



DE LA DÉLICATE INTERPRÉTATION DU SYSTÈME DUBLIN

VALÉRIE MICHEL*

ABSTRACT: The *Jafari* case ruled in July 2017 (Court of Justice, judgment of 26 July 2017, case C-646/16, *Jafari* [GC]) gives the CJEU the opportunity to come back on the summer 2015 migration crisis. The difficult articulation between Dublin III Regulation and other relevant legal instruments in such a particular context emphasises the failures of the Common European Asylum System.

KEYWORDS: Dublin III Regulation – Schengen Border Code – Member State responsible for examining an application for international protection – migration crisis – exceptional circumstances – transfer to the Member State primarily designated.

I. INTRODUCTION

“Pour le dire sans ambages, il est [...] demandé à la Cour de fournir une solution juridique et de l’adapter rétrospectivement à une situation de fait que les règles de droit applicables sont mal armées pour traiter. Quelle que soit la solution choisie, il est probable qu’elle sera controversée par certains”.¹

Ces propos de l’avocat général Sharpston ne peuvent mieux décrire une affaire pour le moins complexe voire épineuse. Pour le comprendre, il suffit de relater le périple de M^{mes} Jafari – deux sœurs – et de leurs enfants.

Les familles Jafari ont quitté l’Afghanistan en décembre 2015² et ont voyagé à travers l’Iran,³ la Turquie,⁴ la Grèce,⁵ l’ancienne République yougoslave de Macédoine, la Serbie, la Croatie et la Slovénie avant d’atteindre enfin l’Autriche, état dans lequel M^{mes} Jafari introduisent une demande d’asile. Les choses pourraient être relativement simples s’il

* Professor of European Law, University Paul Cézanne-Aix-Marseille III, valerie.michel@univ-amu.fr.

¹ Conclusions de l’AG Sharpston du 8 juin 2017, affaire C-490/16, *A.S. c. République de Slovénie* et affaire C-646/16, *Jafari*, par. 109.

² Pour identifier les raisons de ce départ, *ibid.*, par. 84.

³ Elles y ont séjourné trois mois.

⁴ Elles y sont restées vingt jours.

⁵ Elles y sont restées trois jours.

n'était pas tenu compte du rôle de certains États traversés: les autorités grecques ont relevé les empreintes de M^{me} Zainab Jafari et les ont versées dans Eurodac; "les autorités croates ont organisé leur transport, en bus, jusqu'à la frontière slovène"⁶ et enfin les autorités slovènes leur ont remis des documents de police indiquant leur destination de voyage dont l'Autriche.⁷ En d'autres termes, les familles Jafari n'étaient pas totalement inconnues des autorités grecques – 1^{er} État d'entrée, croates – 2^{ème} État d'entrée – et slovènes. Cela explique que les autorités autrichiennes aient adressé une demande d'information aux autorités slovènes, lesquelles indiquèrent que les membres des familles Jafari "n'étaient enregistrés en Slovénie à aucun titre pertinent aux fins d'application [du règlement Dublin III] et qu'ils avaient traversé la Slovénie en venant de Croatie".⁸ Ce faisant, les autorités autrichiennes, estimant que la Croatie est l'État responsable de la demande d'asile, demandent aux autorités croates de prendre en charge les familles Jafari. Faute de réponse, et en application de l'art. 22, par. 7, du règlement Dublin III suivant lequel le silence de l'autorité requise entraîne une obligation de prise en charge par celle-ci, les autorités autrichiennes estiment que la Croatie est l'État responsable de la demande d'asile. Par conséquent, les demandes déposées en Autriche sont déclarées irrecevables et une mesure d'éloignement est adoptée à l'encontre des familles Jafari. Bien que les autorités autrichiennes relèvent qu'elles sont entrées "irrégulièrement en Grèce et en Croatie",⁹ elles estiment devoir les transférer vers la Croatie, car "leur transfert vers la Grèce serait exclu en raison de défaillances systémiques dans la procédure d'asile dans cet État membre".¹⁰

La mention de cette épopée permet de mettre en exergue des éléments de contexte importants:¹¹ les familles Jafari ont été présentes sur le territoire de trois États membres – la Grèce, la Croatie, la Slovénie – avant d'introduire leur demande d'asile en Autriche, trois États membres qui ont eut connaissance de leur présence sur leur territoire, voire qui pratiquent la politique du "laisser passer" vers d'autres États membres. Conséquence du manque de solidarité entre États membres et/ou des difficultés de gestion des afflux massifs de réfugiés sur ce qu'il est convenu d'appeler la "route des Balkans occidentaux" ces diverses attitudes des autorités nationales posent de délicates questions quant à la détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile. Est-ce la Grèce,¹² la Croatie,¹³ la Slovénie ou l'Autriche?¹⁴

⁶ Cour de Justice, arrêt du 26 juillet 2017, affaire C-646/16, *Jafari* [GC], par. 29.

