

L'unité de la famille sous le Règlement Dublin III : du vin nouveau dans de vieilles outres

FRANCESCO MAIANI

Sommaire

I.	Introduction : un passé conflictuel.....	277
II.	La lettre de la loi : le nouveau dispositif de protection de l'unité familiale.....	281
	1. Le choix de continuité du législateur.....	281
	2. Les améliorations apportées au dispositif de protection de l'unité familiale.....	282
	a. Les améliorations procédurales	282
	b. Les améliorations matérielles	282
	c. Le nouveau critère de l'art. 16 : une amélioration ?	284
	3. Les limitations du dispositif de protection de l'unité familiale	286
	a. Les lacunes héritées	286
	b. De nouvelles incohérences	289
III.	L'esprit de la loi : de nouvelles valeurs pour une nouvelle pratique.....	291
	1. Les valeurs et objectifs du Règlement Dublin III	291
	a. Le contexte historique et le poids de la tradition	291
	b. L'esprit du nouveau Règlement.....	294
	2. Les principes de base dérivant de la protection des droits de l'homme.....	296
	3. Les instruments de la nouvelle pratique	298
IV.	Conclusions : du vin nouveau dans de vieilles outres.....	302

I. Introduction : un passé conflictuel

En été 1995, une femme rwandaise, Mme Jeanne d'Arc Gasarabwe, suivit avec ses enfants les pas de son mari, qui avait déjà fui son pays et demandé l'asile en France. Elle entra dans l'Union Européenne par l'Allemagne, avec un visa allemand. Elle traversa ensuite le Rhin pour demander l'asile en France et rejoindre son époux, mais à son grand dam le préfet du Nord lui signifia que l'Etat responsable de sa demande était la *Bundesrepublik* et qu'elle devait y retourner et y rester.¹ La décision – par la suite annulée pour vice de forme –

¹ L'affaire est documentée dans EMMANUEL AUBIN, Le juge administratif français face à l'application des Conventions de Schengen dans ses dispositions sur le droit d'asile et de Dublin relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, in : CLOTHILDE MARINHO, The Dublin Convention on Asylum : Its Essence, Implementation and Prospects (2000), 177 ss, 187 s.

était fondée sur le chapitre intitulé « Responsabilité pour le traitement de demandes d’asile » de la Convention de Schengen de 1990,² fraîchement entrée en vigueur, et par la suite remplacée par la Convention de Dublin,³ puis par les Règlements dits « Dublin II » (RDII)⁴ et « Dublin III » (RDIII).⁵

L’histoire de Mme *Gasarabwe* est loin d’être anecdotique. Chaque année, dans les 32 pays de l’Union européenne (UE) et de l’Association européenne de libre-échange (AELE) – ci-après collectivement, « Etats membres » – plusieurs dizaines de milliers de candidats à un statut de protection internationale sont soumis à la procédure « Dublin » de détermination de l’Etat responsable. Certains sont effectivement transférés d’un Etat membre à un autre, normalement contre leur volonté. D’autres sont empêchés de rejoindre leur destination et restent bloqués dans des Etats où ils n’avaient jamais envisagé de s’arrêter.⁶ Les projets de vie ainsi frustrés sont souvent aussi des projets de maintien ou de reconstruction de l’unité familiale – rejoindre un parent vivant déjà dans un Etat membre, réunir la famille séparée pendant le périple vers la terre d’asile et dispersée en Europe, ou rester unis une fois entrés ensemble en Europe.

Depuis l’époque de l’affaire *Gasarabwe*, des progrès ont été accomplis pour tenir compte de cette réalité mouvante et complexe. Chaque nouvelle incarnation du système de Dublin est en effet allée un peu plus loin que la précédente dans la protection de l’unité familiale. Et pourtant, ces avancées se sont révélées tout à fait insuffisantes sous l’empire du Règlement Dublin II. L’impact négatif sur les familles a été l’un des effets les plus régulièrement observés du Règlement,⁷ et une casuistique abondante illustre l’insensibilité extrême à la-

² Convention d’application de l’Accord de Schengen du 14.6.1985 entre les gouvernements des Etats de l’Union économique Benelux, de la République fédérale d’Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes du 19.6.1990 (JO L 239, 22.9.2000, 19).

³ Convention relative à la détermination de l’Etat responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des Etats membres des Communautés européennes du 15.6.1990 (JO C 254, 19.8.1997, 1).

⁴ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18.2.2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des Etats membres par un ressortissant d’un pays tiers (JO L 50, 25.2.2003, 1).

⁵ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26.6.2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (JO L 180/31, 29.6.2013, 1).

⁶ Lire à titre d’exemple ADEA GUILLOT, Plus de 100 réfugiés syriens font la grève de la faim au centre d’Athènes, *Le Monde* du 4.12.2014, disponible sur le site www.le-monde.fr.

⁷ Voir, parmi d’autres : HCR, *The Dublin II Regulation – A UNHCR Discussion Paper* (2006), 2-3 ; Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application

quelle les autorités chargées de son application ont pu arriver : maris séparés de leur femme et de leur enfant juste après l'accouchement,⁸ familles dispersées sur le territoire du même Etat membre pour des raisons purement administratives, puis séparées par le renvoi « Dublin » du seul père,⁹ parents inflexiblement renvoyés vers l'Etat « responsable » malgré la présence de leur enfant – non accompagné – sur le territoire,¹⁰ femmes traumatisées et suicidaires privées du support *in casu* irremplaçable d'un membre de leur famille élargie,¹¹ etc.

Les études disponibles indiquent principalement deux causes pour ces défaillances : d'une part, les limites et lacunes du dispositif de protection de l'unité familiale du Règlement, connu pour ses définitions étriquées et ses critères restrictivement rédigés ;¹² d'autre part, la pratique de la majorité des Etats membres qui ont aggravé ces insuffisances au lieu d'utiliser les instruments à leur disposition pour les corriger. Fidèles semble-t-il à une triple devise – « réprimer tout abus, réel ou supposé », « minimiser ses propres responsabilités » et « maximiser les responsabilités d'autrui » – ils ont souvent agi à la limite de ce qui est permis par le Règlement, voire au-delà, en imposant des exigences excessives de preuve des liens familiaux,¹³ en se tenant généralement à une interprétation rigidement littérale du Règlement¹⁴ et en faisant une application au compte-gouttes des clauses discrétionnaires.¹⁵

Les impacts de cette pratique restrictive ont été multiples : d'abord et principalement un coût humain élevé pour les personnes concernées, aggravant les traumatismes subis, aiguissant le sentiment d'injustice et réduisant les perspec-

for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, SEC (2008) 2962 final du 3.12.2008, § 2.2.6 ; Jesuit Refugee Service Europe (JRS), *Protection Interrupted* (2013), § 6.5.

⁸ Arrêt de l'Asylgerichtshof [autrichien] du 24.9.2010, S5 317.551-2/2010/2E.

⁹ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Dublin II Regulation – Lives on Hold* (2013), 38.

¹⁰ ECRE, *supra* (note 9), 34 *in fine*.

¹¹ Voir les faits de l'affaire *K c. Bundesasylamt* : CJUE, *K*, C-245/11, EU:C:2012:685, points 13 ss.

¹² Commission Document accompanying the Proposal for a regulation, SEC (2008) 2962, *supra* (note 7), 21. Pour une analyse approfondie de ces lacunes, voir FRANCESCO MAIANI, *L'unité familiale et le système de Dublin* (2006), chapitre VI section B ; voir aussi *infra*, II.3.

¹³ Voir Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, COM (2007) 299 final du 6.6.2007, 6 ; ECRE, *supra* (note 9), 7 (Executive Summary) et § 9.3.1, ainsi que les exemples fournis dans l'encadré à la p. 32 et dans le texte de la p. 35.

¹⁴ ECRE, *supra* (note 9), 6. Ce rapport fournit aussi quelques illustrations d'interprétations indûment restrictives, p. ex. à la p. 50.

¹⁵ Commission Document accompanying the Proposal for a regulation, SEC (2008) 2962, *supra* (note 7), 21 ; ECRE, *supra* (note 9), 45 ss et 49 ss.

tives d'une intégration réussie en cas d'obtention d'un statut de protection ;¹⁶ en conséquence, une résistance diffuse qui a aggravé encore l'inefficacité du système de Dublin et du système d'asile dans son ensemble, poussant de nombreux réfugiés à la clandestinité – échec ultime d'une politique d'asile digne de ce nom ;¹⁷ enfin, le recours accru à la détention et aux renvois sous escorte, accroissant encore les coûts humains et financiers du système,¹⁸ le contribuable devant par ailleurs supporter des coûts d'accueil qui auraient pu être pris en charge par la famille et les proches des demandeurs.¹⁹

L'un des enjeux principaux de la refonte du Règlement, entamée en 2008 et aboutie en 2013, était précisément d'améliorer cet état des choses en renforçant la protection de la famille.²⁰ Le texte, analysé ci-après dans le chapitre II, comporte effectivement quelques améliorations. Le législateur n'a toutefois pas eu le courage de placer le système sur des bases nouvelles, optant plutôt pour des retouches ponctuelles. De ce fait, de très nombreuses lacunes subsistent. Les négociations acharnées autour de chaque amendement ont par ailleurs laissé une trace évidente dans le texte, qui atteint par endroits des nouveaux sommets d'incohérence. Et pourtant, le nouveau Règlement intègre à ce dispositif vieilli et rabiboché une échelle de valeurs, une téléologie et une structure procédurale nouvelles – le « vin nouveau » du titre de cette contribution. La thèse qui sera défendue ci-après (chapitre III) est que ces changements, loin d'être purement rhétoriques, appellent impérativement une pratique d'application nouvelle, centrée cette fois sur l'esprit de la loi plus que sur sa lettre imparfaite, garantissant le plein respect des droits fondamentaux, et tenant pleinement compte des considérations humanitaires qui ont été trop souvent ignorées sous le Règlement Dublin II.

