

## Colophon

**Editeur responsable:** M. Yves Kreins  
Secrétaire général  
Email: yves.kreins@aca-europe.eu  
Conseil d'Etat  
Rue de la Science, 33  
B-1040 Bruxelles

**Rédacteur en chef:** Mme Martine Baguet  
Secrétaire général adjoint  
Email : martine.baguet@aca-europe.eu  
Conseil d'Etat  
Rue de la Science, 33  
B-1040 Bruxelles

Cette publication a été réalisée grâce au soutien de l'Union européenne.

La version électronique de la présente publication peut être consultée sur le site Internet d' ACA-Europe, l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (www.aca-europe.eu).

## Liste des personnes de contact:

Pays	Nom	Email
CJE	M. Thomas Von Danwitz	thomas.vondanwitz@curia.europa.eu
Allemagne	M. Ulrich Maidowski	ulrich.maidowski@bverwg.bund.de
Autriche	Mme. Annemarie Ginthör	Annemarie.ginthoer@vwgh.gv.at
Belgique	M. Tom De Waele	tom.dewaele@raadsvst-consetat.be
Bulgarie	M. Konstantin Penchev	chairman@sac.government.bg
Chypre	Mme. Anastasia Papanicolaou	npapanicolaou@sc.judicial.gov.cy
Croatie	Mme Inga Vezmar Barlek	ingavezmar@upravnisudrh.hr
Danemark	M. Jon Stokholm	jonulrikstokholm@hoejesteret.dk
Espagne	M. Manuel Campos Sanchez Bordona	m.campos@ts.mju.es
Estonie	Mme. Sirje Kaljuma	Sirje.kaljuma@nc.ee
Finlande	Mme. Hannele Klemettinen	hannele.klemettinen@oikeus.fi
France	M. Terry Olson	terry.olson@conseil-etat.fr
Grande-Bretagne	M. Stanley Burnton	sjbuk42@o2.co.uk
Grèce	M. Vassilis Androulakis	v.androulakis@ste.gr
Hongrie	M. Nagy Gabor	nagy@legfelsobb.birosag.hu
Irlande	M. Nial Fennelly	nialfennelly@Courts.ie
Italie	M. Giuseppe Barbagallo	giubarbagallo@tiscali.it
Lettonie	M. Janis Neimanis	Janis.neimanis@at.gov.lv
Lituanie	M. Ricardas Piliciauskas	rpiliciauskas@lvat.lt
Luxembourg – CA	M. Henri Campill	henri.campill@ja.etat.lu
Luxembourg – CE	M. Marc Besch	marc.besch@ce.etat.lu
Malte	M. David Scicluna	david.scicluna@gov.mt
Norvège	Mme Liv Gjølstad	liv.gjostad@hoyesterett.no
Pays- Bas	M. Johan van Haersolte	j.haersolte@raadvanstate.nl
Pologne	M. Maciej Nowakowski	mnowakowski@nsa.gov.pl
Portugal	M. Rosendo Dias José	rjose@sta.mj.pt
Roumanie-HCCJ	Mme Dana Iarina Vartires	dvaritires@scj.ro
Roumanie-CL	M. Bogdan Dobrescu	bogdan@clr.ro
Slovaquie	M. Miroslav Gavalec	gavalec@supcourt.gov.sk
Slovénie	Mme Nevenka Rihar	Nevenka.rihar@sodisce.si
Suède	Mme Kristina Ståhl	Kristina.Stahl@dom.se
Suisse	M. Paul Tschümperlin	paul.tschuemperlin@bger.admin.ch
Tchéquie	M. Adam Walach	adam.walach@nssoud.cz
Turquie	Mme. Özlem Erdem Karahanogullari	bimhakim2@danistay.gov.tr

## Tables des matières

<b>EDITORIAL DU SECRETAIRE GENERAL.....</b>	<b>3</b>
---	----------

*Par Yves KREINS, Secrétaire général de l'ACA-Europe*

<b>RAPPORT GENERAL : LE JUGE NATIONAL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS ENTRE NORMES NATIONALES ET EUROPÉENNES .....</b>	<b>4</b>
---	----------

*Par Geert DEBERSAQUES, Premier Président du Conseil du Contentieux des Etrangers  
et Serge BODART, Président du Conseil du Contentieux des Etrangers*

*Avec la collaboration de*

*Nele VERMANDER, chef du service juridique du Conseil du Contentieux des Etrangers  
& de Jean-Christophe WERENNE, juriste au service juridique du Conseil du Contentieux  
des Etrangers.*

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>4</b>
---------------------------	----------

### **THEME I. LE DROIT DE LA PREUVE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES**

<b>COMPETENTES EN MATIERE DE CONTENTIEUX DES ETRANGERS.....</b>	<b>5</b>
---	----------

### **THEME II. COMPETENCE DU JUGE NATIONAL A INTERVENIR D'OFFICE DANS LE**

<b>CONTEXTE EUROPEEN .....</b>	<b>17</b>
--------------------------------	-----------

<b>THEME III. LE JUGE NATIONALE ET LES INSTRUMENTS EUROPEENS .....</b>	<b>22</b>
--	-----------

## **EDITORIAL DU SECRETAIRE GENERAL**

Depuis plus de vingt ans, les Etats membres l'Union européenne travaillent à l'harmonisation de leurs politiques d'immigration et d'asile. Des progrès ont déjà été réalisés dans ce domaine, en particulier dans le cadre des programmes de Tampere et de La Haye. L'union européenne a récemment encore déployé des efforts complémentaires pour créer une politique d'immigration et d'asile qui soit véritablement commune et qui prenne en compte à la fois l'intérêt collectif de l'Union européennes et les spécificités de chacun de ses pays membres. C'est dans ce cadre qu'a été adopté le programme de Stockholm.

L'Association des Conseils d'Etat et des Cours administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe) a voulu contribuer à cette démarche en tenant, le 17 décembre 2010 à Bruxelles, un séminaire sur le thème « Le juge national du contentieux des étrangers entre normes nationales et européennes ». Le Conseil du Contentieux des Etrangers (CCE) de Belgique a apporté son soutien scientifique à cette organisation en élaborant le questionnaire auquel les Hautes Cours membres de l'ACA-Europe ont apporté leurs réponses. Celles-ci ont été dépouillées par le CCE qui a alors établi un rapport général permettant de tirer les enseignements des dispositifs légaux et des jurisprudences de mise dans les différents Etats membres de l'Union européenne.

Trois thèmes, eux-mêmes subdivisés en sous-thèmes, ont été abordés :

- Le droit de la preuve devant les juridictions nationales compétentes en matière de contentieux des étrangers et plus spécifiquement les questions de l'exclusion de certains moyens de preuve ou de l'existence de présomption, de la charge de la preuve et de la pondération ou hiérarchisation des preuves
- La compétence du juge national à intervenir d'office dans le contexte européen sur le plan des questions préjudicielles mais également dans l'applicabilité directe de certains articles de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne
- Le rapport du juge national aux instruments européens dans la référence à des jurisprudences d'autres Etats membres mais aussi dans l'application de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 dégagée de celle de la Directive 2004/83/CE, dite directive « qualification », et des dispositions non obligatoirement transposables entre autres de cette même directive « qualification ».

Le Rapport général qui fait l'objet du présent bulletin d'information a été présenté par Madame N. VERMANDER du CCE.

Chacun des thèmes a, au cours du séminaire, été par ailleurs traité par plusieurs participants dont il faut relever que certains étaient délégués par des associations ou institutions dédiées à la matière traitée à savoir, par exemple, l'Association internationale des Juges de l'Asile ou le Haut Commissariat aux réfugiés de l'ONU. L'ACA-Europe a en effet voulu ouvrir la participation, en particulier à cette activité, de manière à créer les synergies utiles dans un créneau où d'autres intervenants de qualité sont susceptibles de partager leur know how et expériences respectives.

Les conclusions générales du séminaire intégrant tant les éléments fournis par ces interventions que les considérations échangées lors des débats qui ont suivis, ont été tirées par Monsieur S. BODART, Président du CCE.

Les rapports nationaux et la plupart de ces interventions ainsi que les conclusions générales sont disponibles sur le site de l'ACA-Europe : [www.aca-europe.eu](http://www.aca-europe.eu) (rubrique colloque/séminaire).

Y.KREINS  
Secrétaire général

# **RAPPORT GENERAL : LE JUGE NATIONAL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS ENTRE NORMES NATIONALES ET EUROPÉENNES**

*Par Geert DEBERSAQUES, Premier Président du Conseil du Contentieux des Etrangers  
et Serge BODART, Président du Conseil du Contentieux des Etrangers*

*Avec la collaboration de*

*Nele VERMANDER, responsable du service juridique du Conseil du Contentieux des Etrangers*

*& de Jean-Christophe WERENNE, juriste au service juridique du Conseil du Contentieux des Etrangers.*

## **INTRODUCTION**

Le droit du contentieux des étrangers, de l'immigration et de l'asile en particulier, est une source importante de charge de travail dans les juridictions. Ces matières, qui ont toujours été les domaines réservés des souverainetés nationales, se font, depuis quelques années, influencer par un droit européen de plus en plus important et intégrateur. Comment le juge national jongle-t-il avec ce double standard de règles ?

Le questionnaire soumis au travail des juridictions membres de notre association comprenait trois grands thèmes perçus comme majeurs dans la matière. Étaient ainsi abordés le droit de la preuve devant les juridictions nationales compétentes en matière de contentieux des étrangers, la compétence du juge national à intervenir d'office dans le contexte européen et les relations existant entre le juge national et les instruments européens.

Il convenait d'entendre par « contentieux des étrangers », le contentieux lié aux questions relatives à l'« asile » telle que la notion découle de l'article 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux questions relatives à l'« immigration », telle que la notion découle de l'article 79 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'ACA-Europe a reçu 30 rapports, issus des pays de l'Union Européenne, de deux candidats à l'adhésion, la Croatie et la Turquie, ainsi que d'un membre invité, la Norvège. Tous ces rapports ainsi que le présent rapport général sont accessibles sur le site de l'ACA-Europe : [www.aca-europe](http://www.aca-europe) sous la rubrique Colloque/Séminaire. Nous ne pouvons que saluer la quantité de réponses qui nous sont parvenues.

## **THEME I. LE DROIT DE LA PREUVE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES COMPETENTES EN MATIERE DE CONTENTIEUX DES ETRANGERS**

### I.- SYSTEME PROBATOIRE

**Le régime de la preuve dans le contentieux des étrangers est-il organisé spécifiquement en droit interne ?**

Le régime de la preuve dans le contentieux des étrangers n'est, de façon générale, pas organisé de façon spécifique en droit interne. La preuve est libre. A l'exception de la Lituanie, du Portugal et des Pays-Bas qui précisent avoir des règles spécifiques relativement à la recevabilité des moyens de preuve, et bien que tous, à l'instar de l'Espagne, s'accordent pour reconnaître une valeur particulière à certains documents, les pays questionnés affirment ne pas connaître de règlement spécifique en droit de la preuve du contentieux des étrangers.

En effet, le contentieux des étrangers est un contentieux souvent dévolu aux juridictions administratives. Les pays traitent ces matières, comme la Pologne, en estimant que les lois sur l'immigration et l'asile sont des *leges speciales* du droit administratif général et renvoient, en conséquence, aux codes de procédure administrative quand ils existent, ou, à défaut, comme en République tchèque, aux codes de procédure judiciaire. A Chypre, ce sont également des règles de procédure civile qui s'appliquent, à moins que la Cour Constitutionnelle ou le juge n'estiment que ce ne soit pas approprié.

Si les questions d'immigration sont souvent soumises à des recours limités au contrôle de la légalité (souveraineté des Etats sur cette question), l'asile connaît plus fréquemment, sans que ce ne soit le *quod plerumque fit*, des recours de pleine juridiction, comme en Belgique, en France, en Allemagne ou, encore, au Luxembourg. Dans le même ordre d'idées, comme pour mettre en évidence le caractère particulier du droit de l'asile, dans certains cas (Italie, par exemple), l'asile et les questions relatives au refoulement sont traitées par les juridictions civiles, tandis que les questions de séjour y sont traitées par les juridictions administratives.

Le principe, en droit de l'immigration, est celui de la liberté de la preuve, principe qui s'impose tant à l'administration qu'au juge qui la contrôle. Ainsi, en France, par exemple, en ce qui concerne la preuve que le demandeur d'un visa « Schengen » d'entrée en France dispose de ressources suffisantes pour subvenir aux frais du séjour envisagé sur le territoire national, le Conseil d'Etat a imposé à l'administration, qui s'y refusait, de tenir compte de la production, par le demandeur, des pièces établissant qu'il avait procédé au retrait de sommes d'argent significatives sur son compte bancaire personnel (CE fr., 10 octobre 2007, Mokhtari, n° 281842). Le même principe s'applique dans le contentieux lié à l'asile. Sont ainsi prises en considération par le juge décisions juridictionnelles, documents administratifs, médicaux, privés, correspondances, témoignages. Il convient néanmoins de souligner que ces documents sont pris en considération sous la réserve d'être accompagnés de leur traduction, en langue française par exemple (CE fr., 27 février 1987, Callejo Madrigal, n°62851).

## 1. Exclusion de certaines preuves

**La législation nationale ou la jurisprudence exclut-elle certains moyens de preuves ? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l'asile et celui relatif à l'immigration.**

A l'exception de la Turquie, de la Lituanie, de la Grèce et de Malte, les pays participant au séminaire soulignent qu'aucune preuve particulière ne semble exclue d'office mais que, plus que de règles spécifiques, la jurisprudence prend particulièrement en compte la pertinence et l'importance de documents dans le litige qu'elle a à connaître. Ainsi, c'est dans cette optique qu'il convient de comprendre la jurisprudence de la Cour Suprême estonienne qui estime que le résumé d'une conversation téléphonique n'est pas un témoignage (Judgment of the Administrative Chamber of the Supreme Court of 20 December 2007 in administrative case n°3-3-1-74-07). La République tchèque avance également que les difficultés à collecter certaines preuves sont inhérentes à l'impossibilité pour les requérants de prendre contact avec les auteurs des persécutions. Cela étant, le Conseil d'Etat français a pu juger que le fait pour un réfugié d'avoir sollicité des autorités diplomatiques de son pays d'origine la délivrance ou le renouvellement d'un passeport, permet de présumer que l'intéressé s'est réclamé des autorités de son pays d'origine, mais que cette présomption n'est pas irréfragable (CE fr., 13 janvier 1989, Thevarayan, n° 78055).

Il existe néanmoins certains cas où des textes subordonnent la preuve d'un droit ou d'une qualité à la production d'un document particulier. En matière d'immigration, les questions de nationalité et d'identité bénéficient de traitements particuliers. Ainsi, au Portugal, les passeports et autres documents de voyage ne prouvent pas la nationalité, mais sont autant d'indices destinés à conforter l'idée que s'en fait le magistrat. La Belgique ne dit pas autre chose quand elle précise que la preuve de l'identité et de la qualité de membre de la famille d'un citoyen de l'Union Européenne, n'est pas restreinte à la production d'un passeport mais peut être effectuée par toutes voies de droit, en l'espèce par la production d'une carte d'identité et d'un acte de naissance (CE belge, 30 mars 2010, n° 202.620). La question de la preuve de la parenté est cependant plus délicate : l'autorité doit tenir compte d'autres éléments pour établir l'existence des liens familiaux. La demande d'asile peut ainsi se voir déclarer irrecevable ou recevable en fonction d'indices soumis au juge. Les législations ne restreignent en général pas le mode de preuve du lien de parenté mais, pour bénéficier du droit au séjour, l'ascendant d'un ressortissant communautaire doit établir son lien de parenté par des documents dont l'authenticité et le caractère probant ne peuvent prêter à discussion.

Le droit administratif grec prévoit également la possibilité de demander des expertises. Néanmoins, le contentieux des étrangers assume une fois encore son caractère de *lex specialis* et le déséquilibre existant, selon le rapport grec, par rapport à l'immigration justifie qu'il soit fait exception à cette règle dans le contentieux qui nous occupe. Cette exception n'est néanmoins pas absolue : certaines expertises peuvent être apportées par les requérants, notamment pour asseoir les risques de torture, et ce, par le biais du contrôle de la motivation des actes attaqués.

A ces généralités, des exceptions sont notables : les juridictions administratives compétentes pour la matière en Turquie, en Lituanie et en Grèce exigent une preuve écrite et ne prennent pas en considération les témoignages, sauf si le juge a égard à une audition effectuée par des experts et retranscrite dans un document écrit, un procès verbal. Ainsi, le juge se fondera exclusivement sur le dossier administratif et sur les documents écrits fournis par le justiciable. Dans le même ordre d'idée, nous relèverons également que la preuve testimoniale orale est interdite en Italie. L'un des autres rares cas prévoyant une exclusion particulière peut être rencontré en droit maltais, qui exclut spécifiquement la preuve par « oui-dire ». La Turquie connaît, enfin, des limitations géographiques dans l'application du contentieux des étrangers.

Le Royaume-Uni, la Turquie, la Grèce et la Belgique insistent sur l'importance de la production des preuves dans des délais particuliers, mais se montrent en général plutôt souples quant à l'application de la règle. La Grèce précise ainsi dans son rapport que les preuves doivent venir étayer le dossier administratif au maximum dans les 8 jours avant l'audience publique. A cet égard, soulignons qu'en droit belge, lorsque l'autorité administrative, partie défenderesse ou adverse, ne transmet pas, dans le délai imparti, le dossier administratif à la juridiction saisie, les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts. Le droit français de l'immigration connaît une présomption similaire.

## **2. Présomptions**

**La législation nationale ou la jurisprudence admet-elle certaines présomptions (par ex. en matière d'asile, en cas de persécution passée ou de pays d'origine sûr) ? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l'asile et celui relatif à l'immigration.**

A l'exception du Danemark qui précise ne pas en connaître, les autres Etats admettent des présomptions afin de faciliter la charge de la preuve du requérant et le travail d'évaluation du magistrat. Il convient toutefois de noter qu'il est difficile de s'entendre sur la notion même de présomption. Fréquentes en droit de l'asile, elles sont plus rares et souvent plus défavorables pour le justiciable en matière d'immigration. Il est, en effet, remarquable que le droit d'asile se démarque ainsi du contentieux des étrangers général pour devenir un droit qui s'assume protecteur et spécifique : il est fréquent que la preuve de certains faits soit facilitée par l'attribution d'une force probante particulière à certains actes ou documents, dont la production crée ainsi une présomption en faveur de celui qui s'en prévaut.

### ***a) Asile***

Le droit de l'asile connaît, souvent, une réduction des exigences de preuve voire des présomptions légales ou jurisprudentielles. En effet, le niveau de preuve exigé est plus faible en droit de l'asile que dans d'autres matières.

De manière spécifique, en droit français, le niveau de preuve exigé est tempéré dès lors que l'on se trouve dans des hypothèses spécifiques (comme les articles 6 et 7 des statuts HCR ou encore, particularité française, l'asile constitutionnel). La jurisprudence française applique

également une présomption dans le cadre des risques de persécutions liées à l'excision (l'appartenance à une ethnie particulière dans un pays particulier permet, ainsi, de présumer le risque d'excision). Par ailleurs, conformément à l'interprétation donnée par la CJUE dans l'arrêt du 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07, le juge français considère que l'existence d'une menace grave, directe et individuelle contre la vie ou la personne d'un demandeur à la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition qu'il rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle dès lors que le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays ou la région concernés courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire, un risque réel de subir lesdites menaces de la notion de menace grave (CE fr., 3 juillet 2009, Office français de protection des réfugiés et apatrides [OFPRA] c/ Baskarathas, n° 320295).

Si les répondants avancent comme présomptions celles prescrites par les réglementations européennes, ils rappellent que celles-ci sont réfragables et peuvent céder à l'issue de l'examen individuel de la demande par le juge. La Bulgarie, la Finlande, le Luxembourg, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas, la Lituanie, citent ainsi la présomption liée à l'inscription sur la liste des pays tiers sûrs, possibilité qui n'a pas été transposée par la Belgique. A cet égard, il est intéressant de constater que si l'utilisation des pays tiers sûrs est considérée par ces pays comme une présomption, le droit maltais considère qu'il s'agit plus d'une question d'appréciation de la preuve sur la base des critères fixés par la loi et le droit européen.

Si l'Allemagne, l'Irlande, la Slovaquie, la Belgique et la Pologne citent la présomption liée aux persécutions passées, indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté, dont le fondement est à trouver dans l'article 4, §4 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, ci-après dénommée directive qualification, la jurisprudence britannique précise ne pouvoir admettre celle-ci.

Le droit européen admet aussi l'existence d'une présomption réfragable du principe de confiance mutuelle entre Etats membres. En Belgique, le Conseil du Contentieux des Etrangers l'a notamment appliquée dans le cadre du Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 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, ci-après dénommé Règlement Dublin. Cette présomption implique que la charge de la preuve incombe à la partie requérante, qui doit « produire des éléments de preuve susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure incriminée était mise à exécution, elle serait exposée à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH ».

Si la Norvège et la France avancent également des présomptions liées à l'unité de famille, la Suède mentionne celle liée aux réfugiés sur place et Chypre évoque le principe de légalité des décisions. Les faits de notoriété publique sont également avancés en termes de présomptions favorables au requérant par la Slovaquie, l'Espagne (« *data certa* »), la Lituanie et la Pologne. L'article 4, §5 de la directive qualification et le « bénéfice du doute » est également mentionné par l'Espagne et la Suède. Il importe également de noter que l'article 4, §5 n'a pas été transposé en République tchèque mais que les juges lui reconnaissent un effet direct.

La Belgique connaît aussi, en droit de l'asile, quelques présomptions d'ordre procédural. Ainsi, le droit belge présume une perte d'intérêt du justiciable à intenter une action si celui-ci, qui a été autorisé ou admis au séjour illimité, omet certaines formalités administratives. L'article 23 de l'Arrêté royal fixant la procédure devant le Conseil du Contentieux des Etrangers du 21 décembre 2006 impose une procédure spécifique lorsqu'une pièce est arguée de faux.

Le rapport belge souligne également la nécessité de se conformer à des principes de droit tels que l'autorité de chose jugée, le respect du débat contradictoire (ne pas avoir égard aux documents dont toutes parties en présence n'auraient pas eu connaissance ainsi que nous le constaterons dans le cadre de l'examen de la charge la preuve), la foi due aux actes authentiques.

Enfin, nous concluons sur cette présomption découlant du Protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union Européenne, annexé au Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union Européenne, les Traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (JOUE, n° C340 du 10 novembre 1997), qui dispose en son article unique, que "toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un Etat membre ne peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre Etat membre que dans les cas suivants: ...d) si un Etat membre devait en décider ainsi unilatéralement en ce qui concerne la demande d'un ressortissant d'un autre Etat membre; dans ce cas, le Conseil est immédiatement informé; la demande est traitée sur la base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée sans que, quel que soit le cas, le pouvoir de décision de l'Etat membre ne soit affecté d'aucune manière". Dans une déclaration spécifique, la Belgique a manifesté son intention de faire usage de cette faculté et d'effectuer, "conformément à la disposition énoncée à l'article unique, point d), de ce protocole, un examen individuel de toute demande d'asile présentées par un ressortissant d'un Etat membre". Le Conseil d'Etat en a fait application en partant du présupposé que la demande est alors présumée manifestement non fondée et qu'il appartient, en conséquence, à la partie requérante de renverser cette présomption (Voy. en ce sens, CE belge, 27 mars 2009, n°191.947). L'arrêt du Conseil d'Etat français du 30 décembre 2009, OFPRA c/ Covaciu, n° 30522, trace également le cadre de l'examen d'une telle demande.

### ***b) Immigration***

Les présomptions sont nettement plus rares en matière d'immigration et jouent fréquemment en défaveur du demandeur. Ainsi, la Lituanie met en exergue une présomption selon laquelle le demandeur ne répond pas aux règles nationales de séjour si celui-ci refuse le test de détermination de l'âge. Dans le même ordre d'idées, le partenariat avancé en matière de regroupement familial sera considéré comme fictif si le requérant refuse d'être interrogé.

*A contrario*, la France dispose d'une présomption en matière d'immigration plutôt favorable au justiciable. Ainsi, le droit français prévoit-il en l'article 47 du code civil que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi ». Cet article précise toutefois que cette présomption peut être renversée « si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Le juge administratif est très souvent amené, en application de ces dispositions, à apprécier la valeur probante d'actes d'état civil étrangers produits devant lui, notamment dans le contentieux des refus de visa d'entrée en France, avec toutes les difficultés que comporte cet exercice. Notons

également que les principes dégagés par le juge français en ce qui concerne la portée de l'attestation d'accueil dont le CESEDA impose l'obtention à tout étranger qui souhaite effectuer en France une visite familiale ou privée. Lorsqu'une telle attestation est validée par l'autorité compétente et comporte, conformément à la loi, l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge les frais de séjour du demandeur, il a été jugé qu'elle créait, en faveur de l'intéressé, une présomption selon laquelle il dispose de ressources suffisantes pour subvenir aux frais de son séjour en France, sauf pour l'administration à produire des éléments de nature à démontrer que l'hébergeant se trouverait dans l'incapacité d'assumer effectivement l'engagement qu'il a ainsi souscrit (CE fr., 27 mars 2009, Merzougui, n° 309071).

**→ Ainsi que nous avons pu le constater dans cette section, le régime de la preuve dans le contentieux des étrangers n'est, de façon générale, pas organisé de façon spécifique en droit interne. Les moyens de preuve expressément exclus sont particulièrement rares et les présomptions sont, pour l'essentiel, issues du droit européen.**

## II.- CHARGE DE LA PREUVE

### 1. Les parties

**Quel est le rôle des parties dans l'administration de la preuve dans le contentieux des étrangers ? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l'asile et celui relatif à l'immigration.**

Partout en Europe, tant dans le contentieux relatif à l'immigration que dans le contentieux lié à l'asile, la charge de la preuve incombe au premier chef au requérant. Néanmoins, l'adage « *Actori incumbit probatio* » doit être nuancé.

#### ***a) Immigration***

Le droit de l'immigration fait peser la charge de la preuve sur le requérant, dès lors qu'il allègue quelque chose. Ainsi, en Belgique, lorsque l'étranger annonce la production de résultats de tests ADN qu'il néglige de transmettre, il ne peut être reproché à l'autorité d'avoir considéré que la preuve du lien de parenté n'était pas produite (CE belge, 12 juin 2008, n° 184.098) ou lorsque l'étranger n'a jamais fait état, dans le cadre de sa demande d'autorisation de séjour, d'un élément de fait particulier, il ne peut être reproché à la partie adverse de n'avoir pas pris cet élément en compte même si elle en a été informée dans le cadre d'autres dossiers, car on ne peut exiger de l'administration qu'elle instruisse un dossier sur la base d'éléments figurant dans d'autres dossiers (CE belge, 21 décembre 2001, n° 102.350). En Pologne, l'obligation de coopération loyale peut être illustrée par le refus du permis de séjour du requérant en cas de production de fausses informations pour étayer sa demande.

Le moment où la preuve est avancée a son importance. Les juges de la légalité écartent souvent la production de preuves si elles devaient faire l'objet d'un examen préalable, comme en Grèce, ou si elles sont présentées pour la première fois dans le recours devant le juge

d'annulation sans justifier de manière convaincante pourquoi elles ne l'ont pas été auparavant. Le système italien précise néanmoins que si la théorie prévoit la collaboration des deux parties, la pratique démontre que la preuve appartient la plupart du temps à l'administration dès lors que le juge administratif se fonde sur le dossier administratif, au contraire de la Grande-Bretagne, selon laquelle la charge de la preuve ne se déplace dans le chef de l'Etat que dans les cas où l'Etat souhaite priver un justiciable de ses droits (et de citer les exemples de la révocation d'une carte de séjour ou de la fraude). On retrouve, dans le domaine de l'asile examiné ci-après, le même genre d'exigences en Norvège avec la clause de non refoulement.

### *b) Asile*

En droit d'asile, bien à qu'à la lecture des rapports, on pourrait être tenté de croire qu'existe une vraie collaboration entre les parties qui participent toutes les deux à la charge de la preuve, les rapports nationaux rappellent avec insistance que si la notion de preuve s'entend avec souplesse dans cette matière, il n'en reste pas moins que le principe général de droit selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur s'applique.

La particularité de la preuve dans le domaine de l'asile tient à ce qu'elle associe un élément subjectif et un élément objectif. D'une part, la reconnaissance de la qualité de réfugié fait place, aux termes de la Convention de Genève, à une donnée essentiellement subjective, la crainte éprouvée ; d'autre part, les faits et menaces de persécution, propres à justifier les craintes, doivent être établis de manière objective mais des difficultés sont souvent rencontrées.

Si la crainte est raisonnable, le demandeur doit pouvoir expliquer ce qu'il craint et pourquoi il craint. Il doit tout d'abord à tout le moins s'efforcer de prouver ce qui peut l'être et pouvoir avancer une explication acceptable à l'absence de tout élément de preuve. L'absence de collaboration du demandeur à l'établissement des faits, lorsque certains éléments de preuve auraient raisonnablement pu être recueillis est généralement considérée comme une indication négative. Ainsi, en Allemagne, la personne qui ne collabore pas activement à la recherche de la preuve se verra automatiquement dirigée vers une procédure accélérée beaucoup plus contraignante.

Il appartient normalement à la personne qui réclame le statut de réfugié d'établir elle-même qu'elle craint avec raison d'être persécutée, en fournissant au minimum un récit crédible, cohérent et dénué de contradiction sur les points importants; dans cette perspective, le candidat réfugié doit présenter tous les faits et circonstances dont il a connaissance (CE belge, 19 avril 2000, n° 86.823).

L'administration a néanmoins le devoir de collaborer à la bonne administration de la justice, et doit veiller à rechercher et à recueillir des preuves qui pourraient être utiles pour que la justice puisse rendre une décision rapide et juste. Dans l'affaire n° 45.142, la Cour administrative suprême du Portugal a statué, dans son arrêt du 15 février 2000, que «L'administration a le devoir d'instruire la procédure sur la demande d'asile, ainsi que sur celle de la demande d'autorisation spéciale de séjour de l'article 8 de la Loi n° 15/98 du [26 mars 1998] (...) Cependant, si elle ne parvient pas à réunir d'éléments concluants sur l'identité, l'origine et la nationalité du demandeur et qu'il existe des doutes fondés sur la crédibilité des éléments invoqués par le demandeur, ce devoir d'instruction est considéré comme accompli et la charge de la preuve de ces faits incombe alors au demandeur, dans la mesure où il s'agit d'éléments personnels. ».

Ainsi, en droit de l'asile, la plupart des pays européens s'orientent vers, pour reprendre l'expression utilisée par les rédacteurs français, une « logique plus équilibrée de preuve partagée ». En droit slovaque, cet équilibre s'effectue aux audiences entre l'office national des migrations et les justiciables.

Si le requérant est en premier lieu concerné par la charge de la preuve, l'administration est rarement passive allant parfois jusqu'à renverser la charge de la preuve. Ainsi, au vu de ces difficultés à obtenir certaines preuves documentaires, l'administration va jouer un rôle beaucoup plus actif. On est près de cette situation schématique présentée par la Pologne où le requérant est chargé de la preuve des faits qu'il avance, tandis que la situation politique est du domaine de l'administration. En Suède, dès lors que les déclarations du requérant paraissent crédibles, la charge de la preuve change de titulaire. La Roumanie avance ainsi que la charge de la preuve revient principalement à l'Office National pour les Réfugiés.

Il reste que la charge de la preuve pèse néanmoins de façon non équivoque sur le demandeur dès lors qu'il s'agit d'établir sa nationalité et sur la partie défenderesse en ce qui concerne la preuve de la régularité des envois, l'application de la clause de cessation en France. Dans les autres cas, on peut parler de « contradiction motivée » même s'il est certain que le demandeur doit présenter tous les éléments pertinents propres à établir le bien-fondé de sa demande.

## **2. Le rôle du juge national**

**Le juge du fond peut-il intervenir dans l'administration de la preuve dans le contentieux des étrangers ? Si oui, selon quelles modalités (par ex. dispose-t-il d'un pouvoir d'instruction ou son appréciation est-elle marginale)? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l'asile et celui relatif à l'immigration.**

De façon schématique, trois grands systèmes existent en Europe.

1.- Dans plusieurs pays, le juge est un acteur actif du litige. Il en va ainsi en Allemagne, en Estonie, en Finlande, en Italie, en Lettonie, en Lituanie, au Luxembourg, en Roumanie, en Slovaquie, en Suède et en Turquie, où une distinction entre asile et immigration ne semble pas exister, et en France, où cette distinction existe. Dans la plupart de ces cas, il sollicite des preuves pour compléter le dossier.

Le juge a ainsi la possibilité de recourir d'office à toutes les mesures d'instructions qui lui paraissent nécessaires à la solution du litige (même, si dans la plupart des cas, le juge ne va pas au-delà de la communication de documents). Le juge allemand se montre à cet égard particulièrement proactif et favorise les échanges entre les différentes juridictions compétentes et bénéficie, par ce biais, de ressources documentaires importantes. En Slovaquie, le juge doit obligatoirement procéder à des recherches s'il constate qu'il manque des éléments nécessaires pour qu'il puisse prendre une décision. Il peut aller jusqu'à traiter des autorisations de contracter mariage, de la détermination et du déni de paternité, à effectuer des recherches dans le domaine de l'adoption, du registre des sociétés voire des questions relatives aux sociétés et coopératives.

Le juge peut également se fonder sur «des faits de notoriété publique». Il est intéressant de constater qu'en Italie, ce n'est que très récemment que ces faits ont été inclus dans la législation avec la transposition de la directive qualification et qu'à l'heure actuelle, aucune décision n'a encore été rendue sur la base de ce concept.

En droit français, le juge joue un rôle plus actif en droit de l'asile qu'en droit de l'immigration, et intervient dans l'administration de la preuve par toute « mesure d'instruction qu'[il] jugera utile » (R733-18 CESEDA). Par exemple, inviter les parties à se prononcer sur l'application éventuelle de la clause d'exclusion (CNDA 2 décembre 2009, Omoruyi, n° 09006046) ou fournir toutes indications pertinentes concernant leur état civil et/ou leur lieu de résidence (CNDA 12 avril 2010, Avakimian, n° 095364), demander la production de pièces relatives à la situation de membres de sa famille au regard du statut de réfugié (CNDA 16 septembre 2010, Thambiaiah, n° 08017584), verser au dossier les décisions judiciaires prononçant des condamnations (CNDA 23 décembre 2009, Celik, n° 08019322). Le juge de l'asile peut également ordonner une expertise médicale ou une vérification de l'authenticité de documents. En Allemagne, où le principe d'instruction inquisitoriale est mis en œuvre avec l'aide des parties, le juge peut interroger le HCR sur le statut d'un demandeur d'asile auquel l'asile conventionnel aurait été reconnu dans un pays tiers ou encore, comme le précise encore le rapport allemand, tenir compte de rapports d'organisations internationales pour asseoir les allégations du requérant. Le juge, en Estonie, est un enquêteur encore plus actif s'il estime que « l'une des parties devant lui est plus faible » et a expliqué les raisons pour lesquelles les preuves sont difficiles à obtenir.

La Grèce rappelle néanmoins que si sa législation nationale prévoit un juge actif, le nombre excessif de demandes introduites dans le pays a empêché la mise en œuvre de ce pouvoir et a permis à la jurisprudence d'instaurer une procédure particulière, appelée « in camera » inspirée par la Cour Constitutionnelle allemande.

2.- Le Portugal, l'Espagne et la République tchèque connaissent, eux, un régime mixte. Ainsi, le Portugal précise que si son juge peut solliciter des mesures d'instruction dans la mesure où il les estime nécessaires, il est primordial que ces mesures n'empiètent pas sur les compétences de l'administration. Le juge espagnol peut exiger également des documents de la part des parties mais il en fera un usage prudent (il ne peut s'agir d'éléments essentiels sur lesquels il appuiera sa décision mais au contraire d'éléments qui corroborent les preuves essentielles apportées par les parties). La République tchèque mentionne encore son respect du principe du contradictoire en organisant par le biais des audiences la confrontation des parties sur les preuves obtenues par le juge.

3.- Enfin, en Belgique, en Irlande, en Norvège, aux Pays-Bas, en Croatie, en Autriche et au Danemark, le juge intervient moins dans l'établissement des faits. Il peut être perçu plus comme un arbitre, qui se montre dès lors un peu plus passif.

Ce sera le cas dans des pays où le juge compétent, comme en Irlande, est un juge de la légalité de l'acte pris par l'administration. Le juge maltais ne vérifiera ainsi que la pertinence et la recevabilité des preuves déposées par les parties.

En droit de l'asile, le juge belge connaît, lui, une interdiction formelle de procéder à des mesures d'instruction en matière d'asile. Dans l'hypothèse où il estimerait ne pas pouvoir rendre une décision sans informations complémentaires, il est tenu d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire devant l'administration compétente.

Enfin, dans les pays où l'administration jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire, le juge apprécie les preuves de manière plus marginale. Ainsi, le juge danois ne participe pas au travail de la preuve, à l'exception du regroupement familial impliquant des mineurs, où il se montre un petit peu plus actif qu'en temps ordinaires. Face au pouvoir discrétionnaire de l'administration, le juge norvégien, néerlandais ou croate reste également plus en retrait. Dans le même ordre d'idées, le juge autrichien peut également vérifier la pertinence des preuves présentées.

En droit belge de l'immigration, le juge de fond exerce, la plupart du temps, un contrôle de la légalité de l'acte qui implique une appréciation marginale des faits, limitée à la constatation des faits par l'administration. Il peut dans ce cadre sanctionner une erreur manifeste d'appréciation. Le juge vérifie alors que les éléments versés par la partie requérante, à titre d'éléments probants, ont bien été pris en compte ou les met en balance avec d'autres éléments de preuve avancés par la partie défenderesse, mais n'intervient pas dans l'administration de la preuve. Il convient néanmoins de nuancer : à l'instar des juridictions italiennes, on a déjà pu lire, en droit belge, que les déclarations d'un demandeur d'asile quant à son appartenance aux Témoins de Jéhovah pouvaient être écartées en raison de leur contradiction avec la doctrine, de notoriété publique et de connaissance commune, professée par ceux-ci (CE belge, 11 septembre 2002, n° 110.127). De même, comme tout pays respectant le principe du contradictoire, à l'instar de la juridiction compétente en République tchèque, le Conseil du Contentieux des Etrangers de Belgique ne peut pas se fonder sur des éléments de fait qui n'ont pas été soumis à la contradiction des parties et dont il a acquis la connaissance en dehors de l'audience (CE belge, 25 janvier 2008, n°178.960).

**→ Si la charge de la preuve incombe nécessairement au requérant, un devoir de collaboration s'instaure très souvent entre lui et l'autorité nationale chargée de traiter les questions migratoires ou d'asile. Si ce qui vient d'être affirmé se rencontre dans l'essentiel des rapports reçus, c'est l'intervention du juge dans la recherche probatoire qui crée, sur cette question, une Europe à trois visages.**

### III. - PONDERATION DE LA PREUVE ET LE JUGE SUPREME ET L'APPRECIATION DE LA VALEUR PROBANTE DES DOCUMENTS

**Comment et selon quelles modalités le juge du fond effectue-t-il la pondération entre les différents moyens de preuve qui lui sont soumis en matière d'asile et d'immigration? Cette pondération est-elle déterminée par la législation nationale ou par la jurisprudence? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l'asile et celui relatif à l'immigration.**

#### **1. Pondération des preuves**

Le juge dispose à cet égard d'une marge d'appréciation certaine. La pondération des différentes sources (rapports des ONG, des administrations nationales) n'est pas déterminée par la législation ou la jurisprudence. En lien avec le principe de la liberté de la preuve,

comme le précise le rapport finnois, les pays européens ne posent donc pas de règles particulières à cet égard, même si, de temps en temps, une force probante particulière est parfois reconnue à certains documents. La pondération de la preuve est donc généralement réalisée au cas par cas. Des indications peuvent néanmoins être trouvées dans la loi polonaise, voire données par des instances supérieures, comme la ‘Migration Court of Appeal’ de Suède.

Les rapports espagnols et français insistent sur le fait que le juge de l’asile est porté à donner plus de crédit, à donner une valeur spéciale à certaines preuves documentaires plus qu’à d’autres et s’inspire, à cet égard, des directives européennes (mention aux rapports, sources publiques d’informations géopolitiques). Les rapports gouvernementaux ou d’organisations internationales sont souvent utilisés et influencent souvent le juge quand il peut y avoir égard. Ainsi, la France mentionne en particulier les lignes directrices communes de l’UE pour le traitement de l’information sur le pays d’origine d’avril 2008.

En France et au Royaume-Uni, une hiérarchie des rapports internationaux est également établie. En France, cette hiérarchie est fonction des lignes directrices mentionnées par les instruments précisés ci-dessus (pertinence, fiabilité, actualité, objectivité, exactitude, traçabilité et transparence des sources) ainsi que de la démarche effectuée par la Cour européenne des droits de l’Homme (référence aux sources fiables et objectives telles qu’émanant d’Etats contractants ou non, d’agences des nations unies et d’organisations non gouvernementales renommées (CNDA 12 octobre 2010, Mbundani, n° 10005973 ; CNDA 22 octobre 2010, Kitler, n° 09006659). Les juges du Royaume-Uni appliquent également des critères assez similaires : indépendance, impartialité, accessibilité.

## **2. Contrôle par le juge suprême**

**Quelle est l’étendue du contrôle de la juridiction administrative suprême dans l’appréciation de la valeur probante de documents ? Le cas échéant, faites la distinction entre le contentieux relatif à l’asile et celui relatif à l’immigration.**

Les grandes lignes des réponses nous permettent d’affirmer, hors les exceptions mentionnées, que les Cours suprêmes des différents pays participants sont des cours de cassation qui traiteront plus certainement des points de droit que de la pertinence de tel ou tel faits et de la façon dont la preuve de ce fait a été apportée. Ces dernières rendent des décisions définitives. En ce qui concerne le contrôle des faits, ces juridictions se bornent, la plupart du temps, à censurer l’erreur dans la qualification des faits au regard des dispositions de droit applicables, l’erreur objective dans la relation matérielle des faits retenus par la juridiction, et à vérifier si cette dernière a bien pris en considération ceux qui lui ont été présentés. C’est ce que fait ainsi la Cour Suprême d’Irlande, de Slovaquie, ou encore la Cour administrative fédérale allemande. La Cour Suprême slovène renverra également l’affaire devant la juridiction inférieure si elle estime que des faits nouveaux doivent être pris en considération ou que les faits ont été établis de manière incomplète.

Quelques nuances sont parfois apportées. Ainsi, il est « rare mais pas totalement impossible » pour la nouvelle Cour Suprême britannique (ancienne Chambre des Lords) d’évaluer l’affaire et les éléments de preuve mêmes, après avoir examiné si l’appréciation des preuves par le

tribunal d'instance inférieure avait été correctement effectuée ou n'avait pas été viciée par une erreur de droit. Ainsi, la Cour Suprême estonienne connaît de la preuve dans les seules hypothèses des demandes de mesures provisoires. En Turquie, le Conseil d'Etat étend souvent son contrôle à l'examen des preuves en raison de la suppression des Cours d'appels. La Cour Suprême du Luxembourg est quant à elle juge de la réformation en asile et juge de l'annulation dans les questions d'immigration. Il s'ensuit que la juridiction suprême appréciera les preuves au contraire de ses homologues français et belge. La Cour Suprême de Norvège ou celle de Lituanie ont également toute latitude pour juger des faits et de la preuve de ceux-ci.

En sens contraire, le Conseil d'Etat belge laisse au juge administratif dont la décision est attaquée devant lui toute latitude. Ainsi, le Conseil du Contentieux des Etrangers en Belgique apprécie souverainement la force probante d'un document auquel la loi n'attache aucune valeur probante particulière (CE belge, 23 décembre 2009, n° 199.222). La juridiction suprême rappelle que « L'appréciation de la pertinence d'une offre de preuve relève du pouvoir souverain de la juridiction de fond » (CE belge, 23 juin 2006, n° 160.477) tout comme l'appréciation de la valeur probante des documents produits (CE belge, 12 juin 2001, n°96.347). Le Conseil d'Etat français ne dit pas autre chose : « La valeur probante des documents produits par le demandeur relève de l'appréciation souveraine de la CNDA » (CE fr., 23 août 2006, Nicolas, n°278387). La juridiction suprême ne contrôle donc pas l'appréciation portée par les juges du fond compétents en matière d'immigration sur la valeur probante des documents qui leur ont été soumis (CE fr., 7 mai 1993, Commune de Cestas, n° 116386) sauf si ces faits ont été dénaturés (CE fr., 6 septembre 1993, Calica, n° 102716 et 3 juillet 2009, OFPRA c/ Baskarathas, n° 320295).

***→ Cette troisième section clôture la première thématique envisagée par le questionnaire. Si elle nous montre que l'Europe octroie, en matière de pondération des preuves, une marge d'appréciation certaine au juge, celui-ci est bien souvent enclin à donner plus de valeur à certains documents qu'à d'autres. Pour ce faire, il se réfère néanmoins aux instruments européens ou à la Cour Européenne des droits de l'Homme. Enfin, le juge suprême européen, garant du droit, apprécie rarement la valeur probante de documents mais censure l'erreur dans la qualification des faits au regard des dispositions de droit applicables, l'erreur objective dans la relation matérielle des faits retenus par la juridiction, voire vérifier si cette dernière a bien pris en considération ceux qui lui ont été présentés.***

## THEME II. COMPETENCE DU JUGE NATIONAL A INTERVENIR D'OFFICE DANS LE CONTEXTE EUROPEEN

### I.- LES LIMITES PROCEDURALES AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES

**Lorsque les parties soulèvent une question préjudicielle, des limites procédurales sont-elles possibles ? Ainsi, par exemple, à quel moment de la procédure les parties peuvent-elles poser une question préjudicielle ? Doit-elle être introduite par un écrit de procédure spécifique ou peut elle l'être à tout moment, y compris à l'audience ?**

En vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, ci-après dénommé TFUE (JOUE, n° 115 C du 9 mai 2008), la Cour de Justice de l'Union Européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. A l'exception des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, le recours à la Cour de Justice de l'UE est facultatif.

Les parties au procès peuvent demander au juge du fond de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Dans la plupart des pays européens, il n'y a pas de règles procédurales en la matière et, par conséquent, il n'y a pas non plus d'éventuelles limites procédurales qui peuvent être imposées aux parties quand ils suggèrent au juge du fond de poser une question préjudicielle. Ainsi, en Allemagne, en Pologne, en Suède, aux Pays-Bas, en Lituanie, en Lettonie, en Grèce, en Finlande et en Roumanie, à chaque stade de la procédure, y compris à l'audience, les parties peuvent suggérer au juge du fond de poser une question préjudicielle. En Grèce, cette suggestion peut également être soulevée à chaque stade de la procédure, en ce compris à l'audience, à la condition que le 'principe du contradictoire' soit pris en compte. Cela signifie qu'au cas où une question préjudicielle est soulevée à l'audience, un nouveau délai est fixé, endéans lequel les parties peuvent transmettre leurs conclusions et leurs arguments.

En Belgique, au Luxembourg et en Turquie, existent en revanche des limites procédurales concernant le moment lors duquel une demande de question préjudicielle peut être soumise au juge du fond. Dans le contentieux luxembourgeois des étrangers, les parties peuvent poser la question préjudicielle par le biais des pièces de procédure écrites prévues par la loi. Une question orale n'est donc pas admise lors de l'audience. En Belgique, les questions préjudicielles doivent également être insérées dans les pièces de procédure prévues devant le Conseil du Contentieux des Etrangers et devant le Conseil d'Etat, eu égard au fait que les procédures y sont essentiellement écrites. Afin de garantir un bon déroulement de la procédure et de préserver l'égalité des armes entre les parties, la jurisprudence de chacune de ces juridictions exige que la question soit formulée *in limine litis*, et soit donc insérée au sein de la première pièce de procédure possible. Des questions préjudicielles ne peuvent donc pas être soulevées à l'audience ou dans des pièces de procédure qui ne sont pas prévues par la loi. Le Conseil d'Etat belge admet néanmoins une exception lorsque la question touche à l'ordre public, auquel cas la question peut être présentée à chaque stade de la procédure. Des limites procédurales similaires s'appliquent en Turquie où il est nécessaire que les questions

préjudicielles soient posées de façon écrite durant l'échange des pièces écrites. Une question qui touche à l'ordre public peut être posée à un stade ultérieur, mais toujours par écrit et, de façon à ce que l'autre partie soit informée de la question posée.

Quelques pays opèrent une distinction selon le type de procédure durant laquelle la question préjudicielle est posée. Ainsi, en Estonie, en règle générale, les parties peuvent présenter des arguments, y compris des questions préjudicielles jusqu'à l'audience, tandis qu'en procédure exclusivement écrite, tous les arguments doivent être transmis avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des arguments et des preuves supplémentaires. En Italie, une distinction est faite selon que la question préjudicielle est sollicitée par les parties ou par les parties et le juge *ex officio*. Dans la première hypothèse, s'appliquent des limites procédurales telles qu'un délai et la nécessité d'une pièce procédurale écrite, alors que dans la deuxième hypothèse, la question préjudicielle peut être posée jusqu'au prononcé du jugement. Dans ce dernier cas, une pièce procédurale écrite est néanmoins parfois exigée, quoiqu'il soit également parfois admissible de poser la question préjudicielle oralement à l'audience. A Malte, une distinction est faite selon que les questions préjudicielles sont posées devant le 'High Commissioner and the Appeal Board' ou devant les tribunaux. Dans le premier cas, une question préjudicielle peut être posée sans que s'appliquent des limites procédurales prévues par la loi, alors que dans la majorité des cas, il est pourtant exigé que la question soit posée au début de la procédure. Les tribunaux maltais suivent alors la règle selon laquelle la question doit être posée au début de la procédure, avant l'audience et de façon écrite. Des exceptions à ce principe sont possibles si l'opportunité de poser la question ne se réalise qu'à un stade ultérieur de la procédure. Par ailleurs, d'autres raisons existent justifiant que des questions préjudicielles puissent être posées à chaque stade de la procédure.

Pour le contentieux de l'immigration, la France souligne que c'est au juge et à lui seul qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice. Les parties peuvent certes le lui suggérer, mais, dans ce cas, il n'est pas tenu de répondre à leur argumentation. La France souligne que dans ces conditions, la question de savoir dans quelles conditions une partie peut soulever une question préjudicielle, paraît sans objet en droit administratif français. En outre, la France relève qu'en pratique, les renvois préjudiciels sont relativement rares dans le contentieux de l'immigration. Concernant le contentieux de l'asile, la France note que la question est théorique, aucune question préjudicielle n'ayant été jusqu'ici posée à la Cour de Justice de l'Union Européenne. La France précise toutefois que la Cour nationale du droit d'asile a le pouvoir de formuler une telle question.

En l'absence de réglementation spécifique ou d'une jurisprudence en la matière dans la grande majorité des pays européens, il n'y a pas de modalités spécifiques pour les juridictions nationales quant à la forme pour formuler ou transmettre une question préjudicielle. Ainsi, en Estonie, en Pologne, en Suède, en Lituanie, en Lettonie et en Finlande, aucune condition n'est exigée, ou, à tout le moins, une pièce de procédure écrite n'est pas exigée pour la suggestion à poser une question préjudicielle. Il n'y a, ainsi, en Roumanie, pas de conditions procédurales spécifiques et la question préjudicielle peut être posée à tout moment, en ce compris à l'audience. La Roumanie précise néanmoins qu'il est préférable de présenter la question dans une pièce écrite.

**→ En conclusion, il s'avère que la plupart des pays européens n'imposent pas de vraies limites procédurales aux parties quand elles souhaitent soulever une question préjudicielle devant le juge du fond. Certains pays appliquent néanmoins de telles conditions et exigent que la demande au juge du fond de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne soit présentée de façon écrite et dans une pièce de procédure prévue par la loi. Il est également à noter que dans ces pays où des limites procédurales existent, des exceptions pour, dans la plupart des cas, des motifs d'ordre public, sont possibles.**

## II. APPLICABILITE DIRECTE DES ARTICLES 18 ET 47 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE

**Le juge national s'est-il déjà prononcé sur la question de l'applicabilité directe dans de votre pays des articles 18 et 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne? Dans l'affirmative, le juge national compétent pour les contestations relatives au contentieux des étrangers a-t-il la possibilité ou l'obligation de soulever d'office des moyens pris de ces dispositions ?**

Avant d'entrer dans l'analyse des réponses des différents pays, il peut être utile de dresser le cadre théorique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (JOUE , n° 303 C du 14 décembre 2007, p 1), ci-après dénommé Charte et de ses articles 18 et 47.

Le Traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Le texte de la Charte n'était pas inclus dans le Traité de l'Union Européenne (JOUE, n°115 C du 9 mai 2008), ci-après de dénommé TUE, modifié par le Traité de Lisbonne. Le TUE énonce néanmoins que les droits, libertés et principes énoncés par la Charte ont la même valeur juridique que les traités (article 6, par. 1 TUE). Cette référence à la Charte implique que celle-ci a le même statut juridique que si elle avait été incorporée dans le traité même.

Le Titre VII de la Charte précise que les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (article 51, par.1 Charte). L'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux Etats membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union (Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOUE, n° 303 C du 14 décembre 2007, p. 32). Dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ci-après dénommé CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue (article 52, par. 3 Charte).

Les explications relatives à l'article 47 de la Charte (droit à un recours effectif et droit d'accès à un tribunal impartial) précisent que le premier alinéa de cet article est fondé sur l'article 13 de la CEDH. Après avoir rappelé cette dernière disposition, les explications soulignent que « *Cependant, dans le droit de l'Union, la protection est plus étendue puisqu'elle garantit un droit à un recours effectif devant un juge. La Cour de justice a consacré ce droit dans son arrêt du 15 mai 1986 en tant que principe général du droit de l'Union (...). Selon la Cour, ce principe général du droit de l'Union s'applique également aux États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. (...) L'article 47 s'applique à l'égard des institutions de l'Union et des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, et ce, pour tous les droits garantis par le droit de l'Union.* »

Les explications précisent ensuite que le deuxième alinéa de l'article précité correspond à l'article 6, alinéa 1 de la CEDH et, après en avoir rappelé le contenu, avancent : « Dans le droit de l'Union, le droit à un tribunal ne s'applique pas seulement à des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil. C'est l'une des conséquences du fait que l'Union est une communauté de droit, comme la Cour l'a constaté dans l'affaire 294/83, «Les Verts» contre Parlement européen (...). Cependant, à l'exception de leur champ d'application, les garanties offertes par la CEDH s'appliquent de manière similaire dans l'Union. » Concernant le troisième alinéa, les explications précisent que, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ci-après dénommée Cour EDH, une aide judiciaire doit être accordée lorsque l'absence d'une telle aide rendrait inefficace la garantie d'un recours effectif et ajoute qu'il existe également un système d'assistance judiciaire devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOUE, n° 303 C du 14 décembre 2007, p. 29-30).

Dans l'explication relative à l'article 18 de la Charte – droit d'asile – il est indiqué que le texte de l'article a été fondé sur l'article 78 TFUE, qui impose à l'Union de respecter la Convention de Genève sur les réfugiés (Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOUE, n° 303 C du 14 décembre 2007, p. 24).

De l'analyse des rapports des pays, il s'avère entre autres que la Cour d'appel en matière migratoire (The Migration Court of Appeal – ci-après : MCA) de la Suède a déjà été confronté à la problématique de l'article 47 de la Charte. En l'espèce il s'agissait de la possibilité pour un ressortissant d'un pays tiers d'intenter un recours contre une décision de la 'Migrationsverket'. Dans ses motifs, la MCA a fait référence à l'article 47, à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu dans l'affaire C-540/03 'Parlement européen c. le Conseil' et à l'article 13 de la CEDH. La MCA a conclu que nonobstant le fait que la loi suédoise des étrangers de 2005 ne lui conférait pas un tel droit, le requérant avait le droit d'introduire un recours contre la décision de la 'Migrationsverket'.

En Belgique, la problématique de l'article 47 de la Charte a été soulevée devant le Conseil du Contentieux des Etrangers tant en contentieux de l'asile qu'en contentieux d'immigration. Les arguments des requérants, *in casu*, relèvent que les recours – tant en contentieux de l'asile en qu'en matière d'immigration - devant ladite Conseil ne satisfont aux garanties prévues par l'article 47 de la Charte. Dans le contentieux de l'asile, le Conseil du Contentieux des Etrangers de Belgique répond à ce moyen en se référant à un arrêt de la Cour Constitutionnelle belge qui précise que le Conseil dispose d'une compétence de pleine juridiction quand il statue en tant que juge en contentieux de l'asile et que le requérant n'est pas privé d'un recours juridictionnel effectif, de sorte que le recours répond aux garanties prévues par l'article 47 de la Charte. Dans le contentieux de l'immigration, il relève là que la

section législative du Conseil d'Etat belge a déjà estimé que le recours juridictionnel devant le Conseil du Contentieux des Etrangers répondait *prima facie* à l'exigence du recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH. Le Conseil du Contentieux des Etrangers souligne alors que l'article 47, premier alinéa de la Charte est basé sur article 13 de la CEDH et s'appuie, à nouveau, sur un arrêt de la Cour Constitutionnelle belge indiquant que le recours devant le Conseil du Contentieux des Etrangers statuant en tant que juge en matière d'immigration répond aux exigences de l'article 13 de la CEDH. A titre comparatif, l'arrêt précité de la Cour Constitutionnelle belge se réfère à l'arrêt *Cour EDH*, 7 novembre 2000, Kingsley c. Royaume-Uni.

La Cour administrative Suprême de la Lituanie a jugé que l'article 18 de la Charte, faisant partie du droit primaire de l'Union Européenne, stipule que le droit d'asile est garanti conformément aux dispositions de la Convention de Genève sur les réfugiés du 28 juillet 1951 en du Protocole du 31 janvier 1967 ainsi qu'aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne et le TFEU. Dès lors, la Cour administrative Suprême de la Lituanie estime que le droit d'asile est un droit fondamental dont la mise en œuvre est régie par la réglementation de l'Union Européenne.

Enfin, aux Pays-Bas, le rapport révèle que des cas relatifs aux articles 18 et 47 de la Charte sont pendants.

La plupart des pays européens n'ont donc, jusqu'à présent pas eu à se prononcer sur la question de l'applicabilité directe desdits articles de la Charte. C'est ainsi le cas pour des pays comme l'Autriche, la Bulgarie, le Chypre, l'Estonie, l'Italie, le Luxembourg, la Lettonie, la Grèce, la Slovaquie, la Belgique (Conseil d'Etat), le Royaume-Uni, la Finlande, la Slovaquie, l'Irlande, la Roumanie, le Portugal, la France et Malte. Quelques constats sont toutefois à relever.

Ainsi, la Bulgarie relève, qu'eu égard à la transposition de dispositions de droit communautaire en droit interne, la jurisprudence ne se réfère pas à l'application directe des articles 18 et 47 de la Charte. L'Espagne indique ensuite qu'elle n'a pas adopté de résolutions qui traitent explicitement des articles 18 et 47 de la Charte mais que la Constitution espagnole contient des dispositions similaires. Le Portugal note pour sa part que le droit de chaque personne à être entendu par un tribunal impartial dans un délai raisonnable est également garanti par la CEDH et la Constitution portugaise, dont l'article 33 énonce par ailleurs les principes auxquels doivent répondre les garanties accordées par la loi en matière d'asile. Par ailleurs le Portugal précise que cette dernière disposition ne concerne que les personnes qui peuvent obtenir le droit d'asile et non les éventuelles autres mesures humanitaires ou problématique liée à la présence sur le territoire national d'immigrants en situation irrégulière.

Le rapport irlandais note, enfin, qu'il est difficile d'imaginer des circonstances donnant lieu à l'applicabilité directe de l'article 18 de la Charte, eu égard au fait que les dispositions de la Convention de Genève sont déjà entrées en vigueur en droit irlandais.

Même si la question concernait les articles 18 et 47 de la Charte, le rapport italien précise toutefois que la Cour Constitutionnelle italienne a dû se prononcer sur l'applicabilité directe de l'article 9 de la Charte par rapport à la problématique du mariage homosexuel. La Cour italienne a estimé que la question de l'effet direct n'était pas pertinente, étant donné que l'article 9 reconnaissant le droit au mariage et le droit de constituer une famille se réfère à la

règlementation nationale. Dès lors, la Cour italienne a jugé que c'est à la règlementation italienne de trancher la question de l'autorisation du mariage homosexuel. Dans une affaire de naturalisation, le Conseil d'Etat grec a répondu négativement à la question de l'effet direct d'autres dispositions de la Charte.

Quant à la possibilité de soulever les articles 18 et 47 de la Charte d'office, la plupart des pays européens relèvent que leurs juridictions n'ont jusqu'à présent pas soulevé lesdits articles d'office. C'est le cas pour, entre autres, la Bulgarie et la Lituanie.

En Estonie, néanmoins, les juridictions peuvent en principe soulever d'office les articles 18 et 47 de la Charte. A Malte également, le juge peut inviter les parties à traiter de la question, mais il n'est pas obligé de les soulever d'office. D'après le rapport lituanien, le droit à une protection juridique effective (« efficient judicial protection ») et d'autres principes généraux du droit de l'UE et de droit interne laissent présumer que le juge soulèvera d'office lesdites dispositions, quand cela s'avèrera nécessaire pour résoudre le litige présenté devant lui. En Suède, existe la possibilité, tel que précisé ci-avant, de soulever d'office l'article 47 de la Charte. La France indique, au contraire, et de façon explicite qu'il n'est pas possible pour le juge de soulever d'office les articles 18 et 47 de la Charte.

**→ Etant donné la récente entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui reconnaît la même valeur juridique à la Charte qu'aux dispositions des traités, la problématique liée à l'applicabilité des articles de la Charte est relativement neuve. Toutefois, quelques premiers cas peuvent, déjà, nourrir un débat fort intéressant.**

### **THEME III. LE JUGE NATIONALE ET LES INSTRUMENTS EUROPEENS**

#### I.- LA REFERENCE A LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE ET A LA JURISPRUDENCE DES AUTRES ETATS MEMBRES DANS LES DECISIONS NATIONALES

**Faites-vous régulièrement référence à la jurisprudence européenne dans les décisions que vous rendez ? Avez-vous déjà fait référence à la jurisprudence des autres Etats-membres dans les décisions que vous rendez ?**

De l'analyse des rapports des pays, il s'avère que dans un certain nombre de pays européens, les juridictions statuant en matière d'asile ou d'immigration se réfèrent occasionnellement ou même régulièrement à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ci-après dénommée Cour EDH. Cette tendance se manifeste notamment au Danemark, en Allemagne, en Suède, en Belgique, en République Tchèque, en Grèce, en Finlande, en Slovénie, en Irlande et en France.

Le rapport national du Conseil du Contentieux des Etrangers de Belgique contient un large éventail de la jurisprudence de la Cour EDH auquel le juge du fond se réfère dans le contentieux de l'asile ou de l'immigration. Il appert du rapport que c'est surtout la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative aux articles 3, 6 et 8 de la CEDH qui est

fréquemment citée. De même, le rapport français indique que les références à la jurisprudence de la Cour EDH figurent souvent à l'occasion de moyens alléguant une violation des articles 3 et 8 de la CEDH.

Dans la plupart des pays européens, aussi bien dans le contentieux d'asile que dans le contentieux de l'immigration, référence est régulièrement faite à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Seulement quelques pays européens indiquent explicitement de ne pas se référer à la Cour de Luxembourg. Ainsi, l'Estonie note que sa Cour Suprême responsable du traitement des affaires du contentieux de l'asile ou du contentieux de l'immigration ne se réfère pas à la jurisprudence européenne. Quant à la Croatie, il est à préciser que la jurisprudence de l'Union Européenne n'y constitue pas une source de droit national mais que, néanmoins, le juge croate a dans une certaine mesure pris connaissance de décisions judiciaires européennes.

Quelques rapports de pays présentent des exemples de cas européens auxquels référence est faite dans le contentieux de l'asile ou le contentieux de l'immigration.

Ainsi, le rapport belge mentionne que le Conseil du Contentieux des Etrangers, juge de l'asile, se réfère régulièrement à l'affaire de l'arrêt Elgafaji de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, 17 février 2009, Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie, C-465/07). D'autres arrêts auxquels le Conseil, alors juge du contentieux de l'immigration, se réfère lors de l'application de dispositions de directives européennes ou pour l'interprétation de concepts issus de directives européennes sont, entre autres, les arrêts dans les affaires Jia (CJUE, 9 janvier 2007, Yunying Jia contre Migrationsverket, C-1/05), Zhu et Chen, (CJUE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen contre Secretary of State for the Home Department, C-200/02), M.R.A.X., (CJUE, 25 juillet 2005, M.R.A.X. contre Etat belge, C-459/99) Giagounidis (CJUE, 5 mars 1991, Giagoundis contre Stadt Reutlingen, C-376/89) et Singh (CJUE, 7 juillet 1992, The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte : Secretary of State for the Home Department, C-370/90). Le Conseil d'Etat belge se réfère également de manière régulière à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

La République Tchèque note dans son rapport que référence est très souvent faite à la jurisprudence européenne, et ceci surtout par la Cour administrative suprême, en matière d'immigration. Bien qu'il n'y ait beaucoup de jurisprudence en matière d'asile, la République Tchèque, indique s'y référer, notamment la jurisprudence Elgafaji.

La Norvège indique que sa Cour Suprême se réfère régulièrement à la jurisprudence européenne, dans le cadre de l'accord EEA (European Economic Area). Par ailleurs, elle indique que le législateur norvégien a fait le choix - jusqu'à un certain niveau - d'ajuster sa législation se situant en dehors du cadre de l'accord EEA aux réglementations de l'UE, de sorte que la jurisprudence européenne importante et pertinente pour l'interprétation de cette législation soit également citée.

Il est à noter que le Conseil belge du Contentieux des Etrangers, plutôt à titre exceptionnel, se réfère également à la jurisprudence d'autres institutions européennes ou internationales, telles que l'arrêt TADIC de la Chambre d'Appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, qui y interprète le concept de « conflit armé » intervenant également dans l'article 15 de la directive qualification.

La pratique de se référer à la jurisprudence d'autres Etats membres européens est assez variable. Certains Etats membres indiquent n'avoir, jusqu'à présent, jamais fait référence, en matière d'asile ou d'immigration, à des jugements de juridictions d'autres pays membres de l'UE. Tel est le cas pour l'Estonie, la Lituanie, la Lettonie, la Slovaquie et la Slovaquie. Chypre note par exemple que sa jurisprudence fait déjà référence à des jugements de juridictions grecques et polonaises, mais que sa jurisprudence administrative ne fait jamais mention de la jurisprudence d'autres Etats membres. L'Espagne note également qu'il n'est pas d'usage d'examiner la jurisprudence d'autres Etats membres et les Pays Bas soulignent que la jurisprudence d'autres Etats membres joue un rôle plutôt réduit en raison des différences de réglementation et de procédure nationales. Par ailleurs le Portugal mentionne que la pratique de se référer à la jurisprudence d'autres Etats membres est quasi-inexistante.

D'autres Etats membres signalent qu'ils se réfèrent exceptionnellement, sporadiquement voire très régulièrement à la jurisprudence d'autres Etats membres en matière d'asile ou d'immigration. En voici quelques exemples :

- L'Autriche se réfère à la jurisprudence d'autres Etats membres seulement si cette jurisprudence est disponible sur Internet.
- L'Allemagne s'est déjà référée aux décisions de la 'British Supreme Court' et du 'Conseil d'Etat de la France' en matière d'asile. Par ailleurs, l'Allemagne a également déjà fait référence à la jurisprudence d'autres états qui ne sont pas membres de l'Union Européenne, tels que 'The US Supreme Court' ou 'The Supreme Court of Canada'. L'Allemagne précise que sa Cour Administrative Fédérale publie ses plus importantes décisions en matière d'asile ou d'immigration afin de promouvoir un dialogue entre les Cours Suprêmes des Etats membres.
- La Cour du Royaume-Uni s'est référée, dans un cas récent relatif au 'country guidance, Iraq', à des affaires françaises et bulgares. Elle estime que la référence à la jurisprudence en matière d'asile d'autres Etats membres est très importante, compte tenu du fait que peu de jurisprudence de la Cour de Justice est, à ce jour, disponible. En contentieux de l'immigration, il n'existe pas de jurisprudence française qui se réfère à des décisions d'autres Etats membres. La jurisprudence des juridictions d'autres Etats membres de l'Union Européenne, voire de juridictions de pays tiers, celle-ci constitue pour le juge français un élément de contexte présentant une importance croissante, mais auquel, compte tenu de la difficulté des recherches en droit comparé, il n'est généralement recouru que lorsque sont en cause des questions de principe. La France souhaite attirer l'attention sur le fait que le public est en mesure de connaître la jurisprudence de pays européens ou autres qui ont joué un rôle dans le raisonnement du juge en se référant aux conclusions du rapporteur du gouvernement. En matière d'asile, la France ne se réfère pas non plus aux décisions d'autres juridictions mais elle tient compte des solutions proposées par ces juridictions au niveau du droit comparé. La France dispose d'un exemple où un juge fut inspiré par une décision de la 'High Court of Justice Queen's bench Administrative Court'.
- La Suède se réfère régulièrement à la jurisprudence d'autres Etats membres. Ainsi référence fut déjà faite aux décisions du 'Asylum and Immigration Tribunal of the United Kingdom' et du 'Bundesverwaltungsgericht' de l'Allemagne.

- En Belgique, il n'existe pas de jurisprudence où le Conseil d'Etat belge se réfère à des décisions de juridictions d'autres Etats membres. En revanche, le Conseil du Contentieux des Etrangers a notamment déjà fait référence à un jugement du 'rechtbank van 's-Graveshage' des Pays-Bas et du Conseil d'Etat des Pays-Bas.
- En Grèce, plusieurs exemples existent de jugements où, en matière du contentieux de l'asile ou de l'immigration, référence est faite à la jurisprudence d'autres Etats membres. Il y a ainsi déjà été fait référence à des décisions du 'Conseil d'Etat de la France' et de la 'Cour administrative d'appel de Bordeaux'.
- La Norvège note que si parfois référence est faite à la jurisprudence connue d'autres Etats membres, elle insiste sur le fait que référence est plus fréquemment faite à la jurisprudence d'autres pays scandinaves plutôt qu'à la jurisprudence d'autres pays membres de l'UE non-scandinaves, puisque la réglementation dans les pays scandinaves est similaire et que la législation scandinave est mieux connue et plus facilement accessible aux juges norvégiens. Par ailleurs, la Cour Suprême de Norvège donne parfois, avant l'audience, ordre aux avocats des parties de préparer une présentation concernant la jurisprudence européenne et la jurisprudence des Etats membres qui peut être pertinente.
- En République Tchèque dans certains cas complexes, la jurisprudence d'autres pays est examinée afin de fournir de l'inspiration et si cela s'avère pertinent, référence y est faite.
- Il n'y a pas de limitation légale en Pologne pour faire référence à la jurisprudence d'autres Etats membres. Les références y sont donc courantes, telles que celle au « UK judgement Islam v. Secretary of State for the Home Department » et à « R. v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department » du 'UK House of Lords'.
- L'Italie indique qu'il n'est pas exclu que des juges italiens fassent référence à la jurisprudence d'autres Etats membres, mais que cela n'est, en toute probabilité, que peu coutumier. C'est plutôt le cas lorsqu'un jugement italien contient une citation d'une décision d'un autre Etat membre quand le juge en question a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne concernant l'interprétation du droit de l'Union ou concernant la portée de la réglementation adoptée par les institutions européennes.

***→ De ce qui précède, il peut être conclu que le juge administratif de la plupart des pays européens a déjà pris l'habitude de faire référence dans ses décisions à la jurisprudence européenne. Par ailleurs, l'on constate une autre tendance suivant laquelle le juge se réfère ou s'inspire également de décisions d'autres pays européens.***

*II. L'INTERPRÉTATION AUTONOME DE L'ARTICLE 1<sup>ER</sup>, SECTION A) A F) DE LA CONVENTION DE GENEVE DU 28 JUILLET 1951*

**Le juge national peut-il faire une interprétation autonome de l'article 1er, section A) à F) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 en faisant, en particulier, abstraction de la directive 2004/83/CE, dite directive « qualification » ? Un conflit entre ces deux normes a-t-il déjà été constaté (par exemple concernant les critères de rattachement ou les clauses d'exclusion)? Le cas échéant, quelle(s) solution(s) le juge national a-t-il retenue(s) ?**

Dans la plupart des pays européens (Autriche, Chypre, Estonie, Italie, Suède, Belgique, Pays Bas, Lituanie, Luxembourg, Lettonie, Grèce, Slovaquie, Finlande, Slovénie, Irlande, Portugal, France et Malte), cette problématique ne s'est jamais posée.

Quelques pays européens expliquent avoir, dans leurs réglementations nationales, fait en sorte que qu'un tel conflit ne puisse se produire. L'Allemagne indique ainsi que l'article contenant les critères et normes à remplir pour l'obtention du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève, stipule également que les articles 7 à 10 de la directive qualification doivent être appliqués.

Le Royaume-Uni relève ainsi que le juge national est bien conscient de cet éventuelle différence liée à la différence entre les normes légales internationales d'interprétation (Convention de Vienne sur le droit des traités) applicables à la Convention de Genève et l'approche plus téléologique de l'interprétation adoptée par la Cour de Justice de l'UE dans le contexte de l'interprétation des directives.

Afin d'illustrer cette interaction entre l'article 1er de la Convention de Genève et la directive qualification, le Conseil belge du Contentieux des Etrangers attire l'attention sur les éléments suivants qui peuvent être pris en considération: le TFUE, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et les considérants du préambule de la directive qualification. Par ailleurs ledit Conseil renvoie aux considérants de l'arrêt Salahadin Abdulla du 2 mars 2010 de la Cour de Justice de l'UE (CJUE, 2 mars 2010, Salahadin Abdulla e.a., C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, 51-54).

Les Pays-Bas relèvent également le préambule et la base légale de la directive qualification pour conclure qu'ils supposent que la directive qualification serait interprétée en conformité avec la Convention de Genève. La Lituanie note qu'il faut tenir compte de l'article 3 de la directive qualification. Cet article précise en effet que « les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive ». Les juridictions administratives lithuaniennes interprètent et appliquent le droit d'asile de manière non restrictive afin de garantir le droit à une protection juridique effective.

Par ailleurs concernant la relation entre l'article 1er de la Convention de Genève et la directive qualification, il découle des rapports que les juridictions de quelques pays européens peuvent interpréter l'article 1er de la Convention de Genève de manière autonome (Pologne, Croatie et Royaume-Uni). D'autres indiquent que leurs juridictions peuvent interpréter l'article 1er de la Convention de Genève de manière autonome, mais qu'elles sont toujours tenues de prendre en compte la directive qualification (Autriche) voire que leurs juridictions peuvent interpréter et appliquer les articles de la Convention de Genève (Espagne) et appliquer simultanément la directive qualification (Chypre, Finlande).

La Lettonie, La Slovaquie et la France précisent que leurs juridictions interprètent la Convention de Genève à la lumière de la directive qualification. L'Italie note que, depuis l'intervention de la directive qualification et la transposition de celle-ci dans le droit interne, les juridictions nationales appliquent la directive et le droit interne transposant la directive et qu'en conséquence, la Convention de Genève n'est plus appliquée directement. Les juridictions norvégiennes, enfin, peuvent interpréter les dispositions de la Convention de Genève d'une manière autonome, étant donné que la directive qualification ne fait pas partie de l'accord EEA.

Seule la Cour Suprême administrative tchèque s'est déjà prononcée sur la relation entre la Convention de Genève, le CEDH et la directive qualification. Elle en a conclu que le plus grand dénominateur commun devait être appliqué. Ainsi, "Although the Act on Asylum is construed so as to reflect the Geneva Convention, the ECHR and also the qualification directive (after amendment of the Act on Asylum by Act No. 165/2006 Coll.), in some cases protection of asylum-seekers is contained only in one of these. For decision-making it follows from this, that the Geneva Convention, ECHR, qualification directive and Act on Asylum represent diverse layers of protection guaranteed to asylum-seekers. The final protection provided to asylum-seekers in the Czech Republic is represented by the "highest common denominator" of protection of rights guaranteed in these four layers. One "layer" of protection cannot thus be interpreted as a reason to diminish level of protection by another layer(...)" (Supreme Administrative Court, judgement No. 4 Azs 60/2007-119 of 7 September 2010, <http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=anonymZneni&id=23827&mark>).

Le Portugal semble préconiser une approche similaire. Le juge national semble pouvoir faire une interprétation autonome de la Convention de Genève, lorsqu'il conclut que la directive qualification assure une protection moins favorable. En revanche, dans le cas contraire, lorsque les normes de la directive qualification sont plus favorables, cette interprétation est interdite.

***→ Il découle de ce qui précède que peu de pays ont déjà eu à traiter de la problématique de l'interaction qui existe entre l'article 1er de la Convention de Genève et la directive qualification. Néanmoins, les rapports nationaux permettent, ainsi que constaté, d'avoir une idée des points de vue et des arguments avancés pour permettre un premier débat sur le fond.***

**Certaines directives européennes contiennent des dispositions qui ne sont pas obligatoirement transposables. Tel est par exemple le cas des articles 5, §3, 8, §1 et §3, ou 17, §3, de la directive 2004/83/CE, dite directive « qualification », des articles 26 et 27 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres laissée aux Etats membres, dite directive « procédure » ou des articles 4, §2 et §3 ou 7, §1 et §2 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial? Si elles n'ont pas été transposées, le juge national attache-t-il néanmoins une certaine valeur à ces dispositions (« soft law », norme minimale...)?**

A côté de dispositions qui doivent être transposées dans l'ordre juridique interne des Etats membres, quelques directives de l'Union Européenne contiennent également des « dispositions optionnelles ». Les Etats membres ne sont pas obligés de transposer ces dispositions dans leur droit national. La question susmentionnée vise donc à évaluer l'éventuelle valeur qu'accordent les juridictions nationales à de telles dispositions lorsqu'elles n'ont pas été transposées en droit national.

De l'analyse des rapports des pays, il ressort que certains transposent complètement les directives de sorte que 'l'option' est utilisée et que les dispositions énumérées dans la question ont été transposées en droit national. C'est le cas, par exemple, de la Bulgarie.

Dans d'autres pays européens, bien que toutes les dispositions énumérées n'aient pas été transposées, et qu'il puisse bien être parlé dans ce cas de dispositions facultatives non transposées, la problématique ne s'est pas encore posée (Italie et Luxembourg). Les directives susmentionnées ne faisant partie de l'accord EEA, la problématique ne s'est, de ce fait, jamais posée en Norvège. Le Danemark n'est pas non plus lié par lesdites directives.

Les rapports des pays font apparaître que certains pays européens attachent néanmoins une valeur particulière aux dispositions optionnelles qui n'ont pas été transposées en droit interne. En voici quelques exemples :

- En Autriche ces dispositions sont considérées comme des indications pour l'interprétation du droit transposé.
- La Finlande estime que les directives doivent être prises en compte comme des normes minimales ('minimum standards').

- En Estonie, de telles dispositions peuvent parfois être utilisées en tant qu'arguments interprétatifs additionnels. Dans une décision du 13 décembre 2007 la juridiction estonienne estimait que même si la directive 2003/86 n'est pas applicable aux membres de famille des ressortissants de l'Union Européenne, les articles 15 (3) et 17 de cette directive peuvent être pertinents dans le cas d'une épouse estonienne, au cas où la réglementation estonienne en matière d'étrangers ne prévoit pas d'octroi de titre de séjour en cas de circonstances exceptionnelles.
- En Suède, la MCA attache de l'importance aux dispositions desdites directives même si elles n'ont pas été transposées. Par ailleurs la Suède attire l'attention sur le fait que la MCA a fait référence, dans plusieurs décisions, à des considérants du préambule des directives.
- Des juridictions lituaniennes utilisent les dispositions qui n'ont pas été transposées comme élément interprétatif supplémentaire pour certaines normes législatives. La Lituanie précise que ces dispositions n'ont pas de valeur juridique contraignante et ne contiennent pas de lignes de comportement visant des individus. La Cour peut se référer à certaines dispositions malgré le fait qu'elles n'ont pas été transposées, mais elles n'offrent aucunement une source décisive d'information et ne peuvent simplement être considérées que comme une source supplétive à laquelle il peut être fait référence pour esquisser un contexte plus large de la problématique qui se pose. Ceci est d'autant plus le cas dans des affaires où la décision de la Cour peut avoir de plus larges implications.
- La Slovaquie et la Slovénie signalent que leurs juridictions tiennent compte dans leurs décisions des dispositions de directives européennes qui n'ont pas été transposées en droit interne.
- Malte précise que lorsque les directives européennes n'ont pas été transposées en droit interne, la Cour est néanmoins en mesure d'en tenir compte lors de l'interprétation et de la mise en œuvre de la réglementation maltaise, laquelle doit être interprétée et appliquée conformément à ladite directive pour autant que la lettre de la loi le permette.

Par ailleurs les rapports des pays abordent quelques thèmes et questions intéressantes comme suit:

- En République Tchèque, l'article 8, §1 et §3 de la directive qualification, par exemple, n'a pas été entièrement transposée en droit interne. C'est pourquoi la Cour administrative Suprême tchèque a élaboré à partir d'une série de questions cumulatives un test qui donne un effet indirect à la directive : (1) une autre partie du pays est-elle accessible; (2) le déplacement vers cette autre partie du pays offre-il une solution effective à la persécution ou au risque réel d'atteinte grave ;(3) existe-il un risque de refoulement vers la région d'origine ;(4) un standard minimum est-il respecté dans cette autre partie du pays? Si l'une de ces conditions n'est pas présente, il n'y a pas de protection à l'intérieur du pays (Judgment No. 4 Azs 99/2007-93 of 24 January 2008).
- Tous les instruments de l'UE relatifs aux contentieux de l'asile (et de l'immigration en ce qui concerne la libre circulation des personnes) auxquels le Royaume-Uni est partie ont été transposés. Mais si une question se pose sur l'interprétation de la

règlementation nationale qui met en œuvre le droit de l'Union, le Royaume-Uni applique la doctrine de l'effet direct et indirect, selon la nature de l'instrument de l'UE. Par ailleurs le Royaume-Uni soulève une question intéressante: quelle est la valeur ou le statut en règlementation nationale de l'instrument de l'Union Européenne auquel le Royaume-Uni n'est pas partie contractante ? Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de décisions sur le sujet mais des arguments respectables foisonnent et laissent entendre que ces instruments ont ou devraient avoir un impact significatif (« soft law »).

- La France a transposé en droit interne la plupart des dispositions des directives citées dans la question. Elle souhaite souligner le fait qu'elle a déjà fait application de la notion d'« asile interne » de l'article 8 de la directive qualification afin d'apprécier si un demandeur d'asile peut ou ne peut pas séjourner dans une partie du territoire de son pays d'origine. Par ailleurs la France souligne que la Cour nationale du droit d'asile a tenu compte des activités politiques en France d'un demandeur d'asile, bien avant l'adoption de la directive qualification.
- Chypre signale que le droit européen a primauté sur son droit national et que la Constitution chypriote fut amendée en 2006 de telle sorte que le droit européen a priorité sur la Constitution.

Par ailleurs certains pays européens ne sont pas enclins à accorder une quelconque valeur aux dispositions optionnelles des directives, quand ils ne les ont pas transposées en droit national. En voici quelques exemples:

- En Belgique, certaines des dispositions optionnelles précitées n'ont pas été transposées dans l'ordre juridique interne, mais furent toutefois soulevées par des parties devant le Conseil du Contentieux des Etrangers de Belgique. Tel fut le cas entre autres des articles 26 et 27 de la directive procédure. La juridiction a souligné que ces dispositions, n'ont pas été transposées en droit belge et n'ont pas d'effet direct. Pour le reste, le Conseil du Contentieux des Etrangers n'a pas encore été tenu de se prononcer sur la valeur qui pourrait être attachée à ces « dispositions optionnelles » des directives européennes.
- Les Pays Bas n'ont pas encore transposé les articles 5, §3 et 17, § 3 de la directive qualification en règlementation nationale, étant donné que ces dispositions ne sont pas compatibles avec la loi néerlandaise relative aux étrangers de 2000. Dès lors, aucune importance n'a été accordée à ces dispositions.
- Le Luxembourg n'a pas eu affaire à la problématique précitée, ni en contentieux de l'asile, ni en contentieux de l'immigration. Le pays note que le juge administratif luxembourgeois en contentieux de l'immigration juge en général en tant que juge d'annulation. Il lui semble difficile de concevoir qu'un tel juge puisse formuler un reproche à l'administration pour n'avoir pas respecté une disposition qui est en somme facultative.
- Le Lettonie estime simplement que ses juridictions n'ont à présent pas accordé d'importance à ces normes qui n'ont pas été transposées en droit interne.

- L'Irlande note que ces dispositions, en l'absence d'effet direct ou de réglementation nationale à des fins de transposition ne seraient pas mises en œuvre par les juridictions irlandaises.

**→ Il n'y a, dès lors, guère de consensus à l'échelle européenne quant à la valeur qui pourrait ou devrait être accordée aux 'dispositions optionnelles' non transposées des directives européennes.**

-----