de Genève, elle rappelle toutefois l'obligation pour les États de respecter leurs obligations internationales⁹⁴. Or, la CJUE a largement neutralisé ces exceptions⁹⁵ – qui seraient devenues « lettres mortes »⁹⁶ – s'appuyant sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « CDFUE »), qui prévoit l'interdiction du refoulement de façon absolue. Ainsi, selon la Cour :

⁹²Cour EDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, 22414/93, 580, Cour EDH, 17 déc. 1996, *Ahmed c/ Autriche*, 25964/94, 541. Cette interdiction est fondée sur l'article 3 CEDH, qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants. ⁹³Cour EDH, 28 févr. 2008, *Saadi c/ Italie*, 37201/06, 55137-141. ⁹⁴Article 21(1) de la directive qualification. ⁹⁵CJUE, *M. c/ Ministerstvo vnitra*, précitée. ⁹⁶P. Boeles, « Non-refoulement: is part of the EU's qualification Directive invalid? », *EU Law Analysis*, 2017.

« Tandis que l'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève prive, dans de telles hypothèses, le réfugié du bénéfice du principe de non-refoulement vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée, l'article 21, paragraphe 2, de la directive 2011/95 doit [...] être interprété et appliqué dans le respect des droits garantis par la Charte, notamment à l'article 4 et à l'article 19, paragraphe 2, lesquels interdisent en des termes absolus la torture ainsi que les peines et les traitements inhumains ou dégradants, quel que soit le comportement de la personne concernée, de même que l'éloignement vers un État où il existe un risque sérieux qu'une personne soit soumise à de tels traitements. »

Seuls pourront donc être éloignés les individus dangereux pour la sécurité, y compris s'ils se sont vu reconnaître la qualité de réfugié, qui ne craignent pas de subir des traitements prohibés par le droit international des droits humains. Rappelons ici toutefois que la Commission préconise une procédure de retour depuis la frontière, et que cela pose la question de l'applicabilité de la CEDH. La Cour EDH a réaffirmé en décembre 2020 que l'État qui prend des décisions à sa frontière exerce sa

juridiction au sens de l'article 1 CEDH, et doit donc respecter les obligations découlant de la Convention⁹⁷. En effet, dans la mesure où les postes de contrôle sont situés à la frontière et gérés par les garde-frontières de l'État partie, la Cour applique une présomption de compétence – puisque la procédure de contrôle des frontières, d'octroi ou de refus d'entrer sur le territoire et d'examen de la demande d'asile est menée exclusivement par des agents étatiques, en application notamment du droit interne⁹⁸. Ainsi, la Cour « *récuse implicitement la thèse d'une différence substantielle de régime entre les refus d'entrée et les mesures d'éloignement* »⁹⁹.

Précisons ici toutefois que le nouveau pacte pour la migration et l'asile ne résout pas la problématique de la demande d'asile dont l'examen est externalisé, ni de la situation dans laquelle un individu demande à accéder légalement au territoire de l'État d'accueil afin d'y déposer une demande d'asile. Or, cette question des conséquences de l'externalisation sur l'applicabilité de la CEDH s'est posée en mars 2020, au cours d'une affaire dans laquelle la Cour a exclu la situation du champ d'application de la Convention.

⁹⁷ Cour EDH, 14 déc. 2020, *MK and others v/ Pologne*, 40503/17, 42902/17 and 43643/17, §§129-130. Voir aussi, par exemple, Cour EDH, 11 déc. 2018, *M.A. and others v/ Lithuania*, 59793/17, §70 ; Cour EDH, 17 janv. 2017, *Kebe and others v/ Ukraine*, 12552/12, §§75-76. ⁹⁸ C. Boiteux-Picheral, C. Husson-Rochcongar, M. Afroukh, « Evolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2019, n°13. ⁹⁹ *Ibid.* ¹⁰⁰ Cour EDH, 5 mars 2020, *M.N. et autres c/ Belgique*, 3599/18, §§112-125. ¹⁰¹ P. Duoulombier, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2021, n°125, p. 77-96, p. 93-94.

Elle a en effet refusé de reconnaître que l'État belge exerçait sa juridiction lorsqu'il examinait les demandes de visas présentées dans une ambassade belge, dans un État tiers, par des individus qui souhaitaient accéder légalement au territoire belge pour y déposer une demande de protection internationale¹⁰⁰. La Cour retient que le seul fait que les autorités belges aient statué sur les demandes de visas, exerçant ainsi une prérogative de puissance publique, ne suffit pas à conclure que la Belgique exerçait sa juridiction, faute notamment de lien entre les requérants et l'État belge, et faute de contrôle des autorités belges sur le territoire de l'État tiers ou sur les requérants. Pas moins de onze États parties à la Convention, dont neuf États membres de l'Union européenne – notamment la France –, sont intervenus devant la Cour pour appuyer cette solution, manifestant ainsi « leur forte résistance à ce qui aurait été perçu comme une extension nouvelle et infondée de leur juridiction dans un domaine sensible situé au cœur de leur souveraineté »¹⁰¹. La Cour a donc été certainement guidée par des considérations politiques¹⁰² – outre la volonté de ne pas encombrer davantage son prétoire – qui l'ont poussée à refuser de « consacrer une application

quasi universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur leur territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la Convention en dehors de leur juridiction. »¹⁰³

En outre, la Cour aurait pu retenir que la situation relevait du champ d'application de la CEDH mais qu'il n'y avait pas violation de l'article 3¹⁰⁴, mais son refus d'adopter une telle solution peut s'expliquer par la volonté de la juridiction de ne pas remettre en cause le caractère indérogeable de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants¹⁰⁵. Cette solution contestable – en ce qu'elle revient à affirmer que « certaines prérogatives de puissance publique échappent aux obligations internationales de l'État en matière de droits de l'homme »¹⁰⁶ – questionne l'externalisation croissante de l'examen des demandes de protection internationale, dans la mesure où elle pourrait permettre aux États d'échapper à l'application de la CEDH, donc au contrôle de la Cour EDH¹⁰⁷. La Cour a ici confirmé le paradoxe du droit des réfugiés,

¹⁰² *Ibid.*, p. 94 : « Une possible extension de la juridiction apparaissait comme une ligne blanche à ne pas franchir sous peine de provoquer un rejet de l'institution dans son ensemble ». J. Andriantsimbazovina, « L'inapplicabilité de la convention européenne des droits de l'Homme au contentieux des demandes de visas déposées hors du Conseil de l'Europe », *Gaz. Pal.*, 2020 : « ce raisonnement et ces motivations [sont] assez fragiles au regard de l'exigence de fond de protéger les droits de demandeurs [...], mais il semble que la CEDH privilégie la souveraineté des États ». ¹⁰³ Cour EDH, M.N. et autres c/ Belgique, précitée, §123. ¹⁰⁴ A. Godefroy, « L'applicabilité de la convention européenne des droits de l'homme aux actes de l'État produisant des effets en dehors du territoire national », *Droits fondamentaux, Centre de recherches sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire*, n°18, 2020, p. 24. ¹⁰⁵ P. Ducoulombier, *loc. cit.*, p. 96. ¹⁰⁶ A. Godefroy, *loc. cit.*, p. 11. ¹⁰⁷ Voir S. Corneloup, « Visa humanitaire et champ d'application spatial de la CEDH. Les limites de l'encadrement conventionnel en cas de gestion extraterritoriale des migrations », *Rev. crit. dip.* 2020, n°4, p. 747-763.

«à savoir le fait d'imposer le respect du droit à l'asile et l'interdiction du refoulement, sans pour autant prévoir aucun moyen concret pour garantir l'accès au territoire pour toute personne réellement exposée à persécutions ou traitements inhumains et dégradants»¹⁰⁸.

Si le nouveau pacte sur la migration et l'asile régit la procédure d'examen des demandes d'asile déposées par les individus ayant atteint les frontières de l'Union européenne, il maintient toutefois ce paradoxe. En effet, il n'organise pas des voies d'accès légales suffisantes pour les personnes migrantes qui souhaitent déposer une demande de protection, d'autant

moins si celles-ci sont susceptibles de menacer la sécurité de l'État d'accueil. Il ressort de ces développements que, si la jurisprudence a exclu « toute idée de compétence universelle au titre de l'article 1 » CEDH¹⁰⁹, celle-ci a toujours vocation à s'appliquer lorsque, comme le prévoit le pacte, la demande d'asile est examinée à la frontière de l'État partie. Or, cet État a l'obligation de ne pas éloigner l'individu qui craint de subir des mauvais traitements dans son État d'origine, même s'il constitue une menace pour la sécurité. Il reste à voir s'il est parfois possible qu'un individu craignant des persécutions soit éloigné, et ce qu'il adviendra des réfugiés dangereux qui ne peuvent pas l'être.

¹⁰⁸ R. Angrisani, *L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières*, Thèse, Universités de Bordeaux et Laval, 2020, p. 84.. ¹⁰⁹ S. Touzé, « Si la compétence l'emportait sur le territoire ? Réflexions sur l'obsolescence de l'approche territoriale de la notion de juridiction », *RQDI*, 2020, p. 189-200, p. 196.

B D'impossibles éloignements malgré une jurisprudence récente favorable

Si la jurisprudence récente se montre favorable à l'éloignement de réfugiés dangereux pour la sécurité (1), certains d'entre eux encourent des traitements prohibés par le droit international des droits humains et ne pourront pas être éloignés, ce qui pose la question de leur situation juridique (2).

1 L'éloignement admis dans des décisions récentes

La procédure immédiate de retour pour les individus dont la demande d'asile a été rejetée à la frontière pourrait s'appliquer, selon la Commission, aux demandeurs d'asile menaçant la sécurité. Or, l'éloignement d'un individu dangereux qui craint des persécutions – et est ainsi éligible à la reconnaissance de la qualité de réfugié – sera interdit s'il est contraire au droit international des droits humains. La question se pose donc de savoir s'il existe des situations dans lesquelles un réfugié peut se voir appliquer une exception au principe de non-refoulement prévue par le

droit d'asile et être ainsi éloigné sans que cela ne constitue une violation du droit international des droits humains. Autrement dit, la notion de persécutions au sens du droit des réfugiés recoupe-t-elle celle de traitements inhumains ou dégradants au sens, notamment, de la CEDH ? Si tel n'est pas le cas, il existera des situations dans lesquelles un individu pourra être éloigné, parce qu'il craint des persécutions sans pour autant encourir de tels traitements. La jurisprudence européenne (CJUE et Cour EDH) comme nationale tendent à admettre une telle possibilité.

D'une part, la CJUE affirmait déjà en 2019 que les exceptions au principe de non-refoulement devaient rester inappliquées uniquement dans les situations où l'individu encourait des traitements prohibés par la CDFUE – qui, en substance, reprend sur ce point la CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH. Elle retenait que :

« Lorsque le refoulement d'un réfugié [...] ferait courir à celui-ci le risque que soient violés ses droits fondamentaux consacrés à l'article 4 et à l'article 19, paragraphe 2, de la Charte, l'État ne saurait déroger au principe de non-refoulement au titre de l'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève (...) ».¹¹⁰

La Cour semblait ici suggérer a contrario qu'il était possible que l'intéressé craigne des persécutions sans encourir une telle violation, et qu'il soit alors éloigné.

D'autre part, la Cour EDH a, deux ans plus tard, distingué persécutions et traitements inhumains ou dégradants – la Commission européenne des droits de l'Homme l'avait déjà fait clairement¹¹¹. Dans sa jurisprudence antérieure, la

Cour s'était parfois référée à l'évaluation effectuée par le HCR pour en déduire un risque de violation de l'article 3 CEDH¹¹². Elle avait parfois rappelé l'importance qu'elle attachait au fait que le requérant ait été reconnu réfugié – et si elle estimait que ce n'était pas un élément suffisant pour caractériser un risque de violation de l'article 3, elle concluait finalement à une telle violation¹¹³. Pourtant, elle a retenu en mars 2021 que l'éloignement d'un réfugié vers son État d'origine en application d'un mandat d'arrêt européen n'était pas contraire à la CEDH¹¹⁴, en dissociant la qualité de réfugié de l'évaluation du risque de violation de l'article 3 CEDH. Après avoir rappelé l'importance qu'elle accordait au statut de réfugié du requérant, la Cour a procédé à l'examen de sa situation. Elle a estimé que malgré le maintien de son statut par les autorités suédoises, le requérant n'avait produit « *aucun élément de nature à étayer le risque de subir des persécutions constitutives de traitements d'une gravité telle qu'ils atteindraient le seuil de l'article 3* »¹¹⁵ – suggérant donc que certaines persécutions n'atteignent pas ce seuil de gravité.

¹¹⁰ CJUE, *M. c/ Ministerstvo vnitra*, 5595 et 110. Nous soulignons. ¹¹¹ Commission EDH, 17 mai 1984, *C. c/ Pays-Bas*, 10760/84 : « Bien que le risque de persécution politique ne puisse en soi être assimilé [...] à un traitement inhumain ou dégradant, la Commission n'exclut pas cependant qu'il peut poser un problème au regard de l'article 3 s'il entraîne pour l'intéressé un préjudice atteignant un degré de gravité tel qu'il relève alors de cette disposition », citée dans V. Chétail, « Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : bilan de la jurisprudence européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *RBDI*, 2004, no1, p. 155-210, p. 180. ¹¹² Cour EDH, 11 juill. 2000, *Jabari c/ Turquie*, 40035/98, 541. ¹¹³ Cour EDH, *Ahmed c/ Autriche*, précitée, 5542-43. ¹¹⁴ Cour EDH, 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c/ France*, 40324/16 et 12623/17. ¹¹⁵ *Ibid.*, 5139.

Deux jours après, c'est le Conseil d'État français qui, statuant en référé, a refusé de suspendre l'éloignement de deux ressortissants russes ayant pourtant la qualité de réfugiés – et dont le statut avait été révoqué en raison de leur dangerosité¹¹⁶. Le Conseil s'est fondé sur les exceptions au principe de non-refoulement consacrées par le droit des réfugiés, et sur l'article L.521-1 du CESEDA, qui autorise l'expulsion d'un étranger « si [s]a présence en France [...] constitue une menace grave pour l'ordre public ». Il a retenu à son tour – se référant à la jurisprudence précitée de la CJUE – la possibilité de dissocier les persécutions au sens du droit d'asile des traitements prohibés par le droit international des droits humains. En l'espèce, il a considéré que les deux requérants n'avaient pas apporté « d'élément de nature à établir qu'il[s] serai[en]t personnellement et actuellement exposé[s] à des traitements inhumains ou dégradants en cas de retour en Russie »¹¹⁷. Ainsi, « la qualité de réfugié ne permettrait pas, à elle seule, d'établir le risque [...] de traitements inhumains ou dégradants en cas de retour dans le pays d'origine »¹¹⁸. Pourtant, puisque la dangerosité d'un réfugié pour la sécurité n'est pas de nature à remettre

en cause sa qualité de réfugié, « le risque d'atteintes aux droits fondamentaux en cas d'éloignement paraît logiquement caractérisé »¹¹⁹. Cette caractérisation ne semble plus aller de soi.

Un mois plus tard, en avril 2021, la Cour EDH a rappelé une nouvelle fois « qu'elle a[vait] une conscience aiguë de l'ampleur du danger que représente le terrorisme [et] des énormes difficultés que rencontrent actuellement les États pour protéger leur population de la violence terroriste », mais que l'implication du requérant dans des activités terroristes n'était pas pertinente « dans le cadre de l'analyse sur le terrain de l'article 3 »¹²⁰. Elle a engagé la responsabilité de la France pour avoir éloigné un réfugié russe dangereux pour la sécurité sans vérifier que son éloignement ne violait pas l'article 3 CEDH. Elle a observé que la procédure n'avait pas permis un examen complet de la situation – il n'avait notamment pas été tenu compte de la décision de l'OFPRA de lui accorder le statut de réfugié, ni du fait que la révocation de ce statut n'entachait en rien sa qualité de réfugié. Elle a conclu à la « violation de l'article 3 en son volet procédural, si le requérant était renvoyé en Russie en l'absence d'une appréciation [...]

¹¹⁶ Conseil d'État, 27 mars 2021, 450402, 450395. ¹¹⁷ Conseil d'État, 27 mars 2021, 450395, §10. ¹¹⁸ J. Fernandez, T. Fleury Graff et A. Marie, « Ni asile, ni refuge : à statut dégradé, qualité ignorée ? », *Le Club des juristes*, 2021. ¹¹⁹ *Ibid.* ¹²⁰ Cour EDH, 15 avril 2021, K.I. c/ France, 5560/19, §§118-119.

du risque qu'il allégu[ait] encourir en cas de mise à exécution de la mesure de renvoi »¹²¹. A l'aune de cette décision, on peut estimer que la Cour EDH, si elle en est saisie, engagera la responsabilité de la France pour les décisions évoquées du Conseil d'État, dans lesquelles « *la qualité de réfugié n'est pas interprétée comme une présomption – ni même un indice – de craintes de traitements inhumains ou dégradants* ».¹²²

Ainsi, la procédure d'éloignement depuis la frontière préconisée par la Commission semble d'ores et déjà parfois possible, puisque la jurisprudence accepte de dissocier droit d'asile et droit international des droits humains – bien qu'en l'état actuel du droit, l'individu conserve sa qualité de réfugié. Toutefois, le nouveau pacte sur la migration et l'asile n'aborde pas la situation des réfugiés dangereux pour la sécurité qui ne peuvent pas être éloignés parce qu'ils craignent de subir des traitements prohibés.

¹²¹ *Ibid.*, §§144-145. ¹²² J. Fernandez, T. Fleury Graff et A. Marie, « Ni asile, ni refuge », *loc. cit.*

2 Des individus ni éloignables ni régularisables : le risque d'une zone grise

Dans de nombreux cas, il est possible de qualifier les persécutions craintes au titre du droit des réfugiés de traitements inhumains ou dégradants au sens du droit international des droits humains¹²³. Si l'on considère que la demande d'asile déposée par un individu menaçant la sécurité a peu de chances d'être acceptée, et si on la qualifie dès lors de demande manifestement infondée, se posera la question de la situation de l'intéressé. Cette qualification reviendrait non seulement à ajouter une clause d'exclusion à la liste exhaustive de la Convention de Genève, mais surtout la situation serait problématique en ce que l'individu ne pourrait être ni éloigné ni régularisé.

Déjà aujourd'hui, l'individu doté d'un statut amoindri ne jouit pas de tous les droits fondamentaux, mais si sa demande d'asile était rejetée en raison de la menace qu'il constitue pour la sécurité, il ne bénéficierait d'aucun statut, se trouvant alors dans la même situation que l'exclu. Si la CEDH ne consacre pas de droit à l'asile, il

n'en reste pas moins que la Cour EDH contrôle le respect par les États parties des droits que la Convention garantit. Or, la légalité d'une telle situation serait discutable, dans la mesure où l'individu, qui ne pourrait pas être régularisé, ne bénéficierait d'aucun droit.

En principe, la Cour EDH se satisfait de la non-exécution de la mesure d'éloignement, sans exiger qu'un permis de séjour soit accordé à l'intéressé¹²⁴ et déclare irrecevables les requêtes dans lesquelles le requérant conteste le refus d'un tel permis, ou encore la précarité économique et sociale dans laquelle il se trouve¹²⁵. Ainsi, elle « tolère des situations juridiquement précaires¹²⁶ ». Elle a toutefois déjà souligné que les conditions de vie pouvaient constituer un traitement prohibé par l'article 3¹²⁷. Il serait en effet possible de considérer que l'absence de statut juridique est en elle-même constitutive d'un traitement inhumain ou dégradant, passible d'un engagement de la responsabilité de l'État français¹²⁸. La communication de la Commission, qui affirme que le

¹²³ A. Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 1422. ¹²⁴ H. Lambert, « *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities* », *Refug. Surv. Q.*, 2005, vol.24, no2, p. 39-55, p. 50. ¹²⁵ Cour EDH, 15 sept. 2005, *Bonger v/ the Netherlands*, 10154/04, Cour EDH, 28 octobre 1999, *Pancenko v/ Latvia*, 40772/98. ¹²⁶ H. Raspail, « *Entre droit de l'asile et droits de l'homme : une zone grise du droit européen* », *JDE*, 2020, p. 154-164, p. 161. ¹²⁷ Cour EDH, *Pancenko v/ Latvia*, précitée. ¹²⁸ J.-Y. Carlier et P. d'Huart, « *Chapitre 1 : L'exclusion du statut de réfugié : cadre général* », in V. Chétail et C. Laly-Chevalier (dirs), *Asile et extradition : théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Organisation internationale et relations internationales, vol.75, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 3-32, p. 28.

demandeur d'asile dangereux verra certainement sa demande rejetée, est donc problématique, non seulement au regard du droit des réfugiés – qui ne prévoit pas un tel motif d'exclusion –, mais aussi au regard de la protection des droits humains. En effet, même s'il n'y avait pas d'éloignement, la légalité de la situation de l'individu poserait question. Toutefois, elle ne serait pas si différente de ce qui a cours actuellement, dans la mesure où le bénéfice des droits attachés à la qualité de réfugié est souvent illusoire. Il est en effet peu probable qu'« en l'absence de l'octroi d'un statut formel, aussi précaire soit-il », l'intéressé ait effectivement la jouissance des droits garantis par la directive qualification et la CJUE¹²⁹ – et ce même s'il est éligible à la qualité de réfugié.

Enfin, au-delà de la protection des droits fondamentaux, présumer que la demande d'un individu menaçant la sécurité a peu de chances d'être acceptée poserait précisément un problème de sécurité – qui là encore existe déjà : marginaliser l'individu revient à accroître sa dangerosité, celui-ci étant « condamné à la clandestinité sans aucun contrôle des risques qu'il pourrait constituer »¹³⁰. L'individu qui

devrait être le plus encadré est ainsi laissé en marge de la société¹³¹, sans aucun statut juridique.

Ainsi, le nouveau pacte sur la migration et l'asile illustre à quel point « le droit des réfugiés [est] malmené par l'obsession sécuritaire »¹³² – à l'instar des règlements sur l'interopérabilité adoptés en 2019¹³³, pour lesquels le consensus entre les États a été obtenu plus facilement, révélant leur volonté d'avancer sur le plan défensif plutôt que sur le plan de la protection des personnes migrantes. Pour autant, le nouveau pacte et les directives et règlements européens qui sont désormais soumis aux débats ne pallient pas les difficultés existantes concernant les demandeurs d'asile menaçant la sécurité. Il aurait semblé plus opportun d'admettre qu'un éloignement vers leur État d'origine est impossible s'ils y encourent des mauvais traitements, qu'une protection doit en conséquence leur être octroyée ; et de prévoir, en parallèle, la mise en place des mesures permettant de surveiller leurs actions et de limiter ainsi la menace qu'ils représentent. Or, le nouveau pacte ne permet pas d'atteindre cet objectif de protection de l'État d'accueil, puisque les propositions de la Commission amènent, une nouvelle fois, « à maintenir les

¹²⁹ J.-B. Farcy, « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *Cahiers de l'EDEM*, 2019. ¹³⁰ C. Macq, « L'ordre public et la sécurité nationale comme instruments de contrôle étatique en matière migratoire : quelles limites la jurisprudence fixe-t-elle à l'exercice de ces prérogatives étatiques ? », *RTDH*, 2020, n°123, p. 139-182, p. 180. ¹³¹ J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 264. ¹³² J. Fernandez, T. Fleury Graff et A. Marie, « Ni asile, ni refuge », *loc. cit.* ¹³³ Règlement (UE) 2019/818 du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration et modifiant plusieurs règlements ; règlement (UE) 2019/817 du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes de l'UE dans le domaine des frontières et des visas et modifiant plusieurs règlements.

requérants dans une situation de limbes juridiques sans pour autant constituer le moindre progrès pour la sécurité des États »¹³⁴. Ce mouvement sécuritaire au

nom de la lutte contre le terrorisme, qui semble être « inexorable », risque de remettre en cause l'asile, qui constitue pourtant « l'une des institutions les plus essentielles de notre État de droit »¹³⁵.