⁷ Pour Mme Khadija Jafari, le document de Mme Zainab Jafari indiquant quant à lui l'Allemagne.

⁸ *Jafari* [GC], cit., par. 31.

⁹ *Ibid.*, par. 33.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Pour une présentation complète, voir Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 5.

¹² La Grèce pourrait être l'État responsable de la demande d'asile si elle a délivré un visa (Règlement (UE) 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

Déjà singulièrement complexe, l'affaire l'est encore plus en raison d'un argument avancé par M^{mes} Jafari. Elles se prévalent du code frontières Schengen¹⁵ et considèrent qu'elles sont entrées sur le territoire de l'Union pour des motifs humanitaires.¹⁶ L'invocation de cette disposition est judicieuse, car elle permet de déroger au principe de l'exigence de visa pour le franchissement des frontières extérieures de l'Union. M^{mes} Jafari avancent donc qu'en étant entrées sur le territoire de l'Union pour des motifs humanitaires aucune exigence de visa n'était requise et que, par conséquent, le franchissement de frontière sans visa n'est pas irrégulier.

Prises dans son ensemble, l'affaire pose de délicates questions: comment qualifier l'admission de ressortissants d'États tiers sur le territoire d'un État membre au regard des critères de détermination de l'État membre responsable du règlement Dublin III? Vaut-elle visa? Faut-il tirer des conséquences de la politique de "laisser passer" pratiquée par certains États membres, voire de l'aide fournie pour faciliter le transit vers un autre État membre? Faut-il tirer des conséquences de la situation conjoncturelle bien connue et tenant à une arrivée massive de réfugiés?

En substance, il s'agit donc d'interpréter deux notions clé du règlement Dublin III: d'une part, celle de visa – puisque l'État ayant délivré un visa est responsable de la demande d'asile – pour la rapporter à la pratique de l'admission sur le territoire et, d'autre part, celle de franchissement irrégulier de la frontière – puisque l'État dont la frontière a été irrégulièrement franchie est responsable de la demande d'asile. Les questions préjudicielles du juge *a quo* conduisent à déterminer la méthode générale d'interprétation du règlement Dublin III. En effet, se pose la question des liens entre ce règlement et le code frontières Schengen, voire d'autres textes comme le code des visas ou la directive retour. Ainsi, et pour reprendre la question même du juge national, les deux notions précitées du règlement Dublin III doivent-elles être définies "en tenant compte d'autres instruments juridiques que recoupe le règlement Dublin III ou convient-il de donner une signification autonome à ces dispositions?".¹⁷ La Cour est donc appelée à livrer une méthode

(refonte) (art. 12, par. 1, règlement Dublin III), ou en raison du franchissement irrégulier de sa frontière (art. 13, par. 1, règlement Dublin III).

¹³ La Croatie, deuxième État d'entrée pourrait être l'État responsable faute de prise en charge par la Grèce en raison des défaillances systémiques de son système d'asile.

¹⁴ En application de l'art. 3, par. 2, du règlement Dublin III, l'Autriche étant l'État dans lequel la demande d'asile est introduite.

¹⁵ La version applicable à l'espèce est celle résultant de la modification opérée par le Règlement (UE) 610/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant le règlement (CE) no 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) no 1683/95 et (CE) no 539/2001 du Conseil et les règlements (CE) no 767/2008 et (CE) no 810/2009 du Parlement européen et du Conseil.

¹⁶ Art. 5, par. 4, litt. c), code frontières Schengen.

¹⁷ *Jafari* [GC], cit., par. 36.

d'interprétation du règlement Dublin III (I). En outre, ces questions s'inscrivent dans le contexte factuel, sans ambiguïté mis en avant par le juge *a quo*, de la "crise des réfugiés". Ce faisant, la Cour est amenée à interpréter le règlement Dublin III dans le contexte factuel de la crise migratoire (II).

II. INTERPRÉTATION DE DUBLIN ET AUTRES TEXTES: DÉTERMINATION D'UNE MÉTHODE JUDICIEUSE D'INTERPRÉTATION?

Les notions de visa et de franchissement irrégulier sont essentielles dans le système Dublin III que l'on sait orienté vers la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile. En application de l'art. 12, "si le demandeur est titulaire d'un titre de séjour en cours de validité l'État membre qui l'a délivré est responsable de l'examen de la demande de protection internationale". En application de l'art. 13,

"lorsqu'il est établi [...] que le demandeur a franchi irrégulièrement, par voie terrestre, maritime ou aérienne, la frontière d'un État membre dans lequel il est entré en venant d'un État tiers, cet État membre est responsable de l'examen de la demande de protection internationale. Cette responsabilité prend fin douze mois après la date du franchissement irrégulier de la frontière".

Ce sont donc ces notions de visa et de franchissement irrégulier qu'il convient de définir.

