

”L’asile constitutionnel: du mythe à la fiction”, Le Dossier: La France et le droit d’asile, Actes du colloque du 25 mars 2016, textes réunis par C. Lantero, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2018, n° 13, pp. 16-24

Marie-Elisabeth Baudoin

► **To cite this version:**

Marie-Elisabeth Baudoin. ”L’asile constitutionnel: du mythe à la fiction”, Le Dossier: La France et le droit d’asile, Actes du colloque du 25 mars 2016, textes réunis par C. Lantero, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2018, n° 13, pp. 16-24. La Revue du Centre Michel de l’Hospital - édition électronique, Centre Michel de l’Hospital CMH EA 4232, 2018, pp. 16-24. hal-01758202

HAL Id: hal-01758202

<https://hal.uca.fr/hal-01758202>

Submitted on 1 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ASILE CONSTITUTIONNEL : DU MYTHE A LA FICTION

Marie-Elisabeth BAUDOIN,

Maître de conférences HDR en droit public,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

A l'occasion de son discours de rentrée adressé au corps préfectoral, le 5 septembre 2017, le Président de la République, Emmanuel Macron, annonçait vouloir engager une « refondation complète de [la] politique d'asile et d'immigration, comme l'avait engagée le général de Gaulle avec l'ordonnance du 2 novembre 1945 ». Il estimait alors que « si nous n'engageons pas cette refondation, c'est le consensus républicain autour de notre tradition d'accueil et d'asile qui risque d'être remis en cause »¹. C'est ainsi que le projet de loi « pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif » a été présenté en Conseil des ministres le 21 février 2018 et enregistré, le même jour, à la Présidence de l'Assemblée nationale², le gouvernement ayant par ailleurs engagé la procédure accélérée sur le fondement de l'article 45 alinéa 2 de la Constitution. Les réactions ont été aussi nombreuses que rapides. Le défenseur des droits, Jacques Toubon, a estimé dans un entretien au journal *Le Monde* que « le demandeur d'asile est mal traité » par le projet de loi³, tandis que la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté, Adeline Hazan, a exprimé « ses vives inquiétudes pour les droits fondamentaux des personnes étrangères »⁴.

Les termes du débat actuel en France amènent donc à s'interroger sur le niveau de protection juridique le plus adapté pour apporter une réponse à la question de la protection d'un droit d'asile effectif. La norme la plus élevée dans la hiérarchie – la Constitution – serait-elle la réponse idoine et un rempart suffisant pour protéger les droits des demandeurs d'asile ? Est-elle la clé qui ouvre la porte à un droit d'asile effectif ?

En France, la première esquisse d'un droit d'asile constitutionnel remonte à la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 dont chacun sait qu'elle n'a jamais été appliquée. Celle-ci disposait en son article 120 : « Le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans ». Il faudra ensuite attendre la Constitution de 1946 pour que le droit d'asile réintègre la Loi fondamentale, cette fois-ci au niveau de son préambule, l'alinéa 4 disposant : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République. »

Un rapide tour d'horizon comparatif permet de constater qu'en Europe notamment, le droit d'asile a été consacré par les Constitutions au lendemain de périodes de troubles politiques, c'est une inscription en réaction contre des évènements historiques en lien avec des périodes de changements de régime vers la démocratie. Les schémas constitutionnels sont cependant variables selon les Etats. Le champ d'application, tout d'abord, est plus ou moins large. C'est ainsi qu'en Allemagne, l'article 16a de la Constitution allemande de 1949⁵ consacre expressément un droit d'asile pour « les persécutés politiques ». Au Portugal, la Constitution adoptée en 1976 au lendemain de la révolution des œillets dispose en son article 33 al. 8 que « le droit d'asile est garanti aux étrangers et aux apatrides poursuivis ou gravement menacés de poursuites en raison de leurs activités en faveur de la démocratie, de la libération sociale ou nationale, de la paix entre les peuples, de la liberté et des droits de la personne humaine ». La nouvelle Constitution hongroise entrée en vigueur en 2012 consacre, en son article XIV (3), un droit d'asile pour les personnes persécutées dans leur pays d'origine ou de résidence en raison de leur race, de leur nationalité ou de leur appartenance à un groupe social particulier, ou en raison de leurs convictions politiques ou religieuses, ou pour les personnes qui ont une crainte fondée de persécution.

