

LE DROIT D'ASILE ENTERRÉ À PEINE DÉCOUVERT

PAR

François JULIEN-LAFERRIÈRE

*Professeur à la Faculté Jean Monnet de Sceaux - Université de Paris Sud
Centre d'Études et de recherches internationales sur les droits de l'homme (CRIDHOM)*

L'alinéa 4 du Préambule de 1946 dispose : *“Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République”*. Cette reconnaissance du droit à l'asile pour les *“combattants de la liberté”* a paru si *“nécessaire à notre temps”* qu'elle prend la deuxième place parmi les droits proclamés par le Préambule, immédiatement après le principe d'égalité entre l'homme et la femme.

On comprend la place du droit d'asile, dans le Préambule, par le contexte de l'époque : les persécutions fascistes, nazies et franquistes étaient encore toutes fraîches dans les mémoires et la France, considérée comme *“la patrie des droits de l'homme”*, se voulait terre d'asile, ce qu'elle avait si peu été pendant le régime de Vichy.

Et le droit d'asile est ainsi devenu un tabou, politique et juridique. On ne cesse d'en parler, on ne cesse de l'aménager, on ne cesse de le rogner. Mais on ne cesse, en même temps, de proclamer qu'il est sacré, qu'il fait partie de notre *“tradition républicaine”*, qu'il n'est pas question d'y toucher. Cette distorsion entre le discours et l'action a de quoi surprendre. Il convient d'y regarder de plus près pour comprendre de quoi il s'agit.

Contrairement à ce qui est communément admis, le droit d'asile n'est pas une tradition de la République, ni même un acquis de la Révolution de 1789. L'asile n'est pas l'un des *“droits naturels, inaliénables et sacrés”* proclamés par la Déclaration de 1789. Celle-ci ne reconnaît pas de droits politiques et

l'institution même de l'asile ne semble pas une nécessité lors de l'élaboration de la Déclaration.

Il en va autrement après l'entrée en guerre de la France avec les principales puissances européennes et c'est pourquoi l'article 120 de la Constitution montagnarde de 1793 affirme le droit d'asile de façon particulièrement péremptoire : *“Le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté.— Il le refuse aux tyrans”*. L'asile est alors sélectif ; il est accordé aux victimes, pas aux bourreaux. La Constitution de 1793 n'a jamais été appliquée, son entrée en vigueur ayant été suspendue en raison de l'état de guerre et “jusqu'à la paix”. Mais, une fois la paix revenue, c'est une autre Constitution qui est promulguée — celle de l'an III (1795) instituant le Directoire —, beaucoup moins audacieuse que celle de 1793 et dont la Déclaration des droits et des devoirs ne mentionne pas le droit d'asile.

Cette situation perdure pendant un siècle et demi, jusqu'à ce que le projet de Constitution du 19 avril 1946 énonce, à l'article 6 de sa Déclaration des droits de l'homme, le principe que *“tout homme persécuté en violation des libertés et droits garantis par la présente déclaration a droit d'asile sur les territoires de la République”*, puis le Préambule de la Constitution de 1946 l'inscrit de nouveau dans la loi fondamentale à la place et dans les termes mentionnés plus haut. Si bien que la tradition française de l'asile — très forte sous la Monarchie de Juillet, la II^e et la III^e Républiques — est plus le fait d'une pratique, fondée sur une éthique politique, que d'une règle juridique ; elle est indépendante de la forme républicaine ou monarchique du gouvernement.

La proclamation du droit d'asile dans la Constitution n'a pourtant pas bouleversé la pratique française, notamment parce que les étrangers étaient aisément admis en France, les frontières étant largement ouvertes à tous ceux qui étaient susceptibles, par leur travail, de participer à l'oeuvre de “reconstruction nationale” puis, pendant les “trente glorieuses”, à l'expansion économique. Il n'était pas besoin de se réclamer de l'asile, donc de l'alinéa 4 du Préambule, pour obtenir le droit au séjour, la force de travail y suffisant. C'est ainsi que, si les Espagnols fuyant la dictature franquiste réclamaient dans leur immense majorité l'asile et le statut de réfugié, les Portugais aux prises avec le salazarisme préféraient, pour leur part, la simple condition de “travailleurs immigrés”.

Les données du problème changent quand, après le premier “choc pétrolier” de 1973-1974, la fermeture des frontières à la nouvelle immigration est décidée et l'accès des étrangers au marché du travail rendu quasiment impossible par la règle de “l'opposition de la situation de l'emploi”, selon laquelle un poste de travail ne peut être offert à un “primo-immigrant” que si, dans la branche professionnelle et dans la région considérées, le nombre des demandes d'emploi n'est pas supérieure au nombre des offres. Cette condition

n'étant, en pratique, presque jamais satisfaite en période de crise de l'emploi, les étrangers candidats à l'immigration n'ont donc plus accès au travail ni, partant, au séjour en France.