¹⁶ JRS, *supra* (note 7), 50 ; ELSPEETH GUILD ET AL., *New approaches, alternative avenues and means of access to asylum procedures for persons seeking international protection* (2014), Etude PE 509.989, § 2.6.

¹⁷ Commission Document accompanying the Proposal for a regulation, SEC (2008) 2962, *supra* (note 7), 20; JRS, *supra* (note 7), 56 *in fine*.

¹⁸ Sur le recours routinier à des mesures coercitives, voir ECRE, *supra* (note 9), 8 et 82 ss ; sur le coût élevé de ces mesures, voir EIKO THIELEMANN ET AL., *What system of burden sharing between Member States for the Reception of Asylum Seekers* (2010), Etude PE 419.620, 18 s. ; ELSPEETH GUILD ET AL., *supra* (note 16), § 1.2.1.2.

¹⁹ Pour une remarque similaire, voir GREGOR NOLL, *Risky Games ? A Theoretical Approach to Burden-Sharing in the Asylum Field*, JRS 2003, 237 ss, 244 : «[T]he presence of family members or the existence of transnational networks in a specific country can play a crucial role in the protection seeker's prospects for integration. Where a sharing scheme denies the protection seeker access to this advantage, it may augment the total cost of protection in the group of receiving states ».

²⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), COM (2008) 820 final du 3.12.2008, 6 et 8 s.

II. La lettre de la loi : le nouveau dispositif de protection de l'unité familiale

1. Le choix de continuité du législateur

L'approche suivie dans le processus qui a mené à l'adoption du Règlement Dublin III a été de « confirmer les principes sur lesquels repos[ait] le Règlement [Dublin II], tout en apportant les améliorations nécessaires [...] à l'efficacité du système [...] et à la protection octroyée aux demandeurs [de protection internationale] au titre dudit système ».

La décision de reconduire le système, prise sans le moindre débat nonobstant ses dysfonctionnements manifestes,²¹ a placé d'emblée le processus de refonte dans une logique d'amendement ponctuel plutôt que de révision fondamentale. Dans sa structure, le nouveau dispositif de protection de l'unité familiale ressemble ainsi de très près à l'ancien.

A des fins d'analyse, on peut identifier trois « blocs » de règles :

- Le premier bloc est constitué par les critères de responsabilité des art. 8-11 RDIII, qui correspondent largement aux anciens art. 6-8 et 14 RDII, ainsi que par la « clause d'indissociabilité » de l'art. 20 par. 3 RDIII, qui est presque identique à l'ancien art. 4 par. 3 RDII. S'y ajoutent les définitions afférentes à ces clauses : celle de « membres de la famille » (art. 2 let. g), largement inchangée, et celle de « proches » (art. 2 let. h), qui constitue une nouveauté et qui entre en ligne de compte exclusivement lorsque le demandeur est un mineur non accompagné. Le seul véritable changement de structure est l'inclusion d'un nouveau critère obligatoire relatif à certaines situations de dépendance (art. 16 RDIII), résultant de la transformation d'une partie de l'ancienne clause humanitaire (art. 15 par. 2 RDII) ;
- le deuxième bloc de dispositions est constitué par les clauses discrétionnaires, soit la clause de souveraineté et la clause humanitaire (art. 17 RDIII), qui sous réserve de quelques précisions techniques ou procédurales correspondent exactement aux anciennes versions (art. 3 par. 2 et 15 par. 1 RDII) ;
- le troisième bloc est celui des garanties procédurales et c'est la partie du Règlement qui a été le plus profondément réformée.

²¹ Voir, parmi d'autres : ELSPETH GUILD ET AL., *supra* (note 16), § 3.4.1. ; FRANCESCO MAIANI, *The Dublin III Regulation : A New Legal Framework for a More Humane System ?*, in Vincent Chetail/Philippe De Bruycker/Francesco Maiani (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (en cours de parution) ; MIGRATION POLICY INSTITUTE, *Not adding up: the fading promise of Europe's Dublin system* (2015) ; MINOS MOUZOURAKIS, *'We need to Talk about Dublin' – Responsibility under the Dublin System as a blockage to asylum burden-sharing in the European Union*, *Refugee Studies Centre Working Paper Series No. 105* (2014).

C'est sur cette structure de base que le législateur a greffé les « améliorations » – procédurales et matérielles – relatives à la protection de l'unité familiale.

2. Les améliorations apportées au dispositif de protection de l'unité familiale

a. Les améliorations procédurales

Une bonne procédure est une condition nécessaire, quoique non suffisante, pour que la vie familiale des demandeurs soit réellement prise en compte par les autorités : les intéressés doivent être mis en mesure de fournir les éléments d'information pertinents, et les autorités doivent au besoin les rechercher d'office. Les intéressés doivent être aussi mis en condition de représenter activement leur point de vue et de défendre leurs droits, le cas échéant devant une instance de recours.

Tout cela n'était garanti ni par le Règlement Dublin II ni par le droit national de plusieurs Etats membres,²² ce qui a vraisemblablement contribué à la sous-utilisation des critères familiaux et de la clause humanitaire.

Le nouveau Règlement renforce notablement les garanties préexistantes, soit le droit à l'information (art. 4) et le droit de recours contre les décisions de transfert (art. 27). Il en introduit par ailleurs des nouvelles – entretien personnel (art. 5), droit du mineur non accompagné à un représentant qualifié et obligation de traçage des proches de ce dernier (art. 6)²³ – faisant explicitement le lien avec l'exigence d'une protection accrue de la sphère familiale (voir notamment art. 4 par. 1 let. c ; art. 5 et cons. 18 ; art. 6 par. 3).

b. Les améliorations matérielles

Du point de vue matériel, les progrès ont été moins nets. Un élargissement des critères familiaux a bel et bien eu lieu, mais le législateur n'a pas voulu les reformuler selon un nouveau dessein d'ensemble. Il est plutôt intervenu « clause par clause » à partir du texte du Règlement Dublin II, en agissant sur deux des paramètres qui délimitent la portée de chaque critère : le type de liens

²² Voir notamment ECRE, *supra* (note 9), 54 ss.

²³ Une première concrétisation de cette obligation se trouve à l'art. 12 par. 3 ss du Règlement (UE) 1560/2003 de la Commission du 2.9.2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 222, 5.9.2003, 3) tel que modifié par le Règlement d'exécution (UE) n° 118/2014 de la Commission du 30.1.2014 (JO L 39, 30.12.2014, 1).

familiaux pris en considération, d'une part, et les exigences liées au statut de séjour du membre de la famille déjà présent dans l'Union, d'autre part.

Quant au premier aspect, il faut partir du constat que, comme il a été souligné, la définition générale de « membre de la famille » du demandeur (art. 2 let. g) est pratiquement inchangée : elle est limitée à la famille nucléaire au sens le plus étroit, soit le conjoint du demandeur, avec extension possible au partenaire non marié(e) dans une relation stable,²⁴ les enfants mineurs et non mariés²⁵ ainsi que, si le demandeur est un mineur non marié, le père, la mère ou tout autre adulte responsable du demandeur selon le droit et la pratique de l'Etat concerné.

La proposition de la Commission d'élargir cette définition pour y inclure les rapports entre les enfants mariés et leurs parents ou adultes responsables, ainsi que les rapports entre frères et sœurs mineurs, a été rejetée par le Conseil.²⁶ Sorties par la porte, ces avancées – et bien d'autres améliorations proposées par la Commission – ont toutefois été partiellement réintroduites par la fenêtre au fil des négociations : dans le texte final, elles ont en effet été intégrées au libellé même de chaque critère. Il en résulte un cadre très composite :

- Lorsque le demandeur est un mineur non accompagné (MNA), l'art. 8 prévoit le regroupement non seulement avec les « membres de la famille » légalement présents dans l'Union, mais aussi avec les frères et sœurs et les « proches » qui peuvent s'occuper de lui, soit tantes, oncles et grands-parents (art. 2 let. h). Les mineurs mariés sont maintenant inclus dans la définition de MNA de l'art. 2 let. j, mais ne sont toujours pas considérés comme « membres de la famille » de leurs parents ou tuteurs. Il a donc encore fallu ajouter à l'art. 8 que, si leur conjoint ne se trouve pas dans l'Union, l'Etat responsable de leur demande est celui où se trouvent légalement « le[ur] père, l[eur] mère, un autre adulte responsable, des frères ou des sœurs » ;
- l'art. 11 prévoit pour sa part le maintien de l'unité familiale non seulement entre « membres de la famille », comme le faisait l'ancien art. 14 RDII, mais aussi entre frères ou sœurs, à condition qu'ils soient mineurs et non mariés.

Les articles 9 et 10, tout comme la clause d'indissociabilité de l'art. 20, contiennent en revanche d'utiliser la notion de base de « membre de la famille ».

²⁴ Cette extension dépend du droit des étrangers de l'Etat membre concerné, à savoir de la circonstance qu'il « réserve aux couples non mariés un traitement comparable à celui réservé aux couples mariés » (art. 2 let. g RDIII).

²⁵ La seule modification digne de mention apportée à la définition est que l'enfant mineur et non marié est maintenant considéré comme « membre de la famille » de ses parents indépendamment de la question de savoir s'il est « à charge ».

²⁶ Voir la Proposition de règlement, COM (2008) 820, *supra* (note 20), art. 2 let. i, ainsi que le document du Conseil n° 16767/10 du 26.11.2010, art. 2 let. g.