Ensuite, certaines Constitutions assignent expressément à la loi la fonction de concrétisation des dispositions constitutionnelles. C'est le cas en Italie où l'article 10 al. 2 de la Constitution italienne de 1948 a précisé : « L'étranger, auquel l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne est interdit dans son pays, a droit d'asile sur le territoire de la République, selon les conditions fixées par la loi ». C'est aussi le cas en Pologne conformément à l'article 56 al. 1^{er} de la Constitution de 1997⁶ ou encore en Roumanie conformément à l'article 18 al. 2 de la Constitution de 1991⁷.

¹ Discours du Président de la République aux Préfets du 5 septembre 2017, disponible sur le site de l'Élysée. [<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-aux-prefets-du-5-septembre-2017/>].

² Projet de loi, n° 714.

³ Entretien de Jacques TOUBON avec Maryline BAUMARD, *Le Monde*, 22 février 2018.

⁴ Adeline HAZAN, Communiqué de presse sur le « projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif », voir [<http://www.cgjpl.fr/2018/communiqu%C3%A9-sur-le-projet-de-loi-pour-une-immigration-maitrisee-et-un-droit-dasile-effectif/>].

⁵ Selon l'article 16a al.1^{er} de la Loi fondamentale allemande de 1949, « Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile ». L'alinéa ajoute cependant que « L'alinéa 1^{er} ne peut être invoqué par celui qui entre sur le territoire fédéral en provenance d'un État membre des Communautés européennes ou d'un autre État tiers dans lequel est assurée l'application de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

⁶ En vertu de l'article 56 al. 1^{er} de la Constitution polonaise de 1997, « 1. Les ressortissants étrangers peuvent bénéficier du droit d'asile en République de Pologne en vertu des dispositions de la loi ».

⁷ Selon l'article 18 al. 2 de la Constitution roumaine de 1991, « le droit d'asile est accordé et retiré dans les conditions fixées par la loi, en respectant les traités et les conventions internationales auxquels la Roumanie est partie ».

Dans d'autres Etats, enfin, la Constitution consacre seulement un droit d'asile en application des normes de droit international, sans autre précision. Ainsi, en Russie, l'article 63 al. 1^{er} de la Constitution de 1993 dispose que « la Fédération de Russie accorde aux citoyens étrangers et apatrides l'asile politique conformément aux normes de droit international ».

Par-delà le point commun de la consécration constitutionnelle, les formulations variables renvoient à des réalités différentes et à des approches multiples. En effet, consacrer le droit d'asile ne signifie pas toujours, dans la pratique, un droit à l'asile. De fait, historiquement, après avoir été un phénomène d'origine religieuse, l'asile est devenu avec l'apparition des Etats une « protection étatique accordée ou refusée en fonction des intérêts et de la politique des Etats ».⁸ Ainsi, le droit d'asile a été pensé comme un droit de l'Etat, un droit reflétant la souveraineté de l'Etat qui consent ou non, de manière discrétionnaire, à accueillir sur son sol un étranger persécuté, un étranger en exil. Mais le droit d'asile peut aussi être appréhendé du point de vue de son bénéficiaire, en tant que droit subjectif de l'individu. En France, la formulation retenue en 1946 a précisément reflété un tournant conceptuel, le droit d'asile se voyant conférer ce caractère de droit subjectif individuel. Les évolutions ultérieures au cours des années 1990 ont été largement modelées ou influencées par le droit de l'Union Européenne et plus précisément par la Convention d'application des accords de Schengen ou la Convention de Dublin. La révision adoptée le 25 novembre 1993⁹ a été en quelque sorte le miroir des réponses faites par l'Etat français à l'Union Européenne. Avec le nouvel article 53-1, qui est introduit dans la Constitution française, l'asile redevient un droit souverain de l'Etat qui peut l'accorder ou ne pas l'accorder ; il perd, dès lors, son caractère de droit subjectif de l'individu.