Le droit d'asile devient ainsi — avec le regroupement familial — l'une des seules voies permettant de venir en France. Comme le regroupement familial, il devient suspect et il est réglementé.

I - A LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT DU DROIT D'ASILE : LA CONVENTION DE GENÈVE SUR LE STATUT DES RÉFUGIÉS

Le Conseil d'Etat est appelé le premier à se prononcer sur la valeur juridique de l'alinéa 4 du Préambule. Saisi d'un recours contre un décret relatif aux conditions d'entrée des étrangers en France, il affirme "*que le principe du droit d'asile, posé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français*" et que, "*par suite, ce principe ne peut être invoqué indépendamment desdites dispositions*" (CE 27 sept. 1985, *Assoc. France terre d'asile*). L'alinéa 4 du Préambule ne peut être directement invoqué, il n'est pas d'application directe, "faute de précision suffisante", contrairement à un autre alinéa du même Préambule, celui qui déclare que "*la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*", dont le Conseil d'Etat a, moins de sept ans auparavant, estimé qu'il fondait le droit à mener une vie familiale normale et qu'il pouvait être invoqué à l'appui d'un recours contre un décret portant atteinte à ce droit (CE 8 déc. 1978, *GISTI*). Pourtant, l'alinéa 10 est-il vraiment plus précis que l'alinéa 4 ; ou est-ce la conception du Conseil d'Etat qui a changé ? On est conduit à penser que l'arrêt de 1978 n'aurait probablement pas été rendu en 1985 ou plus tard.

Le Conseil constitutionnel adopte la même solution dès l'année suivante, dans sa décision du 3 septembre 1986 rendue à propos du texte qui allait devenir la "loi Pasqua" du 9 septembre 1986. Il a "*relativisé la norme constitutionnelle de référence en relevant que le principe posé par le Préambule est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution*" [Genevois (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. STH, p. 235]. Le droit d'asile n'est pas un droit subjectif, l'individu ne peut l'opposer à l'Etat que dans la mesure où il est réglementé dans l'ordre interne ou international. Et, en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire régissant l'asile, celui-ci ne peut avoir qu'un statut conventionnel : l'alinéa 4 du Préambule est neutralisé.

En revanche, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel croient voir dans la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés une source internationale du droit d'asile. Ils estiment, en effet, l'un et l'autre que cette convention est de celles dont l'article 5 de l'ordonnance du 23 novembre 1945, donnant la liste des documents exigés par tout étranger pour entrer en France, fait la réserve et qu'il en résulte qu'un demandeur d'asile ne peut se voir refuser l'entrée du territoire français au seul motif qu'il est dépourvu des documents exigés.

Cette solution est contestable car la Convention de Genève n'est pas une convention sur l'asile. Dans aucune de ses dispositions elle ne fait obligation aux Etats parties d'accorder l'asile — c'est-à-dire l'entrée de leur territoire et le maintien sur ce territoire — aux étrangers qui s'adressent à eux pour obtenir leur protection et s'y voir reconnus réfugiés, ni même à ceux qu'ils reconnaissent réfugiés. La seule obligation qui découle, pour les Etats, de la Convention est le "principe du non-refoulement", selon lequel *"aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques"* (Conv. Genève, art. 33, § 1).

Les Etats ne peuvent donc renvoyer un demandeur d'asile — le terme "réfugié" est interprété dans un sens large, par application notamment du caractère reconnaissant de la décision d'admission au statut de réfugié — dans le pays qu'il a fui ou un pays susceptible de le renvoyer à son tour dans le pays qu'il a fui. Mais ils n'ont aucune obligation de l'admettre sur leur territoire, même à titre provisoire et pendant la durée de la procédure de détermination de sa qualité de réfugié.

Cette obligation d'asile provisoire n'a été admise qu'un peu plus tard, par le Conseil d'Etat et sur le fondement d'une autre disposition de la Convention de Genève, l'article 31, § 1, aux termes duquel *"les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée (...), entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière"*. Le Conseil d'Etat a déduit de ce texte un droit, pour les demandeurs d'asile, d'être admis à séjourner en France jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur leur demande (C.E., ass., 13 déc. 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury et Nkodia*, 2 esp.).

Sur ce point aussi, la référence à la Convention de Genève peut paraître passablement artificielle. L'absence de sanction pour entrée ou séjour irrégulier n'est pas synonyme du droit au séjour. Mais cette sollicitation des textes avait l'avantage de permettre de donner une certaine assise au droit d'asile qui, à défaut, serait demeuré une prérogative exclusivement régalienne.

