

---

# L'asile entre droit de l'Etat et Etat de droit

---

*Zouhair ABOUDAHAB \**

**L'asile, "droit" sacralisé  
dans l'Antiquité, se perd-il  
dans l'histoire contemporaine  
comme garantie protectrice  
de la personne pour se muer  
en protection des Etats  
ou des communautés ?**

**D**es "Sans-Papiers" réfugiés au sein de l'église Saint-Ambroise qui les accueille, aux intellectuels réfutant des lois "inhospitalières" au nom d'un droit supra-législatif de l'Homme ("la désobéissance civique"), en passant par une actualité de la pensée sur l'Hospitalité (1), voilà qui réinterroge place et statut de l'étranger : son rapport aux lieux, son accueil sur ces lieux.

Mais, s'il est un domaine en droit où cette question se déploie avec le plus d'acuité, et de façon hautement significative de l'éthique prédominante, c'est bien, nous semble-t-il, en matière de droit d'asile.

## **Des origines au présent**

Des origines de l'asile, la philologie nous apprend que dans l'antiquité grecque le mot "asulan" — devenu "asilum" en latin — désigne le lieu sacré dont on ne peut s'emparer, le sanctuaire inviolable qui offre une garantie de sécurité assurée par une cité à certaines catégories d'étrangers. La notion d'asile est, ainsi, intimement liée à celle d'accueil et de protection de l'étranger fuyant ses persécuteurs.

Sans doute la notion d'asile est-elle aussi vieille que l'humanité elle-même ; mais au caractère sacré qui était le sien — se poursuivant en Europe du Moyen-Age en la forme d'asile religieux issu du principe de charité — se substitua progressivement un droit d'asile politique et laïc devenu, avec l'apparition des Etats-Nations au XVIIIe et surtout au XIXe siècle, une prérogative souveraine des Etats.

Cependant, le droit d'asile, y compris pendant la Révolution, ne sera pas érigé au rang de droit de

\* *Juriste, ADATE, Grenoble*

l'Homme (2), et durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle ce seront essentiellement des pratiques, et surtout une éthique politique, qui vaudront à la France sa tradition de pays d'asile. La France apparût ainsi dans la décennie 1920-1930 comme l'un des principaux pays d'accueil des réfugiés en Europe (3).

Qu'en est-il de l'asile aujourd'hui ? A vrai dire, cette institution ne peut plus s'entendre en dehors du système de droit international et européen qui régit certains de ses aspects. Il en est ainsi de la Convention de Genève du 26 juillet 1951 — texte de droit international s'imposant aux Etats parties — qui définit la qualité de réfugié et détermine son statut en lui offrant des garanties de protection, ainsi qu'une égalité de traitement avec les nationaux en matière de droits économiques et sociaux.

Cependant, indépendamment des problèmes d'interprétation et d'application que rencontre aujourd'hui la Convention de Genève, il importe d'observer que l'asile se distingue nettement de la reconnaissance de la qualité de réfugié qu'elle définit. L'asile est, en effet, une notion liée essentiellement à l'accueil territorial, autrement dit au droit d'entrée et de séjour sur le Territoire.

Ainsi, une personne reconnue réfugiée au sens de la Convention de Genève par les institutions compétentes — OFPRA et Commission des Recours en France — ne bénéficie pas, en droit, forcément et automatiquement de l'asile, c'est-à-dire du droit au séjour à ce titre. A l'inverse, une personne pourrait normalement solliciter l'asile et en bénéficier — ce n'est malheureusement pas souvent le cas ! — pour d'autres motifs que ceux répondant strictement à la définition du réfugié prévue par la Convention de Genève.

Autrement dit, demeurant rattaché au concept de territoire, lequel relève de la "haute souveraineté" de l'Etat, l'asile continue à être, d'abord, un droit de ce dernier.

### **L'asile, un droit de l'Etat**

Nombreuses sont les manifestations, en effet, qui illustrent qu'en l'état du droit actuel, l'asile reste fondamentalement une prérogative souveraine de l'Etat, sans être véritablement consacré comme droit de la personne.