Au-delà de la question de la cohérence intra-constitutionnelle et de la compatibilité ou combinaison possible de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 53-1 al. 2 de la Constitution de 1958, d'autres questions surgissent lorsque l'on se penche sur le droit constitutionnel français de l'asile. En effet, il faut rajouter à cette équation à plusieurs inconnues la protection de l'asile par le droit international. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés a été ratifiée par la France le 23 juin 1954. Et même si elle ne porte pas expressément sur le droit d'asile mais est relative à la définition et au statut de réfugié¹⁰, « elle contribue, [comme le souligne Franck Moderne], à sa manière (plus ou moins directement) à l'émergence d'un véritable droit d'asile sur le territoire des Etats signataires »¹¹. De fait, tous les candidats entrés irrégulièrement en France qui souhaitent déposer une demande d'asile pour obtenir le statut de réfugié peuvent se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour qui leur permet de rester régulièrement sur le territoire français le temps que leur demande soit traitée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (l'OFPRA) et, en appel, par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Ils bénéficient ainsi d'un droit de séjour temporaire le temps nécessaire à l'instruction de leur dossier. Ce n'est donc que s'ils obtiennent le statut de réfugié qu'ils obtiennent, ce faisant, l'asile sur le territoire français. Il en résulte dès lors deux types de « demandeurs d'asile », ceux qui se fondent sur la convention de Genève de 1951 et ceux qui invoquent la Constitution de 1958. Et si les deux statuts – celui de réfugié au sens de la Convention et celui de demandeur d'asile au sens de la Constitution – ne sauraient être juridiquement assimilés, leur coexistence peut être source d'ambiguïté et de manque de lisibilité.

Se pose dès lors la question de l'intérêt d'une telle consécration constitutionnelle du droit d'asile et de son effectivité. Qu'apporte l'asile constitutionnel à la protection des réfugiés ? Est-ce une garantie suprême ? une garantie supplémentaire qui vient compléter l'asile conventionnel ? La réponse et ce propos risquent de sembler bien décevants. La Grèce antique a été célèbre pour sa mythologie. L'ère moderne est encore riche de mythes. Et en France, l'asile constitutionnel en fait partie. En effet, il est longtemps resté simplement inscrit, de manière symbolique, dans la Constitution, se trouvant dépourvu de toute réalité juridique. Alors qu'un premier espoir naissait en 1993, avec une décision du Conseil constitutionnel lui permettant de venir à la vie constitutionnelle, celui-ci fut vite déçu. La même année, par une révision constitutionnelle, l'asile a été paré des atours d'un autre genre littéraire : la fiction. Désormais, présent dans les textes et invoqué par les juges, il demeure une figure de la rhétorique que l'encre constitutionnelle ne parvient pas à protéger réellement de manière indéfectible.

Ainsi, convient-il de revenir, tout d'abord, sur la consécration constitutionnelle du droit d'asile qui, longtemps en France, n'a reflété qu'un mythe avant de devenir une réalité juridique (I). Puis il s'agira de montrer qu'aussitôt devenu une réalité constitutionnelle, l'asile constitutionnel s'est instantanément transformé en fiction (II).

I. UN MYTHE CONSTITUTIONNEL DEVENU REALITE

Inscrire dans la Constitution le droit d'asile ne suffisait pas. Encore fallait-il que ce droit bénéficie d'une protection effective. La consécration en 1946 de l'asile dans le Préambule de la Constitution s'est faite dans un esprit libéral, l'asile

⁸ Franck MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les Etats de l'Union Européenne*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 3.