II - LE DROIT D'ASILE DÉCOUVERT : LA CONVENTION DE SCHENGEN

La condition qui manquait pour que le droit d'asile pût être un droit de la personne, opposable à l'Etat, tenait à l'absence de disposition législative ou réglementaire et de convention internationale spécifique à cette matière. La lacune fut comblée, et le droit d'asile prit naissance, quand on ne l'attendait pas nécessairement.

Saisi de la loi autorisant la ratification de la Convention d'application de l'Accord de Schengen — dite elle-même "Convention de Schengen", du 19 juin 1990 —, le Conseil constitutionnel devait résoudre une question délicate. Cette convention institue un mécanisme dit de "détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile", selon lequel toute demande d'asile présentée à l'un des Etats parties à la Convention doit être examinée, mais pas nécessairement par l'Etat à qui elle est présentée. L'Etat responsable est désigné sur la base de critères qui reposent sur l'idée que la "charge" du demandeur d'asile doit incomber à l'Etat qui l'a laissé pénétrer sur le territoire commun.

Se posait alors la question de la conformité de ce mécanisme à l'alinéa 4 du Préambule de 1946, qui fait obligation à la France d'accorder l'asile à "*tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté*". En dégageant de cette obligation les autorités françaises à l'égard des demandeurs d'asile qui ont transité par un autre Etat partie, la Convention de Schengen n'est-elle pas contraire à la Constitution ? Non, répond le Conseil constitutionnel (C. const. 25 juill. 1991, déc. n° 91-294 DC) car "*le paragraphe 4 de l'article 29 [de la Convention] réserve le droit de toute Partie contractante, «pour des raisons tenant notamment au droit national», d'assurer le traitement d'une demande même si la responsabilité incombe à une autre Partie [et] que ces dernières stipulations sont appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du 4e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946*".

L'article 29, paragraphe 4, de la Convention de Schengen stipule littéralement que "*toute Partie contractante conserve le droit, pour des raisons tenant notamment au droit national, d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité au sens de la présente Convention incombe à une autre Partie contractante*". Le Conseil constitutionnel a considéré que la faculté de déroger aux règles de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, ouverte par cette stipulation — "*toute Partie contrac-*

tante conserve le droit...” —, devenait obligation en droit interne, eu égard au caractère impératif de l’alinéa 4 du Préambule de 1946. Et ce n’est que parce que la Convention de Schengen permettait à la France de respecter son obligation constitutionnelle qu’elle n’était pas contraire à la Constitution et pouvait être ratifiée.

La portée de cette décision et les conséquences qu’elle entraînait ont sans doute été mal appréciées par le gouvernement et le législateur. Elle a dû leur être rappelée, à peine plus de deux ans plus tard, à l’occasion de l’examen du texte qui allait devenir la “loi Pasqua” du 24 août 1993.

Voulant transcrire en droit interne le mécanisme de détermination de l’Etat responsable, le gouvernement prévoit d’introduire dans l’ordonnance du 2 novembre 1945 une disposition qui interdit aux demandeurs d’asile dont la demande incombe à un autre Etat, en application de la Convention de Schengen, de saisir l’Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) d’une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. Le Conseil constitutionnel (Déc. du 14 août 1993, n° 93-325 DC) a estimé, d’une part, “*qu’en privant ainsi les étrangers concernés de faire valoir leur droit, le législateur a méconnu les principes de valeur constitutionnelle*” et, d’autre part, que “*la détermination d’un autre Etat responsable du traitement d’une demande d’asile en vertu d’une convention internationale n’est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d’assurer, même dans ce cas, le traitement d’une demande d’asile en application des dispositions propres de son droit national, le 4^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [faisant] obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises de procéder à l’examen de la situation des demandeurs d’asile qui relèvent de cet alinéa*”.

Cohérent avec lui-même et dans le droit fil de sa décision du 25 juillet 1991 — à laquelle il se réfère d’ailleurs —, le Conseil constitutionnel prive donc la Convention de Schengen de la portée que voulaient lui donner les autorités françaises, mais qu’elle n’avait jamais eue pour lui : fermer la porte de l’OFPRA aux demandeurs d’asile dont la demande incombe à un autre Etat Schengen.

III - LE DROIT D’ASILE ENTERRÉ : LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DU 25 NOVEMBRE 1993

Passé le moment de colère et de polémique qui accompagne toute décision du Conseil constitutionnel empêchant la promulgation d’une disposition législative jugée essentielle pour la politique du gouvernement, celui-ci a trouvé la parade : réviser la Constitution pour neutraliser l’alinéa 4 du Préambule de 1946 au profit du mécanisme de détermination de l’Etat responsable.

