
Le critère de l'individualisation des craintes dans le droit contemporain de l'asile

*The Criterion of Individualisation of Fear in the Contemporary Law of the Right
of Asylum*

Catherine-Amélie Chassin



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1182>
DOI : 10.4000/crdf.1182
ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2015
Pagination : 55-64
ISBN : 978-2-84133-742-2
ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Catherine-Amélie Chassin, « Le critère de l'individualisation des craintes dans le droit contemporain de l'asile », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 13 | 2015, mis en ligne le 01 novembre 2016, consulté le 11 février 2020. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1182> ; DOI : 10.4000/crdf.1182

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

Le critère de l'individualisation des craintes dans le droit contemporain de l'asile

Catherine-Amélie CHASSIN

Maître de conférences (HDR) en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFE, EA 2132)

Assesseur pour le Haut-Commissariat pour les réfugiés auprès de la Cour nationale du droit d'asile

I. L'affadissement progressif du critère d'individualisation dans l'appréciation du statut de réfugié

- A. L'unité de famille
- B. L'appartenance à un groupe particulièrement ciblé

II. La mise à l'écart de l'individualisation dans le cadre de la protection subsidiaire

- A. Individualisation et violence aveugle liée à un conflit armé
- B. L'ambiguïté des normes

Le droit contemporain de l'asile, fondé pour l'essentiel sur la Convention de Genève du 28 juillet 1951 (ci-après « Convention de Genève »)¹, permet d'accorder une protection internationale à des individus persécutés dans leur pays d'origine. Les normes applicables, tant internationales qu'euro-péennes, posent un certain nombre de conditions pour être éligible à cette protection. On y trouve des critères liés à l'absence de protection par l'État d'origine, aux causes de la persécution, etc. L'une de ces conditions nous retiendra tout particulièrement dans le cadre du présent article : celle de l'individualisation des craintes de persécution, critère largement modelé par la jurisprudence.

Le droit contemporain des réfugiés et de l'asile est né avec l'œuvre du Norvégien Fridtjof Nansen, père du droit international des réfugiés, sur les braises encore fumantes de la Première Guerre mondiale. La révolution bolchevique de 1917 et le génocide arménien initié dès 1915 sont les catalyseurs d'un phénomène qui ne cesse de croître dans les années qui suivent. Trois facteurs se conjuguent alors, poussant des millions d'hommes, souvent démunis, à l'exil.

Le nationalisme, qui s'est développé silencieusement tout au long du XIX^e siècle, est en partie concrétisé et exacerbé par le traité de Versailles de 1919 : les souverainetés étatiques à peine écloses s'affirment trop souvent par l'écrasement des minorités nationales. Les États souverains issus de l'après-guerre affirment par la force, et éventuellement la persécution de ceux qu'ils considèrent comme leur étant opposés, leur souveraineté, et, partant, leur existence au sein de la communauté internationale. Deuxième facteur d'explication de l'arrivée massive de réfugiés, les conflits armés qui déchirent l'Europe sont d'une violence encore jamais égalée, les guerres mécaniques et systématiques prenant le pas sur les conflits du XIX^e siècle qui tentaient d'épargner au mieux les populations civiles : les conflits du XX^e se caractérisent au contraire par le fait que les populations civiles deviennent un objectif militaire à part entière, en violation du droit humanitaire émergent. Enfin, troisième élément, des régimes autoritaires, voire totalitaires, font leur apparition en Europe, que ce soit en Russie ou en Allemagne, en Italie ou en Espagne. Les déportations massives organisées par la Turquie poussent

1. Convention portant statut international des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, p. 151.

plus de 400 000 Arméniens sur les routes, la famine et la guerre civile chassent 1 500 000 Russes, la guerre civile provoque l'exode d'environ 550 000 combattants espagnols. S'y ajoutent les Assyro-Chaldéens fuyant le régime turc, les Italiens fuyant le régime mussolinien à compter de 1922, les Assyriens chrétiens fuyant l'Irak après la fin du mandat britannique en 1932, mais aussi des Sarrois, des Tchèques, des Autrichiens et des Allemands fuyant la montée du nazisme.

En raison de leur situation particulière, ces millions de réfugiés – dont environ 800 000 se trouvent en France au début des années 1930² – ne peuvent être assimilés aux étrangers qu'appréhende le droit commun. Fort de cette conviction, le gouvernement français participe activement à l'œuvre de Nansen, au début des années 1920.

Nansen part d'un constat simple : la difficulté majeure que rencontrent les réfugiés est le défaut de papiers d'identité. Les États d'accueil sont dans l'expectative s'agissant de leur état civil, et, partant, de leur statut personnel ou même des conditions de leur séjour sur le territoire national. Nommé le 24 juin 1921 par la Société des Nations comme Haut-Commissaire pour les réfugiés russes, Nansen va donner l'impulsion nécessaire à l'élaboration d'un certain nombre de textes destinés à doter les réfugiés d'un semblant de statut. Le « Passeport Nansen » est destiné à remplacer le passeport que devraient délivrer les autorités nationales de l'intéressé s'il n'y avait de désaveu de leur part à l'égard de leur propre ressortissant. Ce titre de voyage – qui cependant est plus limité dans ses effets qu'un passeport national, ne conférant notamment aucun droit à l'entrée dans un État, fut-il celui qui a délivré le titre – est créé par un arrangement de 1922³. Plusieurs arrangements se succèdent vis-à-vis des Russes et des Arméniens⁴, mais ce mouvement international marque une approche parcellaire de la question. Car malgré l'accroissement manifeste des flux de réfugiés, malgré le fait qu'aux Russes et Arméniens se joignent dans les années suivantes des réfugiés venus d'autres contrées, la Société des Nations refuse d'adopter une approche globale. Le raisonnement se fait en termes d'État d'origine, privilégiant un traitement ponctuel largement lié au contexte international. Le droit issu de la Société des Nations fait ainsi preuve d'un regrettable pragmatisme, qui aboutit à ne raisonner que par catégories prédéterminées et exclusives, et dont le corollaire est une imprévision totale des difficultés qui peuvent surgir à l'avenir, et le refus de prendre en compte les cas particuliers.

Le droit international des réfugiés de l'entre-deux-guerres concerne donc des masses de réfugiés admis comme tels par les institutions internationales. Ce sont des personnes contraintes de fuir non une situation précise qui les toucherait de façon personnelle au regard des autres, mais bien une politique systématique discriminatoire et violente : les Russes fuyant le régime des Soviets, les Arméniens échappant au génocide turc, etc. Le réfugié se définit par l'État dont il provient. Le traitement privilégié des réfugiés est collectif, et non individuel. Il est également bilatéral : il concerne l'État d'accueil et une nationalité donnée. L'individualisation des craintes de persécution n'a aucune place dans ce schéma.