¹³⁴S. Barbou des Places, « L'autonomie du droit d'asile de l'UE : à quel prix ? », RTDE, 2020, n°1, p. 136-142. ¹³⁵C. Gauthier, loc. cit.

04

Le nouveau mécanisme de solidarité du Pacte sur la Migration et l'Asile : « un pour tous, tous pour un » ?

Ludwig DEROY

Doctorant en Droit Public à l'Université de Nantes,
Laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297),
ATER en Droit Public à la Faculté de Droit de Nantes

Introduction

La figure du Mousquetaire a longtemps illustré la notion de solidarité et d'honneur. Historiquement la devise de ces corps militaires armés de mousquets était plus martiale : « *Quo ruit et letum* » et « *Alterius Jovis altera tela* » ce qui signifie respectivement « *Où elle tombe la mort vient avec elle* » et « *Les autres traits d'un autre Jupiter* ». C'est sous la plume d'Alexandre Dumas, dans son roman « *Les Trois Mousquetaires* » que ces corps d'armée adoptent la devise traditionnelle de la Suisse « *Unus pro omnibus omnes pro uno* » qui passera de « *un pour tous, tous pour un* » à « *tous pour un, un pour tous* », confondue aujourd'hui avec la citation apocryphe « *un pour tous et tous pour un* ». Cet esprit d'engagement mutuel et d'obligations supérieures réciproques est assez comparable avec l'idée de solidarité dans la gestion des politiques de l'Union européenne dans lesquelles les États membres se doivent d'être solidaires, unis dans les difficultés et les crises.

La solidarité est tirée du latin « *solidus* » qui peut se traduire par « *entier* ». Elle consiste en un lien d'appartenance à un groupe, une communauté autour de valeurs morales ou/et d'obligations légales. En droit la solidarité désigne le rapport juridique entre plusieurs personnes physiques ou morales tenues par des obligations. Le droit de l'Union européenne¹ conçoit la solidarité à travers les rapports juridiques entre États membres autour d'un devoir d'entraide, d'obligations juridiques et de responsabilités conjointes².

La solidarité concerne l'ensemble des politiques de l'Union européenne. A ce titre la politique de cohésion économique sociale et territoriale incarne cette idée par le biais des fonds structurels nécessaires au développement des États membres. Les États membres font également preuve de solidarité dans l'exécution des politiques de l'Union européenne par le biais de leur participation au budget comme c'est le cas avec la Politique agricole commune. La clause de solidarité en matière de sécurité issue de l'article 222 TFUE dispose que les États membres se doivent assistance en cas de menace terroriste, de catastrophe naturelle ou

humaine. Les crises peuvent être un moteur de la solidarité européenne. Les crises économique et sanitaire ont permis de faire avancer l'idée d'une solidarité européenne en matière de dettes ainsi qu'une capacité d'achat de matériel médical commun par le biais de commandes groupées³.

La solidarité européenne peut toutefois se révéler plus incantatoire que pratique. Le souhait d'une approche plus solidaire de l'Union économique monétaire à travers l'idée des *Eurobonds* proposée par l'Italie et l'Espagne s'est ainsi heurté à l'opposition de plusieurs États membres comme les Pays-Bas⁴. La participation au budget de la Politique agricole commune avait été remise en question par le Royaume-Uni dès son adhésion à la Communauté économique européenne. Enfin la crise sanitaire a été le théâtre de carences de solidarité avec des commandes unilatérales de matériels médicaux ainsi que de vols de masques entre les États membres⁵.

La solidarité européenne, avec ses aspirations et ses limites, est également présente à travers la politique commune de migration et d'asile.

¹Voir à ce sujet la thèse de K. Abderemane, « La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne », soutenue en 2010 à l'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (Poitiers). ²Article 80 TFUE. ³Disposition faisant suite à la crise provoquée par le virus H1N1 en 2009, encadrée par l'article 5 de la Décision 1082/2013/UE du 22 octobre 2013 relative aux menaces transfrontalières graves sur la santé et abrogeant la décision n°2119/98/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; voir à ce sujet De Grove-Valdeyron, « La gestion du Covid-19 par l'Union européenne : la réponse sanitaire », *Revue de l'Union européenne* 2020, p.277. ⁴M. Ruffert, « Le bouleversement de l'Union économique et monétaire dans la crise pandémique », *RTD Eur.*2020, p.915. ⁵De Grove-Valdeyron, « La gestion du Covid-19 par l'Union européenne : la réponse sanitaire », *Op. Cit.*

L'article 80 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que les politiques de l'Union européenne (UE) relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration sont « régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres »⁶. En vertu du TUE et du TFUE, les États membres ont donc une obligation juridique concrète d'entraide et de partage de responsabilités dans la gestion de la migration et de l'asile. Cela implique tant le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne que l'accueil des demandeurs d'asile et migrants. Malheureusement, les dispositions du droit primaire relatives à la solidarité dans la conduite de la

politique migratoire se sont révélées être davantage des incantations que des réalisations.

En 2015, lors de ce qui a été appelé la « crise migratoire », le régime d'asile européen commun a révélé de profondes lacunes en matière de solidarité. Plutôt que d'opter pour un partage de l'accueil des demandeurs d'asile en fonction des capacités d'accueil⁷, les États membres se sont divisés. Alors que l'Italie et la Grèce, débordées par l'enregistrement des migrants ont ouvert leurs frontières, certains États membres⁸ ont fait le choix de l'accueil tandis que d'autres ont fermé leurs frontières terrestres par des murs juridiques voire physiques⁹.

⁶ Article 80 TFUE ; Voir également l'article 67.2 TFUE disposant notamment que l'UE « développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres » ; Ainsi que l'article 3.3 alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) selon lequel l'UE promeut « la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres » ; Idée pouvant être également relevée aux Articles 2 TUE et 222 TFUE. ⁷ Voir à ce sujet la fiche d'information de la Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Novembre 2017. ⁸ En particulier l'Allemagne, la France, l'Espagne et l'Italie. IN, R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », 16 novembre 2020, Fondation Robert SCHUMAN, Questions d'Europe n°577. ⁹ D. Ritteng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », RTD Eur. 2017, p.437 ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op.Cit. : Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Novembre 2017.

Malgré ses réformes de 2003 et 2013¹⁰, le système de Dublin s'est révélé incapable d'établir une solidarité européenne entre les États membres en dépit de ses dispositions contraignantes relatives à la solidarité¹¹. Le principe de responsabilité du premier État membre d'entrée est l'une des illustrations de cette absence de solidarité en exposant davantage certains États membres¹² à l'obligation d'accueil des demandeurs d'asile et immigrés en raison de leur situation géographique¹³. Les instruments juridiques du système de Dublin sont défaillants quant à l'objectif de solidarité ; ce qui explique la volonté des États membres de ne pas les modifier de manière significative.

Préférant conserver le mécanisme de Dublin en l'état, ces derniers ont choisi de renforcer l'action de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) par des opérations de retour critiquables sur le plan juridique¹⁴. Dans leur volonté conjointe de ne pas être contraints à la solidarité en modifiant le mécanisme de Dublin, les États membres ont également conclu des accords avec plusieurs États tiers pour limiter le nombre de migrants et de demandeurs d'asile qu'ils seraient tenus d'accueillir¹⁵.

¹⁰ Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes – Convention de Dublin, Journal officiel n°C 254 du 19 Août 1997, p. 1-12 ; Règlement (CE) n°343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, Journal officiel n°L 050 du 25 février 2003, p. 0001 – 0010 ; Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduire dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), Journal officiel de l'Union européenne L 180/31 du 29 juin 2013, p.31-59. ¹¹ Considérants 7, 8, 9, 22, 25 et Article 34.4 Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ; Le considérant 22 dispose notamment que « la solidarité [...] est un élément central du RAEC [et] va de pair avec la confiance mutuelle », cette confiance mutuelle est censée « permettre de mieux orienter les mesures concrètes d'une solidarité réelle et concrète vers les États membres afin d'assister les États membres touchés en général et les demandeurs en particulier », les actes de l'Union « devraient, chaque fois que cela est nécessaire, contenir des mesures appropriées pour l'application du principe de solidarité », ces aspirations devant permettre un « cadre commun pour une solidarité réelle et concrète à l'égard des États membres dont le régime d'asile est soumis à des pressions particulières ».

¹² Italie, Grèce, Espagne. ¹³ D. Ritleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit. ; R. Blaj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ; Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Novembre 2017. ¹⁴ D. Ritleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit. ; Déclaration UE-Turquie, Communiqué de Presse n°144/16, 18 mars 2016. ¹⁵ La « déclaration » UE-Turquie du 18 mars 2016 est l'exemple emblématique de cette coopération critiquable des États membres avec les États tiers afin d'entraver les flux migratoires à destination de l'Union européenne sans avoir à modifier le mécanisme de Dublin. ¹⁶ « Les charges que comportent les mesures provisoires [...] aux fins d'aider la République hellénique et la République italienne à mieux faire face à une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur leur territoire, doivent, en principe, être réparties entre tous les autres États membres, conformément au principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres, principe qui, conformément à l'article 80 TFUE, régit la politique de l'Union en matière d'asile », CJUE, 2 avril 2020, Commission c/ Pologne, Aff C-715/17; C-718/17 et C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, point n°181.

Le refus de cette solidarité, pourtant rappelée en 2020 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à la Pologne, la Hongrie et la République tchèque¹⁶, révèle une désunion des États membres dans le cadre de la politique de contrôle aux frontières, de l'asile et de l'immigration. La Commission européenne se trouve ainsi dans une position de funambule dans laquelle l'institution doit rappeler l'importance de la solidarité européenne et renforcer la crédibilité juridique de la politique commune d'asile et d'immigration ; tout en prenant en compte l'opposition de nombreux États membres à une solidarité trop contraignante ainsi que l'hostilité de plusieurs à un nouveau mécanisme de relocalisation.

La position de la Commission européenne est d'autant plus délicate qu'elle doit répondre à des attentes contradictoires. D'une part, elle doit apporter des garanties aux États membres comme l'Italie et la Grèce qui réclament un renforcement conséquent de la solidarité européenne pour les assister dans la gestion des demandes d'asile. D'autre part, la Commission européenne a conscience qu'elle ne peut pas aller vers une révolution de la politique d'asile que de nombreux États membres souhaitent maintenir en l'état.

Consciente qu'une réponse insuffisamment équilibrée risquait de rencontrer une forte opposition des États membres, la Commission européenne a dans un premier temps insisté sur l'importance de la solidarité européenne lors du discours sur l'état de l'Union 2020¹⁷. Ce choix n'est guère surprenant compte tenu des critiques sur l'échec des instruments européens pour régler la « crise migratoire » ainsi que sur l'impossibilité d'imposer de manière contraignante la solidarité européenne aux États membres. L'enjeu est encore de déterminer si ce renforcement reste de l'ordre symbolique ou qu'il fait l'objet d'une réalisation juridique concrète.

La réponse est apportée par la Commission européenne le 23 septembre 2020 dans une Communication¹⁸ proposant une évolution de la politique européenne de migration et d'asile. Dans ce document, la Commission européenne propose une nouvelle vision de la solidarité européenne tenant compte des besoins divergents, voire contradictoires des États membres. Cette réforme est censée permettre un renforcement de la solidarité européenne sans laquelle la politique de migration et d'asile ne saurait être commune¹⁹.

¹⁷ « Les pays qui remplissent leurs obligations juridiques et morales ou qui sont les plus exposés que les autres doivent pouvoir compter sur la solidarité de toute notre Union européenne », U. von der Leyen, Discours sur l'état de l'Union 2020, 16 septembre 2020. ¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 23 septembre 2020, COM (2020) 609 final, 34p. ¹⁹ Idée reconnue explicitement par la Commission européenne : « En travaillant de concert, l'UE peut, et doit, faire en sorte qu'une politique de migration et d'asile véritablement commune voie le jour rapidement », IN, Commission européenne, COM (2020), 23 septembre 2020, 609 final, précité.

L'étude de cette Communication soulève plusieurs réflexions. L'une d'elle concerne la réponse, pertinente ou non, aux différentes attentes des États membres sur la politique européenne de migration et d'asile. La question de la conservation des marges d'actions des États membres dans la conduite de la politique de migration et d'asile à travers cette nouvelle solidarité est également essentielle. Il s'agit de déterminer si la politique de migration et d'asile peut devenir réellement solidaire et commune à l'aide de cette réforme et s'il s'agit d'une évolution ou d'une révolution juridique.

En quoi les évolutions juridiques de la politique de migration et d'asile révèlent-elles l'absence de solidarité européenne entre les États membres malgré la volonté de son renforcement politique par la Commission européenne ?

Ainsi, le nouveau Pacte traduit la volonté de la Commission de réaffirmer l'importance de la solidarité dans la politique européenne de migration et d'asile (I) mais traduit également les difficultés de garantir la solidarité dans cette politique européenne (II).

La volonté du Pacte de migration et d'asile de réaffirmer l'importance de la solidarité

La Communication de la Commission européenne du 23 septembre 2020 se caractérise par une nouvelle vision de la solidarité européenne dans la politique européenne de migration et d'asile. La Commission propose ainsi que le caractère contraignant de la solidarité soit réaffirmé, mais souhaite également la rendre plus flexible (A). Cette souplesse n'empêche pas la Commission européenne de dégager une hiérarchie des options par la promotion d'une action solidaire européenne à travers les opérations de recherche et de sauvetage en mer, tout en entretenant une certaine ambiguïté à l'égard des « *parrainages* » en matière de retour (B).

A L'affirmation d'une solidarité contraignante mais souple

La Commission propose aux États membres le choix entre plusieurs options afin d'exécuter leur obligation de solidarité. Ce choix est divisé entre les opérations solidaires principales concernant les relocalisations et les retours (1), ainsi que les opérations solidaires plus secondaires (2).

1 Les opérations solidaires principales de relocalisation et de retour

La solidarité de la politique de migration et d'asile constitue le second pilier de la Communication de la Commission européenne²⁰. Cette position révèle l'ambition forte de la Commission de réaffirmer l'importance primordiale de la solidarité entre les États membres dans la gestion de cette politique européenne. La Communication du 23 septembre 2020 indique qu'« aucun État membre ne devrait se voir imposer une responsabilité disproportionnée et que tous les États membres devraient systématiquement contribuer à la solidarité »²¹. La prudence liée à l'emploi du conditionnel ne saurait toutefois illustrer un défaut de volonté de la Commission européenne dans

l'affirmation politique de la solidarité européenne ; encore faut-il que les instruments européens se montrent à la hauteur de cette ambition.

Afin de garantir cette solidarité obligatoire, la Commission européenne a fait le choix d'une approche flexible de cette obligation incombant aux États membres. Ces derniers bénéficient en effet de la faculté de contribuer à la solidarité envers un État membre en difficulté par des dispositifs laissés à leur libre appréciation²². Les États membres ont la possibilité de choisir de s'assister mutuellement par des relocalisations et des « parrainages en matière de retour »²³.

²⁰ « Un cadre commun pour la solidarité et le partage des responsabilités », Titre 2.2, Commission, COM (2020) 609 final, précité, p.7, 34 p. ²¹ COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p.3. ²² COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p. 7 et 8. ²³ Ibid., p.7.

La Commission européenne semble lier les opérations de relocalisation et de retour comme deux éléments complémentaires de la solidarité européenne à la disposition des États membres²⁴. Cette idée est particulièrement présente dans l'affirmation de la Commission selon laquelle « *Bien que chaque État membre doit contribuer à la relocalisation et/ou au parrainage en matière de retour et qu'une clé de répartition soit appliquée, les États membres auront la latitude de choisir si et dans quelle mesure ils veulent répartir leurs efforts entre les relocalisations et les parrainages en matière de retour* »²⁵. L'utilisation des conjonctions « et/ou » entre les opérations de relocalisation et de retour semble mettre ces deux actions sur le même pied d'égalité, ce qui ne va pourtant pas de soi. L'hypothèse avancée par la Commission européenne implique que la solidarité européenne peut se matérialiser tant par l'accueil de demandeurs d'asile que le rejet de migrants en situation irrégulière. Ce qui permet de légitimer les opérations de retour pourtant

critiquées sur leur fondement²⁶ et sur les risques de violation du droit d'asile²⁷. Par ce rapprochement critiquable, la Commission européenne a réussi à rassembler les États membres hostiles à l'accueil des migrants en 2015 et ceux favorables à un mécanisme de relocalisation. Ce compromis risque toutefois de ne pas fonctionner correctement en cas de nouveaux flux migratoires massifs si les États membres sont trop divisés.

Concernant les seules opérations de relocalisation, la Commission européenne souhaite ainsi en conserver l'option, mais pas l'obligation pour les États membres. Il s'agit de ne pas répéter les affrontements politiques de 2015 ayant conduit à l'échec du mécanisme de relocalisation. Toutefois, la présence de la relocalisation reste symboliquement l'option la plus solidaire à la disposition des États membres bien qu'ils puissent choisir légalement d'y déroger. Ce point a par ailleurs été déploré par l'Espagne dont le Président du Gouvernement a regretté l'absence de mécanisme de solidarité obligatoire²⁸.

²⁴ « Le nouveau mécanisme de solidarité sera principalement axé sur la relocalisation ou le parrainage en matière de retour » ; « Les règles relatives aux procédures d'asile et de retour, à la frontière, seraient fusionnées dans un instrument législatif unique », COM (2020) 609 final, précité, p.6. ²⁵ COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p.7. ²⁶ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ²⁷ En particulier sur la question du principe de non-refoulement des demandeurs d'asile. ²⁸ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit.

La Commission européenne renvoie également à son projet de règlement prévoyant des mesures temporaires et nécessaires en cas de crise²⁹. Si le premier objectif de ce projet de règlement est l'organisation du régime d'asile européen commun en cas de crise et de force majeure ; le second objectif est de « veiller à ce que le système de solidarité [...] soit bien adapté aux crises caractérisées par un grand nombre d'arrivées irrégulières »³⁰. Ce projet d'instrument est intéressant, car il prévoit d'élargir le champ d'application de la relocalisation obligatoire pour d'autres sujets de droit tels que les demandeurs et bénéficiaires d'une protection immédiate³¹. Ainsi, la Commission européenne défend toujours l'idée d'opérations de relocalisation et en fait la promotion. Toutefois, cette position salutaire s'effectue en parallèle des opérations de retour dites « solidaires ».

La proposition de la Commission européenne se révèle originale dans l'idée d'opérations de parrainage en matière de retour comme exécution de l'obligation de solidarité³². Ainsi, les États membres qui feraient le choix de cette option fourniraient une aide à un autre État membre afin de procéder au retour des personnes n'ayant pas

le droit de séjourner sur le territoire de l'Union européenne³³. En créant cette option pour les États membres, la Commission européenne l'associe à la solidarité européenne, ce qui n'est pas sans soulever des critiques. A la suite de carences de solidarité en 2015 pour l'accueil des migrants, la Commission propose l'alternative d'une solidarité d'exclusion. Pouvait-il en être autrement compte tenu de la ferme position de nombreux États membres ? Cette proposition est le reflet de la difficile mission de la Commission européenne de rassembler l'ensemble des États membres autour d'une solidarité à renforcer.

Les critiques de plusieurs ONG sur cette solidarité d'exclusion se sont manifestées. Par exemple Judith Sunderland³⁴ a commenté les opérations de retour solidaire par la formule : « *It's like asking the school bully to walk a kid home* »³⁵. De même, Jon Cerezo d'Oxfam France a regretté la réalisation de la solidarité européenne par des opérations de retours au lieu de mettre l'accent sur la protection des demandeurs d'asile³⁶. Enfin, Caritas Europe a regretté cette emphase d'une solidarité par le parrainage des retours³⁷.

²⁹ Proposition de règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, COM (2020) 613 final, 23 septembre 2020, IN, COM (2020) 609 final, précité, p.13. ³⁰ Ibid., p.13. ³¹ Ibid, p.13. ³² Ibid, p.7. ³³ Ibid, p.7. ³⁴ Directrice adjointe par intérim la division Europe et Asie centrale de l'ONG Human Rights Watch. ³⁵ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ³⁶ Ibid. ³⁷ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit.

Ces oppositions restent sans importance pour les États membres, seuls décisionnaires de ces parrainages de retour. Ainsi, plusieurs États membres³⁸ accueillent favorablement cette nouvelle vision de la solidarité européenne à travers les opérations de retour³⁹ qui devraient être acceptées. Curieusement, tous les États membres opposés au mécanisme de relocalisation contraignant n'accueillent pas favorablement cette nouvelle conception de la solidarité. Ainsi, la

Hongrie, pourtant fortement opposée en 2015 à une relocalisation contraignante se montre réservée sur le coût des opérations de retour solidaires⁴⁰.

Ces opérations solidaires principales ne sont pas les seules options proposées aux États membres. La Commission propose également des opérations secondaires pour remplir l'obligation de solidarité de la politique de migration et d'asile.

³⁸ Autriche, Estonie, France, Grèce, Italie, Malte et Pologne. ³⁹ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.* ⁴⁰ « Il y a dans cette proposition des points que nous jugeons problématiques. Nous ne voulons pas nous faire bernier une seconde fois. Le « parrainage » des retours au pays en est un. Si je comprends bien, les États membres qui déclarent ne pas vouloir relocaliser de migrants peuvent se « racheter » en parrainant leur retour au pays d'origine. Cela me semble un passage de mistigri sur lequel il faudra sérieusement réfléchir » propos de G. Karolyi, ambassadeur de Hongrie à Paris, IN, E. Berretta, « Les flux migratoires ne doivent pas être gérés, ils doivent être arrêtés », *Le Point*, 28 septembre 2020 ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.*

2 Les opérations solidaires secondaires

Les autres options laissées au libre choix des États membres peuvent constituer selon la Commission « *le renforcement des capacités, le soutien opérationnel, l'expertise technique et opérationnelle, ainsi que le soutien concernant les aspects extérieurs de la migration* »⁴¹.