⁹ Nous reviendrons ultérieurement plus en détail sur la loi constitutionnelle n°93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

¹⁰ La seule occurrence du terme « droit d'asile » se trouve dans le Préambule de la Convention. Le 4^e et dernier considérant est rédigé de la manière suivante : « **CONSIDÉRANT** qu'il peut résulter de l'octroi du droit d'asile des charges exceptionnellement lourdes pour certains pays et que la solution satisfaisante des problèmes dont l'Organisation des Nations Unies a reconnu la portée et le caractère internationaux, ne saurait, dans cette hypothèse, être obtenue sans une solidarité internationale, [...] ».

¹¹ Franck MODERNE, *op. cit.*, p. 15.

constitutionnel étant conçu comme un droit subjectif de l'individu (A). Mais, il est longtemps resté sans réalité juridique. Il a fallu attendre 1993 pour que l'esprit libéral soit rejoint par une pratique libérale, donnant ainsi vie constitutionnelle au droit d'asile (B).

A. L'asile constitutionnel, un droit subjectif de l'individu en 1946

La formulation de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 reflète un véritable vent de liberté. Alors que l'approche de droit international tend à faire de l'asile un droit de l'Etat souverain, la Constitution de la IV^e République érige l'asile en un droit subjectif de l'individu. Ce dernier se caractérise par sa nature paradoxale : tout à la fois plus contraignant pour l'Etat, mais longtemps resté sans effet direct.

Tout d'abord, l'asile constitutionnel consacré en 1946 est clairement marqué par l'influence du libéralisme politique. Il concerne en effet « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ». En réaction contre les pages noires de l'histoire française du régime de Vichy et au lendemain de la seconde Guerre Mondiale, les Constituants ont choisi de protéger « les combattants de la liberté ». Ainsi ceux qui peuvent solliciter l'asile constitutionnel sont ceux qui se sont battus pour la liberté et peuvent faire la preuve de persécutions d'une part, politiques et d'autre part, avérées. Le demandeur d'asile constitutionnel ne saurait donc être assimilé au réfugié, qui sera ultérieurement défini par l'article 1, A2 de la Convention de Genève de 1951 comme « toute personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

Le champ d'application du droit d'asile constitutionnel est, par conséquent, un champ restreint car ses bénéficiaires éventuels sont limités. Cependant, ses potentialités sont plus grandes, puisque l'Etat se voit obligé d'assurer le respect de l'accueil des personnes persécutées tout en étant chargé de sa mise en œuvre. Ainsi que le souligne Bruno Genevois, la définition constitutionnelle du droit d'asile est plus étroite quant à son objet, mais elle est aussi plus contraignante dans ses conséquences¹².

Cependant, la notion de « combattant en faveur de la liberté », par nature libérale, se trouvait être assez subjective. Elle a dès lors soulevé la question d'une réelle application juridique d'un tel droit. De fait, le droit subjectif à l'asile est longtemps resté sans effet direct. Sous la IV^e République puis au début de la V^e République, il s'est heurté à un premier obstacle « formel » : celui d'être présent dans le Préambule de la Constitution c'est-à-dire dans des dispositions qui étaient considérées comme de simples déclarations d'intention, sans valeur juridique réelle. Et même ultérieurement, après que le Conseil constitutionnel a consacré, par sa célèbre décision du 16 juillet 1971, dite *Liberté d'Association*¹³, la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958, l'alinéa 4 est resté privé d'applicabilité directe. Il était en effet considéré comme mis en œuvre par l'asile conventionnel, c'est-à-dire par le biais de la Convention de Genève de 1951. Ainsi le Conseil constitutionnel estimait en 1986 que l'asile constitutionnel était « 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 »¹⁴. Il se conformait ainsi à la position du Conseil d'Etat qui, dans son arrêt du 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, considérait que le principe posé à l'alinéa 4 du Préambule de 1946 ne s'imposait 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 ».