Une avancée importante a toutefois été faite concernant les articles 9 et 10 : sous l'empire du Règlement Dublin II, les demandeurs pouvaient être réunis seulement avec des membres de la famille « réfugiés » ou « demandeurs d'asile », ce qui entraînait un risque de séparation durable, ainsi qu'une disparité de traitement difficile à justifier pour les familles composées d'un demandeur d'asile et d'un bénéficiaire ou demandeur de protection subsidiaire.²⁷ Cette distinction est maintenant abolie, les dispositions se référant à des membres de la famille bénéficiaires ou demandeurs d'un statut de « protection internationale ».²⁸

c. Le nouveau critère de l'art. 16 : une amélioration ?

Le nouveau critère obligatoire de l'article 16, applicable en cas de dépendance « du fait d'une grossesse, d'un enfant nouveau-né, d'une maladie grave, d'un handicap grave ou de la vieillesse », mérite un discours à part.

La Commission avait proposé, en gros, la transformation pure et simple de la clause de l'art. 15 par. 2 RDII en un critère obligatoire, fondé comme celle-ci sur une notion complètement ouverte de la famille mais placé au milieu de la « hiérarchie des critères » du chapitre III.²⁹ L'arrêt *K*, intervenu au mois de novembre 2012 et portant interprétation de l'art. 15 par. 2 RDII, avait entre-temps atteint un résultat très proche « à droit constant ». Il affirmait en effet l'obligation de garder ensemble ou de réunir les « parents » dans une relation de dépendance, par exemple belle-mère et belle-fille, sous réserve seulement de « situations exceptionnelles » que l'on a de la peine à visualiser.³⁰ Or, au fil des mois précédents, le Conseil avait commencé d'abord à délimiter,³¹ puis à restreindre progressivement le champ d'application du nouveau critère obligatoire³² jusqu'à réduire la notion de famille à celle qui figure dans le texte adopté, soit « [l']enfant [du demandeur], [...] ses frères ou sœurs, [...] son père ou sa mère résidant légalement dans un Etat membre ». Pour vaincre les dernières résistances des délégations opposées au principe même de l'introduction d'un

²⁷ Le problème concernait en pratique, surtout, les bénéficiaires d'un statut de protection : voir Rapport de la Commission, COM (2007) 299, *supra* (note 13) ; MAIANI, *supra* (note 12), notamment 290, § 153, et 308, § 187.

²⁸ Cet élargissement soulève des questions d'interprétation particulières pour les pays qui participent au système de Dublin sans harmoniser leur droit d'asile aux standards de l'Union, et qui ne connaissent donc pas nécessairement le concept de protection subsidiaire. Voir la remarque à cet égard dans la contribution de JEAN-PIERRE MONNET dans ce volume.

²⁹ Proposition de règlement, COM (2008) 820, *supra* (note 20), art. 11. Cette disposition utilisait la notion générique de « parent ».

³⁰ CJUE, *K*, C-245/11, EU:C:2012:685, points 41-43 et 46.

³¹ Voir le document du Conseil n° 14950/10 du 15.10.2010.

³² Voir, à titre d'exemple, le document du Conseil n° 6919/12 du 29.2.2012, art. 2 let. gb et art. 11.

nouveau critère obligatoire, la clause avait en outre été sortie du Chapitre III et placée dans le même chapitre des clauses discrétionnaires. La motivation vaguement surréaliste de ce déplacement – « in order to counter abuse and by way of compromise [...] leaving [the] substance [of the new criterion] intact » –³³ laisse entendre qu'à ce stade des délibérations, l'impératif de « boucler le compromis » primait désormais sur toute considération tenant à la qualité, voire à la cohérence des choix rédactionnels effectués. Quoi qu'il en soit, le résultat final est une bizarre disposition, libellée de manière non impérative comme l'était l'ancien art. 15 par. 2 RDII,³⁴ sortie de la liste des critères obligatoires, et pourtant revêtant sans équivoque la nature d'un critère obligatoire³⁵ et primant les autres critères du chapitre III.³⁶

Mais la particularité saillante de l'art. 16 est qu'il repose désormais sur une définition de famille qui n'est pas seulement moins large que celle de l'ancien art. 15 par. 2 RDII, mais qui est à proprement dire amputée. Cette définition inclut en effet la sœur et le frère, mais exclut le conjoint sans que les travaux préparatoires ne fournissent le moindre indice permettant de comprendre ce choix pour le moins singulier.³⁷ Par ailleurs, l'applicabilité de l'art. 16 est soumise à une condition de « résidence légale » du parent du demandeur qui n'est nulle part définie dans le Règlement, mais qui risque d'être interprétée comme étant plus rigoureuse, par exemple, que celle de « présence légale » de l'art. 8, et de contrarier ainsi la finalité humanitaire de l'art. 16.³⁸

Dans ces conditions, on ne saurait parler d'une amélioration par rapport à l'ancien art. 15 par. 2 RDII tel qu'interprété par la jurisprudence *K*. Tout au plus la question se pose de savoir si c'est une régression – le Règlement ne contenant plus du tout d'obligation de réunir conjoints ou famille élargie en cas de dépendance – ou un *statu quo* – la substance perdue de l'ancien art. 15

³³ Document du Conseil n° 8237/12 du 3.4.2012, note 67.

³⁴ Selon l'art. 16 RDIII, en cas de dépendance, les Etats membres « laissent généralement ensemble ou rapprochent » les personnes concernées. L'art. 15 par. 2 RDII utilisait l'expression « laissent normalement ensemble ou rapprochent ».

³⁵ Voir le préambule du Règlement Dublin III, cons. 16.

³⁶ On ne saurait en effet considérer que puisque le critère de l'art. 16 suit tous les autres, il leur est hiérarchiquement subordonné. D'une part, la règle de l'art. 7 par. 1 s'applique aux seuls critères du Chapitre III. D'autre part, si les autres critères devaient primer, l'art. 16 serait privé de toute portée propre : la fonction propre de l'art. 16 est en effet de corriger l'application de tous les autres critères, la coordination entre critères familiaux – en cas de conflit – étant explicitement remise à la volonté des intéressés.

³⁷ Le thème de la délimitation de la notion de famille est introduit par le document du Conseil n° 14950/10, du 15.10.2010, et la version immédiatement successive du Règlement exclut le conjoint de la notion de famille : document n° 15757/10, du 10.11.2010, art. 11. Le choix est jugé surprenant également par CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, *Dublin III-Verordnung – Das Europäische Asylzuständigkeitssystem* (2014), 151, § K1.

³⁸ Voir toutefois l'arrêt du TAF E-4303/2014 du 12.11.2014.

par. 2 RDII devant être récupérée par voie d'interprétation ou au moyen des clauses discrétionnaires de l'art. 17.³⁹

3. Les limitations du dispositif de protection de l'unité familiale

Comme il vient d'être expliqué, les innovations du Règlement constituent toutes, sous réserve du seul art. 16, des progrès. Malheureusement, elles laissent subsister l'essentiel des problèmes constatés sous l'empire du Règlement Dublin II et elles en créent paradoxalement de nouveaux.

a. Les lacunes héritées

Parmi les problèmes non résolus, il y a d'abord celui de la preuve des rapports familiaux. Ni le Règlement Dublin III ni la nouvelle de 2014 du Règlement d'exécution⁴⁰ n'ont touché à cet aspect.⁴¹ Or, comme il a été rappelé précédemment, les exigences excessives imposées par plusieurs Etats membres en la matière, ainsi que leur refus persistant d'accorder aux déclarations des intéressés la valeur qui doit leur revenir selon les règles applicables,⁴² ont été l'une des causes principales de l'échec des clauses familiales sous le Règlement Dublin II.⁴³ Comme l'a relevé la Commission elle-même, ces pratiques n'étaient pas en ligne avec l'ancien Règlement.⁴⁴ On pourrait donc soutenir qu'il s'agissait plus de faire respecter les règles que de les réformer. Il demeure qu'un signal rédactionnel aurait été le bienvenu, et il faut maintenant espérer que la Commission surveille plus strictement la bonne application des dispositions pertinentes ou, si le problème persiste, se décide à leur apporter les précisions nécessaires conformément à l'art. 22 par. 3 RDIII.

Quant aux critères, leur portée demeure limitée pour trois raisons principales.

D'abord, sous réserve d'exceptions, les critères incorporent toujours des définitions restreintes de la famille et des conditions strictes relatives au statut de séjour. Restent exclus, en principe, le regroupement du demandeur avec la famille élargie ainsi qu'avec les membres de la famille – même nucléaire – dotés d'un statut « ordinaire » de séjour.⁴⁵ Il en résulte une protection lacunaire ainsi

³⁹ Cf. *infra* III.3. Voir aussi FILZWIESER/SPRUNG, qui n'abordent toutefois pas explicitement le problème du sort de la jurisprudence *K* (*supra*, note 37, *loc. cit.* et 165, § K23).

⁴⁰ Règlement d'exécution (UE) n° 118/2014, *supra* (note 23).

⁴¹ Sous réserve de la seule précision apportée par l'art. 7 par. 3, examinée ci-après.

⁴² Voir Règlement n° 1560/2003, *supra* (note 23), Annexe II, Liste B.

⁴³ Cf. *supra* I.

⁴⁴ Voir Rapport de la Commission COM (2007) 299, *supra* (note 13), 8.