Pour ce faire, et compte tenu du lien envisagé par le juge *a quo* entre le règlement Dublin III et d'autres textes, la Cour impose une définition "spécifique".¹⁸ Dans un premier mouvement, le choix d'une définition autonome du visa¹⁹ peut surprendre, car cette notion est présente non seulement dans le règlement Dublin III mais également dans le code des visas, de sorte que l'on pourrait attendre une définition commune à ces deux textes. Néanmoins, la position de la Cour se comprend à plusieurs égards. Tout d'abord, pour des raisons tenant au texte même du règlement Dublin III. L'art. 2, litt. m), qui définit le "visa" ne mentionne aucunement le code des visas ou d'autres actes régissant le domaine des visas. Le constat est d'importance puisque ce même art. 2 vise spécifiquement, pour certaines définitions, d'autres textes. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple,²⁰ l'art. 2, litt. b), vise-t-il, pour définir la "demande de protection internationale", la directive 2011/95 dite "qualification II".²¹ Le législateur s'étant abstenu de toute référence au code

¹⁸ *Ibid.*, par. 47.

¹⁹ Lequel désigne "un acte adopté formellement par une administration nationale, et non [...] une simple tolérance", *ibid.*, par. 48, voir *infra*.

²⁰ Voir également l'art. 2, litt. d), e) ou f), règlement Dublin III.

²¹ Directive 2011/95 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 (refonte).

des visas dans l'art. 2 litt. m), la définition du visa ne peut que résulter du règlement Dublin III. Ensuite, cette conclusion est dictée par la structure même du droit de l'Union en la matière. L'art. 2 litt. m) mentionne les visas de long séjour, les visas de court séjour et les visas de transit aéroportuaire. Or, comme le relève la Cour, pour les visas de court séjour et de transit aéroportuaire "les procédures et les conditions de délivrance sont harmonisées par le code des visas",²² alors que "les visas de long séjour [...] ne relèvent pas du champ d'application de ce code et peuvent, en l'absence actuelle de mesures générales adoptées par le législateur de l'Union [...] être délivrés en application des législations nationales".²³ Compte tenu de cette différence, il serait pour le moins étrange d'arrimer la définition du visa au sens du règlement Dublin III au code des visas. Enfin, cette conclusion doit être comprise au regard de la différenciation existant en la matière. La chose est connue et la Cour le rappelle: "certains États membres qui ne sont pas liés par ce code sont en revanche liés par le règlement".²⁴ Ces États membres délivrent toutefois bien des visas de court séjour ou de transit aéroportuaire, lesquels doivent être considérés comme des "visas" au sens du règlement Dublin III. Là encore, cette différence de régime rend délicat tout lien notionnel entre le visa visé par le règlement Dublin III et celui visé par le code des visas. La cause est donc entendue: la définition du "visa" doit être basée "sur la définition spécifique figurant à l'art. 2 litt. m)".²⁵

Des arguments similaires sont mobilisés pour déterminer la méthode d'interprétation de la notion de "franchissement irrégulier". La question est, rappelons-le, celle de savoir si l'entrée sur le territoire de l'Union, tolérée par un État membre sans satisfaire aux conditions exigées par les textes, constitue un "franchissement irrégulier" au sens de l'art. 13 du règlement Dublin III. Comme pour la précédente question l'enjeu est d'importance puisque "lorsqu'il est établi [...] que le demandeur a franchi irrégulièrement, par voie terrestre, maritime ou aérienne, la frontière d'un État membre dans lequel il est entré en venant d'un État tiers, cet État membre est responsable de l'examen de la demande de protection internationale". Cette notion de "franchissement irrégulier" n'est pas définie par le règlement Dublin III.²⁶ Comme précédemment, la juridiction de renvoi envisage qu'il soit tiré parti d'autres textes, dont la directive retour ou le code frontières Schengen. Néanmoins si le fait – le franchissement irrégulier – est bien présent dans ces textes, il n'est pas défini quand bien même il emporte des conséquences juridiques. Comme précédemment, la Cour estime que la portée de la notion de franchissement irrégulier au sens du règlement Dublin III, "ne saurait, en principe

²² *Jafari* [GC], cit., par. 44.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, par. 45. Ainsi le Royaume-Uni et l'Irlande sont-ils parties au règlement Dublin III mais non au code des visas.

²⁵ *Ibid.*, par. 47.

²⁶ *Ibid.*, par. 61.

être directement déduite de ces actes”.²⁷ Cela procède de plusieurs considérations. Tout d’abord, la notion de franchissement irrégulier ne saurait être assimilée à celle de séjour irrégulier dans la directive retour.²⁸ Ensuite, dans le code frontières Schengen, le franchissement irrégulier est envisagé pour les besoins de la surveillance des frontières et ne vise qu’une “hypothèse très particulière qui ne saurait couvrir tous les cas de franchissements irréguliers d’une frontière”.²⁹ En dernier lieu, il faut, comme précédemment, tenir compte de la différenciation en la matière: certains États membres sont liés par le règlement Dublin III et non par le code frontières Schengen, de sorte que la qualification du franchissement de frontière – régulier ou irrégulier – ne peut être opérée au regard du code frontières Schengen mais s’imposera pour l’application du règlement Dublin III. Ces divers éléments commandent que la notion de franchissement irrégulier soit définie au regard du seul règlement Dublin III.