Certes, il est possible d'observer une évolution sensible dans la jurisprudence des deux Hautes Cours, qui vont reconnaître le droit d'asile comme un droit constitutionnel authentique. C'est ainsi que dans sa décision n°92-307 DC du 25 février 1992, le Conseil constitutionnel affirme expressément que le droit d'asile figure au nombre « des principes de valeur constitutionnelle »¹⁵. De même, dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 13 décembre 1991, *Dakoury et Nkodia*, le Commissaire du Gouvernement, R. Abraham, avait souligné « la nécessité d'assurer au principe proclamé par le Préambule de la Constitution une portée effective », considérant que refuser aux demandeurs d'asile le droit au séjour provisoire « serait porter atteinte à la substance même du droit d'asile »¹⁶. Mais quelles que soient les avancées dans l'affirmation du principe, il n'en demeurerait pas moins que la portée du droit d'asile restait amoindrie, le juge constitutionnel comme le juge administratif estimant que le droit d'asile n'était pas susceptible d'application directe, mais nécessitait pour reprendre l'expression du Professeur Moderne « une médiatisation » assurée par les lois et les conventions internationales¹⁷. Or jusqu'en 1998, le législateur français ne s'est pas appuyé sur l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et le droit d'asile constitutionnel – en tant que droit subjectif de l'individu – est demeuré à l'état de mythe.

B. Une consécration tardive de son effet direct par le Conseil constitutionnel

¹² Bruno GENEVOIS, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit administratif*, vol. 8, n° 2, 1992, p. 185.

¹³ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹⁴ Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹⁵ Voir le considérant n° 8 de la décision n°92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹⁶ Conclusions R. ABRAHAM, *RFDA*, 1992, p. 90.

¹⁷ Franck MODERNE, *op. cit.*, p. 47.

Il faut attendre 1993 pour que le Conseil constitutionnel opère un revirement jurisprudentiel dans sa décision du 13 août 1993¹⁸ et reconnaisse l'effet direct de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946. Les conséquences de cette décision sont importantes, tant pour les justiciables qui bénéficient désormais d'un « droit fondamental » directement invocable que pour la portée même du droit d'asile constitutionnel, qui devient un droit autonome.

En effet, le premier apport de cette décision est de qualifier expressément le droit d'asile de « droit fondamental ». En 1993, le Conseil constitutionnel français considère que « le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas »¹⁹.

Certes, cette décision s'inscrit dans un mouvement de résistance face au droit européen. Les dispositions de la loi – objet du contrôle – qui furent invalidées par le Conseil constitutionnel introduisaient notamment en droit interne les mesures prévues par les Conventions de Schengen et de Dublin à propos de la détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile. Alors que les traités européens prévoyaient une possibilité de dérogation au principe selon lequel chaque État est responsable des demandeurs d'asile dont il a permis l'entrée sur le territoire européen, la jurisprudence du Conseil constitutionnel transforme cette faculté en une obligation pour la France sur le fondement du 4^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. C'est ainsi en s'opposant au droit de l'Union Européenne, que l'asile constitutionnel est devenu une réalité juridique en France.

En outre, la décision du 13 août 1993 a un deuxième effet important qui est de conférer au droit d'asile constitutionnel une autonomie, puisqu'il peut désormais être envisagé indépendamment de la Convention de Genève de 1951. En effet, le Conseil constitutionnel considère que « les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 »²⁰. Comme le remarque Isabelle Dodet-Cauchy, le Conseil constitutionnel souligne l'autonomie du droit d'asile constitutionnel à deux niveaux : d'une part, au niveau des sources juridiques (Convention de Genève de 1951 *versus* Préambule de la Constitution de 1946), et d'autre part, au niveau des garanties apportées. Selon elle, « la Convention de Genève et ses textes d'application n'assurent pas de droit d'accès au territoire français, de droit absolu à l'asile territorial. Au contraire, le principe constitutionnel définit un droit subjectif à l'asile, dont bénéficient tous les demandeurs d'asile »²¹.