⁴⁵ Les art. 8 et 16 constituent des exceptions à ces égards.

que de curieuses asymétries. Par exemple, le demandeur MNA sera en principe réuni avec la mère régulièrement présente dans l'UE quel que soit son statut de séjour (art. 8), mais à positions inversées – et à besoins de protection constants – le regroupement sera garanti seulement si le MNA a obtenu un statut de protection (art. 9) ou s'il est en procédure d'asile sans avoir reçu une première décision au fond (art. 10) au moment où la mère dépose sa première demande.⁴⁶

Le moment du dépôt de la demande – c'est la deuxième limitation-clé héritée du passé – demeure en effet décisif : selon le « principe de pétrification » (*Versteinerungsprinzip*) de l'art. 7 par. 2 RDIII,⁴⁷ les critères s'appliquent « sur la base de la situation qui existait au moment où le demandeur a introduit sa demande de protection pour la première fois auprès d'un Etat membre ». La Commission avait proposé que pour les critères familiaux ce soit la date de la dernière demande présentée qui soit déterminante, de manière à ce que ces critères soient appliqués plus largement.⁴⁸ Cet assouplissement a toutefois été rejeté par le Parlement européen par crainte qu'il n'incite les demandeurs à présenter plusieurs demandes successives.⁴⁹ En lieu et place, l'art. 7 par. 3 RDIII se borne à préciser que pour l'application de certains critères familiaux⁵⁰ même des éléments de preuve postérieurs à la demande doivent être pris en compte. Le principe de pétrification est donc intouché. Or, s'il est vrai qu'il faut une règle identifiant l'état de fait déterminant et qu'il est souhaitable qu'elle n'encourage pas des comportements abusifs, il demeure que la règle très tranchée de l'art. 7 finit par attribuer au « facteur temps » – voire au hasard – une importance qui peut s'avérer absolument disproportionnée dans l'application des critères, faisant primer des purs accidents⁵¹ sur la réalité des rapports familiaux dans la détermination de l'Etat responsable.⁵²

La troisième limitation-clé des critères est liée à un aspect géographique et temporel : selon la définition de l'art. 2 let. g, la qualité de « membre de la famille » suppose que le lien familial ait existé « dans le pays d'origine » (ci-après « condition de préexistence »). Cette condition est taillée sur des situa-

⁴⁶ Voir à titre d'exemple l'affaire allemande documentée dans ECRE, *supra* (note 9), 34 *in fine*. Cette asymétrie subsistait également sous le Règlement Dublin II : voir MAIANI, *supra* (note 12), 183 § 92.

⁴⁷ Cette terminologie est reprise de FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 115 ; voir également ATAF 2013/24, consid. 4.3.1.

⁴⁸ Proposition de règlement, COM (2008) 820, *supra* (note 20), art. 7 par. 3.

⁴⁹ Voir le Rapport de la Commission libertés civiles, justice et affaires intérieures du Parlement européen A6-0284/2009 du 29.4.2009, amendement 20.

⁵⁰ A propos de l'étrange exclusion de certains critères du champ d'application de la disposition, cf. *infra* II.3.b.

⁵¹ P. ex., la rapidité ou la lenteur des autorités qui examinent la demande de protection du membre de la famille : cf. art. 9 et 10, en lien avec l'art. 7 par. 2.

⁵² Voir à titre d'exemple ATAF 2013/24, où le TAF corrige l'application du principe de pétrification en faisant recours à l'art. 8 CEDH.

tions où tous les membres de la même famille sont ressortissants du même pays et s'y trouvaient lorsque le lien familial s'est formé par mariage, concubinage, naissance ou adoption. Dès qu'on sort du moule de cette prétendue normalité, l'art. 2 let. g produit des résultats imprévisibles. Premièrement, en partant du principe que « pays d'origine » est synonyme de « pays de nationalité », ⁵³ il faut se demander quel est « le » pays d'origine déterminant en présence d'une famille multinationale. Une interprétation restrictive, par exemple l'interprétation selon laquelle seul le pays d'origine du demandeur entre en considération, est capable de produire des conséquences indésirables. ⁵⁴ Deuxièmement, la condition de préexistence tend à exclure en bloc du champ d'application des critères familiaux ⁵⁵ les rapports familiaux formés « en transit » – que l'on pense par exemple aux nombreux enfants nés dans des camps de transit pour réfugiés et portant la nationalité de leurs parents. ⁵⁶ Dans de telles situations, la condition de préexistence produit, si appliquée de manière rigide, des résultats proprement absurdes. Prenons par exemple l'art. 20 par. 3 : la même mère et le même enfant seront inséparables si l'enfant est né dans le « pays d'origine » ou, en vertu de l'extension expresse de l'art. 20 lui-même, dans un Etat membre, mais non si l'enfant est né dans un pays tiers. Sans aller aussi loin, et pour en rester à des pratiques attestées, sous l'empire du Règlement Dublin II des enfants ont été séparés de leurs frères majeurs au motif que ces derniers étaient certes devenus les seuls adultes pouvant s'en occuper, mais n'avaient pas revêtu cette qualité dans le pays d'origine. ⁵⁷

Au-delà des conséquences constatées ou imaginables de la condition de préexistence, il y a lieu de se demander si la distinction qu'elle opère est justifiée. De toute évidence, il n'existe aucune raison de considérer que les liens fami-

⁵³ Tel est normalement le sens de l'expression en droit UE : voir à titre d'exemple l'art. 79 TFUE, le Protocole (n° 24) annexé aux traités ainsi que l'art. 2 let. f de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13.12.2011 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 (JO L 337, 20.12.2011, 9). Voir également l'arrêt CJUE, *H.I.D. et B.A.*, C-175/11, EU:C:2013:45, point 71.

⁵⁴ On peut imaginer l'hypothèse d'un demandeur, originaire du pays A, qui se marie dans le pays voisin B avec une ressortissante de ce pays. Par la suite, les deux sont contraints à la fuite, et au moment où le mari demande l'asile dans un Etat membre, la demande de la femme est en traitement dans un autre. Si l'on interprète l'art. 2 dans le sens que l'on a dit, l'art. 10 sera inapplicable en l'espèce, alors qu'il aurait été applicable si le mariage avait été célébré dans le pays A, voire si le mari avait demandé l'asile en premier, puisque dans ce cas le lien aurait bel et bien « existé » dans le pays d'origine du demandeur aux yeux des autorités chargées de la détermination de l'Etat responsable pour la demande de la femme.

⁵⁵ Avec la seule exception de l'art. 9 RDIII.

⁵⁶ Voir à titre d'exemple la page « Birth registration efforts aim to protect rights of newborns on the Tunisia-Libya border », disponible sur le site [unicef.org](http://www.unicef.org).

⁵⁷ ECRE, *supra* (note 9), § 4.3.1.

liaux formés hors du pays d'origine soient intrinsèquement moins dignes de protection. Le but de la condition est, vraisemblablement, encore une fois la prévention des abus – soit, notamment, empêcher que des liens familiaux ne soient formés pour manipuler la détermination de l'Etat responsable.⁵⁸ Mais dans cette optique, l'exclusion en bloc des liens formés hors du « pays d'origine » va nettement au-delà du nécessaire et fait, par ailleurs, largement double emploi avec le principe de pétrification.

Par le jeu des trois limitations qui viennent d'être examinées, les critères demeurent radicalement inadéquats par rapport à la réalité multiforme et sensible qu'ils prétendent régir. Ils sont trop restrictifs pour fournir une protection large, on n'ose pas dire complète, aux familles ; cela est évident. Mais ils sont aussi trop grossièrement taillés pour pouvoir distinguer avec précision les cas « dignes de protection » des autres, et trop rigides pour ne pas dérailler au moindre accident de parcours (naissance ou mariage au mauvais endroit, dépôt de la demande au mauvais moment, dépendance du « mauvais » membre de la famille, etc.).

b. De nouvelles incohérences

Le bricolage définitoire auquel s'est livré le législateur a fait progressivement perdre au texte la cohérence qu'il avait à l'origine. Le Règlement contient désormais une définition « explosée » de la famille, ou si on préfère le dire ainsi, sept définitions différentes pour sept dispositions. Pour rappel :

- L'art. 8 ajoute à la définition de base de « membre de la famille », les frères et sœurs, le père, la mère ou un autre adulte responsable d'un mineur marié, ainsi que les « proches » de l'art. 2 let. h ;
- l'art. 9 se réfère à la définition de « membre de la famille », sans distinction toutefois selon que la famille a été préalablement formée dans le pays d'origine ou non ;
- l'art. 10 est la seule disposition à appliquer la définition de « membre de la famille » de l'art. 2 let. g telle quelle ;
- l'art. 11 ajoute aux « membres de la famille » les frères et sœurs, à condition qu'ils soient mineurs et non mariés ;
- l'art. 16 énumère enfant, frères et sœurs, père et mère ;
- l'art. 17 se réfère à la notion ouverte de « tout parent » ;⁵⁹
- l'art. 20 par. 3 couvre les rapports entre mineur et adulte à condition que la définition de « membre de la famille » soit applicable, ou que l'enfant soit né après l'arrivée du demandeur sur le territoire des Etats membres.

⁵⁸ FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 89, § K26.

⁵⁹ CJUE, K, C-245/11, EU:C:2012:685, points 38 ss.

Certaines de ces définitions sont problématiques en elles-mêmes. L'exclusion du conjoint de la définition de l'art. 16 a déjà été évoquée : les travaux préparatoires ne permettent pas de savoir pourquoi elle a été effectuée⁶⁰ et il est très difficile de comprendre au nom de quelle conception de la famille une femme enceinte ou gravement malade ne doit pas être réunie avec son mari « résidant légalement » dans l'Union, alors qu'elle peut l'être avec sa sœur ou son frère.