Ces options secondaires laissées au libre choix des États membres peuvent par exemple se matérialiser par le détachement temporaire de leurs agents pour l'accueil et l'enregistrement de demandeurs d'asile sur le territoire d'un autre État membre. Cette possibilité pourrait tenir compte des difficultés rencontrées par la Grèce et l'Italie en 2015 et éviter de répéter la situation où les autorités de ces États membres avaient choisi d'ouvrir leurs frontières tout en cessant l'enregistrement des demandeurs d'asile sur leur territoire national⁴². La gestion des centres d'accueil par les agents d'autres États membres irait également dans le sens de cette idée⁴³.

Toutefois, si tirer enseignement des erreurs passées est louable, le fait qu'il s'agisse d'un choix de l'État membre n'empêche pas la résurgence d'une nouvelle situation de crise. L'État membre qui choisirait une autre option solidaire, comme une contribution financière, ne répondrait pas à un débordement administratif de son voisin. C'est le problème lorsque les instruments proposés font preuve d'une grande souplesse juridique quant à leur utilisation.

Ces lacunes révèlent le souhait de la Commission européenne d'anticiper les situations de crises politiques entre les États membres sur la question de la solidarité⁴⁴. A la suite de l'échec du mécanisme de relocalisation des migrants et demandeurs d'asile⁴⁵, la Commission européenne avait parfaitement conscience de l'impossibilité politique d'imposer aux États membres un nouveau plan de relocalisation contraignant. Il fallait donc

⁴¹COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p. 8. ⁴²D. Rittleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit. ⁴³R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ; Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Op. Cit. R. ⁴⁴Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ; Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Op. Cit. ⁴⁵D. Rittleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit. ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ; Commission européenne « Relocalisation : EU Solidarity between Member States », Op. Cit.

répondre aux précédentes critiques en renforçant le caractère contraignant de la solidarité, tout en laissant aux États membres une grande souplesse dans le choix de sa matérialisation. Cette solidarité « à la carte » est un aveu d'impuissance politique auquel le juridique a essayé, tant bien que mal, de trouver une réponse permettant néanmoins des actions solidaires.

Bien que respectueux de la souveraineté des États membres, le nouveau Pacte proposé par la Commission européenne manifeste une préférence apportée par cette institution. La Commission déclare en effet qu'elle constituera une « réserve » de projets de mesures de solidarité⁴⁶. Cette « réserve » consistera « principalement » en relocalisations avec des mesures communiquées annuellement par les États membres⁴⁷. Si la Commission européenne insiste sur le libre choix des États membres, l'utilisation de l'adverbe « principalement » pour les mesures de relocalisation révèle la place prioritaire des options de solidarité selon l'institution européenne. Celle-ci apporte davantage de détails en précisant qu'elle

fournira des projections à court terme concernant « les débarquements prévus sur l'ensemble des routes ainsi que les groupes vulnérables susceptibles d'avoir besoin d'une relocalisation »⁴⁸.

Ces précisions et l'emploi de « principalement » sont l'illustration de l'ambition de la Commission européenne d'une hiérarchie des mesures solidaires au bénéfice des relocalisations, une manière d'inciter à ce qui avait fait défaut aux États membres lors de la « crise migratoire ». Vœu pieux d'une politique migratoire et d'asile solidaire par le partage des demandes d'asile, la préférence de la Commission européenne n'a que peu de chance d'aboutir. Il serait toutefois erroné de blâmer la Commission pour un encadrement qu'elle savait imparfait de la politique européenne de migration et d'asile. La Commission a le mérite d'avoir maintenu cette incitation à une relocalisation qu'elle savait par avance vouée à l'échec compte tenu de l'opposition des États membres, son maintien à défaut de son exécution est à saluer.

⁴⁶ COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p. 8. ⁴⁷ Ibid, p. 8. ⁴⁸ Ibid, p. 8.

Ces options secondaires d'exécution de la solidarité ont paradoxalement plus de chances d'être utilisées par les États membres que les principales. La relocalisation et les opérations de retour parrainées se heurtent à l'opposition des États membres pour des raisons divergentes mais qui s'unissent au final pour l'exclusion d'une action unifiée par ces biais. Ces options secondaires sont moins marquées politiquement, moins contraignantes et plus économiques ce qui permet d'envisager leur recours majoritaire pour remplir l'obligation de solidarité. Ainsi leur caractère secondaire est davantage lié à la hiérarchie opérée par la Commission européenne, la pratique se révélera au contraire majoritaire.

Toutefois, ces nouvelles obligations, aussi souples soient-elles doivent bénéficier d'une valeur contraignante pour être exécutées. Un recours en manquement est toujours envisageable

pour sanctionner un État membre qui ne remplirait aucune des obligations de solidarité ou l'exécuterait mal. Il serait toutefois préférable d'envisager un mécanisme concret de sanction des États membres pour défaut de solidarité. Ce mécanisme de sanction est envisagé bien que non défini à l'heure actuelle⁴⁹. L'absence de sanctions spécifiques au défaut de l'obligation de solidarité est fortement préjudiciable compte tenu de l'enjeu. Ce point est crucial car l'utilisation du recours en manquement est insuffisante pour dissuader de manière suffisamment forte les États membres de ne pas répondre à leurs obligations⁵⁰.

La solidarité plus souple proposée par la Commission européenne peut également s'étendre aux opérations de recherche et de sauvetage en mer. Par ailleurs, l'option des « *parrainages* » dans les opérations de retour présente des ambiguïtés juridiques.

⁴⁹ R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.* ⁵⁰ Point abordé dans le titre II) B) 2) relatif au rôle de la Cour de justice de l'Union européenne.

B Les précisions des opérations de sauvetage en mer et l'ambiguïté des « parrainages » en matière de retour

La Commission européenne révèle dans sa Communication une réelle volonté de renforcer la solidarité européenne. Ainsi, elle entend étendre explicitement la notion de solidarité aux opérations de recherche et de sauvetage en mer en apportant plusieurs précisions sur les actions à entreprendre (1). La Commission ne se montre toutefois pas aussi précise quant au déroulement des opérations de retours « parrainées » et semble entretenir quelques ambiguïtés (2).

1 La mise en place d'un mécanisme de solidarité pour les opérations de recherche et de sauvetage en mer

Le respect de l'obligation de solidarité pourrait être réalisé par les opérations de recherche et de sauvetage en mer⁵¹. Le drame de Lampedusa⁵² et les suivants⁵³ placent l'Union européenne et les États membres face à leur devoir moral et leur obligation juridique⁵⁴ de sauvetage des réfugiés en mer méditerranéenne⁵⁵. L'Italie avait entamé en 2013 une opération de sauvetage désignée sous le nom de « *Mare Nostrum* »⁵⁶ avant de renoncer face au coût financier de ces sauvetages. L'Union européenne était intervenue avec l'opération « *Triton* »⁵⁷ pour prendre le

relais italien. Bien que l'objectif premier de l'opération n'était pas le sauvetage en mer, mais bien la sécurisation des frontières, il s'agit néanmoins d'une illustration de l'action européenne en matière de sauvetage. L'opération Triton n'est pas exempte de critiques et n'a pas empêché de nouveaux décès en mer⁵⁸, mais l'affirmation d'une volonté de sauvetage est néanmoins présente dans les objectifs de l'opération⁵⁹. C'est également le cas pour celle qui lui a succédé, à savoir l'opération Themis⁶⁰ qui poursuit un objectif sécuritaire mais aussi de sauvetage⁶¹.

⁵¹ COM (2020) 609 final, précité, p. 7. ⁵² 366 morts le 3 octobre 2013. ⁵³ Par exemple le naufrage du 12 avril 2015 faisant plus de 400 morts et surtout celui du 19 avril 2015 avec 800 décès ce qui en fait le naufrage le plus meurtrier en Méditerranée depuis le début du XXIème Siècle. ⁵⁴ COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, précité, p. 16.

La Commission européenne semble toutefois tenir compte des limites de ces opérations à travers la réaffirmation de la solidarité européenne. La Communication du 23 septembre 2020 parle de « *la situation spécifique des cas de recherche et de sauvetage et des groupes particulièrement vulnérables* » dans le nouveau mécanisme de solidarité européen⁶². La Présidente de la Commission européenne, Mme Ursula von der Leyen, avait déclaré dans son discours de 2020 sur l'état de l'Union européenne que « *Le sauvetage des vies humaines en mer n'est pas optionnel* »⁶³. Ainsi, le nouveau mécanisme de solidarité concernerait trois types de situations : les opérations de recherche et de sauvetage en mer, la « *pression migratoire* », la « *crise migratoire* »⁶⁴. Le fait que la Commission cite en premier les opérations de recherche et de sauvetage n'est pas neutre symboliquement, l'idée d'une association entre la solidarité européenne et ces opérations non plus.

La Commission européenne estime ainsi qu'il est « *crucial [...] d'élaborer une approche européenne plus coordonnée, fondée sur la solidarité* »⁶⁵. La Commission européenne souhaite ainsi voir reconnaître la spécificité des opérations de recherche et de sauvetage, en particulier sur la question des débarquements à travers le nouveau mécanisme de solidarité⁶⁶. Ainsi, il sera décidé d'une aide sous

forme relocalisation à la suite de débarquements liés aux opérations de recherche et de sauvetage⁶⁷.

La Commission souhaite également un renforcement de la coopération et de la coordination entre les États membres dans les activités de recherche et de sauvetage⁶⁸. Cette idée est cohérente avec le lien entre solidarité et sauvetage en mer. Elle se limite toutefois à la « *soft law* » à travers des recommandations de la Commission⁶⁹ et les encouragements d'un groupe d'experts en matière de recherche et de sauvetage créé par la Commission⁷⁰.

La proposition de la Commission européenne donne ainsi une conception assez large à la notion de solidarité à travers les opérations de recherche et de sauvetage en mer. La Commission fait la promotion de ces opérations, reflet de l'approche humaine affirmée par sa Présidente⁷¹, mais limité par une approche de « *soft law* » qui présente des failles juridiques quant au respect de la solidarité européenne.

Les opérations de sauvetage en mer ne sont pas les seuls éléments de la solidarité européenne à avoir des failles juridiques. Les « *parrainages* » en matière de retour présentent des ambiguïtés à l'égard du droit de l'Union européenne et du droit international.

⁵⁵ La Commission européenne, elle-même, déclare dans sa Communication qu'« *aider les personnes qui sont en détresse en mer est un devoir moral et une obligation imposée par le droit international* », COM(2020) 609 final, précité, p. 16.

⁵⁶ L'opération « *Mare Nostrum* » s'est déroulée du 15 octobre 2013 au 1^{er} novembre 2014. ⁵⁷ L'opération « *Triton* » s'est déroulée du 1^{er} novembre 2014 au 31 janvier 2018. ⁵⁸ Voir les naufrages des 12 et 19 avril 2015 mentionnés précédemment.



⁵⁹ La Commission européenne relève ainsi que les opérations Sophia, Themis, Poséidon et Indalo ont contribué à plus de 600 000 sauvetages depuis 2015, COM (2020) 609 final, précité, p. 16. ⁶⁰ L'opération Themis a été déclenchée le 1er février 2018 et est actuellement en application. ⁶¹ « Cette opération soutient l'Italie dans le cadre de la surveillance des frontières en Méditerranée centrale. Elle vise également à empêcher les combattants terroristes étrangers de pénétrer sur le territoire de l'UE. Les activités de recherche et de sauvetage restent un élément essentiel de l'opération », Conseil européen et Conseil de l'Union européenne, « Sauver des vies en mer et s'attaquer aux réseaux criminels », Politique migratoire de l'UE, consilium.europa.eu. ⁶² COM (2020) 609 final, précité, p. 8. ⁶³ U. von der Leyen, Discours sur l'état de l'Union 2020, 16 septembre 2020 ; Cet extrait du discours du 16 septembre 2020 figure également à la seconde page de la Communication (2020) 609 final, précité, 2020. ⁶⁴ « Un nouveau mécanisme de solidarité pour les situations de recherche et de sauvetage, pression et de crise », COM (2020) 609 final, précité, p. 4 ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ⁶⁵ COM (2020) 609 final, précité, p. 16. ⁶⁶ Ibid, p. 16 et 17. ⁶⁷ Ibid, p. 17. ⁶⁸ Ibid, p. 17. ⁶⁹ Recommandations relatives à « la coopération entre les États membres concernant les opérations menées par des navires appartenant à des entités privées, ou exploités, par celles-ci, aux fins d'activités de recherche et de sauvetage, afin de maintenir la sécurité de la navigation et d'assurer une gestion efficace des migrations », Ibid, p. 17. ⁷⁰ Ibid, p. 17. ⁷¹ « Nous adopterons une approche axée sur l'humain et empreinte d'humanité », U. von der Leyen, Discours sur l'état de l'Union 2020, 16 septembre 2020 ; Cet extrait du discours du 16 septembre 2020 figure également à la seconde page de la Communication (2020) 609 final, précité.

2 Les ambiguïtés des « parrainages » en matière de retour

Les opérations de retour « *parrainées* » par un État membre pour le compte d'un autre État membre soulèvent la question de la responsabilité juridique de l'État membre « *parrain* ». L'État membre chargé de l'expulsion des personnes en situation irrégulière pour le compte d'un autre dispose d'un délai de huit mois pour exécuter son obligation⁷². Durant ce délai, l'État membre « *parrain* » est responsable de l'expulsion et ne peut se défaire de son obligation sur l'État membre « *parrainé* »⁷³. La Commission européenne est explicite à ce sujet en déclarant que « *l'État membre fournissant l'aide étant celui qui assume l'entière responsabilité en cas d'inexécution du retour dans le délai fixé* »⁷⁴. En cas de dépassement du délai, l'État membre « *parrain* » serait alors responsable des personnes concernées et pourrait décider de leur expulsion ou de leur régularisation⁷⁵. Il n'y a donc pas d'ambiguïté sur la responsabilité juridique liée à l'inexécution de l'obligation liée aux opérations de retour « *parrainées* ».

Le manque de clarté est plutôt lié au déroulement de la procédure de « *parrainage* » en elle-même. La procédure administrative qui serait déclenchée par la Commission européenne à la suite de la proposition de « *parrainage* » d'un État membre pour le compte d'un autre n'est pas encore assez définie⁷⁶. La seule certitude selon le Professeur au Collège d'Europe Jean-Pierre Cassarino est que la procédure administrative sera « *très longue, sans que l'on sache comment elle fonctionnera en pratique* »⁷⁷. La longue durée de la procédure administrative pourrait-elle jouer sur les obligations de l'État membre « *parrain* » en cas de prise en compte du délai de huit mois dans son déroulement ? Le manque de détermination actuel pourrait jouer en ce sens. L'État membre « *parrain* » serait de plus confronté à des difficultés avec les États tiers compte tenu de l'absence de consultation des autorités de l'État tiers sur le territoire de l'État membre « *parrainé* » ce qui marquerait une rupture dans les échanges diplomatiques sur le sujet des expulsions⁷⁸.

⁷²A. Fill, « Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino », 8 novembre 2020, *Le Grand Continent* ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.* ⁷³COM (2020) 609 final, précité, p. 7. ⁷⁴Ibid, p. 7 ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.* ⁷⁵A. Fill, « Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino », *Op. Cit.* ⁷⁶A. Fill, « Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino », *Op. Cit.* ⁷⁷Propos de JP. Cassarino, IN, Ibid ⁷⁸Ibid ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », *Op. Cit.*

De plus, le droit international, notamment celui issu de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, pourrait s'opposer à ce mécanisme⁷⁹. Le principe de non-refoulement interdit en effet les retours vers des États non sûrs. Ce point est également partagé en droit de l'Union européenne à l'article 19.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁰. Or, l'absence au niveau de l'Union européenne de liste commune des États tiers sûrs risque de placer les États membres « *parrains* » en violation du droit international et du droit d'asile⁸¹. Que faire en cas de liste divergente des États tiers sûrs entre l'État membre « *parrainé* » et l'État membre « *parrain* » ? L'État membre « *parrainé* » ne pourrait-il pas voir sa responsabilité engagée du fait d'une expulsion par l'État membre « *parrain* » vers un État tiers non sûr pour le « *parrainé* » mais sûr pour le « *parrain* » ?

Ce risque violation du droit international et la longue durée de la Commission européenne pourraient trouver une justification positive. Cette option dite « *solidaire* » censée satisfaire les États membres opposés à une relocalisation pourrait être rendue si complexe et contradictoire avec le droit international qu'elle dissuaderait les États membres d'y avoir recours⁸². Selon cette hypothèse, la Commission européenne garantirait ainsi le recours aux autres options de solidarité comme le soutien technique ou la relocalisation, sans pour autant soulever l'opposition des États membres plus réservés sur ces questions⁸³. Une théorie intéressante qui ne pourra être confirmée ou infirmée qu'à l'issue de la détermination de la procédure administrative organisant les « *parrainages* ».

La volonté de réaffirmer l'importance de la solidarité européenne dans la politique de migration et d'asile par le biais de mesures plus flexibles rencontre des difficultés supplémentaires quant à son application concrète.

⁷⁹ « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément à la Constitution », Article 18, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. ⁸⁰ « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants », Article 19.2, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Disposition en lien avec l'article 33.1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 selon lequel « 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, ou de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». ⁸¹ A. Fill, « Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino », Op. Cit. ; R. Blaj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ⁸² « Tout cela est si difficile à expliquer et semble contraire à la logique des relations internationales que je pense que c'est une façon indirecte pour la Commission de mettre en place un système de relocalisation sans le nommer », Propos de JP. Cassarino, IN, A. Fill, « Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino », Op. Cit. ⁸³ Ibid.



Les difficultés de garantir la solidarité dans la politique européenne de migration et d'asile



L'ambition de la Commission européenne de réaffirmer la solidarité européenne se heurte à des obstacles persistants. Ainsi le polémique principe de responsabilité du premier État membre d'entrée pour les demandes d'asile est maintenu (A). De même, si Frontex et la Cour de justice de l'Union européenne ont un rôle nécessaire pour garantir la solidarité européenne, l'action de l'agence et de la Cour de justice présente des failles juridiques (B).

1 La critique du règlement Dublin par la Commission européenne

Le principe de responsabilité du premier État membre d'entrée est l'une des causes de l'absence de solidarité européenne dans le cadre de la politique de migration et d'asile. Cette règle du mécanisme de Dublin a condamné les États membres à faire face à des demandes d'accueil dépassant largement leurs capacités administratives. Leur seul « crime » ayant été d'ordre géographique, il est évident que la Grèce ou l'Italie sont plus proches des flux migratoires méditerranéens que le Danemark ou la Suède. A l'heure actuelle, les flux migratoires sont bien plus stables qu'en 2015, mais pour combien de temps ? Outre les motifs socio-économiques, de nouvelles vagues migratoires viendront à destination du continent européen pour fuir des conflits, des persécutions ou les modifications climatiques régionales. De même, les « accords » avec les États tiers comme la critiquable déclaration UE-Turquie⁸⁴ qui permettent pour le moment de maintenir les flux migratoires sont susceptibles d'être modifiés, voire dépassés par des déplacements humains en grand nombre⁸⁵. Afin d'éviter les erreurs de 2015, l'Union européenne devrait anticiper ces futures « crises » en

optant pour une réforme plus solidaire du mécanisme de Dublin.

La Commission européenne est parfaitement consciente de cet enjeu et le mentionne dès les premières lignes du titre consacré au « *cadre commun pour la solidarité et le partage des responsabilités* »⁸⁶. La Commission reconnaît explicitement les failles juridiques du règlement de Dublin en estimant que la réforme du régime d'asile européen devait nécessairement aller au-delà des « *limites de l'actuel règlement de Dublin* »⁸⁷. La critique du règlement Dublin par la Commission européenne se révèle d'autant plus sévère lorsque l'institution déclare que « *les règles de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile devraient s'inscrire dans un cadre commun* »⁸⁸ ce qui est une dénonciation des carences de solidarité liées au principe de l'État membre de première entrée. La Commission européenne s'autorise même une attaque à peine voilée du mécanisme en estimant qu'une réforme de la détermination de l'État membre responsable devait proposer des « *outils plus intelligents et plus souples* »⁸⁹.

⁸⁴ Déclaration UE-Turquie. Communiqué de Presse n°144/16, 18 mars 2016. ⁸⁵ Les menaces de la Turquie de rouvrir ses frontières aux demandeurs d'asile et migrants à destination de l'Union européenne devraient à ce titre inciter à plus de prudence juridique en réformant le règlement Dublin pour une solidarité européenne effective. ⁸⁶ COM (2020) 609 final, précité, p. 7. ⁸⁷ Ibid, p. 7. ⁸⁸ Ibid, p. 7. ⁸⁹ Ibid, p. 7.

La position de la Commission européenne sur le règlement Dublin semble donc assez claire. Afin d'obtenir un mécanisme de détermination guidé par la solidarité et tirant enseignement des erreurs de 2015, la Commission européenne semblerait à première vue abroger le principe de responsabilité du premier État membre d'entrée. Ce n'est pourtant pas le choix fait par l'institution qui a décidé de maintenir le problème principe de responsabilité de l'État membre d'entrée.

Le maintien de ce Totem s'explique par le souhait de nombreux États membres de conserver cette règle qui organise une carence de solidarité européenne

en matière d'asile. Ces États membres peuvent se satisfaire du système Dublin qui selon un rapport du Parlement européen⁹⁰ a concentré pour dix États membres⁹¹ 90 % des demandes d'asile à destination de l'Union européenne entre 2008 et 2017⁹². Les réserves à peine voilées de la Commission européenne sur ce principe ne lui permettent pas de s'opposer aux « *maîtres des traités* »⁹³.

Toutefois, comment renforcer la solidarité européenne si l'un de ses principaux obstacles juridiques est maintenu ? La Commission semble avoir trouvé un moyen de contourner la règle en vigueur.

⁹⁰Parlement européen, Règlement Dublin relatif aux demandes de protection internationale, Évaluations de la mise en œuvre européenne, Étude du service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2020, 136p. ⁹¹Les cinq États membres les plus sollicités en 2016 ayant été l'Allemagne (732 300 demandes), l'Italie (112 200 demandes), la France (76 000 demandes), la Grèce (49 900 demandes) et l'Autriche (39 900 demandes), IN, Parlement européen, Règlement Dublin relatif aux demandes de protection internationale, Op. Cit., p.24. ⁹²Parlement européen, Règlement Dublin relatif aux demandes de protection internationale, Op. Cit., p.24. ⁹³Formule extraite de la citation de la Chancelière A. Merkel : « Le traité de Lisbonne a établi que les États membres sont les maîtres des traités », discours pour l'ouverture solennelle de l'année académique 2010-2011 au Collège d'Europe, campus Bruges, 2 novembre 2010.