Après la Seconde Guerre mondiale, en 1946, la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés (OIR) reprend ce raisonnement catégoriel. L'article 1.A, § 1, annexé à la Constitution de l'OIR⁵ précise en effet que l'intéressé doit être victime d'un régime nazi ou fasciste, ou d'un régime ayant collaboré avec de telles autorités, ou encore victime du régime franquiste espagnol. Le critère essentiel est donc, encore, l'auteur des persécutions, et non l'individualisation des persécutions. Chaque victime du régime nazi peut prétendre à la qualité internationale de réfugié, sans considération du fait qu'il ait été personnellement visé ou non.

Un premier élargissement entraînant la disparition du critère lié à la nationalité apparaît pourtant quelques années plus tôt, avec l'extension de la compétence du Comité intergouvernemental qui avait été créé à Évian, lors de la conférence internationale de juillet 1938. L'élargissement de compétence est décidé en 1943 lors de la conférence des Bermudes réunissant les États-Unis et la Grande-Bretagne, hors la présence de la France⁶. Limitée initialement aux réfugiés en provenance d'Allemagne, la compétence du Comité intergouvernemental est étendue à « toutes les personnes, où qu'elles se trouvent, qui, à la suite des événements d'Europe, ont dû quitter ou pourraient être obligées de quitter le pays de leur résidence »⁷. S'il n'est pas encore fait mention d'une personnalisation des craintes, on constate que celles-ci s'émancipent du carcan étroit des nationalités d'origine. C'est un premier pas intéressant, mais qui est suspendu par l'OIR en 1946.

Il faut en réalité attendre la Convention de Genève de 1951 pour voir disparaître la condition tenant à la nationalité de l'État persécuteur, au profit d'une individualisation des craintes alléguées de persécution. Ce double mouvement – universalité de la protection, individualisation

2. Voir C. Gousseff, *Immigrés russes en France, 1900-1950. Contribution à l'histoire politique et sociale des réfugiés*, thèse de doctorat d'histoire sous la direction d'H. Le Bras, EHESS, 1996, p. 223 sq.
3. *Arrangement relatif à la délivrance de certificats d'identité aux réfugiés russes*, Genève, 5 juillet 1922.
4. *Arrangement relatif à la délivrance d'un certificat d'identité aux réfugiés arméniens*, Genève, 31 mai 1924 ; *Arrangement international relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens*, Genève, 30 juin 1928.
5. Voir Assemblée générale des Nations unies, résolution 62 (I), Constitution de l'Organisation internationale des réfugiés, New York, 15 décembre 1946.
6. La conférence des Bermudes (19-30 avril 1943) visait à décider du sort des réfugiés juifs d'Allemagne, après la guerre. Elle avait pour objet, entre autres, d'étendre la compétence du Comité intergouvernemental des réfugiés, limitée primitivement aux seules personnes venant d'Allemagne, d'Autriche et de la région des Sudètes. Voir E. Balogh, « World Peace and the Refugee Problem », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 75, 1949, p. 363 sq., spéc. p. 416.
7. L. Holborn, *L'organisation internationale pour les réfugiés, agence spécialisée des Nations unies : 1946-1952*, Paris, PUF, 1955, p. 9.

des critères – permet une approche tout à la fois globale et personnelle du phénomène. Les conditions vont en effet se préciser, et le traitement des réfugiés va désormais privilégier l'individu et non le groupe auquel il appartient. En d'autres termes, là où l'on ne considérerait jusqu'alors que des Russes, c'est-à-dire un ensemble de personnes désignées par leur nationalité d'origine, on va désormais considérer un individu, quel que soit l'État dont il provient. Il ne s'agit plus d'une entité générique, mais d'une individualité. Cette évolution explique d'ailleurs le renforcement des critères de la notion de réfugié : à défaut de limiter *a priori* leurs obligations par le biais de nationalités prédéfinies, les États imposent des conditions strictes, notamment quant aux persécutions qui ouvrent droit au statut de réfugié.

Au demeurant, l'abandon de tout critère relatif à la nationalité des réfugiés ne va pas sans rencontrer de sérieuses difficultés lors des débats préparatoires à la Convention de Genève. Lors de la première réunion du Comité spécial, en janvier 1950, réunion à laquelle participe activement la France par le biais de son représentant M. Rochefort⁸, l'édiction d'une définition catégorielle des réfugiés (comprendre, avec un ciblage des États de provenance) avait notamment été défendue par les États-Unis. Le résultat auquel aboutit le groupe de travail⁹ reprend dans une large mesure la conception française : une définition généreuse, incluant *a priori* toutes les nationalités, mais restreinte s'agissant des événements pouvant fonder la demande de statut, et surtout fondée sur une appréciation personnalisée. La mondialisation des phénomènes de migration forcée empêchant tout raisonnement catégoriel, la personnalisation devient un élément fondamental. Pour la première fois, le réfugié n'est pas seulement le membre d'un groupe indésirable aux yeux d'autorités nationales, mais bien un individu autonome, doté de caractéristiques propres, personnellement persécuté pour des motifs prédéterminés. Le réfugié est désormais, conformément à l'article 1.A.2 de la Convention de Genève,

[...] toute personne qui, [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...].

Le réfugié est donc désormais conçu dans son individualité, comme cible personnelle de persécutions.

Ce critère de l'individualisation des craintes de persécution a pourtant été mis à mal ces dernières années, de façon prétorienne. Car les textes, eux, restent fondamentalement attachés à cette idée selon laquelle une personne en quête de protection, qu'il soit réfugié (protection internationale fondée sur la Convention de Genève) ou bénéficiaire de la protection subsidiaire (protection européenne fondée

sur le droit de l'Union européenne), reste un individu personnellement ciblé. Mais sous l'influence des conceptions liées aux droits de l'homme, l'interprétation des juges a conduit à modifier l'acception retenue, tout à la fois du statut international des réfugiés (I) et de la protection assurée par l'Union européenne (II).

I. L'affadissement progressif du critère d'individualisation dans l'appréciation du statut de réfugié

Si les termes tant de la Convention de Genève que de ses travaux préparatoires semblent effectivement retenir un critère clair de personnalité des craintes de persécution, l'interprétation retenue par les organes intéressés a pourtant été souple, dès les premières décisions. Le critère est aujourd'hui en partie écarté dans deux cas de figure, que sont d'une part l'unité de famille (A), d'autre part l'appartenance à un groupe particulièrement ciblé (B).