D'autres dispositions posent problème une fois qu'on les rapproche les unes des autres. Par exemple, un mineur marié et non accompagné doit être réuni avec ses parents sous l'art. 8, mais il ne bénéficie pas de l'art. 20 par. 3 lorsqu'il est accompagné par son parent,⁶¹ alors que le but de cette disposition est précisément d'éviter que des mineurs « accompagnés » deviennent des mineurs non accompagnés.⁶²

Par ailleurs, au fil des ajouts « clause par clause » effectués par le législateur, celui-ci a manifestement perdu de vue ses propres définitions et leurs implications. Ainsi, il a maintenu la condition de préexistence pour les « membres de la famille » – soit pour la famille nucléaire – sans l'imposer pour les autres rapports familiaux visés aux art. 8 et 11 (voir *a contrario* l'art. 16). Si donc on prend l'art. 8, le résultat d'une interprétation littérale est que les conditions sont plus strictes pour réunir un enfant mineur avec sa mère qu'avec sa tante. Ou encore : qu'elles sont plus strictes pour réunir un enfant non marié avec sa mère plutôt qu'un enfant marié. Il est difficile de penser que le législateur ait voulu de tels résultats et l'explication la plus plausible est celle d'une erreur rédactionnelle.

Cette hypothèse est corroborée par le fait que la rédaction du Règlement laisse, plus généralement, beaucoup à désirer. La formulation de l'art. 7 par. 3 fournit un bon exemple. Comme il a été dit, cette disposition précise les règles applicables en matière de preuve des rapports familiaux en vue de l'application des « articles 8, 10 et 16 ». ⁶³ L'omission de l'art. 9 de cette énumération est probablement due à une erreur de rédaction. Comme il a été dit, l'art. 7 par. 3 tel que proposé par la Commission était une véritable exception au principe de pétrification. Dans sa version originale, il était applicable à tous les critères familiaux sans exception.⁶⁴ Le Conseil a toutefois exclu l'art. 9 à un stade précoce des travaux, vraisemblablement pour prévenir tout risque d'abus.⁶⁵ En effet, comme il a été rappelé, l'art. 9 comporte une exception à la condition de préexistence. Il s'agissait donc d'éviter qu'un mariage conclu après la présen-

⁶⁰ Cf. *supra* note 37.

⁶¹ Le mineur marié ne relève en effet pas de la notion de « membre de la famille » : cf. *supra* II.2.b.

⁶² Notion qui, comme il a déjà été relevé, inclut désormais le mineur marié : cf. *supra* II.2.b.

⁶³ Pour l'analyse de la règle, voir ci-dessus II.3.a.

⁶⁴ Proposition de règlement, COM (2008) 820, *supra* (note 20), art. 7 par. 3.

⁶⁵ Voir les documents du Conseil 12364/09 du 27.7.09, p. 17-19, et 12328/09, du 29.7.09, art. 7 par. 3.

tation de la première demande d'asile ne puisse affecter le choix de l'Etat responsable. Or, lorsque l'art. 7 par. 3 a été reformulé pour devenir une précision marginale en matière de preuve, les rédacteurs ont repris la liste telle quelle sans réfléchir au fait que l'exclusion de l'art. 9 n'avait plus de sens ni de justification.⁶⁶

Quelle que soit leur portée pratique, ces imperfections rédactionnelles méritent d'être soulignées. Le message que l'on peut en tirer est en effet important : on ne saurait présumer que chaque virgule du Règlement constitue l'expression fidèle et sûre de la volonté du législateur et on ne saurait donc s'en tenir à une interprétation strictement littérale ; surtout pas dans de nombreux cas de figure où une telle interprétation est susceptible de mener à un résultat absurde ou insoutenable.

Cela d'autant plus que, comme nous le verrons ci-après, le législateur lui-même a exprimé sans ambiguïté l'intention que le texte soit interprété et appliqué à la lumière de tout un système de valeurs et principes lui donnant un éclairage très différent.

III. L'esprit de la loi : de nouvelles valeurs pour une nouvelle pratique

1. Les valeurs et objectifs du Règlement Dublin III

Selon une jurisprudence constante, pour interpréter une disposition du droit de l'Union, il faut tenir compte « non seulement de [ses] termes, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie ». ⁶⁷ Quel est donc le contexte des dispositions que nous avons examinées et quels sont les objectifs du Règlement en matière familiale ?

a. Le contexte historique et le poids de la tradition

En répondant à cette question, il faut d'abord s'interroger sur la valeur, pour l'interprète, de toute une série de considérations politiques qui entourent le système de Dublin depuis sa genèse et qui ont été « importées » dans le nouveau Règlement conformément à l'approche décrite au considérant 9.⁶⁸ La source première des conflits entre le système de Dublin et l'unité familiale sont en effet ce qu'on pourrait appeler les principes structurels qui ont été « confirmés » et reconduits en 2013 :

⁶⁶ Voir le document du Conseil 17167/09, du 16.12.09, art. 7 par. 3.

⁶⁷ *Ex pluribus* CJUE, *Utopia*, C-40/14, EU:C:2014:2389, point 27.

⁶⁸ Cf. *supra* II.1.

- *Primo* : contrairement aux recommandations émises en son temps par le Comité exécutif du HCR, le système de Dublin est spécifiquement conçu pour que l'Etat responsable soit déterminé sans tenir compte des « intentions de l'intéressé touchant le pays où il souhaite demander l'asile ». ⁶⁹ Les critères de responsabilité sont en effet des critères « objectifs » (cons. 5) précisément dans le sens où ils font abstraction des préférences « subjectives » de chaque demandeur. ⁷⁰ En effet, même si cela n'est pas affirmé explicitement dans les bases légales du système, le système de Dublin a été conçu pour nier aux demandeurs le choix de leur pays d'asile parmi ceux qui allaient participer à l'établissement d'un espace sans frontières ; ⁷¹
- *secundo* : toujours contrairement aux recommandations émises en son temps par le Comité exécutif du HCR, ⁷² les critères sur lesquels repose le système de Dublin ont peu à voir avec les « liens » ou « rapports étroits » que chaque demandeur pourrait éventuellement avoir avec l'un ou l'autre Etat membre, et beaucoup à voir avec les finalités politiques liées à l'établissement dudit espace sans frontières intérieures, avec un fort accent sur des contrôles efficaces aux frontières extérieures. ⁷³ Selon les propres mots de la Commission européenne : « la responsabilité de l'examen d'une demande de protection internationale incombe en premier lieu à l'Etat membre qui a joué le rôle principal dans l'entrée ou le séjour du demandeur sur le territoire des États membres, sauf exceptions destinées à protéger l'unité familiale ». ⁷⁴

D'autres considérations se sont greffées sur ces deux premières : la volonté de prévenir tout « abus » des critères fixés dans le Règlement permettant au demandeur de se réapproprier le choix du pays responsable ; la préoccupation que des critères familiaux trop larges n'incitent des migrants à déposer des demandes d'asile dans le seul but de « bénéficier » du Règlement pour con-

⁶⁹ Conclusions du Comité exécutif du HCR ComEx n° 15 (XXX) 1979, Réfugiés sans pays d'asile, point h-iii.

⁷⁰ Le fait que l'applicabilité des critères fondés sur les liens familiaux soit soumise au consentement des intéressés, en soi positif, n'est pas de nature à remettre en discussion cette constatation.

⁷¹ JOLY, Le droit d'asile dans la CEE, IJRL 1989, 366 ss, 370. Voir aussi les considérations développées par le *Asylgerichtshof* autrichien, qui pousse son raisonnement jusqu'à confondre deux choses très différentes, soit le droit de choisir sa propre destination et le droit à ce que ce choix soit opéré conformément aux critères objectifs posés par le Règlement : CJUE, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:813, points 38 et 40.

⁷² ComEx n° 15 (XXX) 1979, *supra* (note 69), point h-iv.

⁷³ A cet égard, voir ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, Sans solidarité point d'Union européenne, RTDE 2012, 295 ss, 316 s.

⁷⁴ Proposition de règlement, COM (2008) 820, *supra* (note 20), 6.

tourner les conditions posées par le droit ordinaire de l'immigration en matière de regroupement familial.⁷⁵

Très présentes dans les débats du Conseil, ces différentes considérations expliquent largement les restrictions et limitations apportées aux critères familiaux. Le caractère lacunaire de ces derniers a, par ailleurs, toujours été connu du législateur, qui a inséré les clauses discrétionnaires dans le schéma du système de Dublin « precisely to avoid situations where family members not strictly corresponding to the definitions [...] would be separated due to strict application of the Dublin criteria ».⁷⁶

Nonobstant cela, le dispositif Dublin II a généralement été appliqué de manière stricte, avec une méfiance systématique envers les demandeurs et une attention presque pathologique aux « abus » qu'ils pourraient commettre, suivant par ailleurs une conception de l'« efficacité » tendant parfois à l'expéditif.⁷⁷ Comme les travaux préparatoires du Règlement Dublin III le laissent entrevoir, plusieurs délégations ont manifesté la même vision des choses pendant le processus de refonte, ce qui a laissé dans le texte les traces que l'on a vues.⁷⁸

Est-ce là l'esprit à la lumière duquel il convient d'interpréter le texte maintenant en vigueur ? Une application correcte des méthodes d'interprétation admises en droit de l'Union mène à une réponse négative.

Il convient de rappeler que les déclarations de nature politique qui ne trouvent pas expression dans le texte d'un acte juridique de l'Union ne sont, en principe, pas pertinentes pour son interprétation.⁷⁹ Les travaux préparatoires peuvent certes être pris en compte, mais ils jouent (encore) un rôle subordonné.⁸⁰ Le préambule, en revanche, revêt une importance centrale.⁸¹

⁷⁵ Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM (2001) 447 final du 26.7.2001, 5.

⁷⁶ Commission Staff Working Document accompanying the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC (2007) 742 du 6.6.2007, § 3.2.3.