2 Les contournements du principe de responsabilité du premier État membre d'entrée pour les demandes d'asile

La Commission européenne n'étant pas en position politique d'écarter le principe de responsabilité du premier État membre d'entrée, elle peut ajouter de nouveaux critères et en modifier la hiérarchie⁹⁴. Ainsi le premier critère pourrait être celui du regroupement familial selon lequel l'État membre responsable d'une demande d'asile serait celui dans lequel résident les membres de la « famille nucléaire »⁹⁵ du demandeur⁹⁶. Le second critère selon cette nouvelle hiérarchie serait l'État membre auprès duquel le demandeur a obtenu un titre de séjour ou un visa⁹⁷. Le principe de responsabilité du premier État membre d'entrée arriverait en troisième place de cette nouvelle hiérarchie⁹⁸. A cela s'ajoutent les critères de l'État membre dans lequel le demandeur est exempté de visa et enfin l'État membre où est située la zone de transit international de l'aéroport d'où la demande d'asile est formulée⁹⁹.

Ce changement de hiérarchie des critères de responsabilité constitue un apport positif de la part de l'Union européenne. Si la suppression du principe de responsabilité du premier État membre d'entrée avait été plus pertinente, l'Union européenne réussit toutefois à réduire l'importance de cette règle contraire à la solidarité en matière d'asile. Il ne faudrait cependant pas voir dans cette nouvelle hiérarchie la fin des failles du système Dublin. Le premier critère est soumis à la présence préalable de membres de la « famille nucléaire » du demandeur sur le territoire d'un État membre, ce qui peut en exclure l'application dans de nombreux cas. Le second critère peut être écarté en l'absence de visa ou de titre de séjour, ce qui laisserait le critère du premier État membre d'entrée s'appliquer. Le compromis auquel la Commission européenne était contrainte était de réduire symboliquement et

⁹⁴Parlement européen, Règlement Dublin relatif aux demandes de protection internationale, Op. Cit., p.21. ; R. Bloj et S. Buzmaniuk, « Comprendre le nouveau pacte sur la migration et l'asile », Op. Cit. ⁹⁵La famille nucléaire est constituée des parents et des enfants. ⁹⁶Parlement européen, Règlement Dublin relatif aux demandes de protection internationale, Op. Cit. p.22 ; Les demandeurs mineurs isolés seraient concernés par une famille étendue au-delà de la notion de « famille nucléaire ». ⁹⁷Ibid., p.22. ⁹⁸Ibid., p.22. ⁹⁹Ibid., p.22.

juridiquement le critère polémique du règlement Dublin, tout en garantissant à certains États membres son maintien pour une majorité de cas. Il faut néanmoins relever la pertinence de ce changement de hiérarchie qui est un premier pas vers un renforcement de la solidarité bien qu'il demeure insuffisant à l'heure actuelle.

Le respect de la solidarité européenne doit aller au-delà de l'évolution des principes du règlement Dublin. Le soutien de l'Agence de garde-frontières et de garde-côtes ainsi que de la Cour de justice de l'Union européenne est essentiel pour que la solidarité soit réellement contraignante.



.B Le rôle nécessaire de Frontex et de la Cour de justice dans la défense de la solidarité européenne

La Commission européenne ne peut agir seule afin de garantir le respect de la solidarité dans la politique de migration et d'asile. Elle doit nécessairement bénéficier du soutien pratique et juridique de l'Union européenne dans la poursuite de ses missions. C'est ainsi que la Commission entend associer l'Agence de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) au nouveau mécanisme de solidarité (1). Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne est essentiel au respect de la solidarité européenne (2).

.1 Le rôle imprécis de Frontex

Les « parrainages » de retour ne doivent pas occulter le rôle de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) qui selon la Commission européenne doit « un rôle de premier plan dans le système commun de l'UE en matière de retour »¹⁰⁰ et avoir même « pour priorité de devenir le bras opérationnel de la politique de l'UE en matière de retour »¹⁰¹. L'Agence pourrait ainsi apporter « un soutien sans réserve » aux États membres¹⁰² lors des opérations de retour dont potentiellement celles faisant l'objet d'un « parrainage ».

La Commission insiste également sur le rôle de Frontex concernant les recherches et le sauvetage en mer, « composante fondamentale de la gestion européenne intégrée des frontières »¹⁰³. Avec ce rappel des opérations de sauvetage entreprises par Frontex¹⁰⁴, la Commission européenne associe Frontex à la solidarité européenne tant à travers les retours que les sauvetages. La Commission renforce cette idée en rappelant que Frontex et les États membres disposent d'une responsabilité partagée dans le cadre des recherches et des sauvetages¹⁰⁵.

¹⁰⁰ COM (2020) 609 final, précité, p. 11. ¹⁰¹ Ibid., p. 11. ¹⁰² Ibid., p. 12. ¹⁰³ Ibid., p. 16. ¹⁰⁴ Notamment les opérations Sophia, Themis, Poséidon et Indalo, Ibid., p. 16. ¹⁰⁵ COM (2020) 609 final, précité, p. 16.

Cette responsabilité partagée entre les États membres et Frontex n'est pas sans ambiguïtés ni critiques du fait de ses failles. Avant la réforme de 2016, Frontex n'était, selon son directeur Ilkka Laitinen « *pas responsable* » en ce qui concerne les décisions relatives aux droits fondamentaux qui relevaient « *de la responsabilité des États membres* »¹⁰⁶. A partir de 2016 Frontex se voit attribuer explicitement une responsabilité partagée avec les États membres¹⁰⁷ comme en dispose le titre de l'article 5 du règlement 2016/1624¹⁰⁸. Cependant, malgré les précisions de l'article 5, les mesures relevant de la responsabilité de Frontex ou des États membres manquent de clarté¹⁰⁹. Le point le plus regrettable est la question de la responsabilité des dommages causés par les agents de Frontex au cours de leurs opérations, notamment de retour¹¹⁰. Ce sujet n'est pas assorti de règles claires pour déterminer qui de Frontex ou des États membres est

responsable en cas de dommages causés lors des opérations de l'agence¹¹¹. Il existe en pratique une présomption de responsabilité des États membres pour les dommages causés par l'agence Frontex au cours de ses opérations bien qu'elle soit implicite¹¹².

Ainsi, rappeler que Frontex dispose d'une responsabilité partagée avec les États membres dans le cadre des opérations de sauvetage en mer n'est aucunement un gage de réaffirmation de la solidarité européenne dans la gestion de la politique de gestion des frontières extérieures.

Le rôle ambigu de Frontex n'est pas la seule difficulté posée au respect de la solidarité dans le cadre de la politique européenne de migration et d'asile. L'action de la Cour de justice de l'Union européenne est essentielle à cet objectif bien que ce rôle du juge du Luxembourg présente des failles.

¹⁰⁶ Propos de I. Laitinen tenus lors de la réunion interparlementaire de la Commission LIBE sur la « responsabilité démocratique dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, évaluation de Frontex » du 4 octobre 2010, IN, C. Billet, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », Chapitre 18, p.14, 23p. P. Chaumette, *Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières*, GOMILEX, 2018, 978-84-17279-02-8. hal-01984811. ¹⁰⁷ C. Billet, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », Op. Cit., p.14. ¹⁰⁸ « Responsabilité partagée », Article 5, Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n°863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne n°L-251 du 16 septembre 2016, p. 1-76. ¹⁰⁹ C. Billet, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », Op. Cit., p.15. ¹¹⁰ Ibid., p.15 et 16. ¹¹¹ Ibid., p.16 ; D. Ritleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit. ¹¹² D. Ritleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », Op. Cit.

2 Le rôle fragile de la Cour de justice de l'Union européenne

La Commission européenne fait une unique référence à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans sa Communication¹¹³. Elle rappelle que la Cour de justice a considéré dans l'arrêt *Commission contre Pologne* du 2 avril 2020¹¹⁴ que la solidarité implique la contribution de tous les États membres¹¹⁵. Le fait de citer la CJUE dans la Communication, même de manière sobre, est pertinent au regard du rôle de «moteur» du droit de l'Union européenne joué par la Cour de justice¹¹⁶. La Cour de justice a un rôle à jouer pour garantir la solidarité de la politique européenne de migration et d'asile grâce à son pouvoir d'interprétation du droit de l'Union européenne, notamment par le biais de son interprétation téléologique¹¹⁷.

Le bilan de l'action de la Cour de justice concernant le droit d'asile est toutefois en demi-teinte. Plusieurs arrêts ne jouent pas nécessairement

en la faveur du juge du Luxembourg. C'est le cas par exemple de l'arrêt du 7 mars 2017¹¹⁸ où la CJUE a considéré que l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants n'était pas applicable à une demande d'asile effectuée dans une ambassade libanaise de la Belgique. Cet arrêt, pris contre l'avis de l'Avocat général Paolo Mengozzi, a légitimé le renvoi de demandeurs d'asile faisant état de persécutions, de tortures, d'enlèvement et de menaces de mort. Il soulève de plus des questions juridiques sur l'application du droit de l'Union européenne dans les ambassades des États membres. Alors que la Cour de justice aurait pu interpréter de manière extensive la portée du droit de l'Union européenne, elle a considéré que cette question relevait de la compétence de l'État membre concerné.

¹¹³ COM (2020) 609 final, précité, p.7. ¹¹⁴ CJUE, 2 avril 2020, *Commission c/ Pologne*, aff C-715/17, C-718/17 et C-719/17, précité. ¹¹⁵ « Les charges que comportent les mesures provisoires [...] aux fins d'aider la République hellénique et la République italienne à mieux faire face à une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur leur territoire, doivent, en principe, être réparties entre tous les autres États membres, conformément au principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres, principe qui, conformément à l'article 80 TFUE, régit la politique de l'Union en matière d'asile », CJUE, 2 avril 2020, *Commission c/ Pologne*, Aff C-715/17, C-718/17 et C-719/17, précité, Point n°181. ¹¹⁶ Selon l'expression d'A. Chalandon : « Le fédérateur c'est le droit : il existe un vrai pouvoir supranational en Europe : celui des juges. Le droit apparaît comme un moteur de l'Europe », IN, A. Chalandon, « Le droit, moiteur de l'Europe », *Revue administrative*, septembre-octobre 1986, p.427. ¹¹⁷ S.Barbou, Chapitre 16 « La politique d'immigration et d'asile » in L. Clément-Wilz, *Le rôle politique de la Cour de l'Union européenne*, édition Bruylant 2019, p.432, 472. ¹¹⁸ CJUE (Grande Chambre), 7 mars 2017, X et X c/ Belgique, Aff C-638/16, ECLI:EU:C2017:173.

Ce manque d'audace de la Cour de justice a pu être désigné sous le terme de « *self restraint* »¹¹⁹. Cette retenue de la Cour de justice est fortement préjudiciable au respect du droit d'asile en droit de l'Union européenne. La CJUE a pu manifester une autre position de « *self restraint* » à l'égard du droit d'asile dans l'arrêt du 12 septembre 2018¹²⁰. Cet arrêt fait suite à l'adoption de la Déclaration UE-Turquie par les « *membres du Conseil européen* »¹²¹ pris en violation de l'article 218 TFUE. Le Tribunal de l'Union européenne avait jugé dans trois ordonnances du 28 février 2017¹²² qu'il n'était pas compétent pour annuler cette Déclaration. Loin de contredire le Tribunal, la Cour de justice s'est également considérée incompétente pour annuler l'irréductible Déclaration UE-Turquie¹²². La Cour de justice a donc considéré à nouveau dans cet arrêt du 12 septembre 2018 de ne pas s'opposer aux démarches des États membres, caractérisant un nouveau cas de « *self restraint* »¹²⁴.

A la lecture de ces arrêts, la CJUE semble peu défendre la solidarité dans la conduite de la politique de migration et d'asile. L'arrêt du 7 mars 2017 exempte les États membres du

respect du droit de l'Union européenne à l'extérieur du territoire de l'Union ; celui du 12 septembre 2018 a refusé l'annulation d'une Déclaration permettant aux États membres de ne pas modifier le règlement Dublin et de ne pas se soumettre au mécanisme de relocalisation européen.

Il serait toutefois erroné de limiter l'action de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de migration et d'asile à une position de renoncement permanent. L'arrêt du 6 septembre 2017¹²⁵ opposant le Conseil à la Slovaquie et la Hongrie est un parfait contre-exemple de ces précédentes jurisprudences. Dans cet arrêt la CJUE a confirmé la légalité du mécanisme européen de relocalisation contesté par la Slovaquie et la Hongrie, en appelant les États membres à faire preuve de solidarité dans l'accueil des demandeurs d'asile. La Cour de justice considère ainsi que le mécanisme de relocalisation met en œuvre le principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres en vertu de l'article 80 TFUE¹²⁶. Cette position très « *politique* »¹²⁷ va dans l'idée que la Cour de justice a un rôle à jouer pour assurer le respect de la solidarité européenne.

¹¹⁹ S. Barbou Des Places, Chapitre 16 « La politique d'immigration et d'asile », *Op. Cit.*, p.429 et 432 ; C. Kaupa, « Maybe not activist enough ? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases », in M. Dawson, B. de Witte et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, E. Elgar, 2013, p.56-76. ¹²⁰ CJUE, 12 septembre 2018, Aff C-208/17-P à C-210/17-P, ECLI:EU:C:2018:705. ¹²¹ Déclaration UE-Turquie, Communiqué de Presse n°144/16, 18 mars 2016. ¹²² Tribunal de l'Union européenne, 28 février 2017, Ordonnances T-192/16, T-193/16 et T-257/16. ¹²³ CJUE, 12 septembre 2018, Aff C-208/17-P à C-210/17-P, précité. ¹²⁴ S. Barbou Des Places, Chapitre 16 « La politique d'immigration et d'asile », *Op. Cit.*, p.429 et 432. ¹²⁵ CJUE, 6 septembre 2017, République Slovaque et Hongrie c/ Conseil de l'UE, Aff C-643/15 ECLI:EU:C:2017:631 ; Aff C-647/15 ECLI:EU:C:2017:618. ¹²⁶ CJUE, 6 septembre 2017, République Slovaque et Hongrie c/ Conseil de l'UE, Aff C-643/15 et C-647/15, précité, points n°252, 253, 291, 293, 304 et 329. ¹²⁷ S. Barbou Des Places, Chapitre 16 « La politique d'immigration et d'asile », *Op. Cit.*, p.432 et 431.

De même, l'arrêt Commission contre Pologne du 2 avril 2020¹²⁸, mentionné par la Commission dans sa Communication, poursuit la logique de défense de la solidarité par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré qu'en refusant de se conformer au mécanisme temporaire de relocalisation européen, la Pologne, la Hongrie et la République tchèque ont manqué à leurs obligations découlant du droit de l'Union européenne¹²⁹. Faisant référence à son arrêt du 6 septembre 2017, la CJUE considère que le mécanisme de relocalisation était fait conformément au principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres ainsi que de l'article 80 TFUE¹³⁰.

Les trois États membres sont ainsi condamnés pour manquement au droit de l'Union européenne. Il s'agit d'un premier manquement ce qui exclut des sanctions financières engagées en cas de recours en manquement sur manquement¹³¹. Toutefois, par cet arrêt la CJUE a réaffirmé symboliquement la solidarité européenne dans la politique de migration et d'asile ce qui justifie sa mention dans la Communication de la Commission.

La Cour de justice aura également un rôle essentiel dans le respect des nouvelles règles de solidarité imposées aux États membres. Elle doit pouvoir être saisie, le plus vraisemblablement par la Commission plutôt que par un État membre, de recours en manquement en cas de violation par un État membre des options de solidarité qu'il aura choisies. La Cour de justice et le droit de l'Union européenne révèlent néanmoins leurs limites quant au respect du caractère contraignant de la solidarité. La Cour de justice ne peut sanctionner un État membre pour violation du droit de l'Union européenne que par le recours en manquement. Or comme rappelé précédemment cette procédure ne permet pas d'appliquer des sanctions financières dès le premier arrêt à l'exception des manquements à l'obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative¹³². Une sanction financière sera possible si le manquement persiste après un premier arrêt, mais cela obligera la Commission européenne à un second recours en manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne.

¹²⁸ CJUE, 2 avril 2020, *Commission c/ Pologne*, aff C-715/17, C-718/17 et C-719/17, précité. ¹²⁹ CJUE, Communiqué de presse n°40/20, Luxembourg, le 2 avril 2020. ¹³⁰ CJUE, 2 avril 2020, *Commission c/ Pologne*, aff C-715/17, C-718/17 et C-719/17, précité, point 80, idée poursuivie aux points 97, 180 et 181. ¹³¹ Amende ou Astreinte selon l'article 260.2 Alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Amende et Astreinte selon l'arrêt CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, Aff C-304/02, ECLI:EU:C:2005:444. ¹³² Article 260.3 TFUE.

Or, les délais pour aboutir à la procédure contentieuse d'un deuxième recours en manquement peuvent laisser aux États membres tout le temps de prendre leurs dispositions pour être en incapacité de résoudre le manquement allégué. C'est un reproche qu'il est possible de faire à l'arrêt Commission contre Pologne du 2 avril 2020 qui renforce symboliquement la solidarité européenne, mais échoue à mettre fin aux manquements de la Pologne, de la Hongrie et de la République tchèque. Si la CJUE sanctionne ces États membres, l'arrêt intervient trop tard pour permettre une relocalisation effective des demandeurs d'asile sur leurs territoires nationaux. Une politique de retour en violation du droit de l'Union européenne pourrait ainsi profiter des délais des

procédures de manquement pour ne faire l'objet que d'une condamnation sans sanctions financières et sans possibilité de réintégrer des personnes expulsées vers des États tiers. C'est pourquoi la mise en place d'un mécanisme de sanctions spécifique au respect de la solidarité européenne dans la politique de migration et d'asile s'avère plus que nécessaire, bien qu'il ne résoudrait pas les failles juridiques du respect de cette notion. Ainsi, si le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne est essentiel pour garantir la force contraignante de la solidarité européenne, elle ne peut résoudre à elle seule les failles juridiques du droit de l'Union européenne en matière de migration et d'asile.

Conclusion

Si la volonté de la Commission de réaffirmer la solidarité européenne au sein de la politique de migration et d'asile est louable, elle reste essentiellement symbolique. L'idée d'un système d'asile européen intégré est préservée jusqu'aux prochaines « crises ». Les futurs flux migratoires massifs à destination de l'Union européenne révéleront ainsi les carences de solidarité entre les États membres. Les enseignements des échecs de 2015 n'ont pas été appliqués, le régime d'asile européen commun présente toujours ses failles juridiques. La Commission européenne n'est pas seule responsable de la persistance des failles juridiques de cette politique, elle a pu faire de nombreuses avancées malgré des compromis nécessaires.

Néanmoins, malgré sa réaffirmation effective et la future création d'un mécanisme européen, la solidarité européenne reste la grande absente de la politique de migration et d'asile. Sans solidarité contraignante, la politique d'asile n'est une politique commune que de nom. Ce constat est aussi celui de la Commission européenne qui déclare pour l'ultime phrase de sa Communication « *En travaillant de concert, l'UE peut, et doit, faire en sorte qu'une politique de migration et d'asile véritablement commune voie le jour rapidement* »¹³³. Sous le vernis de sa réaffirmation symbolique, la solidarité européenne reste étrangère à la politique d'asile et de migration, qui n'est toujours pas une politique commune.

Ainsi, la devise qu'Alexandre Dumas attribua aux mousquetaires : « *tous pour un, un pour tous* » n'est pas applicable à la solidarité européenne dans le cadre de la politique de migration et d'asile. Les États membres continueront encore longtemps à défendre leurs intérêts nationaux au détriment de l'intérêt de tous.

¹³³ COM (2020) 609 final, précité, p.34.

05

Le parrainage communautaire
ou privé, un renforcement
véritable des voies d'accès
légal au territoire
de l'Union européenne ?
Réflexions à partir
des mesures d'intégration
de l'article 79§4 TFUE

Romain FOU CART

Docteur en droit européen à l'Université d'Aix-Marseille,
CERIC (UMR DICE 7318), enseignant-chercheur
à l'Université de Nîmes (UPR CHROME).

En dépit des divergences quant à la manière dont il convient de répondre à la crise migratoire que traverse l'Union européenne depuis 2015, le développement de voies d'accès sûres au territoire de l'Union pour les réfugiés fait consensus¹. Adopté par la Commission européenne à la rentrée 2020, le nouveau pacte sur la migration et l'asile vise à marquer un nouveau départ pour la politique migratoire de l'Union, en prenant acte des insuffisances sur lesquelles la crise de l'été 2015 a jeté une lumière crue. La « nouvelle approche » proposée suite au discours sur l'état de l'Union vise à instaurer un climat de confiance et un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité. Malgré le succès mitigé des initiatives précédentes² et la répétition de vocables galvaudés, la stratégie politique dévoilée le 23 septembre 2020 n'est pas dénuée d'intérêt. Elle insiste ainsi sur certains aspects trop peu développés jusqu'à présent, et en particulier, la question cruciale du développement pratique des voies

d'accès légal. Son point 6.6 propose de « développer les voies légales d'accès à l'Europe ». L'idée générale qui sous-tend cet objectif est résumé de la sorte : « si des voies d'accès sûres à la protection sont proposées aux personnes qui en ont besoin, celles-ci ne seront plus incitées à entreprendre des voyages dangereux pour rejoindre l'Europe »³. Il est envisagé de reprendre des dispositifs déjà expérimentés par le passé, comme la réinstallation, qui a « fait ses preuves comme moyen de protection des réfugiés les plus vulnérables »⁴. Par ailleurs, la Commission propose de soutenir les États désireux de développer des programmes de « parrainage communautaire ou privé » par des financements, un renforcement des capacités et un partage des connaissances. Le but poursuivi à long terme est de « mettre au point un modèle européen de parrainage communautaire » pour améliorer l'intégration des ressortissants de pays tiers.⁵

¹Commission européenne, « Un agenda européen en matière de migration », COM (2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 4. ²On pense à l'agenda sur la migration de 2015 ou au nouveau cadre de partenariat conclu avec les pays tiers plus récemment, voir Commission européenne, « Un agenda européen en matière de migration », *op. cit.*, et Commission européenne, « Communication relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration », COM (2016) 385 final, 7 juin 2016. ³Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020, p. 26. ⁴*Ibid.*, p. 26. ⁵*Ibid.*, p. 27.