Cette interprétation des notions essentielles du règlement Dublin III n’emporte pas une indifférence totale à l’égard des autres textes informant l’ELSJ. En effet, ceux-ci “constituent des éléments de contexte dont il y a lieu de tenir compte pour l’interprétation”³⁰ des art. 2, litt. m), et 13, par. 1, du règlement Dublin III. L’assertion n’est pas gratuite. Bien au contraire, elle permet à la Cour de se servir de ces autres textes pour définir ce qu’est un “visa” et un “franchissement irrégulier” au sens du règlement Dublin III mais en faisant du règlement Dublin III le centre de gravité exclusif de son raisonnement.

Pour la Cour la “notion de visa renvoie à un acte adopté formellement par une administration nationale et non à une simple tolérance”,³¹ de sorte que la pratique du “laisser-entrer” et donc la présence admise sur le territoire d’un État membre sans visa en bonne et due forme ne vaut pas visa. Pour en juger, la Cour mobilise plusieurs arguments. Tout d’abord, un argument littéral en citant l’art. 2 litt. m) qui mentionne “l’autorisation ou la décision d’un État membre”,³² ce qui renvoie sans aucun doute à un acte formel. Ensuite, un argument tenant au contexte dans lequel l’art. 12 est inséré.³³ Il est composé de l’art. 13 intitulé “entrée et/ou séjour” et de l’art. 14 relatif à “l’entrée sous exemption de visa”. La Cour en déduit que “le législateur de l’Union a distingué l’entrée du visa lui-même”.³⁴ Enfin, la Cour mobilise “l’architecture générale de la législation de l’Union dans les domaines concernés”,³⁵ argument qui permet de prendre appui sur d’autres textes que le règlement Dublin III. Cette “architecture générale” repose sur le code frontières Schengen et le code

²⁷ *Ibid.*, par. 72.

²⁸ *Ibid.*, par. 64.

²⁹ *Ibid.*, par. 67.

³⁰ *Ibid.*, par. 47 pour la notion de visa et par. 72 pour le franchissement irrégulier.

³¹ *Ibid.*, par. 48.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, par. 50.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, par. 51.

des visas. Or, il résulte de ces textes que les visas doivent être délivrés selon un modèle type³⁶ et comporter une vignette type. En revanche, l'autorisation d'entrée ne repose quant à elle que sur l'apposition d'un cachet sur un document de voyage. Il y a donc bien une distinction entre visa et entrée, de sorte "qu'une admission sur le territoire d'un État membre, le cas échéant simplement tolérée par les autorités de l'État membre concerné, ne constitue pas un "visa" au sens de l'art. 12 du règlement Dublin III".³⁷ L'admission ne valant pas visa, les membres des familles Jafari ne peuvent être considérés comme détenteurs d'un visa ce qui pose la question de savoir s'il y a eut un franchissement irrégulier de la frontière extérieure de l'Union.

La Cour est ici confrontée au nœud gordien induit par la "crise des réfugiés", nœud gordien qui place les demandeurs d'asile dans un étau juridique aussi désagréable que leur situation personnelle. L'avocat général Sharpston pointe bien cette difficulté car, si elle admet que les membres des familles Jafari ne peuvent être considérés comme ayant franchi régulièrement la frontière, elle relève qu'il est

"tout aussi clair, qu'à l'époque des faits, les autorités des États membres de transit de l'UE n'ont pas simplement *toléré* les franchissements de masse des frontières, *les autorisant ainsi tacitement*; ils ont *activement facilité* tant l'entrée que le transit à travers leurs territoires".³⁸

Et à la question "un tel franchissement de la frontière est-il 'irrégulier' au sens ordinaire du terme?", elle répond "Bien évidemment non".³⁹ Ce faisant, elle estime que s'"il est évident que les franchissements de frontières qui ont eu lieu dans les présentes affaires n'étaient pas 'réguliers' [elle] ne saurai[t] cependant admettre que ces franchissements de frontières devraient être considérés comme 'irrégulier'".⁴⁰

La Cour ne suit nettement pas cette voie, puisqu'elle juge

"qu'un ressortissant d'un pays tiers admis sur le territoire d'un premier État membre, sans satisfaire aux conditions d'entrée en principe exigées dans cet État membre, en vue d'un transit vers un autre État membre pour y introduire une demande de protection internationale doit être considéré comme ayant 'franchi irrégulièrement' la frontière de ce premier État membre au sens de l'art. 13, paragraphe 1, du règlement Dublin III, que ce franchissement ait été *toléré ou autorisé* en violation des règles applicables ou qu'il ait été *autorisé en invoquant des motifs humanitaires* et en dérogeant aux conditions d'entrée en principe imposées aux ressortissants de pays tiers".⁴¹

³⁶ Règlement (CE) 1683/95 du Conseil du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa.