Dès lors, même si le champ d'application de l'asile constitutionnel est, ainsi qu'on l'a constaté *supra* plus étroit, sa protection s'en trouve renforcée. Mais cette avancée pour la protection des demandeurs d'asile est de courte durée. Très rapidement, la réalité s'est transformée en fiction.

II. UNE REALITE CONSTITUTIONNELLE DEVENUE FICTION

Le mécanisme constitutionnel consolidé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel a, en effet, été vidé de son essence et de son sens, d'une part par la volonté politique et l'intervention du pouvoir constituant dérivé (A) et d'autre part en raison de la concurrence de la protection opérée par le droit international (B).

A. Un mécanisme détourné de sa vocation première par le Constituant en 1993

À peine le droit d'asile constitutionnel était-il devenu réalité constitutionnelle, sous l'effet de l'interprétation de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1993, qu'une révision était adoptée la même année. Si la révision constitutionnelle peut se justifier au plan de la théorie du droit constitutionnel, il n'en demeure pas moins qu'elle introduit une ambiguïté certaine en matière d'asile.

Il faut tout d'abord noter que la décision adoptée par le Conseil constitutionnel le 13 août 1993 a été accueillie par une « levée de boucliers » de la part de la classe politique²². Pour le gouvernement de cohabitation, alors dirigé par Édouard Balladur, la haute juridiction constitutionnelle a franchi la ligne jaune. En censurant « la loi Pasqua » relative à la maîtrise de l'immigration, elle aurait entravé la France dans sa volonté d'exécuter ses obligations au titre du droit de l'Union Européenne. Dans un article publié au *Figaro*, le Ministre de l'intérieur de l'époque, Charles Pasqua, dénonce l'instauration

¹⁸ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

¹⁹ Considérant n° 88, Décision n° 93-325, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

²⁰ Considérant n° 4 de la décision précitée.

²¹ Isabelle DODET-CAUPHY, « La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel », *RFDA*, 1999, p. 474.

²² Voir Catherine TEITGEN-COLLY, « Le droit d'asile : la fin des illusions », *AJDA*, 1994, p. 99.

« d'un droit absolu d'entrée sur le territoire national »²³ et invite à réviser la Constitution pour contourner la décision du Conseil constitutionnel.

Alors même que le Conseil d'Etat a confirmé, dans un avis du 23 septembre 1993, que seule une loi constitutionnelle peut dispenser la France de respecter les obligations qui découlent de la décision du Conseil²⁴, pour la première fois, sous la V^e République, le Souverain est sollicité pour briser l'arrêt du juge constitutionnel. La célèbre théorie du lit de justice du Doyen Vedel est ainsi appliquée²⁵. L'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 est maintenu, mais un nouvel article 53-1 est introduit dans la Constitution. Il dispose :

« La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière 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 qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. »

Selon Isabelle Dodet-Cauchy, la solution adoptée par la révision constitutionnelle de novembre 1993 est un « compromis regrettable qui ne fait que souligner la grande relativité et l'ambiguïté du principe d'asile en France et en Europe »²⁶. De fait, l'intervention du pouvoir constituant dérivé emporte deux conséquences. Premièrement, le droit d'asile redevient un droit souverain de l'Etat qui peut l'accorder discrétionnairement, en vertu du deuxième alinéa de l'article 53-1. Une inversion de la logique, des valeurs est opérée. L'Etat reprend la main en matière d'octroi de l'asile constitutionnel. La protection des droits fondamentaux s'efface derrière la volonté étatique de mieux contrôler les flux migratoires. Deuxièmement, ce nouvel article neutralise l'interprétation qui avait été faite par le Conseil constitutionnel de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946. Il peut par conséquent être analysé en termes de dérogation à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946. On voit ainsi que l'asile, en droit constitutionnel français, conduit à faire cohabiter au sein de la loi fondamentale française un principe (gravé dans le Préambule) et une dérogation possible (inscrite dans le corps de la Constitution).