Certes, à la lecture de l'article 14-1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, on pourrait conclure à l'existence d'un droit universel à l'asile, un droit subjectif de la personne supérieur à celui des Etats : "Devant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays". Mais, outre que la Déclaration ne met à la charge de l'Etat sollicité par le demandeur d'asile aucune obligation "d'accueil territorial", ce texte est dépourvu de valeur juridique car, n'ayant qu'une portée déclarative, il n'a pas de force contraignante pour les Etats : il eut fallu pour ce faire, qu'il fût intégré dans le droit interne des Etats par un acte spécial — la Constitution par exemple — ce qui n'est pas encore le cas en France et en Europe aujourd'hui.

La Convention de Genève pour sa part, réglant les questions de détermination du statut de réfugié, ses droits et ses libertés, ne consacre dans aucune de ses dispositions un quelconque droit de la personne à l'asile, pas même pour celui qui a bénéficié de la reconnaissance de la qualité de réfugié : l'asile est laissé par la Convention à la discrétion des Etats ; c'est une prérogative relevant de leur souveraineté territoriale.

Il s'ensuit toute une série de conséquences juridiques pour les demandeurs dont le sort dépend, de façon variable, des droits internes des Etats et de leurs politiques d'asile.

En prenant l'exemple de la France, on pourra, ainsi, identifier plusieurs mesures illustrant le pouvoir de l'Etat — notamment de l'Administration — tendant aujourd'hui à restreindre considérablement la portée et la spécificité de l'asile.

Une des premières mesures à évoquer ici — qui en dénature le sens — est cette confusion opérée par le législateur de 1993 (corrigée pour le législateur d'aujourd'hui) entre immigration de droit commun et asile, en incluant les dispositions relatives à celui-ci dans une loi (la "loi Pasqua") portant sur la maîtrise et le contrôle des flux migratoires : ceci dénote la suspicion générale qui pèse sur tout demandeur d'asile, et qui tend à le considérer d'abord comme un "réfugié économique".

Mais en suivant le parcours du demandeur de "protection territoriale", on pourra déceler, notamment, deux prérogatives "exorbitantes" de l'Adminis-

tration — manifestations de son pouvoir discrétionnaire en matière d'asile.

La première s'exerce à l'égard du demandeur arrivé par voie ferroviaire, aérienne ou maritime et mis en zone d'attente : sa demande de protection peut être déclarée par l'Administration comme étant "manifestement infondée" avant même tout accès au territoire — qui lui sera ainsi refusé — et dépôt de requête auprès de l'OFPRA ; or cette notion de "demande manifestement infondée", pour le moins floue, est dépourvue de définition législative ; ce qui laisse à l'Administration un large pouvoir d'appréciation sur son application.

Dans la pratique, la demande d'asile est souvent regardée comme manifestement infondée dès lors que l'intéressé a transité par un "pays tiers d'accueil" où il "était effectivement à l'abri de menaces et protégé contre le refoulement". Il s'ensuit une décision administrative de refus d'entrée et un renvoi de l'intéressé vers ledit "pays tiers d'accueil". Or, il ressort d'un rapport établi par Amnesty International que l'Administration procède rarement à la vérification que le "pays tiers d'accueil" met effectivement le demandeur à l'abri des menaces et du refoulement (4).

En tout état de cause, on peut se poser la question de savoir si le demandeur dispose, en les circonstances, de voies de recours spéciales permettant de le protéger efficacement contre une décision de refus d'entrée abusive. Mais, ni l'ordonnance du 2 novembre 1945, ni ses décrets d'application n'en disent mot.



Il en résulte que le seul recours ouvert est le recours de droit commun contre un acte administratif unilatéral, à savoir le recours pour excès de pouvoir qui, en l'espèce, relève de la compétence territoriale du tribunal administratif de Paris. Or, le demandeur d'asile faisant l'objet d'un refus d'entrée étant, en général, contraint de quitter le sol français au plus tard dans le délai d'un jour franc, il n'aura de fait la possibilité de former un recours que depuis le pays dans lequel il a été renvoyé : ainsi, le recours formé par un demandeur d'asile auquel est refusée l'entrée sur le territoire français n'a pas de caractère suspensif, et ne peut être assorti d'un sursis à exécution. L'Administration peut donc "souverainement" exécuter sa décision dès l'expiration du délai d'un jour franc : on est donc bien dans l'hypothèse d'un recours inefficace qui confère à l'Administration un pouvoir considérable en matière d'asile.