³⁷ *Jafari* [GC], cit., par. 53.

³⁸ Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 176 (italique ajouté).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, par. 186.

⁴¹ *Jafari* [GC], cit., par. 92 (italique ajouté).

Ce faisant, l'on peut voir dans cette position une condamnation de la pratique du "laisser-passer": elle ne libère pas l'État d'entrée de sa responsabilité au sens du règlement Dublin III, de sorte que la Cour impose sa responsabilisation – politique cette fois et non juridique. Cette position, rigoureuse compte tenu du contexte, est appuyée sur l'objectif du règlement Dublin III lequel constitue le point central du raisonnement de la Cour. Certes, elle estime que faute de définition expresse du "franchissement irrégulier" dans le règlement Dublin III, il faut appliquer les règles générales d'interprétation et donc se référer "au sens habituel des termes employés, tout en tenant compte du contexte dans lequel ils sont utilisés et des objectifs poursuivis par la réglementation dont ils font partie".⁴² A l'examen, si la Cour s'attache au sens habituel du terme, il faut bien admettre que son analyse met particulièrement et davantage en exergue la finalité du règlement Dublin III.

Le sens habituel conduit à considérer que le franchissement est irrégulier dès lors qu'il est réalisé "sans respecter les conditions exigées par le règlement applicable dans l'État membre concerné".⁴³ L'on pourrait voir dans cette assertion un truisme bien peu utile. Il n'en est rien. Cette évidence permet de tenir compte de la différenciation et des éléments de contexte constitués par le code frontières Schengen notamment. En effet, et très logiquement, la Cour estime que "dans le cas où la frontière franchie est celle d'un État membre lié par le code frontières Schengen, le caractère irrégulier du franchissement de celle-ci doit être apprécié en tenant compte, notamment, des règles établies par ce code".⁴⁴ La suite de son raisonnement révèle qu'avant tout la Cour s'attache à l'objectif du règlement Dublin III, au système qu'il a créé.

Ainsi, met-elle très nettement en avant cet objectif et le

"lien direct entre les critères de responsabilité établis dans un esprit de solidarité et les efforts communs de gestion des frontières extérieures qui sont réalisés [...] non seulement dans l'intérêt de l'État membre aux frontières extérieures duquel le contrôle aux frontières s'exerce mais aussi dans l'intérêt de l'ensemble des États membres ayant aboli le contrôle aux frontières de leurs frontières intérieures".⁴⁵

Pour dire les choses autrement, mais dans le contexte de l'affaire il est probablement nécessaire d'insister, les critères du règlement Dublin III, reposent

"notamment sur l'idée selon laquelle chaque État membre est responsable, vis-à-vis de tous les autres États membres, de son action en matière d'entrée et de séjour des res-

⁴² *Ibid.*, par. 73.

⁴³ *Ibid.*, par. 74.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 75.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 85.

sortissants de pays tiers et doit en assumer les conséquences dans un esprit de solidarité et de loyale coopération".⁴⁶

Les positions des autorités nationales n'affectent pas l'application de Dublin III, qu'elles procèdent de la pratique du "laisser-passer" ou de l'admission sur le territoire pour des motifs humanitaires.

Sur cette dernière hypothèse, la Cour estime que les critères de détermination de l'État membre responsable

"ne sauraient, sans remettre en cause l'économie de ce règlement, être interprétés de telle sorte que soit exonéré de sa responsabilité l'État membre qui a décidé d'autoriser, en invoquant des motifs humanitaires, l'entrée sur son territoire d'un ressortissant d'un pays tiers dépourvu de visa et ne bénéficiant pas d'une exemption de visa".⁴⁷

Cela peut surprendre, tant l'on pourrait être enclin à considérer qu'il est bienvenu que les États donnent corps à leurs obligations au titre de la convention de Genève.⁴⁸ La Cour ne s'y attarde pas et préfère s'attacher à "l'économie générale" du règlement Dublin III, mentionnée à deux reprises⁴⁹ et sur ses objectifs. Dans ce cadre, le code frontières Schengen n'est utile que pour établir que la faculté offerte aux États membres d'admettre des ressortissants d'États tiers pour des motifs humanitaires n'est valable que pour l'État membre concerné.⁵⁰ La conclusion découle logiquement de cette démarche: l'entrée sur le territoire d'un État membre pour des motifs humanitaires ne constitue pas une entrée régulière au sens du règlement Dublin III⁵¹ et ce quand bien même le ressortissant d'État tiers ne se serait pas soustrait aux contrôle aux frontières. Pour la Cour, cet élément n'est pas déterminant.⁵² Ce faisant, l'on voit bien qu'elle porte son attention sur les États et sur l'objectif de détermination de l'État responsable de la demande d'asile, plus que sur les conséquences que cela emporte pour les demandeurs d'asile. Pour ce faire, la Cour convoque, une nouvelle fois, la solidarité entre États membres en jugeant que les critères de responsabilité

"ont pour objet non pas de sanctionner un comportement illicite du ressortissant concerné d'un pays tiers, mais de déterminer quel est l'État membre responsable *en tenant compte du rôle joué par cet État membre dans la présence de ce ressortissant sur le territoire des États membres*".⁵³

⁴⁶ *Ibid.*, par. 88.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 89.