A. L'unité de famille

Si le critère de l'individualisation des craintes de persécution est clairement mis en avant par la Convention de Genève, rien n'est prévu s'agissant du statut à reconnaître aux membres de la famille de l'intéressé. Or, pour nécessaire qu'elle soit, la reconnaissance d'un statut fondé sur des éléments individualisés de persécution n'est pas pertinente dans la perspective familiale : la personne confrontée à un risque avéré de persécution ne fuit que difficilement son pays dès lors que son départ expose les membres de sa famille à des représailles. La sauvegarde personnelle n'est pas si aisée lorsqu'elle a pour corollaire la mise en danger des proches parents : ascendants, collatéraux, époux et enfants.

Néanmoins le statut des membres de la famille n'a vocation à entrer dans le champ des préoccupations gouvernementales que du jour où les États souverains font primer l'individu sur le groupe. L'avantage de la conception antérieure était d'accepter les groupes, et donc les familles entières – même si son inconvénient majeur, et insurmontable, était de se cantonner à certains pays d'origine préalablement identifiés par un texte conventionnel international. À partir du moment où le réfugié doit pouvoir se prévaloir de craintes personnelles de persécution, le devenir des membres de sa famille qui, eux, n'éprouvent pas de craintes individualisées, se pose nécessairement. Le sort de la famille ne figure pourtant pas dans le *corpus* de la Convention de Genève, et le droit à une vie familiale normale ne figure pas parmi les droits reconnus au réfugié. Cette lacune paraît d'autant plus surprenante que la plupart des États qui négocient

8. Cette réunion fait suite à la résolution 248 (IX) (B) du Conseil économique et social des Nations unies (ECOSOC) datée du 8 août 1949 portant nomination d'un comité *ad hoc*, dit Comité de l'apatridie, composé des représentants de treize gouvernements dont la France.

9. Nations unies, doc. E/1618.

la Convention de Genève ont adopté quelques mois plus tôt, en novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH), dont l'article 8 mentionne explicitement le droit à une vie familiale.

La préoccupation des États vis-à-vis de la vie familiale des réfugiés transparait pourtant des négociations de 1951, même si le texte de la Convention reste muet. Le paragraphe B de l'Acte final de la Conférence, adopté à l'unanimité, s'intitule « Principe de l'unité de la famille », et ses dispositions sont claires :

La Conférence,

Considérant que l'unité de la famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié, et que cette unité est constamment menacée, et

Constatant avec satisfaction que, d'après le commentaire officiel du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, les droits du réfugié sont étendus aux membres de sa famille,

Recommande aux gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié, et en particulier pour :

- 1) Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays ;
- 2) Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption.

Le texte, issu d'une proposition formulée par le Saint-Siège lors de la Conférence de Genève, est d'importance. Certes, l'objection est aisée, selon laquelle l'Acte final n'est pas la Convention, et dès lors est dépourvu de tout aspect normatif. Les premières décisions de la Commission française des recours des réfugiés (CRR), juridiction créée en même temps que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et prédécesseur de l'actuelle Cour nationale du droit d'asile (CNDA), rappellent que l'Acte final (et notamment son paragraphe B sur l'unité de famille) ne constitue qu'une « simple recommandation qui ne saurait avoir par elle-même valeur impérative »¹⁰. Il n'en reste pas moins que le principe de l'unité de famille est dégagé progressivement dès la fin des années 1950. La Commission des recours affirme à raison que « la protection que la Convention de Genève [...] a pour objet d'assurer au réfugié serait rendue vaine si elle ne s'étendait pas, non seulement aux enfants mineurs, mais au conjoint du réfugié »¹¹. Les membres de la famille se voient ainsi reconnaître la qualité de réfugié du fait d'un lien de filiation ou d'un lien matrimonial. La solution, prétorienne, est consacrée comme principe général du droit des réfugiés par le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée *M^{me} Agyepong* de décembre 1994¹², avec des conditions strictes précisées par ce même arrêt.

Confronté à l'individualisation des craintes de persécution, le principe de l'unité de famille n'est pas sans soulever quelques interrogations. Non qu'il s'agisse ici de remettre en cause un droit qui aurait dû, de notre avis, être inséré au sein même des dispositions de la Convention de Genève. Mais le constat est simple : les membres de la famille se voient reconnaître la protection internationale alors même qu'ils ne se prévalent d'aucune crainte personnelle de persécution, les faits qu'ils allèguent étant propres à leur parent, lui-même reconnu réfugié sur le fondement de motifs personnels – car, rappelons-le, le principe de l'unité de famille ne peut jouer en cascade¹³. En toute rigueur, le conjoint ou les enfants n'éprouvant pas de craintes personnelles, ils ne peuvent prétendre au statut de réfugié. Et pourtant, au nom de l'effet utile du statut international, les organes d'éligibilité décident donc d'interpréter la Convention à la lumière de son Acte final et de leur reconnaître le statut international, écartant ainsi le critère de l'individualisation.

Sur le fond, la solution doit être saluée, au nom de l'unité de la famille et des droits fondamentaux du réfugié lui-même. Certes ce dernier bénéficie d'un statut propre, lié aux raisons mêmes de sa fuite ; mais ce statut particulier ne saurait être synonyme d'amoindrissement des droits les plus essentiels de l'homme, y inclus le droit à une vie familiale. D'autant que l'intéressé n'aurait sans doute pas fait ce choix de fuir s'il avait dû se résigner à abandonner à leur sort les membres les plus proches de sa famille. Le statut international serait vain et vidé de tout sens s'il ne pouvait leur être étendu.

Reste la voie utilisée. Il ne s'agit pas ici de la critiquer, car nous la tenons pour fondamentale. Mais on ne peut que souligner l'extension considérable faite par les juges – en France comme ailleurs – des conditions conventionnelles posées au statut de réfugié. L'individualisation des craintes, qui était pourtant au cœur des discussions de 1951, est bel et bien écartée. D'autres voies auraient pu être creusées, pourtant, fondées non plus sur le droit des réfugiés, mais bien sur les droits de l'homme. Si l'on s'en réfère aux solutions adoptées récemment en France dans d'autres cadres, un tel mécanisme n'est pas dénué de fondement. Ainsi le Conseil d'État a-t-il suggéré la délivrance de plein droit d'un titre de séjour de droit commun, fondé sur les relations familiales entre un réfugié et des membres proches de sa famille. C'était tout le sens de l'avis *Fall* rendu le 20 novembre 2013¹⁴, s'agissant du statut des parents de fillettes reconnues réfugiées sur le fondement de la Convention de Genève, du fait des risques d'excision de l'enfant. Dès lors que le titre de séjour est délivré de plein droit, il y a effectivement, pour le réfugié, la garantie de ce que sa vie familiale ne sera pas brisée. Cette solution, qui a été consacrée par la loi du 29 juillet 2015 portant

10. Voir, pour la première de ces décisions : CRR, 16 octobre 1953, *Rueda Navarro*, n° 23.

11. CRR, 12 mars 1957, *Baselga*, n° 1474.

12. CE, Ass., 2 décembre 1994, *M^{me} Agyepong*, n° 112842, publié au recueil *Lebon*, p. 523 (avec les conclusions de M. Denis-Linton).