La mention spécifique de ces parrainages communautaires ou privés ne doit pas être minimisée, tant cette initiative semble louable sur au moins deux points. D'abord, elle entend renforcer l'accès légal des ressortissants de pays tiers éligibles au séjour pour des motifs de protection. Au niveau international, les partenariats communautaires ou privés sont bien identifiés comme un outil de renforcement potentiel de la protection des réfugiés, en dépit de la présence d'éléments de discrétionnarité dans la sélection des ressortissants d'États tiers qui peuvent en bénéficier⁶. Ensuite, elle ambitionne d'appuyer davantage leur intégration au sein des sociétés d'accueil. Peu a été écrit sur l'impact de ces outils juridiques singuliers quant à l'intégration des réfugiés au sein des sociétés d'accueil. La mention explicite de cet élément au sein du nouveau pacte impose d'envisager les partenariats communautaires ou privés sous un nouvel angle, non plus sous celui de la protection mais dans une perspective de plus long terme, celle de l'intégration de leurs bénéficiaires dans les sociétés des États membres de l'Union. L'observateur désireux d'obtenir davantage d'éléments sur les partenariats communautaires ne pourra se contenter des orientations laconiques du document de 2020,

et devra se référer à une étude de faisabilité de la Commission publiée en 2018⁷. Il convient aussi de mentionner l'existence d'une recommandation destinée aux États membres, adoptée dans la foulée du nouveau pacte pour la migration et l'asile et qui en résume les conclusions⁸. Des questions naissent de la comparaison entre l'étude de 2018, longue de plus de cent pages, et les termes relatifs aux partenariats dans le nouveau pacte, qui se bornent à deux phrases. Les services de la Commission insistent à la rentrée 2020 sur l'adoption de mesures législatives pour réglementer les dispositifs de parrainage communautaire ou privé et développer leur potentiel quant à l'intégration des ressortissants de pays tiers, quand le rapport de 2018 préconisait de retenir la stratégie inverse. Comment considérer l'existence d'un tel hiatus sur la problématique des partenariats à deux ans d'intervalle ? Au-delà de l'impératif de protection des réfugiés, ces atermoiements apparaissent comme une opportunité d'interroger la problématique complexe de l'intégration des ressortissants de pays tiers à l'échelle de l'Union, prévue notamment à l'article 79§4 TFUE, et la plus value du recours aux parrainages pour la renforcer.

⁶ Il convient cependant de noter que certains soutiens n'ont pas forcément de personnes spécifiques à l'esprit et qu'ils peuvent accepter de prendre en charge des réfugiés qu'ils ne connaissent pas au préalable, voir J. Kumin, « Welcoming engagement. How private sponsorship can strengthen refugee resettlement in the European union », MPI Europe, 2015, 35 p., p. 3. ⁷ Commission européenne, « Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement », Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, Octobre 2018, 163 p. ⁸ Recommandation de la Commission, sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, C (2020) 6467 final, 23 septembre 2020.

Avant cela, un retour sur les termes du sujet s'impose. L'intégration peut être vue comme le processus social résultant de l'immersion d'une personne dans la société du pays d'accueil. Lorsque cette intégration est maximale, elle correspond à l'assimilation, pleine adhésion des normes de la société d'accueil et au cantonnement de l'expression des spécificités socioculturelles à la seule sphère privée⁹. Pour reprendre une définition plus officielle, « l'intégration est un processus dynamique à double sens d'acceptation mutuelle de la part de tous les immigrants et résidents des États membres [...] l'intégration implique le respect des valeurs fondamentales de l'Union européenne »¹⁰. En la matière, l'action de l'Union est limitée par des contingences liées à la subsidiarité ainsi qu'à la distribution des compétences, qui range les mesures facilitant l'intégration des ressortissants des pays tiers au sein des compétences d'appui. Le premier jalon d'une politique de l'Union est posé par le Conseil européen de Tampere, qui prévoit : « L'Union européenne doit assurer un traitement équitable aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire de ses États membres. Une politique plus énergique en matière d'intégration devrait avoir pour ambition de leur offrir des droits

et obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne »¹¹. Ce premier pas vers la constitution d'une politique dédiée à l'intégration est complété à Salonique, en juin 2003¹². Les appels à la mise en place d'une politique plus concrète prennent corps avec l'adoption du programme de La Haye¹³, qui prévoit de renforcer l'intégration des ressortissants de pays tiers, « bénéfique pour la stabilité et la cohésion de nos sociétés »¹⁴, et par l'adoption, par le Conseil des ministres, de principes de base communs en matière d'intégration. Ce mouvement se poursuit avec la mise en place de fonds financiers dédiés¹⁵. En 2010, suite à l'entrée en vigueur du programme de Stockholm¹⁶, des indicateurs communs destinés à procéder à une évaluation plus fine des politiques nationales d'intégration dans les États membres sont adoptés lors de la conférence ministérielle de Saragosse¹⁷. En parallèle, la Commission publie plusieurs documents sur le sujet, que ceux-ci soient informatifs, comme les différents manuels sur l'intégration¹⁸, ou programmatiques¹⁹. Un nouveau plan d'action est par ailleurs adopté à la fin de l'année 2020, deux mois après la proclamation du nouveau pacte²⁰. Ajoutons pour terminer que depuis le traité de Lisbonne, l'Union peut

⁹C. Balleix, *La politique d'immigration de l'Union européenne*, Paris, La Documentation Française, 2013, 296 p., p. 238.

¹⁰Conseil de l'Union, « Principes de base communs de la politique d'intégration des immigrants dans l'Union européenne », 19 novembre 2004, doc. 14615/04, pp. 19-24. ¹¹Conseil européen, « Conclusions de la Présidence » Tampere, 16 octobre 1999, point 18. ¹²Conseil européen, « Conclusions de la Présidence », Thessalonique, 19 et 20 juin 2003, point 28. ¹³Conseil européen, « Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », 2005/C 53/01, 4 novembre 2004. ¹⁴Ibid., point 1.5. ¹⁵Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers, de 2007 à 2013, remplacé par le Fonds Asile, Migration et Intégration à partir de 2013.

« établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres »²¹. L'action de l'Union en matière d'intégration peine encore à produire des résultats probants. Pour remédier à cette situation, les institutions de l'Union essaient d'étendre l'éventail des outils mobilisables, comme en atteste le nouveau pacte pour la migration, dont le point 8 est intitulé « soutenir l'intégration pour construire des sociétés plus inclusives ». Pour atteindre ce résultat, la Commission prévoit d'intensifier ses efforts²². La prudence semble cependant devoir rester de rigueur face aux propositions formulées à cet égard, qui sentent le réchauffé. Un autre point du pacte apparaît en revanche pouvoir apporter une réelle plus value en terme d'intégration. Il s'agit de la réinstallation, et plus précisément des « partenariats communautaires ou privés », déjà mentionnés plus haut. Le pacte prévoit en effet que l'Union soutiendra les États désireux de mettre en place de tels programmes par des financements ou un renforcement

des connaissances pour, à long terme, obtenir de meilleurs résultats en matière d'intégration. Cette appellation générique recoupe différents dispositifs destinés à favoriser l'accueil, sur le territoire de l'État qui les met en place, de ressortissants de pays tiers pour des motifs de protection internationale²³. Déjà présents au Canada depuis la fin des années 1970²⁴, ils se développent dans les États membres suite à la crise migratoire de 2015²⁵ et peuvent, schématiquement, être regroupés autour de trois tendances. On trouve les partenariats où les proches assument diverses responsabilités financières et sociales pour amener les membres de leur famille en Europe, les programmes de couloir humanitaire et, enfin, les programmes de parrainage au sein desquels les citoyens et les associations facilitent l'accueil et l'intégration de réfugiés identifiés et orientés par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés²⁶. En dépit d'un intérêt croissant des institutions pour ces dispositifs atypiques, aucun modèle ou cadre commun d'action n'existe. Ainsi, il apparaît plus judicieux d'explorer les potentielles relations de ces instruments à l'échelle de l'Union avec l'intégration des ressortissants de pays tiers plutôt que de revenir

¹⁶ Conseil européen, « Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui protège les citoyens », JOUE C-115/1, 4 mai 2010, p. 30: « le Conseil européen invite également la Commission européenne à soutenir l'action des États membres en vue d'élaborer une série de grands indicateurs dans un nombre limité de domaines d'action pertinents pour observer les résultats des politiques d'intégration afin d'accroître la comparabilité des expériences nationales et de renforcer le processus d'apprentissage européen ». ¹⁷ Voir Conseil de l'Union, « Déclaration de la conférence ministérielle européenne sur l'intégration », Saragosse, 15 et 16 avril 2010 ». Les indicateurs actuellement utilisés par les études d'Eurostat sur l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés des États membres d'accueil sont issus d'un rapport préparé pour la DG HOME de la Commission européenne en 2013 : T. Huddleston, J. Niessen, J. Dag Tjaden, « Using EU indicators of immigrant integration », 2013, 73 p.

sur un document stratégique de la Commission qui reprend, dans les grandes lignes, les programmes passés. Dans quelle mesure ces outils situés à un stade embryonnaire en droit de l'Union pourraient, au-delà de l'impératif

de protection, contribuer à produire des résultats en matière d'intégration ? L'étude de ces instruments novateurs révèle qu'en dépit de certaines potentialités réelles (I.), de nombreuses limites subsistent (II.).

¹⁸ Voir pour la troisième et dernière édition de ce document : Commission européenne, « Manuel sur l'intégration à l'intention des décideurs politiques et des praticiens », 3e éd., avril 2010, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 190 p. ¹⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme commun pour l'intégration – Cadre relatif à l'intégration des ressortissants d pays tiers dans l'Union européenne », COM (2005) 389 final, 1er septembre 2005 ; Commission européenne, Agenda européen pour l'intégration des ressortissants de pays tiers, COM (2011) 455 final, 20 juillet 2011 ; Commission européenne, Plan d'action sur l'intégration des ressortissants de pays tiers, COM (2016) 377 final, 7 juin 2016. ²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, Plan d'action sur l'intégration et l'inclusion 2021-2027, COM (2020) 758 final, 24 novembre 2020. ²¹ TFUE, article 79§4. ²² Commission européenne, « Communication sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile », *op. cit.*, p. 32. ²³ J. Kumin, « Welcoming engagement. How private sponsorship can strengthen refugee resettlement in the European union », MPI Europe, 2015, 35 p. ²⁴ *Ibid.* Voir aussi P. Hueck, « The future of private sponsorships in Europe », Caritas Europa, novembre 2018 : « Private or community-based sponsorships have been mostly associated with the Canadian experience where, over the past 30 years, over 300.000 refugees were sponsored, increasing the Canadian refugee resettlement intake by 46% ». ²⁵ En effet, une étude comparative de 2013 de bonnes pratiques sur l'intégration des réfugiés réinstallés ne mentionnait aucun partenariat communautaire ou privé en place dans l'UE, voir N. Feith Tan, « Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold » in *Frontiers in Human Dynamics: Refugees and Conflict* (à paraître en 2021), (disponible sur SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3781399>, p. 7). ²⁶ P. Hueck, « Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ? », *Vues d'Europe*, n°7, janvier 2021.



Une plus value indéniable pour l'intégration des ressortissants d'États tiers



Le développement contemporain des partenariats (A.) semble attester de leur plus-value pour le renforcement de l'intégration (B.).

A Un développement foisonnant

L'engouement pour les partenariats communautaires ou privés est à la fois récent et exponentiel. La Commission ne mentionnait pas leur existence dans une étude de 2013 sur l'effectivité de l'intégration des ressortissants d'États tiers. Moins de dix ans plus tard, ces partenariats sont suffisamment développés pour être cités comme outil potentiel d'amélioration de cette intégration, à différents niveaux. Ainsi, le pacte mondial pour une migration sûre et ordonnée prévoit comme objectif n°16 de « *donner aux migrants et aux sociétés des moyens en faveur de la pleine intégration et de la cohésion sociale* »²⁷, plus particulièrement de « *créer des centres ou des programmes communautaires au niveau local pour faciliter la participation des migrants dans la société locale* »²⁸. La même année, la Commission commande un rapport de faisabilité sur la mise en place d'un cadre commun pour les partenariats communautaires ou privés²⁹, qui précise : « *au sein des États membres, à la fois des programmes*

traditionnels de réinstallation et de nouvelles initiatives d'admission humanitaire ont proliféré. Un certain nombre de ces nouveaux mécanismes comprennent un élément de partenariat privé »³⁰. Le HCR fait de ce sujet un point focal de sa stratégie triennale adoptée en juin 2019³¹. Cet engouement n'est pas fortuit. Il prend acte, a posteriori, du volume croissant de mécanismes de ce type à l'échelle internationale. Lors de la dernière décennie, nombreux sont les États traditionnellement considérés comme des États d'accueil des réfugiés ayant développé des mécanismes de réinstallation basés sur les partenariats communautaires ou privés. L'État précurseur en la matière est le Canada³². D'autres ont adopté des mécanismes similaires en dehors du continent européen, comme l'Australie, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande et même l'Argentine. Ce mouvement concerne par ailleurs de manière croissante les membres de l'Union européenne. Certains observateurs n'hésitent pas à parler de « *nouvelle réalité en Europe* ».

²⁷ ONU, « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », Résolution A/RES/73/195 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 2018, objectif n°16. ²⁸ *Ibid.*, objectif n°16, sous f). ²⁹ Commission européenne, « Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement », *op. cit.* ³⁰ *Ibid.*, p. 118. ³¹ UNHCR, « The three-year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways », juin 2019. L'importance des partenariats est rappelée par le HCR dès l'introduction du rapport comme élément crucial, par exemple p. 5 : « The expansion of resettlement and complementary pathways requires strong commitment to harness the power of partnerships to generate concrete collective actions and measurable results ».

L'État précurseur est l'Allemagne³⁵, mais d'autres, comme le Royaume-Uni (avant le Brexit), la France ou l'Italie ont mis des programmes similaires en place. Ces outils se développent particulièrement depuis la mise en œuvre des mécanismes de réinstallation et de relocalisation suite à la crise des migrants de 2015³⁶. Certains États membres, comme la France, l'Italie ou la Belgique, privilégient la consolidation de « corridors humanitaires ». D'autres, comme le Royaume-Uni, le Portugal ou l'Irlande, déploient des programmes pilotes inclus à l'origine dans les quotas de relocalisation et de réinstallation, destinés à renforcer l'intégration des ressortissants d'États tiers. Enfin, divers programmes de parrainage communautaire ou privés peuvent être directement mis en œuvre ou gérés par des entités infra-étatiques dans des États de tradition régionaliste ou fédérale, telles que des régions autonomes au pays basque espagnol ou des lands allemands³⁷.

Ce développement recoupe plusieurs réalités. Les partenariats communautaires ou privés ne disposent pas de définition précise et constituent, pour l'heure, une catégorie fourre-tout. Comme le notait un rapport du

HCR en 2019, ils apparaissent comme « des programmes dans lesquels des particuliers ou des groupes de particuliers se réunissent pour fournir un soutien financier, émotionnel pour la réception et l'intégration des réfugiés »³⁸. On peut les diviser grossièrement en deux catégories, avec, d'un côté, les dispositifs d'amélioration et d'extension du champ de la réinstallation et, de l'autre, les dispositifs de renforcement de la protection des ressortissants de pays tiers éligibles, indépendants des programmes préexistants. Trois voies de parrainage communautaire ou privé en Europe peuvent être identifiées en reprenant l'étude produite par les réseaux SHARE et Caritas Europe sur le sujet en 2019 : les parrainages basés sur le regroupement familial, les parrainages basés sur un couloir humanitaire et, enfin, les parrainages basés sur la réinstallation³⁹. Le concept reste particulièrement large et ouvre la voie à la confusion, voire à une potentielle complexification du régime juridique applicables à ses éventuels bénéficiaires. Jusqu'ici mal ou pas définis, les partenariats communautaires ou privés doivent être compris comme un terme générique qui regroupe les trois grands mécanismes susvisés⁴⁰. Il reste à l'heure actuelle loisible aux autorités

³² J. Kumin, « Welcoming engagement. How private sponsorship can strengthen refugee resettlement in the European union », *op. cit.*, p. 3: « for years, Canada was the only country with a private sponsorship programme ». Voir aussi SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », 2019, 51 p., p. 8 : « le parrainage privé ou communautaire est bien connu comme venant du Canada où le Programme de parrainage privé de réfugiés (PPPR) existe depuis 1978 ». ³³ *Ibid.*, p. 4. Voir aussi D. Strazzari, « Resettlement, populism and the Multiple dimensions of solidarity : lessons from US and Canada », *EJML*, vol. 22, 2020, pp. 114-138. J. Bond, A. Kwadrans, « Resettling refugees through community sponsorship : a revolutionary operational approach built on traditional legal infrastructure », *Canada's Journal on Refugees*, vol. 35, n°2, 2019, pp. 86-108.

nationales de développer à l'excès des parrainages pour démontrer d'une prise en compte de la problématique de l'accès légal à leur territoire, ou de celle de l'intégration des ressortissants de

pays tiers au sein leur société politique. Cette profusion ne s'explique pourtant pas uniquement par des motifs d'affichage politique.



³⁴P. Hueck, « Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ? », *op. cit.*, p. 1 : « les voies programmes de parrainage communautaire sont devenus la nouvelle réalité en Europe ». ³⁵SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », *op. cit.*, p. 9. ³⁶N. Feith Tan, « Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold », *op. cit.*, p. 7. ³⁷*Ibid.*, p. 8 et p. 12 pour une mention de l'échelon local. Pour une étude spécifiquement dédiée à cette dimension, voir par exemple P. Bendel, H. Schamman, C. Heimann, J. Sürner, « A local turn for European refugee politics. Recommendation for strengthening municipalities and local communities in refugee and asylum policy of the EU », *Heinrich Böll Foundation Policy Paper*, mars 2019, 51 p. ³⁸HCR, « Complementary pathways for admission of refugees to third countries. Key considerations », Avril 2019, 15 p., p. 8. ³⁹SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », *op. cit.*, p. 13. ⁴⁰N. Feith Tan, « Community sponsorship, the pact and the compact : towards protection principles », in S. Carrera, A. Geddes (dirs.), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights*, European University Institute, 2021, 316 p., pp. 71-78, p. 72.

.B Des résultats tangibles

Jusqu'alors méconnus dans le paysage européen de la gouvernance migratoire, le recours aux partenariats communautaires ou privés est, au moins pour partie, motivé par une volonté d'affichage politique des pouvoirs publics en matière d'immigration. Mais ce développement dépasse cependant la seule opération de communication.

Un rapport du HCR notait en février 2020 que les partenariats communautaires contribuent à une meilleure intégration des ressortissants d'États tiers sur le territoire des États membres. En effet, ceux-ci « *présentent l'avantage de reposer sur un groupe de partenaires plutôt que sur un seul travailleur social, dont les ressources seront probablement partagées entre de nombreuses personnes* »⁴¹. Ces instruments peuvent aussi « *contribuer à l'élaboration de sociétés accueillantes en développant le soutien public aux réfugiés* »⁴². Enfin, ils renforcent la cohésion sociale des communautés qui intègrent les réfugiés⁴³. Ces

dispositifs n'ont pas toujours émergé officiellement, mais ont pu rattraper a posteriori des pratiques de terrain. Comme l'expliquent V. Pohlmann et H. Schwiertz, certains partenariats basés sur la réinstallation de membres de la famille élargie de citoyens ou résidents existaient au sein des Landers allemands depuis 2013⁴⁴. Notons par exemple que certains programmes existaient au niveau municipal⁴⁵, et qu'il a fallu attendre le programme NEST pour qu'un mécanisme juridique embrasse la question dans son ensemble à l'échelle fédérale⁴⁶. Le programme d'admission régional allemand, qui permet aux citoyens ou résidents allemands (y compris les réfugiés) de parrainer les membres de leurs familles syriens qui entrent sur le territoire allemand pour des motifs humanitaires⁴⁷, avait admis environ 25 000 personnes en 2018⁴⁸. L'exemple allemand a ouvert la voie en Europe avec la mise en place d'admissions humanitaires à partir de cette date en Irlande notamment⁴⁹. Au Royaume-Uni, la mise en place

⁴¹ HCR, « *A study on the potential for introducing a community sponsorship program for refugees in Sweden* », 2020, 30 p., p. 14. ⁴² Ibid. ⁴³ Ibid., p. 16. ⁴⁴ V. Pohlmann, H. Schwiertz, « *Private sponsorship in refugee admission : standard in Canada, trend in Germany ?* », RCIS Research Briefs, n°2020/1, juillet 2020. ⁴⁵ P. Bendel, H. Schamman, C. Heimann, J. Sürner, « *A local turn for European refugee politics. Recommendation for strengthening municipalities and local communities in refugee and asylum policy of the EU* », Ibid. ⁴⁶ V. Pohlmann, H. Schwiertz, « *Private sponsorship in refugee admission : standard in Canada, trend in Germany ?* », op. cit., p. 2 et p. 3. ⁴⁷ Ibid. ⁴⁸ SHARE, « *Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe* », op. cit., p. 13. P. Hueck, « *Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ?* », op. cit., p. 2. SHARE, « *Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe* », op. cit., p. 8.

par le législateur de partenariats communautaires ou privés date de 2015⁵⁰. Selon certains observateurs, il constitue le mécanisme de partenariat privé ou communautaire le plus ambitieux depuis la législation adoptée par les autorités canadiennes lors de la décennie 1970, en ce qu'il ne fixe pas de quotas limitatifs des ressortissants de pays tiers pouvant faire l'objet d'un partenariat⁵¹. Les mêmes auteurs notent que le programme britannique est un véritable succès dans la mesure où il a réussi à susciter l'engouement auprès d'une multitude d'acteurs locaux, qui ont investi plusieurs millions de livres dans des initiatives destinées à développer les possibilités de recrutement et de soutien aux groupes de partenariats. L'absence d'infrastructures juridiques spécifiquement dédiées semble ici contribuer au foisonnement des initiatives publiques et privées visant à soutenir les partenariats. Enfin, la France a mis en place un programme de parrainage basé sur l'action d'organisations religieuses, qui a permis à plus de 7000 ressortissants syriens et irakiens entrés en France à l'aide d'un visa humanitaire de demander l'asile. Ce dispositif couvre une partie des frais des nouveaux arrivants jusqu'à ce

qu'ils se voient octroyer un statut en déléguant finalement la responsabilité de l'installation à la famille. Ces programmes diminuent l'isolement des réfugiés récemment entrés sur le territoire de l'État d'accueil⁵². Le parrainage basé sur le mécanisme du couloir humanitaire permet quant à lui de combler le vide entre le départ du pays de premier asile et l'octroi du statut de protection⁵³. Une autre de leurs réussites est l'engagement des communautés locales, qui accroissent les capacités d'accueil des réfugiés dans les trois pays étudiés⁵⁴. On peut citer à titre d'exemple les programmes mis en place sur cette base par la France, l'Italie ou la Belgique, « *dans le cadre desquelles des associations confessionnelles concluent des accords avec leur gouvernement respectif pour accueillir des réfugiés initialement admis sur la base de visas humanitaires et financent les coûts du programme sur leurs fonds propres* »⁵⁵.

Les partenariats communautaires ou privés produisent donc un impact pratique. Ils constituent un complément utile à l'action des travailleurs sociaux mobilisés pour développer l'intégration des ressortissants d'États tiers dans

⁴⁹P. Hueck, « *Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ?* », op. cit., p. 2. SHARE, « *Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe* », op. cit., p. 8. ⁵⁰J. Bond, A. Kwadrans, « *Resettling refugees through community sponsorship: a revolutionary operational approach built on traditional legal infrastructure* », op. cit., p. 90. ⁵¹Ibid. ⁵²SHARE, « *Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe* », op. cit., p. 15. ⁵³Ibid., p. 17. ⁵⁴Ibid., p. 18. ⁵⁵P. Hueck, « *Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ?* », op. cit. p. 3.

les sociétés d'accueil⁵⁶. Par ailleurs, les membres des communautés impliquées dans les partenariats peuvent donner de leur temps, de leur savoir et de leurs compétences au soutien des réfugiés, à travers une approche plus fine que celle des services sociaux⁵⁷. En outre, ils peuvent apporter un soutien émotionnel pour des réfugiés sans liens personnels avec la société d'accueil. Les partenariats fructueux ayant mené au développement de relations intimes entre les soutiens sur place et les réfugiés qui en bénéficient sont nombreux⁵⁸. Les soutiens aident par ailleurs dans la recherche d'emploi et de logement, éléments fondamentaux pour l'intégration à long terme dans la société d'accueil⁵⁹. À travers la mobilisation de réseaux personnels, les partenariats permettent le dépassement de certaines barrières, qui éloignent les réfugiés de la connaissance de leur droit au logement, du marché locatif ou de l'accès à la propriété⁶⁰. Cet élément a même été identifié par les institutions de l'Union, comme en atteste un financement du fonds AMIF qui alloue des fonds à certaines initiatives de partenariats existants ou à venir en 2019⁶¹.