⁴⁸ V. Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 173.

⁴⁹ *Jafari* [GC], cit., par. 74 et 89.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 80.

⁵¹ *Ibid.*, par. 83.

⁵² *Ibid.*, par. 90.

⁵³ *Ibid.*, par. 91 (italiques ajoutés).

La conclusion s'impose alors: pour la Cour l'essentiel est l'ensemble des critères de détermination de l'État membre responsable, de sorte que l'entrée sur le territoire d'un État membre tolérée, autorisée mais sans visa et ce même pour des motifs humanitaires constitue un franchissement irrégulier. Comme le préconisait l'Avocat général, cette interprétation peut questionner et ce d'autant plus que la "crise migratoire" ne vient pas l'infléchir.

III. INTERPRÉTATION DE DUBLIN ET CONTEXTE FACTUEL: COMMENT PRENDRE EN COMPTE LA "CRISE DES RÉFUGIÉS"?

Au-delà de la technique d'articulation et d'interprétation des textes donnant corps à l'ELSJ, l'affaire pose nettement la question de l'incidence de la "crise migratoire" sur l'interprétation du règlement Dublin III. Le juge *a quo* mentionne, dans plusieurs de ces questions, que les circonstances des affaires au principal sont "caractérisées par le fait qu'elle se sont produites à un moment où les autorités nationales des États principalement impliqués faisaient face à un nombre exceptionnellement élevé de personnes sollicitant le transit par leur territoire".⁵⁴ La finalité de cette mention n'échappe pas: la crise, permet-elle de modifier, d'assouplir, l'application des critères de détermination de l'État membre responsable?

C'est une évidence que la crise met à mal le système Dublin, qu'elle révèle son inadaptation. En effet, comme le relève l'Avocat général, le système de Dublin "se concentre sur le demandeur individuel de protection internationale. [...] L'ensemble du règlement est forgé autour de l'individu".⁵⁵ Il faut bien évidemment s'en satisfaire car

"les êtres humains qui cherchent à obtenir une protection ne sont pas des statistiques; ils doivent être traités de manière humaine dans le respect de leurs droits fondamentaux. En temps normal, une coordination et une coopération administrative entre les autorités compétentes de différents États membres peut s'avérer nécessaire pour donner effet à l'approche consacrée par le règlement Dublin III".⁵⁶

Cependant, et cela est une évidence, cette conception du règlement Dublin III coïncide avec une époque, celle des "temps normaux". Or, l'on ne peut que relever, avec l'Avocat général, qu'"entre septembre 2015 et mars 2016, les temps étaient toutefois tout sauf normaux."⁵⁷ L'on retrouve donc cette question, lancinante et épineuse, de l'application en période de crise d'un dispositif juridique conçu en des temps paisibles. Si la crise révèle que ces critères sont inadaptés – ce qui est largement admis – cela doit-il conduire, comme le soutient l'Avocat général que "le règlement Dublin III n'a [...]

⁵⁴ *Ibid.*, par. 36.

⁵⁵ Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 4.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, par. 5.

pas été conçu comme un instrument destiné à déterminer l'État membre responsable en cas d'arrivée d'un nombre massif de personnes"?⁵⁸ Doit-on considérer avec elle que "les circonstances au moment de l'époque des faits semblent dans un vide pour lequel il n'existe pas de disposition juridique précise que ce soit dans les traité ou le droit dérivé"?⁵⁹ Doit-on, comme elle l'envisage relativement à l'art. 13, considérer cette disposition inapplicable?⁶⁰ Telle n'est pas la position de la Cour.