13. Voir, parmi d'autres : CNDA, 12 février 2009, *M^{lle} D**, n° 634850.

14. CE, avis, 20 novembre 2013, *Fall*, n° 368676.

réforme de l'asile (nouvel art. L. 752-1, al. 2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA)¹⁵, ne concerne pourtant que les ascendants : pour les conjoints et concubins sous certaines conditions, pour les enfants mineurs et les personnes placées sous la tutelle du réfugié¹⁶, c'est bien le statut de réfugié qui est reconnu, alors même que les conditions notamment de personnalisation de l'article 1.A.2 ne sont pas remplies. L'unité de la vie familiale vient ici primer sur la définition fondamentale du réfugié, ce qui va bien au-delà de la lettre de l'Acte final de 1951 : les États y appelaient à faire en sorte que la famille puisse rester unie, alors même que l'un de ses membres se voyait reconnaître la qualité de réfugié. Rien n'était précisé quant au statut administratif à leur reconnaître, et à aucun moment les États n'ont envisagé de conférer le statut de réfugié auxdits proches.

Néanmoins la solution n'est pas si artificielle : malgré tout, au prix il est vrai d'une certaine souplesse herméneutique, on peut se rattacher à une forme de personnalisation. Le statut international reconnu au conjoint et aux enfants mineurs, en dehors de craintes personnelles de persécutions, reste néanmoins caractérisé par un critère d'individualisation en ce qu'il faut prouver le lien familial entre le réfugié et son proche¹⁷, et que l'existence avérée de ce lien familial étroit induit, par une sorte de capillarité, une exposition particulière du membre de la famille. Ce ne sont pas tous les proches qui peuvent ainsi être aspirés par le statut conventionnel, mais ceux qui, bien que ne pouvant se prévaloir de craintes particulières au jour de la décision, pourraient néanmoins devenir des cibles privilégiées pour l'agent persécuteur. C'est ce raisonnement, il est vrai peu clair dans les décisions, qui permet malgré tout de fonder le statut au profit des membres de famille. Ainsi conçu, le statut reconnu du fait de l'unité de famille, bien qu'*a priori* délié du critère de l'individualisation des craintes de persécution, s'y fonde pourtant.

En revanche, le critère de l'individualisation semble s'affadir nettement lorsqu'intervient, dans le champ de l'éligibilité, l'appartenance à un groupe particulièrement ciblé.

B. L'appartenance à un groupe particulièrement ciblé

La jurisprudence est relativement ancienne, qui retient que la simple appartenance à un groupe minoritaire, ethnique ou religieux, peut être source de persécution. C'est ce qui fonde depuis maintenant plusieurs années

les décisions françaises relatives notamment à certaines communautés précises, comme les Rohingya de Birmanie. Ainsi trouve-t-on plusieurs décisions qui, après avoir établi l'appartenance du requérant à la communauté en cause, considèrent que

[...] les membres de la communauté rohingya ne jouissent d'aucun droit dans ce dernier État, où ils sont victimes d'entraves constantes, tant du point de vue économique, que social, politique et religieux ; que, notamment, ils ne sont plus reconnus comme citoyens, à la suite de la déchéance de nationalité qui leur a été collectivement opposée par l'adoption de la Loi sur la Nationalité birmane de l'Assemblée nationale, n° 4, adoptée en 1982 ; que cette mesure de déchéance, ainsi que les discriminations systématiques accompagnées de mauvais traitements particulièrement graves, sont qualifiables de persécutions en ce qu'ils sont motivés par l'origine ethnique¹⁸.

Dès lors, les organes français d'éligibilité estiment que l'appartenance à une communauté ouvertement persécutée permet de reconnaître le statut, et ce alors même que le requérant ne pourrait se prévaloir de persécutions ciblées sur sa propre personne. La solution est identique pour d'autres communautés, en particulier les Lhotshampa du Bhoutan : selon la CNDA,

[...] les pratiques employées par lesdites autorités conduisant à exclure de la nationalité bhoutanaise certains ressortissants de ce pays, membres d'une minorité, peuvent être regardées comme des persécutions dès lors qu'elles sont fondées sur l'un des motifs énumérés à l'article 1^{er} A, 2° [...] de la Convention de Genève¹⁹ [...].

Ce qui permet aux intéressés de se voir reconnaître la qualité en dehors de l'individualisation des craintes.

Cette jurisprudence innovante reste, dans le cadre de la Convention de Genève, cantonnée à des populations particulièrement ciblées. Elle n'en reste pas moins remarquable en ce qu'elle étend, toujours au nom de l'effet utile du statut, le champ d'application de la Convention de Genève à des groupes entiers, au-delà des individualités qui les composent. Le critère de l'individualisation des craintes de persécution n'est plus requis dès lors que c'est le groupe communautaire dans son ensemble qui est victime de craintes (fondées) de persécution. Cette conception, très protectrice, contredit pourtant le choix fait en 1951 par les auteurs de la Convention, qui précisément avaient défendu la portée individuelle du statut.

Il est intéressant de noter que cette notion de groupe minoritaire persécuté est également présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

15. Loi 2015-925 du 29 juillet 2015 portant réforme de l'asile, *JORF*, n° 0174, 30 juillet 2015, p. 12977.

16. Voir CE, Ass., 2 décembre 1994, *M^{me} Agyepong*, précité ; pour les personnes placées sous tutelle et les conditions, voir notamment CRR, 6 mai 1999, *Ngmabi*, n° 326686 ; *a contrario*, CE, 28 juillet 2004, *M^{me} Trin ép. Mer*, n° 229053, publié au recueil *Lebon*, p. 353.

17. Preuve certes indispensable mais qui ne doit pas pour autant prendre un temps excessif sous peine de porter atteinte à la vie familiale du réfugié : voir en ce sens les trois arrêts Cour EDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, n° 52701/09 ; *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10 ; *Senigo Longue c. France*, n° 19113/09.