Les programmes de réinstallation peuvent aussi permettre de poursuivre des objectifs justifiés par d'autres motifs que des raisons humanitaires⁶². Ils revêtent par ailleurs une dimension politique profondément nationale⁶³. Finalement, « *il est probable qu'à l'avenir coexisteront au sein des programme cadre nationaux d'accueil de réfugiés des combinaisons de différentes approches, qui pourront prendre plusieurs formes* »⁶⁴. Indépendamment de la forme revêtue par ces outils innovants, il convient d'appréhender les partenariats comme poursuivant un même objectif. Leurs différents avatars constituent plutôt un avantage s'ils n'entrent pas en concurrence les uns avec les autres, et convergent en direction d'un renforcement effectif de l'intégration des ressortissants de pays tiers dans la société d'accueil⁶⁵. Si ces instruments peuvent constituer une réponse satisfaisante au défi de l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés d'accueil, ils ne sont pas exempts de défauts, a fortiori dans la mesure où ce processus reste expérimental.

⁵⁶ S. Fratzke, E. Dorst, « *Volunteers and Sponsors : A Catalyst for Refugee Integration ?* », Migration Policy Institute, novembre 2019, 18 p., p. 3. ⁵⁷ Ibid., p. 4. ⁵⁸ Ibid., p. 6. ⁵⁹ Ibid. ⁶⁰ Ibid., p. 7. ⁶¹ Voir site de la Commission européenne, *fostering the integration of persons in need of protection through private sponsorship schemes* (disponible sur : <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/topic-details/amif-2019-ag-call-01>) ; cité dans N. Feith Tan, « *Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold* », op. cit., p. 7. ⁶² D. Strazzari, « *Resettlement, populism and the Multiple dimensions of solidarity : lessons from US and Canada* », op. cit., p. 116. ⁶³ Ibid., p. 117. ⁶⁴ P. Hueck, « *Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ?* », op. cit., p. 3. ⁶⁵ S. Fratzke, E. Dorst, « *Volunteers and Sponsors : A Catalyst for Refugee Integration ?* », op. cit., p. 4.



Un instrument insusceptible, à lui seul, de renforcer l'intégration des ressortissants de pays tiers

Les partenariats communautaires ou privés représentent un renfort crédible de la politique d'intégration de l'Union. Ces instruments ne peuvent cependant, à eux seuls, résoudre le problème de son effectivité pratique. À supposer qu'un mécanisme européen de partenariats voit le jour, ces outils demeurent, au-delà de leurs limites intrinsèques (A.), tributaires de la stratégie politique au soutien de laquelle ils sont déployés (B.).

.A Des difficultés techniques intrinsèques

Entre le stade de leur conception théorique et celui de leur mise en œuvre pratique, les partenariats communautaires ou privés peuvent rencontrer des difficultés. En dépit d'un certain succès, leur développement ne s'est pas concrétisé par une remise à plat des protocoles qui les gouvernent. On peut donc en arriver à l'hypothèse absurde dans laquelle d'autres dispositifs nationaux sont moins longs et plus efficaces que les partenariats susvisés, malgré leur effectivité démontrée de manière récurrente en matière d'intégration⁶⁶. Ainsi, « les exigences procéduriales de ces programmes les ralentissent considérablement. Le Programme de parrainage communautaire complet britannique, par exemple, n'avait fait entrer que 300 réfugiés au Royaume-Uni en juin 2019, soit deux années complètes après le lancement du programme. Ce

qui est un rythme beaucoup plus lent que les 2500 placements en trois ans des couloirs humanitaires »⁶⁷. Comme le note le rapport de SHARE, les programmes basés sur la réinstallation peuvent rencontrer des défis importants, car ils peuvent uniquement se référer aux orientations émises par le HCR. C'est ici le HCR qui identifie et recommande des réfugiés vulnérables, qui sont alors mis en contact avec les groupes de parrainage chargés de collecter les fonds et d'obtenir de l'aide matérielle en prévision de l'arrivée de réfugiés⁶⁸. Cela peut parfois conduire à ce que « l'accès au parrainage communautaire soit plus limité qu'avec d'autres approches qui permettent aux parrains de " nommer " les réfugiés qu'ils souhaitent parrainer, - souvent des membres de la famille - ou aux partenaires locaux ou organisations de parrainage de recommander des personnes vulnérables »⁶⁹.

⁶⁶ SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », op. cit p. 22. ⁶⁷ Ibid., p. 21. ⁶⁸ SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », op. cit p. 19. ⁶⁹ Ibid., p. 22.

Un autre écueil est le manque récurrent de clarté de ces instruments, dans la mesure où leur compréhension peut s'avérer difficile en pratique. Il pourrait ainsi se révéler judicieux d'assouplir et de clarifier certains protocoles actuellement en vigueur pour acter l'engouement certain dont ont pu faire l'objet certains partenariats lors de la dernière décennie en vue de maximiser leurs chances d'accueillir des ressortissants d'États tiers : « à l'avenir, un cadre plus ouvert devrait permettre à de nouveaux acteurs d'entrer en jeu plus facilement et aux quotas de bénéficiaires d'être augmentés »⁷⁰. Au-delà, leur mise en œuvre à différents niveaux de gouvernance peut compliquer le choix de leurs bénéficiaires potentiels⁷¹. Un aspect complémentaire de cette difficulté est située dans la complexification des procédures en elles-mêmes, avec une bureaucratisation accrue depuis leur succès numérique⁷². En cela, les outils disponibles dans les ordres juridiques nationaux pour renforcer l'intégration s'inscrivent dans une trajectoire similaire à celle retenue à l'heure actuelle par l'État pionnier en la matière, le Canada, et qui s'observe aussi aux États-Unis⁷³. Plusieurs

observateurs mettent en garde contre certains effets dommageables. En effet, le développement des partenariats et la superposition de différents échelons de gouvernance semblent décourager les acteurs de terrain à s'investir dans les partenariats. La prise en charge accrue par l'administration nationale et l'ajout de nouvelles conditions à respecter peuvent renforcer la supervision de ces instruments ainsi que le suivi de l'intégration des ressortissants de pays tiers. En ajoutant une dose de contraintes administratives et bureaucratiques dans le chef des personnes qui souhaitent apporter leur aide à ceux qui en ont besoin, ce développement peut néanmoins se révéler contreproductif⁷⁴. Comme le remarque P. Hueck, « les groupes bénévoles locaux sont le moteur du parrainage communautaire. Les programmes doivent chercher à soutenir et à stimuler et non à frustrer leur participation à l'accueil et à l'installation des réfugiés »⁷⁵. Le renforcement de ces programmes a pu coïncider avec une marginalisation du rôle des ONG et des organisations caritatives indépendantes, pourtant situés au cœur du développement initial de ces instruments novateurs⁷⁶.

⁷⁰ Ibid., p. 18. ⁷¹ N. Feith Tan, « Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold », op. cit., p. 10. ⁷² Ibid., p. 21. ⁷³ SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », op. cit. ; D. Strazzari, « Resettlement, populism and the Multiple dimensions of solidarity : lessons from US and Canada », op. cit., qui met notamment en lumière les contradictions pouvant exister entre l'échelon de gouvernance fédéral et celui des États fédérés dans la gestion de la problématique. ⁷⁴ S. Labman, « Private Sponsorship : Complementary or Conflicting Interests ? », *Refuge - Canada's Journal on Refugees*, vol. 32, n°2, pp. 67-80, p. 70. P. ⁷⁵ Hueck, « Quel avenir pour les programmes de parrainage communautaire en Europe ? », op. cit., p. 3. ⁷⁶ P. Hueck, « The future of private sponsorships in Europe », op. cit., p. 2.

Des écueils techniques non négligeables peuvent réduire l'effectivité des instruments précédemment identifiés dans le renforcement de l'intégration. Les initiatives mal exécutées peuvent retarder l'intégration, susciter du ressentiment au sein des populations concernées et porter atteinte à l'image des réfugiés au sein de la société d'accueil. Il convient d'utiliser les volontaires de la manière la plus efficace possible, en leur fournissant le soutien matériel et financier nécessaire⁷⁷. Cet exemple illustre le décalage qui peut naître entre une initiative des administrations nationales pour renforcer la cohérence et le suivi des partenariats et l'effectivité

de ces outils, qui requièrent, par définition, une grande indépendance sur le terrain. Le réseau SHARE envisage quelques principes qui pourraient pallier le caractère contreproductif des partenariats, en insistant sur la transparence du régime juridique, sur la responsabilité des uns et des autres et sur la flexibilité du cadre de consultation et de coordination pertinents. Au-delà, ces obstacles techniques ne doivent pas faire oublier qu'un outil juridique est tributaire de la stratégie politique à laquelle il se rattache. En pratique, cette évidence ne va pas sans poser problème⁷⁸.

⁷⁷ SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », *op.cit.*, pp. 9-13. ⁷⁸ *Ibid.*, p.38.

.B Des interrogations stratégiques persistantes

Les parrainages peuvent faire figure d'aubaine pour les autorités nationales, dans la mesure où ils permettent, en sollicitant des acteurs privés, de réduire le volume numérique de personnes à réinstaller. Le rapport produit par le réseau SHARE met ainsi en garde : « *sans transparence quant aux engagements et au nombre d'arrivées, le parrainage court le risque de devenir un mécanisme utilisé par les gouvernements pour négliger leurs engagements en matière de réinstallation* »⁷⁹. En vertu du principe d'additionalité, les partenariats s'inscrivent normalement en complément des initiatives étatiques. Ce principe, qui vise à prévenir d'une dépendance trop importante vis-à-vis des acteurs privés⁸⁰, apparaît cependant de moins en moins respecté⁸¹, quand la question semble se complexifier⁸². Certains programmes de parrainages ont été inclus dans les mécanismes de relocalisation et de réinstallation directement pilotés par certains

États membres. Il apparaît cependant fondamental que le basculement vers une additionalité totale reste une priorité, ce qui n'est pas toujours le cas⁸³. Le détournement des modèles de partenariats communautaires ou privés pour remplacer les quotas de réinstallation des États est une tendance qu'il convient de surveiller avec vigilance. Le flou du concept d'additionalité joue ici à l'encontre de la protection des demandeurs. Il convient par ailleurs de vérifier que les États membres n'opèrent pas à des réductions drastiques des places de réinstallation disponibles sous les programmes nationaux, ce qui aurait pour effet de vider le principe d'additionalité de son sens⁸⁴. Les partenariats apparaissent comme une opportunité à disposition des États membres pour réduire leur prise en charge de la relocalisation ou de la réinstallation des ressortissants de pays tiers.

⁷⁹ SHARE, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », *op.cit.*, p. 36. ⁸⁰ S. Labman, « Private Sponsorship : Complementary or Conflicting Interests ? », *op. cit.*, p. 73. ⁸¹ *Ibid.*, p. 68. ⁸² N. Feith Tan, « Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold », *op. cit.*, p. 10. ⁸³ *Ibid.*, p. 11. ⁸⁴ S. Labman, « Private Sponsorship : Complementary or Conflicting Interests ? », *op. cit.*, p. 73. V. Pohlmann, H. Schwiertz, « Private sponsorship in refugee admission : standard in Canada, trend in Germany ? », *op. cit.*, p. 7.

Ces instruments peuvent par ailleurs faire l'objet d'un travestissement autrement plus dommageable. Plusieurs États membres utilisent la flexibilité du concept de partenariat pour créer des avatars discriminatoires de ces instruments novateurs. On peut citer des traitements discriminatoires réservant l'admission via les partenariats à des personnes se déclarant de religion chrétienne⁸⁵, ou à des personnes très qualifiées professionnellement, transformant un mécanisme de protection des réfugiés en un outil de développement de l'immigration de travail. Le flou autour du concept laisse la possibilité d'une appropriation par les autorités nationales qui n'a que peu à voir avec les objectifs initiaux du modèle précurseur en la matière.

Pour répondre à ces inquiétudes tout en renforçant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés d'accueil, une action de l'Union peut être envisagée. Elle pourrait par exemple procéder à la mise en place de critères et de contrôles précis, pour éviter que les principes au cœur du système de parrainage ne soient utilisés de manière dévoyée par des États membres soucieux de déléguer

un nombre croissant de tâches à des acteurs privés⁸⁶. Le recours aux partenariats et aux volontaires pour faciliter la réinstallation et/ou l'intégration des ressortissants de pays tiers a un coût. L'utilisation de ces instruments atypiques ne peut s'envisager sans des investissements ciblés et un soutien constant. La mise en place d'une stratégie proprement européenne en la matière apparaît cependant, au mieux, difficile, dans la mesure où l'Union ne possède qu'une compétence résiduelle en matière d'intégration. En outre, il est possible d'interroger l'opportunité de développer une stratégie centralisatrice, alors que la réalité de l'intégration se caractérise par une très grande diversité qui résulte, pour partie, des multiples niveaux de gouvernance impliqués. Par ailleurs, cela impliquerait de procéder à la mise en parallèle de la compétence européenne avec le principe d'additionalité, en ce que l'article 79§4 TFUE indique que les dispositifs d'intégration de l'Union ne peuvent remplacer les instruments nationaux. On pourrait néanmoins envisager la mise en place de standards communs applicables dans l'Union, en allouant au besoin à ses institutions ou organes une compétence de contrôle.

⁸⁵ N. Feith Tan, « *Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold* », *op. cit.*, p. 12. V. Pohlmann, ⁸⁶ H. Schwiertz, « *Private sponsorship in refugee admission : standard in Canada, trend in Germany ?* », *op. cit.*, p. 6 : « there are also fundamental concerns that private sponsorship as a neo liberal project is attempting to privatize aid ».

Un tel suivi s'annonce cependant délicat au regard de la diversité d'acteurs impliqués. En toute hypothèse, il semble a priori impossible de plaquer à l'échelle de l'Union les exemples nationaux de dispositifs fructueux, dans la mesure où les problématiques rencontrées varient en fonction des niveaux de gouvernance pertinents. Par ailleurs, cela pourrait même s'avérer dangereux ou contreproductif. Agir de la sorte pourrait en effet conduire à minimiser l'expertise des acteurs de terrain situés au cœur des partenariats, qui apparaissent comme l'élément d'explication principale du succès de ces instruments juridiques dans les différents États membres. Une initiative pilotée par l'Union ne peut être envisagée qu'à la condition qu'elle renforce la coordination entre les mécanismes nationaux et non, comme le précise le rapport de faisabilité de 2018, si elle débouche sur l'érection de normes juridiques contraignantes pour tous les partenariats adoptés à l'échelle de l'Union. La démarche retenue par la Commission dans le pacte de la rentrée 2020 interroge à cet égard. En relevant qu'il convient d'adopter des instruments législatifs relatifs aux partenariats pour renforcer l'intégration des ressortissants de pays tiers, elle

contredit en effet de manière flagrante les conclusions du rapport de faisabilité commandé par ses services deux ans auparavant.

L'émergence, puis la mutualisation des partenariats communautaires ou privés font naître à la fois des opportunités et des risques pour l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés d'accueil. Afin de limiter ces potentialités dommageables, il convient de continuer à travailler sur le contenu des principes situés au cœur de ces dispositifs juridiques innovants⁸⁷. Ces outils apparaissent comme une réelle opportunité pour les États d'accueil d'honorer leurs engagements relatifs à l'efficacité de la réinstallation et de l'intégration à long terme. Ainsi, ces trente dernières années, 300 000 réfugiés ont fait l'objet d'un partenariat au Canada, accroissant la prise en compte des réfugiés dans le pays de près de 50%⁸⁸. Pour concrétiser les promesses de l'outil au niveau de l'Union, ces initiatives doivent être soutenues, sans nécessairement les contraindre au sein d'une réglementation juridique unique. La proclamation de la Commission au sein du pacte sur l'asile et la migration impose à cet égard de rester vigilant.

⁸⁷ N. Feith Tan, « Community sponsorship in Europe : Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold », *op. cit.*, p. 7. ⁸⁸ P. Hueck, « The future of private sponsorships in Europe », *op. cit.*, p. 1.

06

L'élaboration des systèmes dérogatoires pour la gestion des cas de crise et de force majeure en matière d'asile et de migration, une élaboration utile ?

Nour DALLA

Doctorante contractuelle en droit public de l'Université de Nantes, Droit et Changement social (UMR CNRS 6297)

« Le droit doit [...] fixer un cadre, au moins formellement, afin d'offrir une latitude d'action aux acteurs du système juridique, leur permettant de manier l'application de la règle, dans l'hypothèse où viennent à se présenter des situations de faits susceptibles de fragiliser l'application de l'entier corpus normatif. »¹

Il est nécessaire que tout droit, comme l'explique Mme Charlotte Arnaud dans le passage cité, prévoit les moyens pour gérer des situations qui porteraient atteinte à la règle de droit. Rien ne doit être laissé au hasard. Le droit de l'Union européenne ne fait pas exception à cela. Même si, comme le précise M. François-Vivien Guiot, « *la Communauté puis l'Union, n'ont pas été pensés pour gérer des périodes de troubles* »², il est

indispensable que l'Union européenne³ soit dotée aujourd'hui des moyens lui permettant de faire face aux situations de difficultés. Cela est particulièrement indispensable dans un domaine tel que celui de l'asile et de la migration qui ne cesse de connaître une crise après l'autre⁴. Dans ce contexte et après des années de critiques adressés à l'Union au sujet de l'incapacité du cadre juridique en matière d'asile et de migration de répondre aux situations de difficultés⁵, la Commission européenne a présenté le 23 septembre 2020 un nouveau pacte sur l'asile et la migration. Dans le cadre de ce dernier, elle propose⁶ un règlement instaurant des systèmes dérogatoires visant à répondre aux situations de crise et de force majeure⁷. Des situations que l'Union européenne a déjà vécues.

¹C. Arnaud, « Circonstances exceptionnelles et Cour de justice de l'Union européenne », in H. Gaudin (dir.), *Crise de l'Union européenne. Quel régime de crise pour l'Union européenne*, Mare & Martin, 2018, p. 265. ²F.-V. Guiot, « Les procédures de décision d'une Union en crise : un retour de l'État schmittien ? », in H. Gaudin (dir.), *Crise de l'Union européenne. Quel régime de crise pour l'Union européenne*, Mare & Martin, 2018, p. 167. ³Ci-après « UE ». ⁴Sur les crises en matière d'asile et de migration, voir notamment : S. Slama, « La gestion européenne de la "crise des réfugiés", un révélateur de la crise des droits fondamentaux en Europe », in M. Benlolo Carabot (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruylant, 2020, p. 205 ; S. Stuber, « How COVID-19 made it harder to find safety in the EU », *The New Humanitarian*, 7 janvier 2021, <https://www.thenewhumanitarian.org/analysis/2020/01/07/EU-asylum-application-coronavirus>, Consulté le 1er mars 2021 ; H. Labayle, « La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, regard critique », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 902 ; S. Kahn, « Les crises de l'Europe : un panorama », *La Revue des Juristes de Sciences Po*, 2016, n° 12, p. 114. ⁵A. Caiola, « La nécessité d'une stratégie pour la gestion des migrations », *RTD Eur.*, 2019, n° 1, p. 40 et 41 ; M. Gautier, « *Étranger (Eur.)* », *Répertoire de droit européen Dalloz*, 2013 (actualisation : Janvier 2021), §113 et 115. ⁶Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 613 final. ⁷Ci-après « la proposition ».

En 2015, le flux de demandeurs d'asile a mis en lumière les lacunes du régime d'asile européen commun⁸. Le nombre élevé d'arrivants a mis en difficulté les systèmes d'asile de certains États membres et conduit à la reconnaissance de la défaillance du système d'asile grec⁹. Si la crise qu'a engendrée le nombre de demandeurs d'asile a été d'une grande ampleur, elle n'est toutefois pas sans précédent¹⁰. Autrement dit, « elle est une réplique [...] d'épisodes antérieurs au cours desquels défilaient déjà les images spectaculaires de migrants cherchant à pénétrer en Europe au péril de leur vie. »¹¹ Si la situation aux portes de l'Union en 2015 constitue une crise migratoire trouvant sa cause dans le nombre d'arrivants pour certains¹², pour nombreux d'autres il s'agit d'une crise de l'Union européenne et de ses valeurs¹³. Quoi qu'il en soit, il est possible de s'accorder sur la nécessité d'un régime d'asile européen qui gère au mieux le flux de demandeurs d'asile.

Une nécessité qui demeure pertinente à ce jour.

Aujourd'hui, plusieurs années après la crise de 2015, la situation reste inquiétante. Même si le nombre de demandeurs d'asile en 2020 a fait l'objet d'une baisse¹⁴, notamment suite aux mesures prises par les États membres afin de faire face à la pandémie de Covid-19, une accumulation des demandes d'asile dans la majorité des États membres a été constatée¹⁵. De surcroît, une fois les restrictions sanitaires instaurées par les différents États membres levées, une augmentation des demandes de protection internationale n'est guère irréaliste. En effet, en 2019, juste avant l'éclatement de la crise sanitaire, « près de 740 000 demandes de protection internationale ont été déposées dans les pays de l'UE, soit une augmentation de 11 % par rapport à 2018 »¹⁶. Une augmentation constatée pour la première fois depuis 2015.¹⁷

⁸ Pour plus de précisions, voir : C.-A. Chassin, « La crise des migrants : l'Europe à la croisée des chemins », Europe, 2016, 543 ; M. Tissier-Raffin, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », La Revue des droits de l'homme, 2015, n° 8, 51, 8 et s. ⁹ CEDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, M.S.S c. Belgique et Grèce, (req. n° 30696/09) ; CJUE, 21 décembre 2011, N.S. c/ Secretary of State for the Home Department, (aff. jointes C-411/10 et C493/10), ECLI:EU:C:2011:865.

¹⁰ On pense notamment aux flux migratoires suite aux conflits en ex-Yougoslavie, pour plus de précisions sur ce sujet, voir : J. Krulić, « Les guerres dans l'ancienne Yougoslavie et les mouvements de réfugiés », Migrations Société, 2015, n° 2, p. 93-108.