Dans un premier mouvement, la Cour semble indifférente cette situation. En effet, pour la définition du visa – lequel rappelons le repose sur l'adoption formelle d'un acte et non sur une simple amission – la Cour estime que "la circonstance que l'admission sur le territoire de l'État membre considéré intervienne dans une situation caractérisée par l'arrivée d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale n'est pas de nature à modifier"⁶¹ la définition du visa. De la même manière, "la circonstance que le franchissement de la frontière ait lieu dans une situation caractérisée par l'arrivée d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale n'est pas de nature à avoir une incidence"⁶² sur la définition donnée par la Cour de la notion de franchissement irrégulier de la frontière. Prises isolément, ces affirmations peuvent donner le sentiment que la situation de crise est niée, ou du moins indifférente, et que les États confrontés à ce nombre exceptionnellement élevé de ressortissants d'États tiers doivent, en tout état de cause, assurer le traitement des demandes d'asile s'ils en sont responsables au sens du règlement Dublin III tel qu'interprété dans cet arrêt. Ainsi, dans la présente affaire, la Croatie paraît être l'État responsable de la demande et ce quand bien même elle serait exposée à ce "nombre exceptionnellement élevé", ce dont les chiffres attestent sans ambiguïté.⁶³

La position de la Cour peut paraître bien rigoureuse pour les États en première ligne de ces arrivées exceptionnelles de ressortissants d'États tiers, tant il est clair qu'elle rejette tout assouplissement des règles du règlement Dublin III. Cette rigueur tranche avec les positions de l'Avocat général,⁶⁴ pour laquelle,

⁵⁸ *Ibid.*, par. 171.

⁵⁹ Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 171.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 190.

⁶¹ *Jafari* [GC], cit., par. 54.

⁶² *Ibid.*, par. 93.

⁶³ L'Avocat général livre les chiffres suivants: "Entre le 16 septembre 2015 et le 5 mars 2016, 685.068 personnes sont entrées en Croatie. Les arrivées quotidiennes étaient en moyenne d'environ 5.500 ressortissants de pays tiers; le 17 septembre 2015 ce chiffre a grimpé jusqu'à atteindre 11.000". Conclusions de l'AG Sharpston, *Jafari*, cit., par. 231.

⁶⁴ Du moins en ce qui concerne la notion de franchissement irrégulier. En effet, sur la question de l'admission de ressortissants d'États tiers, l'Avocat général parvient à la même conclusion de la Cour mais en mettant l'accent sur le contexte particulier puisqu'elle estime que "dans les circonstances totalement exceptionnelles dans le cadre desquelles un nombre massif de ressortissants de pays tiers est entré dans

“les termes ‘un demandeur a franchi irrégulièrement la frontière d’un État membre’ à l’article 13, paragraphe 1, du règlement Dublin III ne couvrent pas une situation dans laquelle, en conséquence d’un afflux massif de ressortissants de pays tiers cherchant à obtenir la protection internationale dans l’Union européenne, des États membres autorisent les ressortissants de pays tiers concernés à franchir la frontière extérieure de l’Union européenne et à transiter par la suite vers d’autres États membres de l’UE afin d’introduire des demandes de protection internationale dans un État membre déterminé”.⁶⁵

Cette différence d’approche procède d’une prise en compte radicalement différente de la “crise des migrants”. D’une certaine manière, la Cour l’insère dans le règlement Dublin III – pour ne pas l’assouplir – en s’appuyant sur certains de ces mécanismes, mais également en mobilisant d’autres textes de droit européen. Ce faisant, la Cour va mettre en avant l’existence de dispositifs permettant de répondre à ces situations de crise et ce sans affecter son interprétation du mécanisme de détermination de l’État responsable.

La Cour s’appuie, tout d’abord, sur le règlement Dublin III et, plus précisément, sur le “mécanisme d’alerte rapide, de préparation et de gestion de crise”⁶⁶ permettant à l’État membre exposé à un “risque sérieux de pression particulière exercée sur le régime d’asile” d’élaborer un plan préventif lui permettant de prendre “toutes les mesures appropriées pour faire face à la situation [...] ou pour veiller à remédier aux défaillances constatées avant que la situation ne se détériore” et, si ce plan est insuffisant, il peut être prolongé par un plan de gestion de crise. En jugeant que

“parallèlement, l’article 3, paragraphe 1, dudit règlement prévoit l’application de la procédure définie par le même règlement à toute demande de protection internationale [...] sans exclure les demandes qui seraient présentées dans une situation caractérisée par l’arrivée d’un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale”.⁶⁷

la Cour maintient son cap interprétatif. En effet, cette mention de l’art. 3, par. 1, prouve, s’il en était encore besoin, que la Cour impose le respect des règles de détermination de l’État responsable en situation exceptionnelle, de sorte que le mécanisme d’alerte rapide s’y insère et que, par voie de conséquence, il n’est pas besoin d’assouplir les règles de détermination de l’État responsable.

l’Union européenne entre la fin de l’année 2015 et le début de l’année 2016 et a été autorisé à franchir les frontières extérieures de l’UE à partir de pays tiers, le fait que certains États membres aient autorisé les ressortissants de pays tiers concernés à franchir la frontière extérieure de l’Union européenne et ensuite à transiter vers d’autres États membres afin d’introduire des demandes de protection internationale dans un État membre donné n’équivaut pas à la délivrance d’un ‘visa’, *ibid.*, par. 153.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 190.

⁶⁶ Art. 33 règlement (UE) 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.