La constitutionnalisation, loin de permettre d'assurer une garantie effective de l'asile, est ainsi source d'une plus grande complexité et d'un brouillage du paysage juridique. Sur un plan normatif, comme le souligne François Lecoutre, « le premier alinéa est redondant » dans la mesure où il autorise l'Etat français à conclure des conventions avec ses partenaires européens, ce qui est déjà rendu possible par d'autres articles de la Constitution (les articles 52 et 53). Il ne s'impose pas non plus puisque les Conventions de Schengen et de Dublin ont été validées par le Conseil constitutionnel et dûment ratifiées par le Président de la République²⁷. Sur un plan plus substantiel, la révision constitutionnelle de 1993 transforme la nature même du droit d'asile constitutionnel. De fait, tel un Janus bifront, le droit d'asile constitutionnel devient dual : à la fois droit subjectif de l'individu dans le principe, et droit souverain de l'Etat dans l'exception. Le mythe laisse la place à un genre littéraire incertain, mais plus proche de la fiction que du récit véridique.

B. Un mécanisme concurrencé par l'asile conventionnel

L'asile constitutionnel a certes pâti, dans sa conception, de la révision constitutionnelle adoptée en 1993, mais il se trouve également devancé, dans son usage, par l'asile accordé sur le fondement de la Convention de Genève de 1951. Non seulement son statut autonome n'a pas résisté à l'épreuve du temps, mais son efficacité ne se vérifie pas à l'aune des décisions adoptées par la Cour nationale du droit d'asile.

Ainsi, après la révision de 1993, les juridictions ont continué de considérer qu'il n'y avait pas d'autonomie du droit d'asile constitutionnel. Le Conseil d'Etat refuse de dissocier qualité de réfugié et droit d'asile. Ainsi, dans la pratique, le droit d'asile constitutionnel continue à être mis en œuvre par le biais des conventions de Genève. De même, dans sa décision n°97-389 du 22 avril 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, le Conseil constitutionnel censure la possibilité donnée aux services de police de consulter le fichier de l'OFPPA. Il considère ainsi que le droit constitutionnel d'asile est suffisamment garanti par la protection des informations relatives aux demandeurs du statut de réfugié au titre de la convention de Genève.

Et même si cette confusion ne se justifie pas sur un plan juridique, le législateur français est venu la conforter par la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France qui introduit la qualité de « combattant de la liberté », emprunté à l'alinéa 4 du Préambule comme critère possible de la délivrance du statut de réfugié. Dès lors la confusion entre les deux statuts se trouve légalisée. La loi de 1998 – dite « loi Reseda » – a ainsi consacré le principe d'unité entre l'asile

²³ Charles PASQUA, « Droit d'asile : réviser la Constitution », *Le Figaro*, 23 août 1993.

²⁴ Avis n° 355 113 du 23 septembre 1993.

²⁵ Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173.

²⁶ Isabelle DODET-CAUPHY, *op. cit.*, p. 483.

²⁷ Voir François LECOUTRE, « L'asile constitutionnel », in Julian Fernandez et Caroline LALY-CHEVALIER, *Droit d'asile – État des lieux et perspectives*, Editions Pedone, 2015, p. 218.

constitutionnel et conventionnel. Elle a opéré un alignement du régime des combattants de la liberté sur celui des réfugiés de la Convention de Genève. Et dans sa décision du n°98-399 DC du 5 mai 1998, le Conseil constitutionnel a estimé que l'unification des procédures ne « méconnaît aucun principe, ni aucune règle de valeur constitutionnelle »²⁸. L'OFPRA et la CNDA peuvent ainsi se prononcer sur toute demande quel qu'en soit le fondement ; la protection juridique et les droits accordés sont les mêmes. L'utilité de l'asile constitutionnel s'en trouve dès lors amoindrie, d'autant plus que par la loi du 10 décembre 2003 transposant la directive européenne « Qualification »²⁹, un régime de protection subsidiaire a été mis en place qui permet de prendre en compte les persécutions imputables à des agents non-étatiques³⁰.