Le Premier ministre a d'abord, avec l'aval du Président de la République, consulté le Conseil d'Etat pour lui demander si la réforme envisagée — *“permettre à la France de ne pas être contrainte d'examiner, ainsi que la Convention de Schengen l'en dispense, une demande d'asile formulée par une personne (...) dont le cas relève, en vertu de ladite convention, d'un autre Etat”* — pouvait être réalisée par voie législative ou nécessitait une réforme de la Constitution. Comme on pouvait s'y attendre, le Conseil d'Etat (avis du 22 sept. 1993) a estimé que l'obligation rappelée par le Conseil constitutionnel *“découlant du principe proclamé par le 4^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, seule une loi constitutionnelle pourrait en dispenser la France”*.

C'est dans ces conditions que fut adoptée la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 insérant dans la Constitution un article 53-1 selon lequel : *“la République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière de droit d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. — Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou pour un autre motif”*.

Cet article est un modèle de ce qu'il ne faut pas faire en matière juridique. D'abord, son premier alinéa est rédigé de telle façon qu'il paraît totalement inutile.

- A quoi bon autoriser la France à conclure des conventions, alors que ce droit résulte déjà d'autres dispositions constitutionnelles, notamment des articles 52 et 53 ? Fallait-il un article supplémentaire de la Constitution pour consacrer ce droit existant ?

- A quoi bon autoriser la conclusion de conventions relatives à la définition des compétences respectives de la France et de ses partenaires en matière de droit d'asile, puisque la convention sur ce sujet — la Convention de Schengen et, accessoirement, celle du Dublin — a déjà été conclue, qu'elle a même été ratifiée et que le Conseil constitutionnel l'a estimée conforme à la Constitution ?

- Pourquoi limiter la possibilité de conventions en matière d'asile aux seuls Etats européens ? Faudra-t-il réviser à nouveau la Constitution quand apparaîtra la nécessité de conventions du même type que celle de Schengen avec des Etats comme le Canada ou les Etats-Unis, déjà étroitement associés à la *“politique d'asile”* européenne et avec lesquels les liens ne peuvent aller qu'en se resserrant encore ?

- Que sont les “engagements identiques” à ceux de la France en matière d’asile et de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales ? Pour les premiers, on pense immédiatement à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, qui consacre le principe du non-refoulement. Mais cette convention a été complétée par le Protocole de New-York du 31 janvier 1967 qui élargit la définition du réfugié. Les seuls Etats avec lesquels la France peut conclure des accords sont-ils ceux qui, comme elle, ont ratifié à la fois la convention et le protocole ? Et en matière de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales, les Etats devront-ils, pour que la France conclue avec eux, avoir ratifié les mêmes protocoles à la Convention européenne des droits de l’homme ?

Autant de questions auxquelles l’article 53-1 n’apporte aucune réponse, pas plus d’ailleurs que la décision du Conseil constitutionnel du 14 août 1993 qui n’a pas posé le problème dans ces termes.

Quant à l’alinéa 2 de l’article 53-1, quoi qu’on en ait dit, il marque une importante régression par rapport à l’état antérieur du droit. Celui-ci se caractérisait, comme l’a relevé le Conseil constitutionnel en 1991 et 1993, par l’affirmation d’un droit subjectif à l’asile de “*tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté*”. C’est maintenant l’Etat qui a le droit de donner asile, non l’individu qui peut s’en réclamer. Le droit d’asile redevient un droit souverain de l’Etat. L’article 53-1 chasse l’alinéa 4 du Préambule qui n’a plus de raison d’être.

Ce qui a permis de rétablir l’irrecevabilité de la saisine de l’OFPRA par les demandeurs d’asile dont la demande n’incombe pas à la France en vertu des stipulations de la Convention de Schengen, c’est-à-dire la plupart des demandes présentées à la France puisque celle-ci n’est pas un premier pays d’arrivée sur le “territoire de Schengen”, sauf par les voies aérienne ou maritime qui ne représentent qu’environ 5% de l’ensemble, soit moins de deux mille par an.

Ainsi, à peine le Conseil constitutionnel avait-il consacré le droit d’asile comme un droit de la personne humaine, un droit absolu pour les “combattants de la liberté”, qu’il a été recouru aux plus grands moyens — la révision constitutionnelle — pour s’y opposer et faire prévaloir les objectifs de contrôle des flux migratoires sur la défense des droits de l’homme. Est-ce compatible avec l’image que la France dit vouloir donner d’elle-même, celle d’une terre d’asile et de la patrie des droits de l’homme ?