⁶⁷ *Jafari* [GC], cit., par. 96.

La même démarche justifie la mobilisation de la directive de 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.⁶⁸ En effet, la Cour prend soin d'en mentionner l'art. 18 imposant l'applicabilité des critères et des mécanismes de détermination de l'État responsable.⁶⁹ Ce texte constitue donc un élément supplémentaire pour étayer l'application pure et simple des règles de détermination de l'État responsable. Un quelconque assouplissement, voire une inapplicabilité du règlement Dublin III, n'est donc pas envisageable et, si des dérogations doivent être envisagées, ce ne peut être que dans le cadre légal défini par d'autres textes.

Ce faisant, la Cour mentionne, logiquement, le mécanisme de relocation destiné justement à faire face à l'afflux soudain de ressortissants d'États tiers et à soulager les États en première ligne.⁷⁰ Or, ce dispositif est conçu en considération des mécanismes de détermination de l'État responsable, puisqu'il s'applique aux demandeurs d'asile ayant introduit une demande de protection internationale en Italie ou en Grèce et à l'égard desquels "ces États membres auraient autrement été responsables en vertu des critères de détermination de l'État membre responsable"⁷¹ en application du règlement Dublin III. L'afflux soudain de personnes déplacées ne modifie donc qu'*in fine* l'identification – et non les règles applicables – de l'État responsable et ce uniquement sur la base d'un mécanisme exprès. En filigrane, l'on retrouve donc la position constante de la Cour quant à l'application, sans assouplissement au moment de l'examen individuel de la situation du demandeur d'asile, des règles de détermination de l'État responsable.

Si les critères de détermination de l'État membre responsable ne peuvent donc, selon la Cour, connaître d'assouplissement à raison de la crise, le règlement Dublin III offre une piste de résolution concrète de la question qui lui était soumise. La Cour mentionne en effet la "clause discrétionnaire" qui offre à tout État membre le pouvoir de décider d'examiner une demande de protection internationale qui lui est présentée alors même qu'il ne serait pas l'État responsable de cette demande en application des règles fixées à l'art. 3, par. 1. La Cour fait donc clairement appel à l'esprit de solidarité entre les États

⁶⁸ 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.

⁶⁹ *Jafari* [GC], cit., par. 97.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 99; Décision (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; Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce. Sur cette dernière décision, v. Cour de Justice, arrêt du 6 septembre 2017, affaire jointes C-643/15 et C-647/15, *République Slovaque et Hongrie c. Conseil* [GC].

⁷¹ Art. 3 décision (UE) 2015/1523, cit.

membres qui “sous-tend le règlement Dublin III”,⁷² lequel esprit de solidarité doit permettre que “la prise en charge, dans un État membre, d’un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale [soit] facilitée par d’autres États membres”⁷³ actionnant la clause discrétionnaire. Appel à la solidarité, appel à l’Autriche sans aucun doute que l’on voit ici incitée à se reconnaître compétente pour traiter les demandes d’asile des familles Jafari. Appel pressant, voire ferme, car la Cour ne manque pas de rappeler les obligations des États membres au titre de la Charte des droits fondamentaux de l’Union. L’arrêt *M.S.*,⁷⁴ ici cité dans sa dernière application jurisprudentielle,⁷⁵ est-il besoin de le rappeler rejette qu’il puisse y avoir transfert d’un demandeur d’asile vers l’État membre responsable lorsque l’on ne peut ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d’asile et des conditions d’accueil dans cet État membre constituent un motif sérieux et avéré de croire que le demandeur courra un risque réel d’être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. La Cour en déduit qu’“un transfert ne pourrait donc pas être exécuté si, à la suite d’un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale, un tel risque était présent dans l’État membre responsable”.⁷⁶ L’Autriche semble donc bien être l’État à même de traiter les demandes d’asile des membres des familles Jafari.

L’arrêt questionnera sans aucun doute comme le préconisait l’Avocat général, tant la Cour fait montre de rigueur. Sous un certain angle, sa position peut se comprendre, car l’on peut considérer qu’un droit de crise est indispensable, que sa confection appartient au législateur de l’Union et qu’il est grand temps qu’il se saisisse à bras le corps des questions politiques plutôt que de se défausser sur la Cour. Sous un autre angle, la position de la Cour peut interroger tant elle est fondée sur une “système” de Dublin III qui n’est pas sans rappeler la “système des voies de droit” dont les failles étaient pourtant bien connues. En l’espèce, le “système” Dublin comporte bien des failles...

⁷² *Jafari* [GC], cit., par. 100.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Cour de Justice, arrêt du 21 décembre 2011, affaire jointes C-411/10 et C-493/10, *M.S.* [GC]

⁷⁵ Cour de Justice, arrêt du 16 février 2017, affaire C-578/16 PPU, *C.K.*

⁷⁶ *Jafari* [GC], cit., par. 102.