¹¹ C. Beauchemin et M. Ichou (dir.), « Conclusion. Contrôler les frontières : une cause perdue ? », in C. Beauchemin et M. Ichou (dir.), Au-delà de la crise des migrants : décentrer le regard, Karthala, 2016, p. 179. ¹² M. Tissier-Raffin, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », La Revue des droits de l'homme, loc. cit., 52 et 4 ; Y. Doutriaux, « La crise des migrants ou la crise de l'accueil des migrants dans l'Union ? », Revue de l'Union européenne, 2020, p. 4 ; C.-A. Chassin, « La crise des migrants : l'Europe à la croisée des chemins », loc. cit., 51. ¹³ S. Slama parle de « crise des politiques européennes d'immigration et d'asile et, plus largement une crise de l'Union européenne et ses valeurs » : S. Slama, « La gestion européenne de la "crise des réfugiés", un révélateur de la crise des droits fondamentaux en Europe », in M. Benlolo Carabot (dir.), Union européenne et migrations, Bruylant, 2020, p. 204. ¹⁴ EU Science Hub, « How is coronavirus reshaping migration worldwide ? », (disponible sur : <https://ec.europa.eu/jrc/en/news/how-coronavirus-reshaping-migration-worldwide>), consulté le 1er mars 2021 ; Commission européenne, « Potential migration implications of the COVID-19 crisis », (disponible sur : https://knowledge4policy.ec.europa.eu/foresight/potential-migration-implications-covid-19-crisis_en), consulté le 1er mars 2021. ¹⁵ S. Stuber, « How COVID-19 made it harder to find safety in the EU », The New Humanitarian, loc. cit. ¹⁶ EASO, Rapport sur la situation en matière d'asile dans l'Union européenne, 2020, p. 12.

¹⁷ Ibidem.

Dans ce contexte, le cadre juridique en vigueur en matière d'asile et de migration est insuffisant. Ce cadre connaît en effet de nombreuses faiblesses. Tout d'abord, il existe des tensions politiques qui bloquent la mise en œuvre de certains instruments pouvant aider à surmonter les difficultés engendrées par le nombre élevé de demandeurs d'asile. En ce sens, Mme Catherine Withol de Weden évoquait, en 2016, les possibilités de sortir de la crise d'asile qui a traversé l'Union en 2015-2016, lesquelles n'ont toutefois pas été employées. Elle faisait notamment référence à la directive de protection temporaire de 2001¹⁸ ainsi qu'à une plus grande ouverture aux migrations de travail afin « d'éviter que les flux mixtes ne soient traités par la demande d'asile »¹⁹. De plus, et plus généralement, les dispositions en vigueur aujourd'hui sont jugées insuffisantes en l'état pour gérer efficacement les difficultés engendrées par le nombre élevé de demandeurs d'asile²⁰. Enfin, outre l'insuffisance et le nondéploiement des instruments existant, ce cadre juridique contient de nombreuses imprécisions. En effet, il existe notamment une multitude de notions liées aux flux migratoires qui ne sont pas toujours définies et portent parfois à une confusion. Il s'agit

par exemple des termes tels que la « crise »²¹, une « pression particulière »²², un « afflux massif »²³ ou encore des « circonstances exceptionnelles »²⁴.

Eu égard à cet état du droit, la proposition de la Commission se présente comme une avancée dans la direction de l'établissement d'un cadre juridique plus clair. Un cadre qui a pour vocation de gérer des situations qui pourraient mettre en difficulté le régime d'asile d'un ou plusieurs État(s) membre(s). En outre, la Commission précise, dans sa proposition, qu'elle a tiré les enseignements des expériences précédentes, notamment de la crise de 2015 ainsi que de la situation engendrée par la pandémie de Covid-19.²⁵

Toutefois, cette proposition n'est pas exempte de critiques. Différentes remarques préliminaires viennent à l'esprit à la lecture de la proposition. Premièrement, quelques éléments sont à souligner s'agissant de la clarté des termes employés. Si une définition de crise est prévue, il est toujours nécessaire d'opérer davantage de clarifications en la distinguant notamment des termes avec lesquels elle peut être confondue²⁶. En outre, la notion de force majeure n'est pas définie²⁷. Cela

¹⁸ Directive 2001/55/CE du Conseil 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, JOUE L 212, 7 août 2001, p. 12. ¹⁹ C. Withol de Weden, *Atlas des migrations. Un équilibre Mondial à inventer*, Autrement, 2016, 4e éd., p. 32. ²⁰ Voir notamment : A. Caiola, « La nécessité d'une stratégie pour la gestion des migrations », *loc. cit.*, p. 40 et 41 ; M. Gautier, « Étranger (Eur.) », *Répertoire de droit européen Dalloz*, 2013 (actualisation : Janvier 2021), *loc. cit.*, §113 et 115.

²¹ Article 33, §3 et 4, du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JOUE L 180, 29 juin 2013, p. 31.

peut cependant être expliqué par une volonté de laisser cette notion sans contenu précis afin de donner plus de marge de manœuvre pour une éventuelle instrumentalisation de celle-ci et du régime dérogatoire découlant de la reconnaissance de l'existence d'un cas de force majeure. Deuxièmement, concernant les dérogations prévues dans la proposition, il s'agit pour la plupart des prolongations des délais des procédures d'asile, de l'enregistrement des demandes, etc. Pour cette raison, la Commission semble proposer un règlement qui encadre une situation de fait plutôt que de prévoir des nouvelles mesures pour faire face aux crises ou aux cas de force majeure. En effet, le non-respect des dispositions en matière d'asile par les États membres a été pendant longtemps constaté, et ce notamment en ce qui concerne les délais prévus dans les différents règlements et directives²². Un non-respect qui concerne non seulement les États qui ont connu une pression migratoire importante, mais également la quasi majorité des États membres.²³ Enfin, sur le plan du respect des droits des demandeurs d'asile, pour certains, « *cette proposition représente*

*un recul sans précédent du droit d'asile aux frontières et fait craindre de multiples violations du principe de non refoulement consacré par la Convention de Genève. »*³⁰

Ayant fait ces constats préliminaires, il convient d'analyser de plus près les différents éléments contenus dans la proposition dans le but d'apprécier sa pertinence. Dans cette intention, il faut admettre que l'évaluation de cette proposition n'est pas une tâche aisée dans la mesure où celle-ci n'a pas encore produit ses effets³¹. Il s'agit donc d'un examen de l'éventuelle pertinence de l'élaboration de la Commission. Bien que novatrice, cette élaboration laisse beaucoup à l'incertitude. Il est donc nécessaire de voir comment l'encadrement de différentes notions dans la proposition, certes bienvenu, n'est pas encore achevé (I). De même, il est indispensable de se pencher sur les régimes dérogatoires prévus qui visent, non pas à éviter la survenance des cas de crise et de force majeure, mais à remédier aux difficultés en matière d'asile et de migration engendrées par de telles situations (II).

²² Article 33, §1, du Règlement (UE) n° 604/2013 précité. ²³ Article 2, d) de la Directive 2001/55/CE, précitée. ²⁴ Article 9 du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontière Schengen), JOUE L 77, 23 mars 2016, p. 1. ²⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 613 final, p. 9. ²⁶ Il s'agit des termes tels qu'une pression particulière, un afflux massif ou des circonstances exceptionnelles. ²⁷ Une précision de la notion de force majeure se trouve néanmoins au considérant n° 7 de la proposition faisant référence aux « *circonstances anormales et imprévisibles échappant à leur contrôle, dont les conséquences n'auraient pas pu être évitées malgré toute la diligence employée. De telles situations de force majeure pourraient rendre impossible le respect des délais... pour l'enregistrement des demandes de protection internationale ou pour l'exécution des procédures de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande...* ».



²⁸ À titre d'exemple, voir : ECRE (European Council on Refugees and Exiles), « The length of asylum procedures in Europe », octobre 2016, p. 3 et 4. ²⁹ Ibidem. ³⁰ La Cimade, « Pacte européen sur les migrations et l'asile : le rendez-vous manqué de l'UE », 25 septembre 2020, (disponible sur : <https://www.lacimade.org/pacte-europeen-sur-les-migrations-et-lasile-le-rendez-vous-manque-de-lue/>), consulté le 13 avril 2021. ³¹ Il convient de noter qu'à ce jour la date d'adoption de cet instrument par le Parlement européen et le Conseil n'est pas clairement déterminée. En effet, la Commission précise simplement que le Parlement et le Conseil devraient « accorder la priorité aux travaux sur le nouvel instrument de crise et les mener à bien » dans le 2e trimestre de 2021 : Annexe de la Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 609 final, p. 2.

L'établissement des prémisses des notions

La proposition de la Commission relative aux situations de crise et aux cas de force majeure prévoit des précisions à l'égard des notions de crise et de force majeure dans le domaine d'asile et de migration. Or, des doutes persistent. Il en va ainsi car si une définition de la crise est enfin prévue (A) et que la notion de force majeure est introduite (B), des imprécisions demeurent quant à leur signification.

A La définition tardive d'une notion de crise ancrée dans le domaine d'asile et de migration

Parler des crises dans l'UE, de manière générale³², et dans le domaine d'asile et de migration³³, plus spécifiquement, n'est pas nouveau. Toutefois, avant la proposition de la Commission, le terme crise n'avait pas reçu de définition précise dans ce domaine. Afin de saisir la signification donnée à ce terme par la Commission il est nécessaire de regarder non seulement sa proposition d'un règlement pour faire face aux situations de crise et au cas de force majeure, mais l'ensemble des documents que contient son nouveau pacte présenté le 23 septembre 2020. Il en va ainsi car ce dernier contient des éléments qui mènent à identifier une version étroite de l'étendue de crise et une autre plus large. Chacune de ces

versions impliquerait des conséquences distinctes. Celle étroite se trouve dans la proposition du règlement pour faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure. Quant à celle plus large, elle est contenue dans la recommandation de la Commission relative à un plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration³⁴. Cette recommandation, présentée également par la Commission le 23 septembre 2020 dans le cadre de son nouveau pacte, établit « un cadre opérationnel » pour le suivi continu et l'anticipation des flux migratoires³⁵. Par la suite, et afin de mieux saisir la signification de la notion de crise, il convient d'analyser de plus près ses deux étendues.

³² Ainsi écrivait Jean Monnet dans ses mémoires, « l'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises » : J. Monnet, *Mémoires, Le Livre de Poche*, 2007, p. 615-616. ³³ S. Slama, « La gestion européenne de la "crise des réfugiés", un révélateur de la crise des droits fondamentaux en Europe », précité, p. 205. ³⁴ Recommandation de la Commission du 23.9.2020 relative à un mécanisme de l'UE de préparation et de gestion de crise en matière de migration (*Plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration*), Bruxelles, 23 septembre 2020, C (2020) 6469 final. ³⁵ *Ibid.*, considération n°11.

Tout d'abord, la définition étroite de crise renvoie à « *une situation exceptionnelle d'afflux massif de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides arrivant irrégulièrement dans un État membre ou débarqués sur son territoire à la suite d'opérations de recherche et de sauvetage d'une ampleur et d'une nature telles que, proportionnellement à la population et au PIB de l'État membre concerné, elle rend le système d'asile, d'accueil ou de retour de l'État membre non fonctionnel et peut avoir des conséquences sur le fonctionnement du régime d'asile européen commun ou du cadre commun établi dans le règlement [...] (gestion de l'asile et de la migration)* »³⁶ ou à un « *risque imminent d'une telle situation* »³⁷. Cette définition nous amène à faire plusieurs remarques.

En premier lieu, il ne s'agit pas de tout type d'afflux massif. Le caractère exceptionnel de cet afflux est une condition selon cette définition. Il implique une opposition à une situation considérée comme normale. Une question se pose néanmoins, celle de savoir à quoi renvoie effectivement ce caractère exceptionnel ?³⁸. Ensuite, la situation d'afflux massif peut constituer

une crise pour un État membre et non pas pour un autre. Il en va ainsi car cette définition établit un examen proportionnel de l'ampleur d'un tel afflux par rapport à la population et au PIB d'un État membre donné. Ainsi, une crise ne concerne pas nécessairement l'ensemble des États membres. Un dernier critère important est celui des conséquences d'un afflux massif. Il est nécessaire que ce dernier rende le système d'un État membre « *non fonctionnel* ». Il est indispensable d'apporter davantage de clarifications sur ces différents éléments afin de distinguer la crise d'autres notions voisines³⁹. En second lieu, la proposition vise à répondre aux crises non seulement lorsqu'elles surviennent, mais également lorsque leur survenance est imminente. De cela une question se pose, celle de la manière d'anticiper un tel risque imminent. Théoriquement, « *le risque appartient à l'indéterminé, au flou, ce qui oblige à plus de rigueur pour évaluer et traiter le risque pour l'éviter (à un moment donné, des risques négligés, mal gérés provoquent une crise dont le coût est beaucoup plus élevé)* »⁴⁰. Dans les dictionnaires juridiques, un risque est un « *événement dommageable dont la survenance est*

³⁷ Article 1er, § 2, a) de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 613 final. ³⁷ Article 1er, § 2, b) de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, précitée. ³⁸ La Commission européenne a reconnu « le caractère exceptionnel des flux migratoires » arrivant en Grèce et en Italie en 2015, une situation qui a été qualifiée de crise : Considérant n° 3 de la décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE L 248, 24 septembre 2015, p. 80. Toutefois, certains ne considèrent pas que la crise de 2015 présente un caractère exceptionnel à l'égard notamment de nombre de demandeurs d'asile dans d'autres parties du monde ainsi que la prévisibilité de tel afflux dans un contexte d'instabilité dans certaines régions du monde, voir notamment : S. Slama, « La gestion européenne de la "crise des réfugiés", un révélateur de la crise des droits fondamentaux en Europe », précité, p. 205.

incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation »⁴¹. Quant au terme « imminent », il sousentend ce « qui est sur le point de se produire »⁴². Ainsi, comment répondre à quelque chose qui n'est pas certain. Autrement dit, à quel moment un risque qualifié d'« imminent » déclenche le régime dérogatoire prévu dans la proposition. Ceci étant, la recommandation de la Commission pour un plan de préparation et de gestion de crise, qui contient une conception plus large des crises, pourrait donner des indications sur les moyens d'anticiper un tel risque.

Quant au sens large du terme crise, la recommandation de la Commission relative à un plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration définit la crise comme « toute situation ou évolution survenant à l'intérieur de l'UE ou dans un pays tiers qui produit des effets et exerce une pression particulière sur les systèmes d'asile, de gestion de la migration ou de frontières d'un État membre ou qui a un tel potentiel. »⁴³ Cette définition, comme le précise la Commission, « comprend, et même excède, »⁴⁴ la définition de crise dans la

proposition de règlement pour faire face aux crises et au cas de force majeure ainsi que celle de pression migratoire dans la proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration. Ainsi, pour ce plan de préparation et de gestion de crise, qui a pour but principal de créer un réseau de partage d'information au sein de l'Union, la crise est entendue au sens large du terme. Ce plan a pour but de permettre à l'Union et aux États membres d'être mieux préparés et de prévoir la survenance des crises. Pour cela, il rassemble « tous les outils de gestion de crise existants et [définit] les principaux protocoles et mesure institutionnels, opérationnels et financiers qui doivent être mis en place pour assurer la préparation tant au niveau de l'Union qu'au niveau national »⁴⁵.

Cette volonté d'être prêt face aux situations mettant en difficulté les systèmes d'asile ne se limite pas aux crises caractérisées par un afflux massif de demandeurs d'asile. La Commission propose également un encadrement des circonstances imprévisibles ayant des conséquences sur ces systèmes. Il s'agit des cas de force majeure.

³⁹ Il s'agit par exemple de la notion de pression migratoire définie comme « une situation caractérisée par un grand nombre d'arrivées de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides, ou un risque de telles arrivées, y compris lorsque cette circonstance résulte d'arrivées faisant suite à des opérations de recherche et de sauvetage, en raison de la situation géographique d'un État membre et d'événement spécifiques dans des pays tiers à l'origine de mouvement migratoire faisant peser une charge même sur les systèmes d'accueil bien préparés, et qui nécessite une action immédiate » : Article 2, w) de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX (établissant le Fonds « Asile et migration »), Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final. ⁴⁰ J. Bouyssou, *Théorie générale du risque*, Economica, 1997, p. 67. ⁴¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, (sous la dir. de), Ass. H. Capitant, Puf, 2016, voir : *Risque*. ⁴² *Le Petit Larousse*, voir : *Imminent*. ⁴³ Considérant n° 12 de la recommandation de la Commission du 23.9.2020 relative à un mécanisme de l'UE de préparation et de gestion de crise en matière de migration (Plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration), Bruxelles, 23 septembre 2020, C (2020) 6469 final. ⁴⁴ *Ibidem*. ⁴⁵ Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 609 final, p. 12.

B L'introduction d'une notion non précisée de force majeure dans le domaine d'asile et de migration

La pandémie de Covid-19 a eu une nette influence sur la proposition de la Commission. Si une réponse est désormais prévue aux cas de force majeure, les situations pouvant éventuellement être qualifiées de force majeure ne sont, pour leur part, pas clairement identifiées. En effet, la proposition ne définit pas officiellement ce qui est entendu par cette dernière. Il convient néanmoins de préciser qu'au considérant n° 7 de la proposition la Commission entend par force majeure « *des circonstances anormales et imprévisibles échappant à leur contrôle, dont les conséquences n'auraient pas pu être évitées malgré toute la diligence déployée* ». Malgré l'absence de définition dans le cœur de la proposition, celle-ci n'est pas dénuée de tout bénéfice. En pratique, la mise en place d'un encadrement « *pourrait réduire les risques d'atteinte à l'État de droit.* »⁴⁶ À défaut de tout encadrement, on risque d'avoir des réponses divergentes qui portent certainement atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union. Par ailleurs, on observe que

l'emploi de la notion de force majeure en droit primaire et dérivé de l'Union se fait, et ce dans des domaines variés, sans prévoir une définition de celle-ci.⁴⁷ Il s'agit donc d'une pratique assez habituelle en droit de l'Union qui n'est pas spécifique au domaine d'asile et de migration. Cependant, il importe de souligner que l'absence de définition précise de force majeure n'est pas un obstacle à son emploi en droit de l'Union. En effet, l'étendue de cette notion a, pendant longtemps, fait l'objet de débats doctrinaux, et ce dans des ordres juridiques variés.⁴⁸ Dans ce sens, écrivait M. Paul-Henri Antonmattei en 1992 : « *Certes la force majeure semble rebelle à une définition précise et figée. Elle postule une certaine flexibilité. Mais même les concepts flous, à contenu variable "ne sont pas indéfinissables... La définition dont ils sont l'objet comporte certains éléments variables laissés à l'appréciation du juge en fonction des faits et dont la compréhension dépend du contexte sociale et idéologique du lieu et du moment."* »⁴⁹



⁴⁶ D. Rojas, « L'État de droit en période de Covid-19 : l'Union européenne mise à l'épreuve », *RTD Eur.*, 2020, n° 3, p. 535.

⁴⁷ À titre d'exemple, voir : Article 45 du Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexé aux traités. Pour des exemples de la législation européenne, dans le domaine de la politique de cohésion, voir : règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347, 20 déc. 2013, p. 320, articles 22 et 87 ; dans le domaine de l'espace de liberté ; de sécurité et de justice, voir : règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JOUE L 295, 14 nov. 2019, p. 1, articles 56 et 57 ; en matière de douanes, voir : règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, JOUE L 268, 10 oct. 2013, p. 1, articles 105, 121, 124, 137, 192 et 240.⁴⁸ Sur la signification de force majeure en droit anglais, précisément dans les clauses de force majeure, voir : W. Swdling, « The Judicial Construction of Force Majeure Clauses », in E. Mckendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2013, 2e éd., p. 8. Sur sa signification en droit français, voir : I. Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, 514. Sur sa signification en droit public français, voir : A. Bibanda, *La force majeure en droit public*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 1987 p. 83. Sur sa signification dans le domaine du commerce international, voir : D. Le Roy, *La Force majeure dans le commerce international*, Thèse, Paris 1, 1991, p. 9 et s. Sur sa signification en droit Canadien, voir : M. Katsivela, « Les moyens de défense de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel (droit civil québécois) et de la responsabilité délictuelle en common law au Canada : une étude en droit comparé », *R.D.I.D.C.*, 2015, n° 2, p. 267. Sur sa signification en droit allemand, voir : P. Ridder et M.-P. Weller, « The impact of "Force majeure" on German contracts », *R.D.I.D.C.*, 2015, n° 2, p.149 et s. Sur sa signification en droit international, voir : S. Szurek, *La force majeure en droit international*, Thèse, Paris 2, 1996, p. 433 et s.⁴⁹ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992, 523.

Ceci étant, l'absence de définition pourrait cependant susciter des inquiétudes sur l'uniformité de l'application du droit de l'Union. Il en va ainsi notamment dans la mesure où chaque État membre aura la possibilité, selon la proposition, de déclarer lui-même l'existence d'un cas de force majeure rendant impossible le respect de ses obligations en matière d'asile et de migration. Mais, quoi qu'il en soit, la notion ne sera pas interprétée selon le droit de chaque État membre. En effet, confrontée à la question de l'interprétation de cette notion, la Cour de justice a pu préciser qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union.⁵⁰

En fait, si une définition n'est pas prévue dans le cœur de cette proposition, il est possible de recourir à la jurisprudence de la Cour de justice pour obtenir plus de précisions. En effet, si l'emploi de la notion de force majeure en matière d'asile et de migration est une nouveauté, le droit de l'Union, plus généralement, connaît cette notion, et ce depuis longtemps. On trouve la première référence à cette notion dans le Protocole annexé au Traité de Paris⁵¹ sur le statut de la Cour de justice⁵². Par la suite, les références à la force majeure se multiplient en droit de l'Union. Dans la mesure où ces dispositions ne prévoyaient pas

de définition de la force majeure, une jurisprudence abondante de la Cour de justice⁵² s'est développée afin de préciser sa signification. Les premières mentions de la force majeure dans la jurisprudence de la Cour de justice peuvent être retracées jusqu'à un arrêt rendu le 11 juillet 1968, *Schwarzwaldmilch GmbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*⁵³, dans le domaine de politique agricole commune⁵⁴. En réalité, même si les formulations employées par la Cour pour interpréter la notion de force majeure varient, elle la définit, et ce dans des domaines distincts, comme « *des circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées* »⁵⁵. Ainsi, les critères nécessaires afin de qualifier un événement donné de force majeure sont ceux de l'extériorité, l'anormalité et l'imprévisibilité de l'évènement, l'inévitabilité de ses circonstances et, enfin, la diligence de celui qui l'invoque. Cependant, l'appréciation de chacune de ces conditions varie d'un domaine à l'autre. Autrement dit, l'interprétation de ces critères diffère en fonction du contexte dans lequel la force majeure est employée⁵⁶. Par voie de conséquence,

⁵⁰ CJCE, 18 décembre 2007, *Pipeline Méditerranée et Rhône*, C-314/06, ECLI:EU:C:2007:817, pt. 22. ⁵¹ Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CACA), Paris, 18 avril 1951. ⁵² « Aucune déchéance tirée de l'expiration des délais ne peut être opposée lorsque l'intéressé établit l'existence d'un cas fortuit ou de force majeure ». Aujourd'hui, cette référence à la force majeure se trouve à l'article 45 du Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexé aux traités.

pour avoir une certitude sur ce qui est entendu par la notion de force majeure dans la proposition de la Commission, une fois adoptée, il convient d'attendre une jurisprudence de la Cour de justice précisant et clarifiant les conditions nécessaires afin de qualifier un événement donné de force majeure dans le domaine d'asile et de migration.