18. Voir parmi d'autres : CNDA, 14 février 2011, *M. T**, n° 09019611.

19. CNDA, 30 octobre 2009, *M. P**, n° 08020515.

(Cour EDH) relative à l'application par ricochet de l'article 3 de la Convention EDH, ce qui révèle sans doute un discret dialogue des juges entre la Cour européenne et la CNDA. La Cour de Strasbourg l'a utilisée dès 2007, dans une affaire *Salah Sheekh c. Pays-Bas*²⁰. En l'espèce, le requérant était un ressortissant somalien de la tribu des Ashraf. La Cour retient que, dans le contexte de la Somalie, l'appartenance à telle ou telle communauté détermine le caractère sûr, ou non, de tel et tel lieu. Et de conclure que l'appartenance du requérant à la tribu ashraf, un groupe minoritaire, l'exposerait à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne²¹. L'originalité de l'arrêt tient au fait que le requérant ne prétendait nullement se trouver dans une situation différente de celle des autres jeunes gens d'origine ashraf. Au contraire, il affirmait que tous les garçons du village subissaient les mêmes traitements. Dès lors, se posait nécessairement la question du critère d'individualisation des risques. La Cour européenne estime ici que l'appartenance du requérant à un groupe minoritaire particulièrement menacé lui ouvre la protection par ricochet de l'article 3, dans la mesure où lui et sa famille sont menacés en raison de leur appartenance à ladite minorité et sont, pour reprendre les termes de la Cour, « une proie facile, au même titre que les trois autres familles ashraf qui vivaient dans le même village »²². Elle estime qu'exiger une preuve de risques personnels aboutirait, en l'espèce, à rendre vaine la protection de la Convention :

La protection offerte par cette disposition [l'article 3] pourrait être rendue illusoire si, au-delà de son appartenance à la minorité ashraf, le requérant devait être tenu de démontrer l'existence d'autres caractéristiques distinctives particulières²³.

Même si l'on est ici dans le champ de l'interdiction des mauvais traitements dans le pays de renvoi, et non dans le champ de la Convention de Genève, il est intéressant de relever cette mise à l'écart de l'individualisation des craintes. L'évolution est d'autant plus intéressante qu'elle vient remodeler la jurisprudence pourtant assise en la matière, issue de l'arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* de 1991²⁴ : à l'époque la Cour avait considéré que le seul fait d'être un jeune homme de l'ethnie tamoule ne permettait pas de conclure à un risque avéré de mauvais traitement, en dehors de tout élément lié à des craintes personnelles. C'était pourtant l'argument des requérants, qui estimaient que leur simple appartenance à la communauté tamoule et à la tranche d'âge des combattants des Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (LTTE) était suffisante pour constituer un risque de violation de l'article 3²⁵. La Cour,

après avoir relevé que rien ne permet de considérer que « la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays », estime qu'il n'y a pas de violation de Convention, faute d'individualisation des risques²⁶. L'arrêt *Salah Sheekh* représente donc, en 2007, une évolution majeure.

Cette jurisprudence de la Cour européenne a récemment trouvé à s'appliquer dans deux affaires contre la France, avec les arrêts *A. A.* et *A. F.* du 15 janvier 2015²⁷. Les requérants étaient tous deux Soudanais, Birqid pour l'un (*A. A.*), Tunjur pour l'autre (*A. F.*) – deux ethnies non arabes du Darfour, relève la Cour européenne. Les circonstances ne sont pas exactement les mêmes, mais les deux arrêts se rejoignent en ce que dans les deux cas, la Cour considère clairement que l'appartenance du requérant à une minorité ethnique victime de persécutions « constitue un premier facteur de risque »²⁸. Et pourtant, dans cette formulation se trouve, précisément, la nuance fondamentale eu égard à l'arrêt *Salah Sheekh* de 2007, et ce qui est, sans doute, un retour partiel vers la notion d'individualisation. Car dans les deux arrêts de 2015, la Cour retient également l'appartenance, réelle ou supposée, des requérants au mouvement indépendantiste pour la justice et l'égalité (JEM), ce qui induit une personnalisation des risques. Ainsi l'appartenance à une minorité ethnique persécutée est un élément premier, mais non plus unique, des risques encourus. La Cour de Strasbourg, sans revenir à sa jurisprudence primitive de 1991, porte néanmoins un coup d'arrêt majeur à la position adoptée précédemment : la simple appartenance à une minorité persécutée est un élément important, mais qui ne peut suffire *per se* pour admettre une protection contre l'éloignement.

Certes l'on objectera aisément que la jurisprudence relative à l'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme aux mesures d'éloignement des étrangers ne concerne nullement l'interprétation du statut de réfugié. Est-il nécessaire de rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme a un champ d'application

[...] à la fois plus étendu que la Convention de Genève puisqu'elle s'adresse à tous les hommes en général, national comme réfugié ou demandeur d'asile, et plus restreint puisqu'elle ne concerne que la protection des libertés²⁹ ?

Partant, les organes d'éligibilité au statut de réfugié ne sont pas nécessairement liés par les évolutions interprétatives de la Cour de Strasbourg. Reste que les interactions

20. Cour EDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04.

21. *Ibid.*, § 138-140.

22. *Ibid.*, § 148.

23. *Ibid.*

24. Cour EDH, 10 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87.

25. *Ibid.*, § 104.

26. *Ibid.*, § 111.

27. Cour EDH, 15 janvier 2015, *A. A. c. France*, n° 18039/11; *A. F. c. France*, n° 80086/13.

28. Cour EDH, 15 janvier 2015, *A. A. c. France*, § 58; *A. F. c. France*, § 52.

29. N. Guimezanes, « Le statut juridique des réfugiés », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, p. 605 sq., spéc. p. 626.

sont indéniables, et que l'appréciation de l'une ne peut être totalement ignorée des autres.

Ainsi a-t-on, sur le fondement du statut de réfugié, un tableau en demi-teinte : l'individualisation des craintes de persécution exigée à l'article 1.A.2 connaît une lecture souple, qui n'aboutit pas pour autant totalement, aujourd'hui, à l'écart. La protection internationale, si elle s'écarte ainsi de la lettre de la Convention de Genève de 1951, s'en trouve élargie, ce que nul État n'a sérieusement contesté. Dans le cadre de la protection européenne, en revanche, l'élargissement est allé bien au-delà d'un assouplissement.

II. La mise à l'écart de l'individualisation dans le cadre de la protection subsidiaire

Si la protection première dont peut et doit bénéficier un étranger persécuté est internationale, fondée sur la Convention de Genève, l'Union européenne est, on le sait, venue suppléer certaines lacunes du texte de 1951, par la création d'une protection subsidiaire. Cette dernière se fonde sur la directive dite « Qualification » de 2004, refondue en 2011³⁰. Comme l'indique le nom même de cette protection, elle ne peut en aucun cas avoir le pas sur la protection internationale, qui doit primer lorsque l'étranger répond aux définitions tant de la Convention de Genève que de la directive de 2004³¹.