⁷⁷ Le meilleur exemple de cette tendance est constitué par la pratique de l'ancien Office fédéral des migrations, corrigée par l'arrêt ATAF 2010/1. Malheureusement, cette même tendance s'observe dans certains arrêts de la Cour de justice : voir le raisonnement, simpliste à l'extrême, développé dans CJUE, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:813, points 51 à 60. Sur la transposabilité de ce raisonnement au Règlement Dublin III, cf. ci-dessous III.1.b.

⁷⁸ Cf. *supra* II.2.c, II.3.a. et II.3.b.

⁷⁹ *Ex pluribus* CJUE, *Leno Merken BV*, C-149/11, EU:C:2012:816, point 46.

⁸⁰ CJUE, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11P, EU:C:2013:625, point 50 ss ; KOEN LE NAERTS/JOSÉ GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, *Academy of European Law Distinguished Lectures AEL* 2013/9, 19 ss.

⁸¹ Selon une jurisprudence constante, en effet, « le dispositif d'un acte de l'Union est indissociable de sa motivation et doit être interprété, si besoin est, en tenant compte des motifs

Or, le préambule du Règlement Dublin III rappelle certes le caractère « objectif » des critères, ainsi que le fait qu'ils traduisent un certain « équilibre » entre les Etats membres (cons. 5 et 25). Il évoque aussi les exigences de célérité sous-tendues au Règlement tout entier (cons. 4 et 5). Mais aucun de ces considérants ne promeut la chasse indiscriminée aux abus réels ou prétendus, le littéralisme primaire dans l'interprétation des critères, le manque d'égard envers les circonstances personnelles des intéressés ou l'emploi de procédures expéditives. Au contraire : ces considérants, en soi plutôt neutres, s'insèrent dans un préambule qui est globalement empreint d'un tout autre esprit.

b. L'esprit du nouveau Règlement

Le considérant 9 énonce le double but de la refonte du système de Dublin : améliorer l'efficacité *et* la protection octroyée aux personnes sujettes à son application.⁸²

Cette affirmation générale se combine avec une série d'autres considérants exprimant l'intention claire d'assurer une protection étendue à la sphère familiale des demandeurs et de leurs proches. Le « respect de la vie familiale » – concept expressément repris de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CFR) – est érigé en « considération primordiale » à prendre en compte dans l'application du Règlement (cons. 14), tout comme l'est plus classiquement l'intérêt supérieur de l'enfant (cons. 13). Dans la même veine, le considérant 17 encourage explicitement l'application des clauses discrétionnaires pour des « motifs humanitaires et de compassion » liés notamment à l'unité familiale – un encouragement adressé surtout aux Etats membres qui ont par le passé utilisé la clause de souveraineté contre les intérêts et la volonté des intéressés.⁸³

Le tout contraste singulièrement avec les affirmations réservées du préambule du Règlement Dublin II et notamment de son considérant 6. Celui-ci affirmait : « Il y a lieu de préserver l'unité des familles dans la mesure où ceci est compatible avec les autres objectifs poursuivis par l'établissement de cri-

qui ont conduit à son adoption » (*ex pluribus* CJUE, *eDate Advertising*, affaires jointes C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685, point 55).

⁸² Malgré ce que l'on pourrait penser, les deux ne sont pas nécessairement en contradiction. Au regard des finalités de base du système – détermination rapide de l'Etat responsable, célérité des procédures d'asile – il n'y a rien de plus efficace et rapide que la décision d'un Etat d'examiner une demande d'asile qui lui a été présentée, même si cela ne relève pas de ses responsabilités, ou de transférer un demandeur avec son accord et sa coopération. Voir *mutatis mutandis* CJUE, *MA*, C-648/11, EU:C:2013:367, points 54 s.

⁸³ Rapport de la Commission, COM (2007) 299, *supra* (note 13), 7 ; ECRE, *supra* (note 9), 46.

tères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ». ⁸⁴

Le renforcement des garanties procédurales complète le cadre des principes et valeurs du Règlement. Les nouvelles dispositions ont déjà été sommairement évoquées⁸⁵ et on n'entrera pas davantage dans les détails ici. Il faut toutefois souligner leur signification pour la lecture globale du système. L'arrêt *Abdullahi* est fondé sur l'idée que le demandeur est l'objet passif d'une procédure qui se joue au-dessus sa tête. Il ne peut donc en contester les résultats que dans une mesure limitée – soit, selon les interprétations possibles de l'arrêt : exclusivement pour faire valoir l'existence d'une « défaillance systématique » dans l'Etat responsable,⁸⁶ ou pour faire valoir ses droits fondamentaux et les dispositions du Règlement tendant spécifiquement à la protection de ses intérêts,⁸⁷ mais en aucun cas pour contester la simple mauvaise application des critères. En tirant argument des marges d'appréciation laissées aux Etats membres, y compris pour s'accorder sur la répartition des responsabilités sans entendre le demandeur, la Cour a notamment affirmé qu'avec le Règlement Dublin II le législateur entendait poser « des règles organisationnelles gouvernant les relations entre les Etats membres ». ⁸⁸ Quelle qu'ait été la validité de cette conclusion sous l'ancien Règlement, elle ne paraît pas tenable sous le nouveau. Même si de nombreux éléments n'ont pas changé,⁸⁹ le nouveau Règlement élève sans ambiguïté le demandeur au rôle de sujet actif de la procédure (art. 4, 5 et 27) et place ses intérêts dans une position bien plus centrale (cons. 13 à 19),⁹⁰ y compris – comme on vient de le voir – au sujet de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires laissés aux Etats membres. Corollaire de cette nouvelle lecture : le demandeur doit jouir du droit plein et entier d'attaquer les décisions Dublin non seulement pour violation des droits fondamentaux,⁹¹ mais également pour mauvaise application du Règlement (voir cons. 19).

⁸⁴ Souligné par l'auteur ; voir aussi la modification du considérant 15. L'ancien texte disait : « Le traitement conjoint des demandes d'asile des membres d'une famille [...] est une mesure permettant d'assurer un examen approfondi des demandes et la cohérence des décisions prises à leur égard » (cons. 7 RDII, 1^e phrase). Le nouveau texte ajoute : « ...et d'éviter que les membres d'une famille soient séparés ». C'est une modification de détail, mais elle illustre bien le changement de perspective du législateur.

⁸⁵ Cf. *supra*, II.2.a. Pour une analyse plus approfondie, voir MAIANI, *supra* (note 21).

⁸⁶ Tel est apparemment le sens littéral de CJUE, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:813, point 60. Cette interprétation placerait l'arrêt directement en contradiction avec l'art. 13 CEDH, qui exige un « recours effectif » pour toute violation alléguée de la Convention (cf. *infra*, III.2).

⁸⁷ Telle est la lecture de l'arrêt à la lumière des conclusions de l'Avocat général : CJUE, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:473, points 44 ss.

⁸⁸ CJUE, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:813, notamment points 56 à 60.

⁸⁹ Parmi les éléments cités par la Cour : clauses discrétionnaires (art. 17), arrangements administratifs (art. 36), procédure inter-étatique de conciliation (art. 37).

⁹⁰ Cf. également *supra* la note 84.

⁹¹ Cf. *infra* III.2.

Il existe naturellement une certaine tension entre la reconduction d'un système structurellement hostile au maintien de l'unité familiale, l'adoption d'un dispositif lacunaire et restrictif, et l'affirmation d'une si forte volonté de protection de cette même unité familiale. Le préambule résout toutefois en partie cette contradiction en soulignant la division des rôles entre législateur et autorités d'application et en adressant à ces dernières le mandat d'aller au-delà d'une application automatique du Règlement : c'est bien dans l'« application » de celui-ci que la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être des « considérations primordiales », et c'est bien aux Etats membres qu'il est suggéré de déroger aux critères de responsabilité « notamment pour des motifs humanitaires et de compassion, afin de permettre le rapprochement de [membres de la famille au sens large] ».

Par ailleurs, le préambule intègre au cadre des objectifs explicites du Règlement le plein respect des droits de l'homme. D'une part, le considérant 32 réserve les obligations internationales qui incombent aux Etats membres, « y compris » en vertu « de la jurisprudence de la [CourEDH] ». D'autre part, le considérant 39 va jusqu'à affirmer que le Règlement non seulement « respecte » les droits fondamentaux, mais « vise à assurer le plein respect » de toute une série de dispositions de la Charte dont l'art. 7, qui correspond à l'art. 8 CEDH.

Si l'on essaie de résumer les indications du préambule, la volonté du législateur est que, au-delà des imperfections et de l'approche restrictive du texte finalement adopté, les autorités d'application assurent au stade de l'application une parfaite compatibilité avec les standards internationaux et européens en matière de droits de l'homme et tiennent dûment compte de la sphère familiale et des raisons « humanitaires et de compassion » déjà évoquées.

2. Les principes de base dérivant de la protection des droits de l'homme

Il convient de développer brièvement les implications qu'ont les standards pertinents en matière de droits de l'homme dans le contexte du système de Dublin. On se concentrera ici sur le droit au respect de la vie familiale de l'art. 8 CEDH et sur les principes connexes.