C'est ce même pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui peut se manifester lorsqu'elle estime que le requérant constitue une "menace grave pour l'ordre public".

Un tel motif de refus d'admission au séjour met en oeuvre la réserve d'ordre public — notion omniprésente en matière de police des étrangers — qui ne fait l'objet non plus d'aucune définition législative. Mais, si l'on peut admettre que cette notion puisse être correctement appréciée dans le cas d'un étranger résidant de longue date sur le territoire et soumis à une mesure d'expulsion, il faut bien considérer en revanche qu'il est très difficile et délicat de l'apprécier s'agissant

d'un demandeur d'asile, dont la présence sur le territoire est en principe toute récente. La circulaire du 8 février 1994, du Ministre de l'Intérieur, énonce à cet égard que le refus d'admission peut être opposé, notamment, après "une appréciation du comportement personnel d'ensemble de l'étranger concerné" : on voit bien, pour les raisons exposées ci-dessus, la marge d'erreur possible de l'Administration en ce domaine.

Dans un tel cas de refus d'admission au séjour au titre

de l'asile, il faut préciser, cependant, que le demandeur garde la possibilité de se maintenir sur le territoire, mais juste le temps — s'il saisit l'OFFPRA d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié — que cet établissement public statue prioritairement sur sa demande. En revanche, il n'a pas le droit de se maintenir sur le territoire pendant le temps du recours devant la Commission des Recours : il pourrait ainsi, avant même que cette juridiction se prononce sur sa demande, faire l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire.

Plus illustratif encore des prérogatives de l'Administration, est le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose en matière d'admission à l'asile territorial soit des personnes déboutées de leur demande en reconnaissance du statut de réfugié, soit des personnes n'ayant pas fait de demande de reconnaissance de ce statut (cas d'un certain nombre de ressortissants algériens par exemple).

En effet, même s'il n'existe pas en France de statut alternatif à celui de réfugié (du moins jusqu'au projet de "loi Chevènement" consacrant l'asile territorial au plan législatif), l'Etat garde le pouvoir souverain et discrétionnaire d'octroyer l'asile aux requérants, dès lors qu'ils établissent qu'ils encourraient des risques de persécution en cas de retour dans leur pays d'origine.

Quelques remarques s'imposent ici. Tout d'abord, un tel pouvoir de l'Administration ne repose sur aucun texte législatif spécial, mais découle du pouvoir général et discrétionnaire dont elle dispose en matière de régularisation de la situation des étrangers. En pratique, en matière d'asile, ces prérogatives sont mises en oeuvre essentiellement sur la base de circulaires et d'instructions (voire de télégrammes) généralement non publiées, adressées aux Préfets de départements par le Ministère de l'Intérieur. Elles donnent lieu le plus souvent à l'attribution de titres de séjour précaires.

C'est ainsi que fut régi, principalement, l'asile des ressortissants d'ex-Yougoslavie et, aujourd'hui, traité celui des ressortissants algériens : il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de textes internes à l'Administration dont les bénéficiaires ne peuvent se prévaloir — manifestation de son pouvoir d'accorder l'asile territorial et de le retirer unilatéralement lorsqu'elle estime que le risque en cas de retour au pays d'origine a cessé.

Cela étant, s'il ressort de l'ensemble de ces considérations que le droit d'asile est d'abord essentiellement — et paradoxalement ! — un droit de l'Etat et non de la personne, on ne saurait méconnaître que les prérogatives qui en découlent pour lui sont encadrées par le Droit.

### **Les prérogatives de l'Etat encadrées par le Droit**

Même si la Convention de Genève ne règle pas les questions d'asile territorial — se limitant à la définition du "réfugié" et à la détermination de son statut — elle impose néanmoins un certain nombre d'obligations aux Etats, étendues indirectement à l'asile.