L'octroi de la protection subsidiaire connaît, comme pour le statut de réfugié, un critère d'individualisation des faits allégués. Pourtant, la jurisprudence européenne est, ici encore, venue étendre le champ d'application du mécanisme. La protection reconnue sur le fondement de risques de mauvais traitements que sont la torture et les traitements inhumains et dégradants³² reprend assez logiquement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui est cohérent compte tenu de la similarité rédactionnelle des deux textes. En revanche, et c'est ce qui nous retiendra ici, on constate une conception très large de la protection octroyée du fait d'une violence aveugle liée à une situation de conflit armé³³. L'interprétation de la directive retenue par les juges européens

aboutit en réalité à une reformulation du sens du texte (A). Compte tenu de l'absence de condamnation de cette jurisprudence lors de la refonte de la directive en 2011, il existe des doutes sérieux sur le sens de la volonté exacte des États membres de l'Union (B).

A. Individualisation et violence aveugle liée à un conflit armé

L'article 15, § c, inchangé depuis 2004, semble clair : la protection subsidiaire devra être reconnue lorsqu'existent « des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international ». Certains auteurs se sont, très tôt, interrogés sur la résilience du critère de l'individualisation dans un tel contexte³⁴. L'existence d'une violence généralisée et aveugle n'ôte en rien, semble-t-il, le critère de la personnalisation des menaces pesant sur le requérant, le texte évoquant explicitement des menaces graves et individuelles en raison d'une violence aveugle dans le cadre d'un conflit armé. La jurisprudence française allait au demeurant dans le sens d'une lecture littérale de la protection subsidiaire (c), puisque la CNDA, dans un arrêt des sections réunies de 2008³⁵, avait retenu certes l'existence d'une violence aveugle liée à un conflit armé, mais aussi le fait que le requérant, Tamoul du Sri Lanka, était personnellement menacé du fait qu'il avait été contraint d'apporter son soutien aux Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (LTTE). Dans cette acception, le contexte de violence aveugle ne remettait pas en cause l'exigence d'une personnalisation des menaces.

L'évolution, sinon le revirement, est venue ici de Luxembourg. La Cour de justice de l'Union européenne a statué sur l'affaire *Elgafaji* par un arrêt de février 2009³⁶, bouleversant par sa décision la conception qu'avait jusqu'alors la France de la protection subsidiaire (c). La Cour de justice avait été saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'État néerlandais, dans une affaire relative à un couple de ressortissants irakiens originaires de Mossoul. Les requérants invoquaient des circonstances personnelles, liées notamment au fait que l'époux avait travaillé pendant deux années à l'aéroport, pour une entreprise britannique de sécurité, et qu'à ce titre il avait dû combattre des miliciens. Le couple se

30. Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *JOUE*, L 304, 30 septembre 2004 (directive « Qualification ») ; 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, *JOUE*, L 337, 20 décembre 2011 (directive « Refonte »).

31. Cette prévalence de la protection internationale sur la protection européenne a été rappelée à de multiples reprises par le Conseil d'État depuis son arrêt du 10 décembre 2008, *OFPPA c. Pogossyan*, n° 228227.

32. Directives 2004/83/CE et 2011/95/UE, art. 15, § b, dit protection subsidiaire (b).

33. *Ibid.*, art. 15, § c, dit protection subsidiaire (c).

34. Voir notamment M. Combarrous, « Observations intempestives sur le droit d'asile en France », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, N. Belloubet-Frier *et al.* (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 21 *sq.*

35. CNDA, SR, 27 juin 2008, B*, n° 581505.

36. CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07.

disait personnellement menacé, du fait que M. Elgafaji était accusé de collaborer avec la Coalition internationale. Les autorités néerlandaises avaient néanmoins estimé que le récit manquait d'éléments suffisants pour permettre la reconnaissance de la qualité de réfugié ou celle de la protection subsidiaire fondée sur un risque particulier de mauvais traitements (protection subsidiaire (b)). Les juges ayant balancé sur l'applicabilité de la protection subsidiaire (c), en particulier sur le point de savoir si une application de celle-ci pouvait être conçue de façon indépendante de l'appréciation des risques sur le fondement de l'article 3 de la Convention EDH, le Conseil d'État s'était tourné vers la Cour de justice de l'Union. Celle-ci a d'abord rappelé que si l'appréciation des risques encourus au regard de l'article 3 de la Convention EDH est étroitement liée à la reconnaissance de la protection subsidiaire (b), en revanche « l'article 15, sous c), de la directive est une disposition dont le contenu est distinct de celui de l'article 3 de la CEDH et dont l'interprétation doit, dès lors, être effectuée de manière autonome »³⁷. Elle poursuit son raisonnement en affirmant que si les deux autres chefs de reconnaissance de la protection subsidiaire, le (a) sur la peine de mort et le (b) sur les tortures, peines et traitements dégradants et inhumains, couvrent des situations dans lesquelles le demandeur de la protection subsidiaire est exposé personnellement, tel n'est pas le cas du troisième chef de protection subsidiaire, qui nous intéresse ici³⁸. Cette première affirmation étonne, en ce que précisément, à la différence des deux autres chefs, la protection subsidiaire (c) prend soin d'évoquer « des menaces graves et individuelles » (nous soulignons). Considérer, comme le fait la Cour, qu'il s'agit en réalité d'un chef d'éligibilité couvrant des risques plus généraux est pour le moins curieux. Le raisonnement eut été plus solide s'il s'était appuyé sur la seule notion de « violence aveugle » mentionnée par le texte de la directive, et qui évoque le fait que cette violence peut concerner toute personne se trouvant dans la zone en cause, sans considération de la situation personnelle de chacun. C'est d'ailleurs la conception que retient, pour l'application par ricochet de l'article 3 de la Convention EDH, la Cour de Strasbourg, lorsqu'elle admet qu'une situation de violence généralisée peut induire que toute personne retournant dans la zone sera soumise à un risque important de mauvais traitement du seul fait de sa présence dans ladite zone. Elle l'a notamment retenu dans son arrêt *Sufi and Elmi vs. United Kingdom*, en juin 2011, s'agissant de Mogadiscio soumis au contrôle des milices islamistes Al-Shabaab³⁹. La Cour européenne des droits de l'homme retient alors le degré de violence.

C'est bien l'intensité de la violence aveugle qui permet de considérer qu'il y a une menace sur toute personne quelle qu'elle soit. Chacun, personnellement, sera visé du simple fait qu'il se trouve dans la région. La violence aveugle subsume alors le critère de l'individualisation.