La « vie familiale » – précisément celle dont le respect doit être, selon le législateur, une « considération primordiale » dans l'application du Règlement – est une notion différente et plus large que celle qui résulte de l'art. 2 let. g RDIII. Son existence est « essentiellement une question de fait qui dépend de la présence, dans la réalité, de liens personnels étroits », ⁹² et pas de circons-

⁹² CourEDH, *K. et T. c. Finlande*, arrêt du 12.7.2001, § 150. Sur la base de ce critère général, la Cour maintient que « [s]i la base de la protection est la famille nucléaire, les parents

tances plus ou moins accidentelles comme le lieu et le moment de formation du lien personnel ou le statut respectif des personnes concernées.⁹³

Dès lors qu'une mesure ou une omission étatique affecte cette « vie familiale » – ce qui peut facilement arriver dans l'application du Règlement – le champ d'application de l'art. 8 CEDH est engagé. Le Tribunal fédéral, il est vrai, conditionne l'invocabilité de l'art. 8 à l'existence d'un « droit de présence assuré » dans le chef d'un membre de la famille.⁹⁴ Il n'appartient toutefois pas à une instance nationale, fût-ce une cour suprême, d'altérer unilatéralement le champ d'application des garanties conventionnelles.⁹⁵ On ne saurait d'ailleurs pas soutenir que la jurisprudence du Tribunal fédéral est en définitive conforme à celle de la Cour dans les résultats, au motif que le test de proportionnalité pencherait systématiquement en faveur de l'Etat lorsqu'aucune des personnes concernées n'a un droit de présence assuré.⁹⁶ D'une part, ceci n'est pas nécessairement vrai comme le démontrent certains jugements de la CourEDH.⁹⁷ D'autre part, un tel argument occulte le fait que la simple applicabilité de l'art. 8 met à la charge des autorités plusieurs obligations juridiques qui sont instrumentales au respect de la vie familiale et qui valent indépendamment des circonstances de l'espèce : l'obligation de prendre dûment en compte les intérêts des personnes concernées, l'obligation de suivre une procédure équitable – dont le respect est *a priori* garanti par le Règlement – et l'obligation de ménager un « juste équilibre » entre les intérêts en présence.⁹⁸

Deux autres obligations accessoires découlent de l'applicabilité de l'art. 8 CEDH :

proches jouant un rôle important à l'intérieur de la famille peuvent [...] également entrer en ligne de compte [...]. Les rapports entre adultes ne bénéficieront toutefois pas nécessairement de la protection de l'article 8 sans que soit démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux [...] » (CourEDH, *L.H. c. Belgique*, décision du 7.5.2013, § 71). Voir également CourEDH, *M.P.E.V. c. Suisse*, arrêt du 8.7.2014, § 31-35.

⁹³ Avec un excès de prudence, la CourEDH a observé qu'« il peut être légitimement soutenu que [la notion de vie familiale] ne se réduit *a priori* pas à celle donnée par l'article 2 du règlement Dublin » (CourEDH, *L.H. c. Belgique*, décision du 7.5.2013, § 73), alors qu'il s'agit d'une évidence.

⁹⁴ Voir l'aperçu de jurisprudence fourni par STEPHANIE MOTZ, *Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen*, ASYL 4/14, 18 ss., 20 s.

⁹⁵ La doctrine du Tribunal fédéral a par ailleurs été soumise à la CourEDH, qui l'a rejetée : CourEDH, *Mengesha Kimfe c. Suisse*, arrêt du 29.7.2010, § 22 et 61 s. Présentée sous une lumière différente, la doctrine du TF a de nouveau été rejetée par la Cour dans *M.P.E.V. c. Suisse*, arrêt du 8.7.2014 (voir notamment § 45 et 58-59).

⁹⁶ Dans ce sens, croit-on comprendre, ANDREAS ZÜND/THOMAS HUGI YAR, *Aufenthaltsbeendeende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens*, EuGRZ 2013, 1 ss, § 32.

⁹⁷ Voir les exemples fournis par MOTZ, *supra* (note 94), 21.

⁹⁸ Pour une analyse de ces obligations générales et de la jurisprudence les fondant, voir MAIANI, *supra* (note 12), 327 § 31 ss.

- La première est celle d'assurer le droit à un recours effectif. En présence d'une décision de transfert, ce droit est en principe assuré par l'art. 27 du Règlement. La décision explicite ou implicite de ne pas transférer un demandeur peut toutefois également constituer une ingérence contre laquelle un recours effectif doit être garanti.⁹⁹ Tel sera, par exemple, le cas où un Etat membre omet d'appliquer un critère familial, parce qu'il se reconnaît (erronément) responsable sur la base d'un critère hiérarchiquement inférieur ou qu'il fait application de la clause de souveraineté ;¹⁰⁰
- la seconde obligation accessoire est celle de respecter le principe de non-discrimination. Aux termes de l'art. 14 CEDH, combiné avec l'art. 8, il ne doit pas y avoir de distinctions de traitement injustifiées dans la jouissance de la vie familiale. La CourEDH a déjà eu l'occasion de constater qu'une distinction dans le régime du regroupement familial fondée sur la condition de préexistence était contraire à l'art. 14 en l'absence d'une justification particulière.¹⁰¹ Or, comme souligné précédemment, le Règlement opère de nombreuses distinctions qui manquent de justification apparente.¹⁰² Pour une mise en œuvre conforme aux droits de l'homme, toutes ces distinctions doivent être soumises à examen critique et, s'il apparaît qu'elles manquent de justification dans une situation donnée, être éliminées.

Loin de dépasser leur mandat, les administrations et juges qui opèrent un tel contrôle remplissent le mandat qui leur est confié explicitement par le législateur européen.¹⁰³ Le texte du Règlement et les méthodes d'interprétation du droit européen mettent à leur disposition les instruments nécessaires.

3. Les instruments de la nouvelle pratique

Dans la pratique d'application du Règlement Dublin II, ce sont les clauses discrétionnaires qui ont joué le rôle de soupape de sécurité permettant une application conforme aux droits de l'homme du système.

⁹⁹ Voir MAIANI, *supra* (note 12), 327-296 § 164, p. 300 § 175, et p. 352 § 87. Voir aussi MEIJERS COMMITTEE, Note on the proposal of the European Commission of 26 June to amend Regulation (EU) 604/2013, du 2.12.2014, 5.

¹⁰⁰ Il convient de noter que dans le premier cas, la mesure ne pourra en principe pas être conforme à l'art. 8 CEDH (absence de base légale) et que dans le deuxième cas on voit mal quel intérêt public pourrait justifier une telle ingérence (pour une argumentation plus développée cf. MAIANI, *supra* note 12, 300s, § 175).

¹⁰¹ CourEDH, *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, arrêt du 6.11.2012.

¹⁰² Cf. *supra* II.2.c, II.3.a et II.3.b.

¹⁰³ Cf. *supra* III.1.b.

Selon une approche bien établie, les autorités nationales ont l'obligation d'appliquer la clause de souveraineté ou la clause humanitaire¹⁰⁴ lorsque l'application stricte du Règlement mènerait à un résultat contraire aux droits fondamentaux ou à des considérations élémentaires d'humanité.¹⁰⁵

La refonte du Règlement Dublin ne donne aucune raison d'abandonner cette approche. Structurellement, l'argument juridique reste pleinement valable, dès lors que le Règlement inclut toujours les clauses discrétionnaires. L'accent que le préambule du nouveau texte met sur le respect des droits fondamentaux et de la sphère familiale incite plutôt à faire un recours accru à ces clauses.

Les affaires mettant directement en cause l'art. 8 CEDH, qui ne peuvent être résolues qu'au cas par cas, constituent le terrain d'élection pour l'application de cette technique. La définition du « juste équilibre » évoqué plus haut dépend, en effet, entièrement des circonstances de chaque espèce.

On peut même concevoir que les clauses soient utilisées de manière systématique pour certaines catégories de cas, ce qui peut réduire la portée de certains dilemmes interprétatifs posés par le Règlement. Il en va ainsi, par exemple, de la question de savoir si l'art. 17 du Règlement doit être appliqué conformément à la jurisprudence *K* dans les cas de dépendance qui ne sont pas explicitement visés par l'art. 16.¹⁰⁶ En effet, dans des cas de dépendance caractérisée, on peut admettre que la décision respectant le « juste équilibre » entre les intérêts en présence sera normalement celle de laisser ensemble ou de rapprocher les membres de la famille, y compris de la famille élargie, pendant la durée de la procédure d'asile.¹⁰⁷

Cela dit, une approche s'appuyant exclusivement sur les clauses discrétionnaires pour la protection efficace de la sphère familiale présente deux limites importantes. D'abord, elle crée un problème de perspective : le risque est fort, en effet, de confirmer indirectement l'idée que l'application stricte du Règlement est la « règle » et que le fait de faire primer les exigences de l'unité familiale relève des « dérogations » à cette règle. De là à l'idée selon laquelle il

¹⁰⁴ La pratique est, à vrai dire, nettement moins développée en ce qui concerne la clause humanitaire, sauf en ce qui concerne des constellations proches de celles de l'affaire *K* (*supra*, note 11). Le contexte procédural de sa mise en œuvre ne justifie toutefois pas que des obligations positives résultant de l'art. 8 CEDH puissent être ignorées en pratique : voir MAIANI, *supra* (note 12), 297 ss. Voir aussi FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 163 s, § K17.

¹⁰⁵ Voir en particulier CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21.1.2011, notamment § 338-340. Voir également la contribution de JEAN-PIERRE MONNET au présent volume, section VII.1. Même la Cour de justice de l'Union, qui n'a guère montré d'enthousiasme pour ce concept, admet que dans certains cas l'application de la clause de souveraineté peut devenir obligatoire : CJUE, *NS e.a.*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, point 108.

¹⁰⁶ Cf. *supra* II.2.c.

¹⁰⁷ Voir aussi FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 152, § K3 et K4 *in fine*, qui sans parvenir explicitement à la même conclusion développent des considérations similaires.

s'agirait d'une exception à admettre restrictivement il n'y a qu'un pas, alors que la volonté expresse du législateur est que la vie familiale soit toujours et en permanence une « considération primordiale » pour les autorités d'application.¹⁰⁸ Ensuite, l'approche décrite ne semble pas entièrement adaptée pour résoudre certains autres problèmes soulevés par le Règlement, notamment le problème des discriminations résultant potentiellement de son application, qui appellent généralement des « corrections » allant au-delà du cas d'espèce. Elle ne permet en tout cas pas d'appliquer le dispositif du Règlement dans l'esprit de son préambule avec une prévisibilité digne d'un Etat de droit.