La première de ces obligations est celle qui résulte de "l'immunité pénale" du demandeur d'asile, tirée de l'article 31 paragraphe 1, qui interdit aux Etats de lui appliquer des sanctions pénales du fait de son entrée et de son séjour irréguliers sur le Territoire ; ce qui se traduit, pour le demandeur, par la dispense de présentation des documents normalement exigés des étrangers à leur entrée sur le territoire (passeport, visa, etc.).

Surtout, la Convention de Genève pose le principe du "non-refoulement" : "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 serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques".

S'il est clair que cet article vise les réfugiés reconnus comme tels, son champ d'application est néanmoins étendu aux demandeurs d'asile ayant déposé une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

On doit toutefois observer ici que la portée de ce principe de non-refoulement est réduite à plusieurs égards. Tout d'abord, il ne s'applique pas entièrement au demandeur d'asile considéré par l'Administration comme représentant une menace grave pour l'ordre public dès lors que, et avant même toute saisine de la Commission des Recours, l'OFFPRA a rejeté sa demande de reconnaissance de la qualité de réfugié : dans un tel cas, ainsi que nous l'avons déjà précisé, le requérant peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement vers son pays d'origine.

Ensuite, ce principe de non-refoulement ne s'applique pas aux demandeurs d'asile n'ayant pas sollicité la reconnaissance de la qualité de réfugié. Enfin, il ne protège pas non plus la personne ayant sollicité la reconnaissance de la qualité de réfugié, dès lors que l'OFPRA et la Commission des Recours le lui ont refusé : le recours en cassation auprès du Conseil d'Etat n'est pas, en effet, suspensif de la mesure d'éloignement qui viendrait à être prise à l'encontre du demandeur.

Dans toutes ces hypothèses, toutefois, c'est une convention internationale qui, bien que n'étant pas consacrée à l'asile, peut venir protéger les intéressés au regard de la garantie des droits de toute personne humaine. Il s'agit de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 3 stipule : "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". Ce principe est d'ailleurs rappelé par l'article 27 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers), aux termes duquel "un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit (...) qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950".

Il s'agit là d'un autre aspect du principe de non-refoulement, différent de celui qui découle de la Convention de Genève. Toute la difficulté pour les demandeurs d'asile qui entendent s'en prévaloir, tient à ce que la charge de la preuve leur incombe et qu'il leur est évidemment difficile de prouver qu'ils sont exposés à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants en cas d'éloignement vers leur pays d'origine. Mais au-delà de ces textes de droit international, la hiérarchie des normes en droit français et le contrôle juridictionnel

de leur respect révèlent que l'asile bénéficie d'un statut spécifique le protégeant — un tant soit peu — contre les éventuelles incursions des autorités publiques tendant à le restreindre dans un contexte général de contrôle accru des flux migratoires.

Ainsi, en proclamant que "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République", l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946 consacre le principe d'un droit à l'asile, puisque c'est l'individu qui en est titulaire et non l'Etat. De plus, on observera que cette définition du préambule de la Constitution de 1946, contrairement à celle qui résulte de l'interprétation de la Convention de Genève, n'exige pas que les auteurs des persécutions soient les autorités étatiques. Elle permet ainsi la prise en compte de persécutions émanant de "groupes privés" notamment.

En revanche, cette consécration constitutionnelle du droit d'asile, contrairement à la Convention de Genève, exclut les victimes "passives" — ayant subi notamment des persécutions en raison de leur "race", de leur nationalité, de leur religion ou de leur appartenance sociale — en exigeant une action positive en faveur de la liberté. De même, le

préambule de la Constitution ne s'applique qu'aux personnes qui ont été effectivement persécutées et non à celles qui craignent avec raison de l'être.

Enfin, il faut bien convenir qu'en l'absence de loi qui lui donne une portée concrète, cet "asile constitutionnel" est resté *grosso modo* inefficace, se combinant, tout au plus, comme conclusions à l'appui d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève. Aussi est-il bienvenu que le législateur tente aujourd'hui de lui donner une assise législative.