La Cour de l'Union pour sa part est plus ambiguë, ou plus exactement, elle établit un système de vases communicants :

[...] le terme « individuelles » doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours [...] atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir les menaces graves visées par l'article 15, sous c), de la directive⁴⁰.

Elle considère donc que si le critère des menaces individuelles n'est pas écarté en tant que tel, il s'efface en proportion inverse de l'intensité de la violence généralisée. Ainsi,

[...] la Cour laisse aux autorités nationales compétentes une vraie marge d'appréciation qui fonctionne dans les deux sens. Lorsque la violence aveugle est très intense, il n'y a pas lieu d'apporter la preuve d'une menace individuelle. Lorsqu'elle est moins intense, il faudra davantage être en mesure de faire valoir un risque propre à la personne du demandeur⁴¹.

L'idée est intellectuellement séduisante, mais présente d'indéniables difficultés dans son application concrète.

Les juges de la Cour ne pouvaient guère supprimer tout critère d'individualisation : le préambule de la directive de 2004, repris en 2011, prévoit explicitement que

Les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves⁴².

Le critère de l'individualisation est donc préservé par les juges européens, faute de pouvoir l'évincer. Mais il pourra être affadi sinon écarté en cas de violence aveugle particulièrement intense. La Cour le note, la protection subsidiaire (c) a vocation à s'appliquer en présence d'une « situation exceptionnelle qui serait caractérisée par un degré de risque si élevé qu'il existerait des motifs sérieux et avérés de croire que cette personne subirait individuellement le risque en cause »⁴³. Il n'en reste pas moins que, dans une telle situation, l'organe d'éligibilité peut – doit – écartier le critère de l'individualisation, et reconnaître le

37. CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, pt 28.

38. *Ibid.*, pt 33.

39. Cour EDH, 28 juin 2011, *Sufi and Elmi vs. United Kingdom*, n° 8319/07 et 11449/07, § 293 et § 310 (seulement en anglais).

40. CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, pt 35.

41. C. Brice-Delajoux, « Droit d'asile : le sauvetage de la protection subsidiaire de l'article L. 712-1 c) du CESEDA », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 42, décembre 2010, p. 2360.

42. Directive 2004/83/CE, préambule, § 26 ; directive 2011/95/UE, préambule, § 35.

43. CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, pt 37.

jeu de la protection européenne dès lors que la provenance de la zone concernée est établie, en dépit de la référence claire et explicite aux menaces individuelles dans le texte de la directive. On en revient ainsi, dans des circonstances il est vrai exceptionnelles, à l'analyse retenue par le droit international durant l'entre-deux-guerres : la condition du statut protecteur n'est plus tant la situation personnelle du demandeur que sa provenance et / ou l'identité de son persécuteur. L'interprétation retenue par la Cour de justice aboutit ainsi à une ambiguïté, sinon une incertitude, que la refonte de 2011 n'a pas levée.

B. L'ambiguïté des normes

La conception actuelle de la protection subsidiaire (c) reste marquée de cette ambiguïté. La jurisprudence *Elgafaji* donne une interprétation de la directive de 2004. La refonte de ladite directive, en 2011, eut été pour les États membres l'occasion de clarifier leur position vis-à-vis de cette interprétation. Une modification de l'article 15 eut permis de reprendre l'interprétation donnée par la Cour de justice, de l'officialiser et le cas échéant de la clarifier ; elle eut pu être l'occasion au contraire d'en revenir à la lettre du texte, et de condamner clairement la conception prétorienne. Il n'en a rien été, et on ne peut que regretter ici le *statu quo* maintenu en 2011, sur une question pourtant fondamentale s'agissant de la portée de la protection européenne.

Car le mécanisme dégagé en 2009 soulève une difficulté pratique à laquelle se heurtent les organes en charge de l'éligibilité : comment, concrètement, apprécier cette proportionnalité entre le degré d'individualisation et l'intensité de la violence généralisée ? La Cour de justice n'apporte guère d'éléments, sinon en évoquant l'exceptionnalité de la situation. Pour autant, faute d'indications facilement identifiables, la notion même de « situation exceptionnelle » n'est pas aisée à cerner, et donc à identifier. Il appartient aux organes d'éligibilité au sein de chaque État de statuer en fonction de ce que chacun considérera comme une situation exceptionnelle, permettant effectivement d'écarter le critère de l'individualisation. En France, l'appréciation des juges du fond est souveraine s'agissant de l'existence d'une violence généralisée⁴⁴ – le juge interne oscillant entre les expressions « violence généralisée » et « violence aveugle », sans pour autant qu'il semble que l'on puisse y voir une différence conceptuelle. Cette appréciation est aussi évolutive : un territoire peut passer brutalement d'une application de la protection

subsidiaire (c) à sa non-application, ainsi que ce fut le cas pour le Sri Lanka entre juillet et septembre 2009⁴⁵. La réciproque est tout aussi vraie : ainsi constate-t-on, depuis le début de l'année 2015, le passage progressif de plusieurs États du Nord du Nigeria dans le champ de la protection subsidiaire (c). En tout état de cause, ces évolutions sans préavis ne peuvent que jeter un trouble sur la sécurité juridique dont devraient pourtant être entourées les décisions d'octroi de la protection européenne.

Surtout, il nous semble que l'Union européenne n'assume pas, ici, la pleine responsabilité de ses propres mécanismes. Car la protection subsidiaire (c) doit être conçue dans ce qu'elle est, c'est-à-dire un régime européen d'asile. L'Europe impose une vision globale et commune de l'asile, avec la désignation d'un seul État responsable du traitement de la demande par application du règlement Dublin III⁴⁶, et des critères communs pour une interprétation harmonisée de la Convention de Genève⁴⁷, dessinant ainsi des règles de conduite qui devraient s'appliquer à tout demandeur à travers l'Union. Pourtant, elle laisse bien seuls les organes nationaux d'éligibilité lorsqu'il s'agit de retenir l'applicabilité de la protection subsidiaire (c) : faute de lignes directrices clairement établies, que ce soit par la directive elle-même ou par la jurisprudence de la Cour, il leur appartient de déterminer eux-mêmes les critères, d'où un risque important de différenciation. Le demandeur d'asile, qui ne peut choisir l'État dans lequel il introduit sa demande du fait du mécanisme Dublin, va devoir admettre que les critères qui lui seront appliqués, s'il provient de telle vallée afghane ou de tel État nigérian, ne seront pas nécessairement identiques selon qu'il se trouve dans un État ou un autre de l'Union. Ce flottement n'est guère acceptable dans le cadre du régime européen commun. On ne pourra donc que se réjouir que la Cour de justice de l'Union ait, dans son arrêt *Diakité* de 2014⁴⁸, tenté d'explicitier l'une des conditions de mise en œuvre de la protection subsidiaire (c), savoir la définition du conflit armé. Certes on peut critiquer la définition retenue par la Cour de justice, qui a fait le choix d'une notion autonome du conflit armé, en rupture avec les conceptions jusqu'alors retenues liées au droit humanitaire. Pour autant on a ici un effort de définition qui ne peut qu'être approuvé. Reste que la Cour de justice est trop rarement saisie pour pouvoir, effectivement, être une source d'inspiration dans le cadre de la protection subsidiaire (c).