Malgré la présence des éléments qui nécessitent davantage de clarifications concernant les notions que contient la proposition, celle-ci établit un cadre spécifique pour tenter de répondre aux situations mettant en difficulté les régimes d'asile au sein de l'UE.

⁵³ CJCE, 11 juillet 1968, *Schwarzwaldmilch GmbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*, C4/68, ECLI:EU:C:1968:41. ⁵⁴ P. Gilsdorf, « La force majeure dans le droit de la CEE à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 1982, n° 2-3, p. 137-143. ⁵⁵ Dans le domaine de politique agricole commune, voir par exemple : CJCE, 19 avril 1988, *État hellénique c/ Inter-Kom*, (aff. C-71/87), ECLI:EU:C:1988:186, pt. 16 ; Dans le domaine de mandat d'arrêt européenne : CJUE, 25 janvier 2017, *Vilkas*, (aff. C-640/15), ECLI:EU:C:2017:39, pt. 53 ; dans le domaine de l'Union douanière : CJUE, 18 mars 2010, *SGS Belgium e.a.*, (aff. C-218/09), ECLI:EU:C:2010:152, pt. 44. ⁵⁶ Voir par exemple : CJCE, 11 juillet 1968, *Schwarzwaldmilch GmbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*, (aff. C4/68), ECLI:EU:C:1968:41, p. 562-563 ; CJCE, 30 Janvier 1974, *Kampffmeyer c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (aff. C158/73), ECLI:EU:C:1974:8 ; pt. 8 ; CJUE, 25 janvier 2017, *Vilkas*, (aff. C-640/15), ECLI:EU:C:2017:39, pt. 54 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Pipeline Méditerranée et Rhône*, (aff. C-314/06), ECLI:EU:C:2007:817, pt. 25.



La mise en place de régimes dérogatoires palliatifs

La proposition de la Commission encadre, dans un seul texte, les mesures à disposition des États membres dans une situation de difficultés. Or, ces mesures permettent uniquement une adaptation des systèmes d'asile des États membres face aux circonstances les mettant en difficulté. Si la proposition établit un régime dérogatoire flexible pour que les États membres puissent répondre aux conséquences des cas de force majeure (B), l'apport de celle-ci, en temps de crise, reste modeste (A).

.A Un régime modeste en temps de crise

De manière générale, élaborer un instrument afin de faire face aux crises n'est pas une tâche facile. Cette tâche « revient à jouer sur les équilibres. Précis pour ne pas abandonner au hasard des points conséquents, le plan doit être suffisamment simple pour être utilisable. Trop vague, il donne quelques indications en laissant une grande place à l'imprévision, trop détaillé, il ne permet pas de faire face à des événements imprévus et sa maintenance, alourdie, est aléatoire. »⁵⁷ S'agissant de la gestion des crises en matière d'asile et de migration, il convient d'analyser le régime prévu dans la proposition de la Commission en temps de crise avant d'apporter des éléments de comparaison par rapport aux mesures qui ont été prises lors de la crise de 2015. Cette comparaison

permettra de voir que la Commission n'a effectivement pas tiré toutes les leçons de cette crise.

Tout d'abord, il faut souligner que la place que détient la Commission dans la gestion des cas de crise dans la proposition est importante. En effet, il lui revient d'établir si un État membre se trouve dans une situation de crise afin de déclencher le mécanisme de solidarité.⁵⁸ De même, afin qu'un État membre puisse prolonger les délais des procédures d'asile et de retour, cet État doit demander l'autorisation de la Commission en lui envoyant une demande motivée⁵⁹. Cela renforce par conséquent les prérogatives de la Commission.⁶⁰

⁵⁷ D. Heiderich, *Plan de gestion de crise. Organiser, gérer et communiquer en situation de crise*, préf. T. Libaert, Dunod, 2010, p. 49. ⁵⁸ Article 2, § 4 de la proposition. ⁵⁹ Article 3 de la proposition. ⁶⁰ Sur le rôle de la Commission en ce qui concerne les régimes d'exception, voir : F. Michéa, « Les incidences institutionnelles des régimes d'exception visés dans le droit primaire de l'Union européenne », in E. Carpano et G. Marti (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019, p. 74.

Ensuite, s'agissant du régime proposé en temps de crise, ceci est en réalité double. En effet, si la crise, telle que définie à l'article 1er de la proposition de la Commission, renvoie à la fois à « *une situation exceptionnelle d'afflux massif [...]* » (article 1er, §2, a) et celle d'un « *risque imminent d'une telle situation* » (article 1er, §2, b), ces deux volets de la définition ne conduisent pas forcément à l'application des mêmes dispositions dérogatoires. Le régime de gestion de crise, au sens de l'article 1er, §2, a), contient des dérogations à certaines règles en matière d'asile et de migration sous la forme d'une prolongation des délais⁶¹, le déploiement d'un mécanisme de solidarité obligatoire⁶² et, enfin, la suspension de l'examen des demandes de protection internationale et l'octroi d'un statut de protection pour un an au maximum.⁶³ Ainsi, il est plus large que le régime prévu lorsqu'un « *risque imminent* » existe, au sens de l'article 1er, §2, b). Ce dernier prévoit principalement une prolongation des délais des procédures d'asile et de retour.⁶⁴

S'agissant en premier lieu du prolongement des délais, comme déjà développé *supra*⁶⁵, ces mesures encadrent une situation de fait plutôt que de présenter des réelles avancées.

En second lieu, concernant le statut de protection immédiate prévu à l'article 10 de la proposition, celui-ci présente une avancée. Il s'agit d'une simplification procédurale par rapport à la directive de protection temporaire de 2001 abrogée par cette proposition. Cette directive prévoit, en cas d'afflux massif, l'octroi d'un statut de protection temporaire⁶⁶ aux personnes déplacées en provenance de pays tiers. Pour cela, elle exige une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission afin de mettre en œuvre le statut de la protection temporaire⁶⁷. Néanmoins, ce statut de protection temporaire n'a jamais été employé malgré les difficultés qu'ont pu connaître certains États membres. Désormais, la Commission établirait la possibilité de faire usage du statut de protection immédiate au moyen d'une décision d'exécution⁶⁸. Néanmoins, il convient ici de souligner que les États membres continuent à opérer un contrôle de cette compétence d'exécution conférée à la Commission selon les modalités prévues dans le règlement relatif à la comitologie⁶⁹. Enfin, un aspect essentiel du régime dérogatoire prévu dans la proposition est celui de l'imposition d'un mécanisme de solidarité obligatoire en temps de crise. Ce mécanisme, prévu

⁶¹ Articles 4 à 6 de la proposition. ⁶² Article 2 de la proposition ; Pour plus de précisions sur ce nouveau mécanisme de solidarité, voir dans le même ouvrage : L. Derooy, « Le nouveau mécanisme de solidarité du pacte sur la migration et l'asile : "Un pour tous, tous pour un ?" ». ⁶³ Article 10 de la proposition. ⁶⁴ Articles 4 à 6 de la proposition. ⁶⁵ Pour plus de précisions, voir page 4 et n° 28. ⁶⁶ « Une procédure de caractère exceptionnel assurant, en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes, notamment si le système d'asile risque également de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement dans l'intérêt des personnes concernées et celui des autres personnes demandant une protection » : article 2, a), de la Directive 2001/55/CE, précitée. ⁶⁷ Article 5 de la Directive 2001/55/CE, précitée. ⁶⁸ Article 10 de la proposition.

à la base dans la proposition de la Commission du règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration, sera « renforcé et les délais régissant ce mécanisme devraient être raccourcis » en temps de crise.⁷⁰

Cette proposition de la Commission reprend l'un des deux éléments principaux qui figuraient dans sa réponse à la situation en 2015⁷¹. Cette réponse prévoyait, d'une part, la mise en place des centres de crise, communément appelées *hotspots*.⁷² Ces centres ont

fait l'objet d'un consensus sur leur inefficacité⁷³ et ne figurent pas dans la proposition. D'autre part, des mesures de relocalisation⁷⁴ « symboliques »⁷⁵ qui consistaient à transférer un nombre très limité⁷⁶ de demandeurs d'asile d'un État membre à un autre. La relocalisation est désormais intégrée dans le mécanisme de solidarité⁷⁷ rendu obligatoire en temps de crise⁷⁸. Cela étant, il convient d'apporter plus de précisions à ces deux éléments à l'aune de la proposition de la Commission, et plus généralement, de l'ensemble de son nouveau pacte.

⁶⁹Règlement n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice de compétences d'exécution de la Commission, JOUE L 55, 28 février 2011, p. 13. ⁷⁰COM (2020) 609 final, précité, p. 12. ⁷¹Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale européen et au Comité des régions, Un agenda européen en matière de migration, 13 mai 2015, COM (2015) 240 final, p. 5 et 7. ⁷²Selon cette approche « le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) ainsi que les agences Frontex et Europol agiront sur le terrain avec les États membres situés en première ligne afin de procéder rapidement à l'identification et à l'enregistrement des migrants et au relevé de leurs empreintes digitales » : COM (2015) 240 final, précité, p. 7. ⁷³À titre d'exemple, voir : C. Rodier, « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, n° 13, 517 ; L. Tassin, « L'approche hotspots, une solution en trompe-l'œil. Compte-rendu d'enquêtes à Lesbos et Lampedusa », in A. Lendaro, C. Rodier et Y. L. Vertongen (dir.), *La crise de l'accueil. Frontières, droits, résistances, La Découverte*, 2019, p. 162 ; M.-L. Basilien-Gainche, « L'Union et les réfugiés. Une Europe sans qualité ? », *Revue de l'Union européenne*, 2017, n° 613, p. 601. ⁷⁴Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE L 239, 15 septembre 2015, p. 146 ; Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE L 248/80, 24 septembre 2015, p. 80. ⁷⁵S. Lamort, *Europe, terre d'asile ? Défis de la protection des réfugiés au sein de l'Union européenne*, préf. O. Brachet, Puf, 2016, p. 84. ⁷⁶En mars 2018, de 120 000 personnes prévues à l'origine d'être relocalisées, seulement 34 690 personnes ont été relocalisées : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », Bruxelles, 16 mai 2018, COM (2018) 301 final, p. 19. ⁷⁷Article 45 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX (établissant le Fonds « Asile et migration »), précitée. ⁷⁸Article 2, de la proposition.

Premièrement, s'agissant des *hotspots*, ils représentent en pratique des « zones situées à la frontière extérieure de l'Union et confrontées... à des "pressions migratoires démesurées". »⁷⁹ Suite à leur mise en place, ils n'ont pas permis de faire face à la crise et ont fait l'objet de vifs critiques⁸⁰. Toutefois, s'ils sont absents de la proposition de la Commission, ils n'ont pas réellement disparu de son approche⁸¹. En effet, une référence aux *hotspots* est faite dans le plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration⁸². En outre, l'approche dite des *hotspots*, peut être déduite de la proposition du règlement des procédures⁸³ ainsi que la proposition établissant un mécanisme de filtrage⁸⁴. Ces propositions mettent en place une procédure ainsi qu'un filtrage aux frontières extérieures de l'Union⁸⁵. Deuxièmement, s'agissant des mesures de relocalisations adoptées en 2015 sur la base de l'article 78, 53,

TFUE⁸⁶, celles-ci étaient modestes. En outre, malgré la force obligatoire de ces mesures, elles se sont heurtées à l'opposition de certains États membres⁸⁷. La Commission envisage désormais d'inclure la relocalisation dans le mécanisme de solidarité qui devient obligatoire en temps de crise⁸⁸. Malgré cela, des doutes demeurent sur la potentielle efficacité de ce mécanisme dans le sens où les mesures de relocalisation n'ont pas été un succès dans le passé.

L'adaptabilité des systèmes d'asile est nécessaire non seulement en cas de difficultés causées par le nombre de demandeurs d'asile aux portes de l'Union, mais aussi lorsque celles-ci trouvent leur origine ailleurs. Pour cela, la Commission prévoit dans sa proposition un régime dérogatoire souple pour faire face aux cas de force majeure.

⁷⁹ C. Rodier, « Le faux semblant des hotspots », *loc. cit.*, 52. ⁸⁰ Sur ce point voir notamment : C. Rodier, « Le faux semblant des hotspots », *loc. cit.*, 551 ; L. Tassin, « L'approche hotspots, une solution en trompe-l'œil. Compte-rendu d'enquêtes à Lesbos et Lampedusa », *loc. cit.*, p. 162 ; M.-L. Basilien-Gainche, « L'Union et les réfugiés. Une Europe sans qualité ? », *Revue de l'Union européenne*, *loc. cit.*, p. 601. ⁸¹ Pour plus de précisions sur cette question, voir dans le même ouvrage : E. Celoria, « The "new" proposal on pre-screening procedure : the costs of re-cycling the "hotspot approach" ». ⁸² P. 9 de la recommandation de la Commission du 23.9.2020 relative à un mécanisme de l'UE de préparation et de gestion de crise en matière de migration (Plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration), précitée. ⁸³ Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale de l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 611 final. ⁸⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, Bruxelles, 23 septembre 2020, COM (2020) 612 final. ⁸⁵ Pour plus de détails sur ces deux propositions, voir : S. Barbou des Places, « Chroniques Droit de l'asile et de l'immigration – Pacte sur l'asile et la migration (2). La taylorisation des procédures aux frontières », *RTD Eur.*, 2021, n° 1, p. 210215. ⁸⁶ Article 78, 53 du TFUE : « Au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen ». ⁸⁷ Il s'agit notamment de la Slovaquie, la Roumanie, la Hongrie, la République tchèque et la Pologne. Leur réticences a donné lieu aux contentieux devant la Cour de justice : CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie c/ Conseil, (aff. jointes C-643/15 et C-647/15), ECLI:EU:C:2017:631 ; CJUE, 2 avril 2020, Commission c/ Pologne, Hongrie et République tchèque, (aff. jointes C-715-17, C-718/17 et C-719/17), ECLI:EU:C:2020:257. ⁸⁸ Article 2 de la proposition.

.B Un régime souple pour les cas de force majeure

La crise sanitaire a démontré la nécessité de prévoir des dérogations qui permettent une certaine adaptation du droit aux circonstances particulières. Comme le souligne Mme Kiara Néri, « les exceptions constituent alors des aménagements indispensables à la vie d'un ordre juridique, à l'application de ses normes et à leur mise en œuvre par le juge. »⁸⁹

Le régime prévu dans la proposition permet une certaine prévisibilité de l'avenir quant aux mesures rendues accessibles aux États membres, peu importe l'événement à l'origine de la force majeure ou le fait qu'il touche un ou plusieurs États membres. Dans ce sens, la Commission met en place un régime dérogatoire stable au lieu de recourir à

des solutions *ad hoc*. Néanmoins, il peut être reproché qu'aucun contrôle *a priori* n'est établi avant qu'un État membre puisse faire usage des dérogations prévues dans la proposition de la Commission. En effet, contrairement à la place que détiendrait la Commission en cas de crise, un État membre peut faire usage des dérogations prévues en cas de force majeure par une simple notification adressée à la Commission et aux États membres⁹⁰. Ainsi, la Commission propose un régime assez flexible pour permettre aux États de gérer les difficultés causées par un cas de force majeure⁹¹. Ceci étant, un contrôle *a posteriori* des actions de ces derniers est toujours possible afin de vérifier leur respect du droit de l'Union.

⁸⁹K. Néri, « Les fonctions de l'exception en droit international », in E. Carpano et G. Marti (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019, p. 48. ⁹⁰Articles 7 à 9 de la proposition. ⁹¹P. 9 de la proposition : Commission européenne, « Commission staff working document accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC)2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund] {COM(2020) 610 final} », Bruxelles, 23 septembre 2020, SWD(2020) 207 final, p. 82.

De plus, les dérogations prévues en cas de force majeure sont encadrées temporellement. Ainsi, les États membres ne pourront pas les employer à l'indéfini. En effet, la notification d'un État membre de l'existence d'un cas de force majeure permet de faire usage de différentes mesures pour une période maximale déterminée. Il peut prolonger l'enregistrement des demandes de protection internationale pour une période de quatre semaines⁹². Il lui est autorisé également de prolonger les délais concernant la présentation des demandes de prise en charge d'un demandeur⁹³, la réponse à une telle demande⁹⁴, la soumission de la notification aux fins de reprise en charge⁹⁵ et encore le transfert d'un demandeur⁹⁶. De surcroît, la proposition prévoit, en cas d'impossibilité d'accueil, la suspension des transferts des demandeurs vers l'État membre qui fait face à un cas de force majeure et, éventuellement, le transfert de la responsabilité de prise en charge des demandeurs⁹⁷. Enfin, il est possible de suspendre, pour une durée maximale de six mois, la mise en œuvre des mesures de solidarité prévues dans la proposition du règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration⁹⁸.

Ainsi la proposition donne aux États membres des moyens dont ils ne disposaient pas lors de la crise de Covid-19. En effet, en 2020, à l'exception du règlement Eurodac qui prévoit à son article 9 une dérogation en cas d'adoption des mesures de santé publique, les règlements et directives en vigueur en matière d'asile et de migration ne prévoient pas d'exceptions pour gérer une situation telle que celle engendrée par la pandémie. Par voie de conséquence, afin de faire face aux répercussions du Coronavirus, il a fallu mobiliser des dispositions pour servir une finalité autre que celle prévue lors de leur adoption. Ainsi, la Commission a envisagé l'emploi des règles dérogatoires en matière d'asile et de migration prévues notamment en cas de nombre élevé de demandeurs ou en cas de demandes simultanées⁹⁹. Désormais, la proposition met en place des moyens divers à la disposition des États membres en cas de force majeure.

De ce qui précède, il est possible de constater que, dans le régime d'exception prévu, la notion de force majeure n'exerce pas sa fonction traditionnelle comme cause exonératoire de responsabilité. Elle est envisagée ici

⁹² Article 7 de la proposition. ⁹³ Article 8, §1, a) de la proposition. ⁹⁴ Article 8, §1, b) de la proposition. ⁹⁵ Article 8, §1, c) de la proposition. ⁹⁶ Article 8, §1, d) de la proposition. ⁹⁷ Article 8, §3 de la proposition. ⁹⁸ Article 9, §1 de la proposition. ⁹⁹ Communication de la Commission européenne. « COVID-19 : orientations relatives à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de l'UE régissant les procédures d'asile et de retour et à la réinstallation », JOUE C 126, 17 avril 2020, p. 13 et s.

afin d'aménager le système d'asile face à des circonstances rendant impossible le respect de certaines dispositions. Autrement dit, il ne s'agit pas d'exonérer les États membres de leurs obligations en matière d'asile et de migration, mais de leur laisser une certaine flexibilité dans les situations où le respect de ces obligations est rendu difficile. Néanmoins, pour l'instant, rien ne permet de conclure à une efficacité certaine de la proposition. En effet, celle-ci dépend de la manière dont les États membres font usage de ces dispositions. Par ailleurs, on peut s'attendre à des débats et discussions au sein de l'Union sur cette question. En fait, les députés européens ont, lors de la session plénière du Parlement européen du 23 juin 2021, présenté leurs attentes¹⁰⁰ concernant le Conseil européen qui se tiendra les 24 et 25 juin suite à l'invitation du son président

Charles Michel¹⁰¹. Ainsi, concernant le nouveau pacte sur l'asile et la migration présenté 23 septembre dernier, le député Dacian Cioloș a précisé que « *le Parlement est prêt à rentrer dans le vif du sujet et à commencer les négociations pour donner une perspective plus claire à l'approche européenne sur la migration* ». ¹⁰²

Finalement, dans ce panorama encore incertain, une chose est sûre : l'élaboration des régimes dérogatoires n'implique pas l'abandon des dispositions en vigueur dans les situations normales. Celles-ci demeurent la règle et celles prévues dans la proposition l'exception. Cependant, un risque existe, à savoir celui de la banalisation du recours à l'exception¹⁰³, ce qui conduit « *à ce que la règle s'étiolle, voire finisse par disparaître.* » ¹⁰⁴

¹⁰⁰Parlement européen, Session plénière, 23 juin 2021, (disponible sur : <https://www.europarl.europa.eu/plenary/en/vod.html?mode=chapter&vodLanguage=EN&vodId=f80a637e-dc03-753e-ea3a-cf649859a63a&date=20210623#>), consulté le 24 juin 2021. ¹⁰¹Conseil européen, communiqué de presse, « Invitation letter by President Charles Michel to the members of the European Council ahead of their meeting of 24 and 25 June 2021 », 23 juin 2021, (disponible sur :

<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/06/23/invitation-letter-by-president-charles-michel-to-the-members-of-the-european-council-ahead-of-their-meeting-of-24-and-25-june-2021/>), consulté le 24 juin 2021.

¹⁰²Parlement européen, Session plénière, 23 juin 2021, précitée. ¹⁰³Dans ce sens, voir : S. Barbou des Places, « Chroniques Droit de l'asile et de l'immigration – la légalité communautaire, une légalité de crise », RTD Eur., 2017, n° 2, p. 341. ¹⁰⁴M. Dony, « Conclusions générales : La fonction narrative de l'exception ou que nous dit l'exception du droit de l'Union européenne », in E. Carpano et G. Marti (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019, p. 348.

Le projet ARRECO

Qui accueille qui et comment, dans le contexte actuel du bouleversement européen face à la mondialisation des flux de réfugiés ?

L'objectif scientifique majeur du projet ARRECO est non seulement d'associer des chercheurs de différentes disciplines, mais aussi d'impliquer des acteurs de terrain, voire des réfugiés eux-mêmes, afin d'apporter des réponses complètes et concrètes sur les deux axes de recherche retenus : la catégorisation et l'opérationnalisation. Ceci doit être fait dans un premier temps à l'échelle régionale, en comparant les expériences avec des territoires étrangers en Italie, en Grèce, en Turquie ou en Allemagne. A terme, deux objectifs stratégiques doivent être remplis : d'une part, constituer un réseau de chercheurs européens compétents sur la thématique de l'accueil des réfugiés. D'autre part, diffuser les recherches sur les réfugiés menées dans le cadre d'Alliance Europa le plus largement possible.

Le projet ARRECO a été sélectionné dans le cadre de l'APP Recherche de l'Institut d'études européennes et globales Alliance Europa et bénéficie d'un soutien pour cinq années, de septembre 2017 à septembre 2022. Le projet est porté par trois chercheuses :

- **Carole Billet,**
maître de conférences en droit public
à l'Université de Nantes
- **Bérangère Taxil,**
professeure de droit public
à l'Université d'Angers,
- **Estelle d'Halluin,**
maître de conférences en sociologie
à l'Université de Nantes.