Quoi qu'il en soit, ce principe constitutionnel du droit d'asile — même limité dans sa portée et son étendue — a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de censurer certaines dispositions de la "loi Pasqua", et de déclarer que le droit d'asile est "un principe de valeur constitutionnelle", "un droit fondamental", dont "la loi ne peut réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle" parmi lesquels figure "la sauvegarde de l'ordre public". Et c'est ce même principe du droit d'asile — découlant du préambule de la Constitution de 1946 — qui fonde, aussi, le droit au séjour des demandeurs d'asile. Selon le Conseil constitutionnel, en effet, il "implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande".

### Vers quel droit communautaire de l'asile ?

L'asile, une prérogative souveraine de l'Etat encadrée par le Droit : telle pourrait être la conclusion sommaire de ces propos. Mais, elle serait certainement insuffisante eu égard à la complexité de cette institution, mais aussi au regard des multiples obstacles qui paraissent s'y dresser dans le contexte d'une construction européenne tendant à la fermeture des frontières extérieures communes.

Ainsi, l'article 26 de la Convention de Schengen fait obligation aux Etats parties d'instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne, maritime ou terrestre des passagers dépourvus des documents requis pour l'entrée sur le territoire commun. Il en résulte que, pour ne pas être frappés d'amendes, certaines compagnies de transport se transforment en auxiliaires de police, contrôlant des passagers en situation irrégulière auxquels ils refusent l'embarquement. Or, parmi ceux-ci, peuvent se trouver des demandeurs d'asile fuyant des persécutions ; ce qui, indirectement, conduit à mettre en échec le principe de dispense des documents normalement exigés pour l'entrée sur le territoire, consacré au profit des demandeurs d'asile par la Convention de Genève.

De même, la règle de "l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile", instaurée par les Conventions de Schengen et de Dublin, a pour consé-

quence que les demandeurs d'asile se trouvent dans l'impossibilité de choisir leur pays d'accueil et soient renvoyés vers un Etat Schengen censé être responsable de leurs demandes au regard de critères "mécaniques" (par exemple celui du premier pays par lequel le demandeur d'asile pénètre dans l'espace commun). Ceci conduit parfois à des situations absurdes : des familles éparpillées, parce qu'elles ont suivi des itinéraires différents ; des demandeurs renvoyés vers un pays dont ils ne parlent pas la langue ou avec lequel ils n'ont aucun lien familial, culturel ou affectif (5).

De son côté, le Traité d'Amsterdam "communautarise" l'asile à l'échelle de l'Union européenne, en même temps qu'il "englobe" la Convention de Schengen. L'asile, institution étatique, tend ainsi à devenir, par des transferts de souveraineté, une institution relevant de la compétence des organes communautaires. Toute la question est celle de savoir vers quel droit communautaire de l'asile on s'achemine. S'agira-t-il de le consacrer à cette échelle comme un droit véritablement de la personne, garanti efficacement par des instances juridictionnelles indépendantes ?

La tendance à l'harmonisation des législations nationales "par le bas" ne le laisse malheureusement pas présager. Tant il est vrai, par ailleurs, qu'y paraît bien lointain l'esprit de la philosophie de Kant définissant, il y a deux cents ans, la disposition à l'hospitalité : "Le droit qu'a un étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, à ne pas être traité en ennemi" ; à quoi il ajoutait : "Le droit qu'a tout homme de se proposer comme membre de la société"(6).

(1) - Jacques Derrida et Anne Dufroumantelle, De l'Hospitalité, Ed. Calmann Levy, 1997  
- Revue Communications N°65-1997, L'Hospitalité.

(2) Ainsi la Déclaration de 1789 ne le comptera pas parmi les "droits naturels, inaliénables et sacrés" qu'elle proclame. Quant à la Constitution montagnarde de 1793, si elle affirme que "Le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté", il faut rappeler que ce texte n'est jamais entré en vigueur et ne fut donc pas appliqué.

(3) cf. P. Baudoin et H. Dupont-Monod, "le droit d'asile", in *Après demain*, janvier-février 1998, p.8.

(4) Amnesty International, *Droit d'Asile en France, état des lieux*, Paris, juillet 1997, p.22.

(5) *ibid*, pp.10-13.

(6) cité par P. Ricoeur, "Réapprendre l'hospitalité", in *Migrations Société*, mars-juin 1997, p.38.