En réalité, l'Union, en dehors de ses juridictions, ne joue pas le rôle qui devrait être le sien. Car au-delà

44. CE, 15 mai 2009, *Mlle Kona*, n° 292564.

45. Voir par exemple l'arrêt CE, 3 juillet 2009, *OFPPA c. Baskarathas*, n° 320295, qui admet que la CNDA applique la protection subsidiaire (c) pour le Nord du Sri Lanka ; pourtant deux mois plus tard, la CNDA estime que la situation ne permet plus de retenir l'existence d'un conflit armé (CNDA, 4 septembre 2009, S*, n° 630580).

46. 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 (refonte), *JOUE*, L 180, 29 juin 2013.

47. Voir directives « Qualification » et « Refonte », 2004/83/CE du 29 avril 2004 et 2011/95/UE du 13 décembre 2011, précitées.

48. CJUE, 4^e ch., 30 janvier 2014, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/12.

des ambiguïtés liées à la protection subsidiaire (c), il est un dernier élément trop souvent écarté : pour faire face aux flux de demandeurs venant de territoires en proie à un conflit armé, il existe un autre mécanisme, celui la protection temporaire créée par une directive de juillet 2001⁴⁹. Certes les conditions ne sont pas totalement identiques, dans la mesure où la protection temporaire de 2001 a vocation à s'appliquer en présence de flux massifs, ce que n'exige nullement la protection subsidiaire (c). Mais pourtant, l'équation semble évidente : dans le cas de violences aveugles liées à un conflit armé interne ou international, le risque pour l'Europe d'être confrontée à un flux massif, nonobstant le coût du voyage, n'est pas une pure hypothèse d'école. On peut songer à la pression actuelle des demandeurs venus de Syrie, d'Irak ou de Libye, par exemple. Or la protection temporaire, elle, répond effectivement à ce que tend à devenir, de plus en plus, la protection subsidiaire (c) : un moyen d'offrir une protection (et partant, un asile) à des populations civiles qui ne peuvent rester dans leur pays d'origine du fait d'une violence aveugle dans le cadre d'un conflit armé, interne ou international. Sur le plan procédural, la protection temporaire présente une caractéristique fondamentale : la décision de mettre en œuvre effectivement la protection est adoptée par le Conseil européen. Autrement formulé, les instances européennes assument alors le choix, en lieu et place de laisser les organes nationaux d'éligibilité tricoter sur un texte conçu dans un esprit différent, et sans éléments concrets de définition. Entendons-nous : la situation actuelle est, en termes de protection, mieux que rien du tout. Pourtant il nous semble qu'elle répond à un souci de protection qui devrait être celui du Conseil européen, et qui appelle des choix politiques clairement énoncés et assumés. La communautarisation n'est pas allée jusqu'au bout de sa logique, en l'espèce.

La protection temporaire avait été conçue aux lendemains du conflit du Kosovo de 1999. Depuis lors, elle n'a jamais trouvé à s'appliquer, faute d'accord du Conseil européen. Et pourtant, il serait si simple et sans doute, juridiquement, plus correct, d'actionner la protection

temporaire – par exemple pour les zones tribales de l'Afghanistan, le Darfour ou certaines zones du Nigeria – plutôt que de laisser chaque État développer sa propre conception de la protection subsidiaire (c) et l'appliquer, ou non, pour telle ou telle région du monde, sans harmonisation aucune. La situation actuelle aboutit à écarter le principe pourtant essentiel de l'individualisation dans le cadre de la protection subsidiaire (c) et crée des divergences d'appréciations entre États membres. La protection temporaire, elle, décidée par le Conseil européen et donc commune à tous les États membres, n'a jamais été conçue à travers le prisme de l'individualisation des craintes et menaces. C'est donc bien elle qui devrait s'appliquer dans de telles circonstances. Elle, et aucune autre.

Le critère de l'individualisation souffre aujourd'hui de sa remise en cause. En termes de protection individuelle, on ne peut que s'en féliciter : par ce biais, davantage de personnes qui se trouvent devoir fuir leur pays d'origine peuvent ainsi obtenir un asile dans un territoire européen. Néanmoins il faut être lucide, et se rappeler les mots du représentant italien lors de la Conférence de Genève, en juillet 1951 : « en cherchant à aider tout le monde, on risque fort de n'aider personne »⁵⁰. Prononcés il y a plus de six décennies, ces mots résonnent encore aujourd'hui. On peut certes continuer de plaider l'illusion d'États européens accueillants et chaleureux. Mais suffisamment nombreux sont les juristes (entre autres) à avoir souligné la « forteresse Europe »⁵¹ pour être conscient de la réalité. Le défaut d'utilisation de la protection temporaire alors que des afflux importants sinon massifs ont eu lieu et continuent d'avoir lieu aux portes de l'Europe, en particulier venant d'Afrique, le démontre sinistrement chaque jour : il faut en revenir aux textes, rétablir l'individualisation dans le cadre de la protection subsidiaire (c) et activer les mécanismes qui, eux, ont été conçus pour faire face à de tels défis. Les organes d'éligibilité ont besoin de cadres précis, afin de lever toute incertitude. L'Europe aurait, elle a, ici, un rôle à jouer dont elle ne peut se défausser.

49. Directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, *JOUE*, L 212, 7 août 2001.

50. Voir les travaux préparatoires de la Convention : A/CONF.2/SR.21, p. 4.

51. Voir, parmi les premiers : J.-C. Peaucelle, « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe », *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 516 *sq.* ; M. Masse, « L'espace Schengen », *Revue de sciences criminelles*, 1992, p. 473 *sq.* ; H. Labayle, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 12, décembre 1997, p. 923 *sq.* ; plus récemment : E. Aubin, « Citoyen européen mendiant en France : ne circulez pas, il n'y a rien à voir ! », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 1, janvier 2015, p. 64 *sq.* L'expression est très régulièrement utilisée, tant par la doctrine que par les organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme.