

XI^e Congrès français de droit constitutionnel
Atelier 7. Evolutions constitutionnelles en Méditerranée

**Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise migratoire : réflexions à partir de
l'exemple grec.**

Eugenia Kopsidi
Docteur en Droit Public
Université d'Aix Marseille

Document provisoire

La crise dite “migratoire” que traverse l'Europe depuis 2015 a entraîné des changements considérables tant sur le plan institutionnel qu'au niveau de la protection des droits et libertés fondamentaux. Qualifiée à la fois de « tragédie humaine » et de « pression sans précédent », la crise migratoire a été traitée comme une situation exceptionnelle, justifiant la mise en place de règles nouvelles - parfois extra - juridiques – au nom de l'objectif prioritaire de gestion efficace des flux migratoires massifs. Cet objectif est progressivement devenu synonyme de protection des frontières européennes, voire synonyme de sécurité de l'Union européenne. Dans le cadre de cette gestion, l'interprétation des règles juridiques européennes mais aussi nationales a été surdéterminée par des accords intergouvernementaux, confirmant de nouveau la soumission du droit à la nécessité politique.

Parmi les mécanismes principaux déployés pour faire face à la crise, la Déclaration entre l'UE et la Turquie – publiée sous la forme d'un communiqué de presse – a été le premier outil politique utilisé en ce sens et a entraîné des modifications radicales de la politique de l'Union et par conséquent de ses États membres en matière de protection internationale. Ainsi, suite à la Déclaration du 18 mars 2016, la Grèce - premier pays d'entrée pour les migrants venant de Turquie - a adopté une nouvelle loi en matière de procédure d'asile, tendant notamment à la mise en œuvre d'une procédure accélérée propre à déterminer la recevabilité de la demande d'asile. Notion principale de cette nouvelle procédure dérogatoire, le concept de « pays tiers sûr » – jusqu'à ce moment presque inutilisé – devient l'élément déterminant pour tous les migrants en situation irrégulière qui arrivent en Grèce et qui seront renvoyés sur le champ en Turquie sans que leurs demandes soient examinées sur le fond. En d'autres termes, en application de ladite Déclaration, basée sur un accord de réadmission entre l'UE et la Turquie existant depuis 2013, les demandes d'asile sont rejetées comme irrecevables, puisqu'il existe une présomption selon laquelle la Turquie est un pays sûr qui respecte l'ensemble des critères posés par le droit international et le droit de l'Union¹. De nature juridique ambiguë, la

¹ Conformément à l'article 38 de la Directive 2013/UE, « Les États membres peuvent appliquer le concept de pays tiers sûr uniquement lorsque les autorités compétentes ont acquis la certitude que dans le pays tiers concerné, le demandeur de protection internationale sera traité conformément aux principes suivants:

Déclaration a ainsi constitué, outre son rôle politique, une construction juridique permettant dans la pratique la suspension du droit d'asile et des garanties procédurales et matérielles que celui-ci implique. En effet, il s'agit, selon le texte de la Déclaration « *d'une mesure temporaire et extraordinaire, qui est nécessaire pour mettre un terme aux souffrances humaines et pour rétablir l'ordre public* ». Toutefois, la mesure est encore en vigueur et cela malgré le fait que, depuis mars 2020, la Turquie refuse d'accepter les migrants venant de Grèce sur son territoire. Les demandeurs d'asile se trouvent ainsi dans une situation paradoxale puisque la Grèce déclare irrecevables leurs demandes en édictant des décisions de quitter le territoire mais dans la pratique ces mêmes mesures d'éloignement ne peuvent pas être exécutées. Par conséquent, les migrants – dépourvus de statut particulier – restent piégés en Grèce, dans une situation indéterminée, n'ayant pas accès au travail, aux soins de santé ni au logement et se trouvent très souvent placés en détention administrative.

L'évolution du système d'asile en Grèce s'avère ainsi particulièrement problématique tout d'abord au niveau procédural à cause des obstacles diverses posés afin qu'un individu puisse déposer une demande d'asile (I). La Déclaration EU-Turquie et l'utilisation massive du concept de « pays tiers sûr » mais surtout l'établissement des conditions complexes et strictes par le législateur ont sapé le fonctionnement même du système. De même, le dysfonctionnement d'un tel système a conduit à la violation de certains des droits fondamentaux qui accompagnent en théorie le statut du demandeur d'asile (II).

I. L'impossibilité d'accéder à la procédure d'asile

A) Les accords de réadmission et la restriction du droit à l'asile

La Déclaration UE-Turquie a été mise en place en vue de l'application de l'accord de réadmission entre l'UE et la Turquie, lequel avait pour but d'établir « *des procédures rapides et efficaces d'identification et de retour en toute sécurité et en bon ordre des personnes qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de la Turquie ou de l'un des États membres de l'Union, et de faciliter le transit de ces personnes dans un esprit de coopération* ». Comme c'est généralement le cas pour les accords de réadmission conclus par l'Union, le pays qui accepte le retour de ressortissants de pays tiers sur son territoire reçoit en retour une aide financière importante et généralement la promesse d'une libéralisation des visas pour ses citoyens qui souhaitent se rendre dans l'UE. Sur la base dudit accord, tous les migrants en situation irrégulière arrivant dans les îles grecques depuis la Turquie après le 20 mars 2016 y seront renvoyés. Il est souligné que cela sera en pleine conformité avec le droit européen et international, il ne s'agit donc pas d'expulsions

-
- a) les demandeurs n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques;
 - b) il n'existe aucun risque d'atteintes graves au sens de la directive 2011/95/UE;
 - c) le principe de non-refoulement est respecté conformément à la convention de Genève;
 - d) l'interdiction, prévue par le droit international, de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, y est respectée; et
 - e) la possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la convention de Genève ».

collectives (qui sont par ailleurs expressément interdites) et il est également indiqué que le principe de non-refoulement sera respecté. L'accord en question a été décrit comme une mesure temporaire et d'urgence absolument nécessaire. Dans la pratique, les migrants qui entrent illégalement dans les îles grecques via la Turquie et qui soit ne déposent pas de demande d'asile, soit en déposent une et celle-ci est rejetée comme irrecevable ou manifestement infondée, sont renvoyés en Turquie.

Le concept central de cet accord est celui de pays tiers sûr. L'application de la règle du pays tiers sûr signifie que les États ont la possibilité de ne pas examiner les demandes d'asile au fond, voire de les rejeter comme irrecevables, si le demandeur d'asile, en route de son pays d'origine vers le pays d'accueil, est passé par un pays tiers qui est sûr pour lui. Cette règle est relativement ancienne mais n'a été utilisée qu'en 2016 quand la Déclaration UE-Turquie a donné la légitimité politique à son application. Le fondement juridique du concept de « pays tiers sûr » se trouve à l'article 38 de la directive 32/2013 relative aux *« procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale »* et au niveau national au sein de l'article 91 de la loi 4939/2022 qui fixe une série de critères devant être remplis de manière cumulative pour qu'un pays soit qualifié comme de sûr. Il est à souligner que l'examen visant à déterminer si un pays tiers est sûr doit s'effectuer sur une base individuelle pour chaque demandeur séparément, à moins que le pays tiers ait été qualifié généralement sûr en étant inclus dans la liste des pays sûrs. Cela étant, la charge de documenter la qualification d'un pays tiers comme sûr incombe en principe à l'État de destination. Pour autant, dans une deuxième phase, dans le cas où un pays est considéré comme généralement sûr, il incombe au demandeur de prouver - par le biais de son entretien ou de son recours - que dans son cas particulier, il existe certaines raisons rendant le pays dangereux pour lui. La liste des pays considérés comme sûrs - la possibilité de création d'un tel catalogue est introduite en Grèce pour la première fois avec la loi en vigueur - stipule que la Turquie est un pays tiers sûr pour un certain nombre de catégories de demandeurs de protection internationale venant de la Syrie, la Somalie, l'Afghanistan, le Pakistan et le Bangladesh.

Qu'un pays soit sûr ou non sera jugé en fonction de la situation réelle qui prévaut et non en fonction de ce qui est valable au niveau juridique. À cette fin, des sources d'information valables sont prises en compte telles que les documents officiels des organes de l'État, les rapports des organisations internationales et des O.N.G reconnus, les condamnations du pays dans les organes judiciaires supranationaux etc. Cependant, la déclaration UE-Turquie contient au moins une acceptation implicite que la Turquie est un pays tiers sûr. En effet, s'agissant des Syriens, qui ont constitué pendant longtemps la catégorie la plus vaste de demandeurs d'asile, une présomption *de facto* s'était créée selon laquelle ces derniers pouvaient retourner en Turquie sans problème malgré les nombreuses accusations de refoulements illégaux par les autorités turques en Syrie et nonobstant le fait que la Turquie ait ratifié la Convention de Genève avec une restriction géographique. Cela signifie qu'en Turquie, les non-européens n'ont pas droit à l'asile mais uniquement à une protection temporaire qui est librement révoquée par un acte général du pouvoir exécutif. En d'autres termes, il a été considéré que la Turquie remplissait tous les critères d'un pays tiers sûr, parmi lesquels le respect du principe de non-refoulement et le critère de « lien de connexion » selon lequel l'étranger ayant transité par un pays tiers et prenant en compte les circonstances particulières le concernant (telles que la durée du séjour dans ce pays ou le fait que ce pays est proche de

son pays d'origine) sont considérées comme un lien de l'étranger avec ce pays, il est donc raisonnable pour lui de se rendre au pays en question afin de déposer là-bas une demande de protection internationale. Cette approche a également été adoptée par le Conseil d'État grec en 2017 qui a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'envoyer une question préjudicielle à la CJUE afin de clarifier les concepts ci-dessus contenus dans la directive 2013/32/UE en notamment la notion de « pays tiers sûr » laquelle, pour la première fois, a été appliquée si massivement.

La nécessité d'envoyer une décision préjudicielle à la CJUE sur la question de savoir si la Turquie est un pays tiers sûr semble être réapparue récemment avec la décision du Conseil d'État 177/2023, étant donné que depuis mars 2020, la Turquie, en violation de l'accord de réadmission et de la Déclaration commune, refuse d'accepter les retours de ressortissants de pays tiers depuis la Grèce. Par conséquent, près de trois ans se sont écoulés au cours desquels la Grèce, en vertu de l'accord, a rejeté les demandes d'asile (et le fait encore dans certains cas) comme irrecevables tandis que les décisions de retour ne pouvaient pas être exécutées. Il en résultait que ces personnes restaient enfermées dans le pays, dans une situation d'incertitude, dans un statut semi-illégal, puisque formellement elles n'étaient ni demandeurs d'asile ni soumises à un autre statut, alors que le fait qu'une décision d'expulsion/retour étaient souvent pendante à leur encontre suffisait parfois pour les placer en détention administrative. Actuellement, le Service d'Asile grec, afin de faire face à cette impasse juridique, fait recours à une disposition de la loi en vigueur selon laquelle « *Lorsque ledit pays tiers ne permet pas au demandeur d'entrer sur son territoire, sa demande est examinée au fond par les Autorités compétentes* » en créant une présomption informelle de rupture du lien de connexion avec la Turquie. Malheureusement, le Comité de Recours, l'organe administratif de deuxième instance composé de juges administratifs d'appel, continue de rejeter, majoritairement, comme irrecevables les demandes en question au motif qu'il n'est pas compétent pour vérifier la possibilité réelle de réadmission en Turquie. Il s'avère donc évident que cette pratique intensifie l'insécurité juridique qui caractérise le domaine du droit d'asile et bien sûr l'insécurité de toutes ces personnes qui, en fait, n'arrivent pas à prévoir dans quelle catégorie elles se situent.

B) Les conditions procédurales complexes de l'examen de la demande d'asile

Outre l'accès problématique à la procédure d'asile dû au rejet massif de demandes pour irrecevabilité, la loi en vigueur comprend un certain nombre de conditions procédurales complexes devant être remplies afin de présenter une demande d'asile valable, ce qui rend excessivement difficile la protection de l'étranger contre les mesures d'éloignement. L'ensemble du système d'octroi de la protection internationale est imprégné de la nécessité d'accélérer le processus afin que les demandes soient traitées dans les plus brefs délais, la plupart du temps au détriment des droits des demandeurs. Il est caractéristique que déjà au stade initial de l'Accueil et avant que le Service d'Asile ne prenne le relais, certaines demandes sont « priorisées » afin qu'elles soient examinées dans un délai plus court que les autres. Toutefois, cette hiérarchisation ne repose pas sur un examen individuel du cas du demandeur selon le principe fondamental du droit d'asile, mais sur des critères vagues, tels que le lieu de détention de la personne concernée ou - pire encore - sur des jugements précoces intervenant

lors de l'enregistrement de la demande, comme par exemple « *les demandes comportant des motifs manifestement étrangers au statut de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire ou les demandes contenant des informations contradictoires ou fausses ou les demandes de personnes tentant d'induire les autorités nationales en erreur, les demandes de personnes provenant d'un pays d'origine sûr ou d'un pays tiers sûr* » etc. Sur la base de ces évaluations quasi arbitraires, il y a donc des demandes considérées comme « prioritaires absolues », des demandes considérées comme « prioritaires », des demandes examinées sur la base de la procédure accélérée et des demandes considérées sur la base du processus normal. L'appartenance à l'une des catégories ci-dessus a un effet déterminant sur la procédure d'appel et, par extension, sur l'obligation d'éloignement. Dans le même temps, la loi actuelle a supprimé - dans la majorité des cas - l'effet suspensif automatique du recours, ce qui signifie que le demandeur doit présenter une demande de séjour séparée dans laquelle il expose les raisons particulières qui justifient son séjour au pays jusqu'à ce qu'une décision soit rendue en appel. Cette demande est examinée séparément par la commission de recours, sans convocation du demandeur et, dans le cas où il ne bénéficie pas d'une assistance juridique gratuite, une décision de retour sera rendue sans que le droit à être entendu soit respecté. L'ensemble d'un tel mécanisme d'examen des demandes d'asile comporte de multiples obstacles procéduraux rendant difficile avant tout l'exercice du droit à un recours effectif qui constitue la garantie procédurale la plus fondamentale pour l'exercice des droits essentiels des demandeurs d'asile.

Un paramètre important pour le respect de l'article 20 de la Constitution grecque, qui consacre le droit à la protection juridique, est la procédure d'octroi de la protection juridictionnelle provisoire. Selon la loi grecque, les décisions rejetant une demande d'asile et incorporant une mesure d'éloignement sont attaquées par un recours en annulation devant le tribunal administratif de première instance. Il est par ailleurs intéressant de souligner le fait que la dernière loi a transféré la compétence de la cour administrative d'appel au tribunal administratif de première instance tout en modifiant la composition des commissions de recours qui sont désormais exclusivement composées de juges administratifs. Cela étant, le juge de première instance doit examiner la légalité d'une décision rendue par son supérieur hiérarchique. Quant à la protection juridictionnelle provisoire, selon une jurisprudence constante, le rejet d'une demande de protection internationale est un « acte au contenu négatif » qui n'est pas susceptible de sursis à l'exécution car cela équivaldrait à la substitution par le tribunal au rôle de l'administration. Cependant, le juge a la possibilité d'appliquer des mesures alternatives, le tribunal ordonnant dans la plupart des cas à l'administration de s'abstenir de toute action qui entraînerait l'expulsion du demandeur du pays ou encore, plus rarement, ordonne la délivrance d'une carte de demandeur d'asile jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue. Cependant, la simple suspension d'exécution de la décision d'éloignement sans l'octroi parallèle d'une carte de demandeur d'asile - phénomène assez courant - crée la situation paradoxale dans laquelle la personne peut rester légalement en Grèce sans être soumis à aucun régime de protection. Autrement dit, il n'a ni accès au logement, ni aux soins médicaux et hospitaliers, ni à l'éducation et bien sur il n'a pas la possibilité de travailler afin de pouvoir subvenir à ses besoins primordiaux. En effet, il ne peut rien faire jusqu'à ce que la décision finale sur la demande d'annulation soit rendue, ce qui peut être reportée à plusieurs reprises. Il s'agit d'un autre cas où il existe essentiellement un vide juridique qui conduit naturellement à la violation de nombreux droits essentiels qui sont en théorie reconnus aux demandeurs d'asile.

II. La restriction dans l'exercice des droits fondamentaux

A) L'abus de détention administrative comme limite à la liberté de circulation

Le statut de demandeur d'asile implique le séjour légal de l'étranger au moins jusqu'à la délivrance de la décision de rejet en première instance. Selon la loi grecque (n.4939/2022), qui transpose la directive 2013/33/UE établissant les normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, un ressortissant de pays tiers n'est pas détenu pour le seul motif qu'il demande une protection internationale. Les demandeurs ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles, quand cela est nécessaire, après évaluation individuelle et si aucune mesure alternative ne peut être appliquée. La détention est donc imposée que pour des raisons concrètes, expressément énumérées dans la loi. Il en va de même si le demandeur est déjà détenu avant le dépôt de la demande d'asile et qu'une mesure d'éloignement a été prononcée à son encontre. Une personne en détention doit alors être libérée lorsqu'il acquiert le statut de demandeur d'asile à moins que « *la personne a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de considérer que le demandeur présente une demande de protection internationale, dans le seul but de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision de retour, tant qu'il est probable que l'exécution de cette décision pourra être mise en œuvre* ». Dans le cas de la Grèce, il y a une violation systématique du cadre juridique comme relevé ci-dessus à cause notamment d'une pratique constante, sur les îles, d'arrêter et de délivrer sans discernement des décisions « *d'expulsion d'un étranger sur la base d'une procédure de réadmission* » par les services de police accompagnée de décision de détention administrative pour cause d'entrée illégale sur le territoire grec. Cette pratique s'applique également aux personnes qui ont déjà fait l'objet de procédures d'accueil et d'identification et qui jouissaient donc du statut de demandeur d'asile². Il est par ailleurs surprenant que les décisions pertinentes soient rendues alors que les réadmissions en Turquie sont suspendues depuis mars 2020 et donc depuis plus de trois ans.

Une autre dimension de la privation illégale de liberté massivement imposée par l'administration est le fonctionnement des camps fermés que le gouvernement grec a inauguré dans les îles de la mer Égée en 2021. Dans ces camps, les demandeurs d'asile dont la demande est rejetée et pour lesquels une décision de rétention n'a pas été rendue se trouvent essentiellement sous un régime de détention *de facto* étant donné qu'ils n'ont pas le droit de sortir du camp. Il existe déjà des décisions de justice considérant que le séjour dans des camps similaires constitue une privation arbitraire de liberté³.

Enfin, le contrôle judiciaire des décisions de détention s'avère également problématique. La décision de détention peut être contestée en déposant « *des objections* » devant le tribunal administratif de première instance, mais en pratique très peu d'étrangers ont

² En tous cas, la qualité de demandeur d'asile - selon un principe fondamental du droit d'asile récemment confirmé par la CJUE - s'acquiert à partir du moment où la personne exprime par écrit ou oralement la volonté d'introduire une demande de protection internationale, quelle que soit l'autorité - compétente ou non - à qui est soumise sa requête.

³ Tribunal Administratif de Syros, AP36/2021.

la possibilité de s'y opposer⁴. Les motifs sont divers : les décisions de détention sont rédigées uniquement en grec, les intéressés ne sont pas informés par écrit ou oralement, dans une langue qu'ils comprennent, des motifs de détention ni de la possibilité de les contester devant un tribunal. De plus, l'Administration méconnaît systématiquement l'obligation de fournir une assistance juridique gratuite pour le contrôle de la décision de détention aux demandeurs d'asile, conformément aux exigences de la directive européenne "retour".

La réalité qui caractérise le domaine du droit d'asile, pleine d'insécurité juridique, fonctionnement évidemment au détriment des droits fondamentaux des demandeurs de protection internationale. Cependant, il ne s'agit pas d'un phénomène isolé, limité au cas de la Grèce mais au contraire d'un défi européen, comme le confirme l'approche du juge de l'Union européenne.

B. La réticence du juge de l'Union européenne à une protection étendue des demandeurs d'asile.

De manière générale, le contrôle juridictionnel des mesures adoptées pour faire face à la crise migratoire, tant au niveau de l'Union qu'à celui de la Grèce, a été caractérisé par une « élasticité » considérable afin de ne pas remettre en question l'objectif prioritaire de gestion des flux migratoires. Au niveau de l'UE, le Tribunal de l'Union européenne se contente de se prononcer sur les questions formelles de la Déclaration en évitant d'examiner sa conformité au droit de l'Union. Plus précisément, le Tribunal de l'UE se déclare incompétent pour examiner les recours de trois demandeurs d'asile allant à l'encontre de la Déclaration UE-Turquie, au motif qu'elle a été négociée et conclue par les représentants des États membres, agissant en leur qualité de chefs d'État ou de Gouvernement, et non en tant que membres du Conseil européen. Cela dit, la Déclaration n'est pas un acte d'une institution européenne. La CJUE, à son tour, a aussi disqualifié les pourvois dans leur globalité en les considérant « dépourvus de cohérence », de clarté et de précision et limités à « des affirmations générales ». De cette façon, elle affirme qu'elle n'est pas en mesure « d'exercer sa mission » et « d'effectuer son contrôle de légalité » en évitant ainsi de se prononcer sur le fond de la Déclaration. Dans la même optique, le Conseil d'État grec, lors d'un jugement très critiqué rendu en 2017, s'est substitué au juge de l'Union en procédant à l'interprétation de la notion de « pays tiers sûr » sans poser de questions préjudicielles à la CJUE et ce, pour en conclure que la Turquie est un pays tiers sûr pour les demandeurs d'asile provenant de la Syrie. De cette façon, le Conseil d'État grec a évité de remettre en question le mécanisme de renvoi des migrants en Turquie en faisant preuve d'une autolimitation remarquable. Toutefois, le non respect de la Déclaration, suite au changement de la politique de la Turquie et le confinement de centaines de milliers des migrants sur les îles grecques, a conduit le Conseil d'État grec à poser finalement une question préjudicielle à la CJUE, au début de l'année 2023, concernant la considération de la Turquie comme étant un « pays tiers sûr » pour les ressortissants de certains pays.

Or, la gestion de la crise migratoire a mis en exergue la tension persistante entre la sécurité et la liberté à l'intérieur de l'État mais aussi la dégénérescence de la solidarité entre les États membres. Par ailleurs, la crise migratoire s'inscrit dans une continuité des crises

⁴ Selon les statistiques de 2021 moins d'une décision de détention sur sept a été contestée.

successives au sein de l'Union européenne – la crise économique et la pandémie de COVID-19 ayant précédé – ce qui donne l'impression d'un état d'exception permanent justifiant le déclin de l'État de droit et notamment la restriction de la protection des droits fondamentaux.