L'observation de la pratique jurisprudentielle de la CNDA atteste, enfin, que l'application de l'asile constitutionnel est très rare. Cela s'explique notamment par le champ restreint de l'asile constitutionnel. Non seulement il faut être acteur d'un combat en faveur de la liberté, mais il faut également faire l'objet de persécutions avérées et mener un combat pacifique. Ainsi un membre dirigeant du parti ouvrier du Kurdistan a été exclu du champ de la protection en raison des méthodes utilisées par cette organisation pour accéder à l'indépendance du Kurdistan³¹. Le champ des bénéficiaires potentiels est par conséquent réduit.

Les statistiques révèlent que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mai 1998 jusqu'en 2011, il y a eu moins de 50 décisions de la CNDA accordant l'asile constitutionnel³². La protection a concerné notamment les victimes laïques du conflit algérien, entre 1998-2004, les victimes des islamistes en Afghanistan ou encore des opposants actifs issus de l'élite en Colombie, au Kosovo, en Azerbaïdjan ou au Tchad. Ainsi, le juge tend à accorder l'asile constitutionnel lorsque la situation du demandeur se caractérise par une exceptionnelle gravité³³. Il en résulte que la protection sur le fondement de l'asile conventionnel et la protection subsidiaire l'emportent numériquement sur l'asile constitutionnel.

L'asile constitutionnel en France a parcouru un long chemin avant de devenir une réalité dans les années 1990. Mais cette réalité demeure fragile non seulement en raison de certains choix faits au plan national en matière d'immigration mais aussi en raison de l'évolution de la politique européenne d'immigration.

En 1997, le rapport rédigé par le Professeur Patrick Weil suggérait qu'une réforme soit envisagée pour permettre de « mieux assurer la protection de tous les persécutés, et améliorer les conditions de la demande d'asile »³⁴. Le rapport Weil a abouti à la réforme du 11 mai 1998 qui a conduit à donner un prolongement légal au 4^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Depuis lors, les motifs de protection – aussi bien constitutionnel que conventionnel – coexistent sans tension dans les procédures qui se déroulent devant l'OFPRA et la CNDA. La jurisprudence confirme que l'asile est un beau roman, une belle histoire mais qui ne s'écrit pas à la plume constitutionnelle... Cependant, l'important n'est pas tant le fondement juridique que la réalité de la protection accordée aux demandeurs d'asile.

²⁸ Voir le considérant n° 20 : « Considérant, cependant, que les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié fondées sur l'article 1^{er} de la Convention de Genève et sur le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, présentent entre elles un lien étroit ; que, bien que présentées sur des fondements juridiques distincts, elles requièrent un examen éclairé des mêmes circonstances de fait et tendront, en vertu du deuxième alinéa de l'article 29 de la loi déferée, au bénéfice d'une protection identique ; que, dans l'intérêt du demandeur comme dans celui d'une bonne administration de la justice, il était loisible au législateur d'unifier les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune et de décisions rapides sous le contrôle de cassation du Conseil d'État ; que, dans ces conditions, l'article 29 de la loi déferée ne méconnaît aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ».

²⁹ Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

³⁰ Voir François LECOUTRE, *op. cit.*, p. 222.

³¹ CE, 9 novembre 2005, n° 254882, Altun.

³² Martine DENIS-LINTON et Joseph KRULIC, « Etude : l'asile constitutionnel en France. 1793-2011 : du mythe à la réalité », in *Recueil de jurisprudence de la CNDA et du Conseil d'Etat de 2011*, p. 205-206.

³³ François LECOUTRE, *op. cit.*, p. 224.

³⁴ Patrick WEIL, *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, La Documentation française, décembre 1997, 121 pages.