Pour cela il faut que, en sus des clauses discrétionnaires, soient mobilisées également des méthodes herméneutiques qui sont généralement admises, mais qui, à la connaissance de l'auteur, n'ont pas souvent été prises en considération pour l'interprétation du Règlement.

La première est l'application analogique des critères de responsabilité fondés sur les liens familiaux. En droit de l'Union, l'application par analogie est exclue seulement pour les dispositions d'application stricte, soit les dispositions pénales, transitoires et exceptionnelles.¹⁰⁹ Les critères familiaux ne relèvent manifestement pas des deux premières catégories de dispositions et, même s'ils ont été politiquement étiquetés comme des « exceptions » au principe de la responsabilité pour l'entrée dans le territoire de l'Union,¹¹⁰ ils ne revêtent pas la nature de dispositions exceptionnelles au sens technique : rien dans le Règlement ne permet de l'affirmer et, contrairement aux dispositions exceptionnelles dont le propre est de déroger aux finalités de l'acte dans lequel elles s'insèrent, les critères familiaux contribuent à la réalisation des finalités du Règlement telles qu'exprimées, notamment, au considérant 39.¹¹¹

Or même pour les dispositions « ordinaires », l'application analogique est admise avec prudence en droit de l'Union. La jurisprudence s'est surtout penchée sur la question de savoir si un acte juridique peut être appliqué à des sujets ou opérations exclus de son champ d'application. Selon une orientation constante, « le champ d'application d'un règlement est normalement défini par ses propres dispositions et ne peut, en principe, être étendu à des situations autres que celles qu'il a entendu viser », mais il peut en aller différemment dans des « cas exceptionnels », lorsque « le régime juridique dont [les justi-

¹⁰⁸ Il est à noter que, selon la Commission, l'« application intégrale des règles » de Dublin inclut aussi « un usage plus large et régulier des clauses discrétionnaires » : voir Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions un Agenda européen en matière de migration, COM (2015) 240 final du 13.5.2015, 16.

¹⁰⁹ Voir respectivement CJUE, *Treuhand c. Commission*, T-99/04, EU:T:2008:256, point 83 (dispositions pénales *lato sensu*) ; CJUE, *Toth c. Commission*, F-107/05, EU:F:2010:118, points 71 ss (dispositions transitoires) ; CJUE, *Imagination Technologies Ltd c. OHMI*, C-542/07P, EU:C:2009:362, point 54 (dispositions exceptionnelles).

¹¹⁰ Cf. *supra*, III.1.a.

¹¹¹ Voir LENAERTS/GUTIERREZ-FONS, *supra* (note 80), 26.

ciables] relèvent [...] est étroitement comparable à celui dont ils demandent l'application par analogie, [et] comporte une omission qui est incompatible avec un principe général du droit communautaire et que cette application par analogie permet de réparer ». ¹¹² La première condition est satisfaite lorsque la situation des intéressés est « étroitement comparable ». ¹¹³ Or, si l'on reprend ces deux conditions – comparabilité stricte des situations, lacune contraire à un principe juridique supérieur, y compris le principe de non-discrimination ¹¹⁴ – il existe de bons arguments pour soutenir que, par exemple, l'omission du « conjoint » de la clause de l'art. 16 doit être éliminée par voie d'interprétation analogique sans qu'une appréciation au cas par cas ne soit nécessaire, et qu'il en va de même de l'exclusion de certains enfants du bénéfice de l'art. 20 (enfants mariés, mais accompagnés d'un parent ; enfants nés « en transit »). ¹¹⁵

Une autre technique interprétative qui pourrait s'avérer utile, spécialement dans l'interprétation d'un texte comportant autant d'imperfections rédactionnelles, est la réduction téléologique. ¹¹⁶ Par exemple, comme il a été souligné précédemment, le seul but plausible de la « condition de préexistence » imposée aux art. 2 let. g et 16 est d'empêcher les abus, mais la distinction ainsi opérée va nettement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. ¹¹⁷ Si cette analyse est correcte, l'art. 14 CEDH s'opposera normalement – en l'absence d'indices d'abus dans le cas d'espèce – à l'application de la distinction entre les liens formés dans le pays d'origine et hors du pays d'origine, donnant lieu à une application en série des clauses discrétionnaires. ¹¹⁸ Le même résultat serait atteint, de manière beaucoup plus efficace, en interprétant dès le départ la « condition de préexistence » comme visant à exclure seulement les cas où le lien familial est formé après le départ du pays d'origine et dans le but spécifique de contourner l'application du Règlement.

Il est à relever que certains Etats membres se sont déjà orientés vers une application extensive de certains critères ou une application réduite de la condition de préexistence. ¹¹⁹ Ces pratiques ont toutefois été mises en œuvre sous

¹¹² Voir notamment CJUE, *Krohn*, 165/84, EU:C:1985:507, points 13 s ; voir aussi CJUE, *Marcuccio c. Commission*, F-81/09, EU:F:2011:13, point 55.

¹¹³ CJUE, *Krohn*, 165/84, EU:C:1985:507, points 21 et 27.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Cf. *supra* II.3.b. En sens apparemment contraire, malgré leur surprise au sujet de l'exclusion du conjoint, FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 151, § K1.

¹¹⁶ Sur l'admissibilité de ce procédé en droit de l'UE, voir LENAERTS/GUTIERREZ-FONS, *supra* (note 80), 28.

¹¹⁷ Cf. *supra* II.3.a.

¹¹⁸ Dans un sens similaire, quoique uniquement par rapport à l'art. 16, FILZWIESER/SPRUNG, *supra* (note 37), 89, § K26, 153, § K5.

¹¹⁹ Voir le document de travail de la Commission, SEC (2007) 742, *supra* (note 76), 24. Par exemple, sous l'empire du Règlement Dublin II, les Pays-Bas appliquaient déjà le critère de l'ancien art. 7 RDII lorsque le membre de la famille était bénéficiaire du statut de protection subsidiaire : ECRE, *supra* (note 9), 35. Similairement, la Hongrie appliquait de manière souple la condition de préexistence (*ibidem*, 34).

couvert de l'application des clauses discrétionnaires. Or, des solutions fondées *in fine* sur les pouvoirs discrétionnaires de chaque Etat membre sont incapables de produire convergence, égalité de traitement et sécurité juridique dans l'application des critères à travers l'espace Dublin.¹²⁰ Seule une véritable réinterprétation est capable de produire, le cas échéant via le mécanisme du renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE, une dynamique menant à une nouvelle interprétation du Règlement à l'échelle continentale. La responsabilité à cet égard revient surtout aux juridictions nationales : un seul arrêt peut suffire à mettre les choses en marche.

IV. Conclusions : du vin nouveau dans de vieilles outres

La refonte du Règlement Dublin a entraîné plusieurs modifications de l'ancien dispositif de protection de la vie familiale, dont les insuffisances ont été abondamment démontrées.

Le nouveau texte comporte un dispositif procédural revu de fond en comble, quelques élargissements significatifs des critères familiaux – on se réfère ici à la protection renforcée des mineurs non accompagnés et à la réduction de la « barrière du statut » aux art. 9 et 10 – ainsi que des réformes plus discutables, comme l'introduction de l'art. 16.

Globalement toutefois, le texte est peu abouti. Sur le plan technique, ses erreurs rédactionnelles et ses contradictions augmentent le risque de discriminations dans son application. Sur le plan de la protection de la famille, l'affirmation des services de la Commission au sujet du Règlement Dublin II demeure malheureusement valable : « The fact that the Dublin Regulation [...] was the result of a sensitive political compromise [...] means that the final text contain[s] many ambiguities and legislative gaps ».¹²¹

Si les autorités d'application abordent le nouveau texte avec le même esprit de l'ancien, il est fort à craindre que, mis à part les améliorations découlant strictement des nouveaux critères, l'application du système de Dublin continuera à produire les mêmes aberrations qu'avant.

Il convient toutefois de souligner qu'une telle approche serait contraire à la volonté exprimée par le législateur et donc aux méthodes admises d'interprétation du droit européen. En droit de l'Union, il n'est pas permis de considérer le préambule d'un Règlement comme un pur exercice rhétorique sans conséquence et de se livrer ensuite à une interprétation platement littérale du dispositif. Au contraire, le dispositif d'un acte juridique est indissociable de

¹²⁰ Ceci est d'autant plus important que dans tous les cas impliquant un Etat requérant et un Etat requis, il ne suffit pas que l'un d'entre eux se tienne à une interprétation généreuse du Règlement pour sortir des effets.

¹²¹ SEC (2008) 2962, *supra* (note 7), 23.

sa motivation et se lit à la lumière de celle-ci. Or, la motivation du Règlement Dublin III engage sans ambiguïté les autorités d'application à atteindre un tout autre niveau de protection de l'unité familiale, si nécessaire au-delà des indications littérales du dispositif. Autrement dit, le Règlement se caractérise par un esprit différent et il incite à chercher de nouvelles voies dans l'interprétation et l'application du texte.

S'il ne garantit pas automatiquement des progrès décisifs dans la protection de la vie familiale, le Règlement refondu crée toutefois l'opportunité – mieux : fonde le devoir – d'un changement fondamental d'approche. C'est tout aussi important, à condition bien entendu que les acteurs du système – et particulièrement les juridictions nationales – assument pleinement leurs rôles et responsabilités.