Extrait de l'ouvrage :
Droit d'asile - Etat des lieux et perspectives
Ss la dir. de Julian Fernandez et Caroline Laly-Chevalier
EAN : 978-2-233-00756-8
éditions A.Pedone 2015

L'ASILE CONSTITUTIONNEL

Lorsque le concept d'asile était encore d'ordre religieux sous l'antiquité grecque et la chrétienté, il se confrontait directement au pouvoir temporel en assurant la protection des individus poursuivis en raison des délits de droit commun qu'ils avaient commis. Il était ainsi l'instrument du pouvoir spirituel permettant de tempérer les sanctions du pouvoir temporel à l'égard des fauteurs de trouble.

Au XVIe siècle, dans le cadre du processus historique de sécularisation, l'asile est devenu, avec la naissance de l'Etat moderne, une composante essentielle de sa souveraineté lui permettant de décider discrétionnairement qui peut rester sur son territoire[1]. *« Depuis que l'Etat détient le monopole du pouvoir répressif »*, explique Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *« c'est l'autorité publique seule à laquelle l'asile est opposé »*[2]. Autrement dit, une fois que le pouvoir spirituel a été évincé, l'asile est pleinement devenu une prérogative de l'Etat si bien que son arbitraire et sa violence n'étaient plus susceptibles d'être tempérés par qui que ce soit d'autre que lui-même.

Au lendemain de la Révolution française et sous l'influence du libéralisme politique et de la proclamation des droits de l'homme, l'asile a été formulé comme un droit subjectif de l'individu qui revient corrélativement à obliger l'Etat à en assurer le respect tout en restant chargé de sa mise en œuvre – un peu comme si l'Etat s'auto-limitait au sens de Jellinek[3], c'est-à-dire restreignait sa souveraineté en matière d'asile afin de respecter les droits subjectifs qui s'imposent à lui. En fait, cela montre plutôt que la consécration des droits subjectifs ne s'est pas réalisée *contre* l'Etat mais davantage *grâce* à lui et *au profit* du renforcement de sa souveraineté. Comme l'explique

[1] L'asile a donc d'abord été un concept religieux avant d'être un concept politique, faisant ainsi écho à l'affirmation de Carl SCHMITT, *in Théologie politique*, Gallimard, 1988, p. 46. : *« Tous les concepts prégnants de la théorie de l'Etat moderne sont des concepts théologiques sécularisés »*.

[2] Léopold BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *Le droit d'asile*, 1962, Leyde, Sijhoff, p. 18.

[3] Cette auto-limitation consiste dans le fait que l'Etat, en tant que pouvoir souverain et sans abandonner sa souveraineté, se soumet au droit et donc s'impose des limites. Il se transforme alors en « Etat de droit ». Comme le fait remarquer Renaud Baumert, Jellinek *« dédouble le droit et l'Etat pour légitimer l'un par l'autre. On trouve ici le soupçon kelsénien d'une crypto-politique »* (Renaud BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, vol. 33, 2009, p. 376). Pour Kelsen, cette auto-limitation n'est qu'une solution verbale car une soumission volontaire n'est pas une soumission. L'Etat n'est donc pas vraiment limité par le droit, puisqu'il peut le changer à sa guise. L'évolution du droit d'asile constitutionnel est en ce sens, nous le verrons par la suite, un exemple probant.

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France
tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

Extrait de l'ouvrage :
Droit d'asile - Etat des lieux et perspectives
Ss la dir. de Julian Fernandez et Caroline Laly-Chevalier
EAN : 978-2-233-00756-8
éditions A.Pedone 2015

Catherine Colliot-Thélène, *« l'individu porteur de droits subjectifs est un produit de l'unification du pouvoir politique dans l'Etat souverain »*[4] qui en posant des limites à son action fonde par là-même sa légitimité.

La première formulation du droit d'asile constitutionnel remonte en France à la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 qui disposait à l'article 120 : *« Il [le peuple français] donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans »*. On le sait, cette Constitution ne fut jamais appliquée. Il faudra attendre près de 150 ans et l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 pour que le droit d'asile refasse son apparition au sommet de la hiérarchie des normes : *« Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République »*. Au demeurant, il est intéressant d'observer que l'inscription d'un droit d'asile subjectif dans la norme suprême est – tout comme en Italie, Allemagne, Espagne et Portugal[5] – systématiquement consécutive à une période de troubles politiques souvent synonyme d'exil, ce qui n'a rien de surprenant en soi.

Ces deux formulations du droit d'asile constitutionnel (1793 et 1946) partagent une même phraséologie révolutionnaire en faisant du droit d'asile, un droit subjectif de l'individu et marquent également une double évolution du concept d'asile. Non seulement celui-ci devient un concept juridique mais en plus il vient tempérer l'idée selon laquelle l'asile serait exclusivement un droit de l'Etat. En effet, l'asile n'est plus censé être attribué en fonction du bon vouloir du roi ou des intérêts particuliers que pourrait en retirer l'Etat d'accueil, mais en fonction des droits subjectifs de l'individu, dont notamment celui de bénéficier de l'asile lorsque l'on est persécuté en raison des actions que l'on a menées en faveur de la liberté.

---

[4] Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », disponible sur le site internet [http://www.juspoliticum.com/Apres-la-souverainete-que-reste-t,27.html], 2006, p. 8.

[5] L'article 10(3) de la Constitution italienne de 1948 (*« 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, dans les conditions fixées par la loi »*) et l'article 16(II)(2) de la Constitution allemande de 1949 (*« Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile »*) consacrèrent également au plus haut niveau de la hiérarchie des normes le droit d'asile, témoignant ainsi selon Franck Moderne d'un certain « activisme » démocratique en réaction aux régimes autocratiques que ces Etats avaient connus (Franck MODERNE, « Propos sur le « droit d'asile » », *in Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, numéro 1, 1999, p. 186). De même au Portugal, à la suite de la révolution des œillets, une nouvelle Constitution énonçant le droit d'asile fût adoptée en 1976 (Article 33 alinéa 8 : *« 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 »*), ainsi qu'en Espagne, à la suite du régime franquiste, où la Constitution de 1978 fait aussi figurer dans son texte le droit d'asile (Article 13 alinéa 4 : *« La loi établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne »*).

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France
tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

Extrait de l'ouvrage :
Droit d'asile - Etat des lieux et perspectives
Ss la dir. de Julian Fernandez et Caroline Laly-Chevalier
EAN : 978-2-233-00756-8
éditions A.Pedone 2015

Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ainsi qu'au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Si, en 1971, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de ce Préambule[6], le faisant ainsi entrer dans le « bloc de constitutionnalité », l'alinéa 4 du Préambule est néanmoins resté pendant longtemps sans effet direct sous la Ve République (comme c'était le cas aussi sous la IVe République). Il était considéré comme mis en œuvre par l'asile conventionnel, c'est-à-dire par le biais de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 qui n'avait pourtant pas la prétention de créer un droit d'asile international. Cette Convention se contentait de définir le statut de réfugié (article 1A2) et de poser le principe de non refoulement (article 33) tout en laissant le soin aux Etats de mettre en place, dans ce cadre, leur propre droit d'asile national.

Ce n'est qu'à partir des années 1990 que la France a saisi cette opportunité en remettant « l'asile constitutionnel à l'honneur au moment même où la construction européenne tend à limiter l'exercice traditionnel de la souveraineté des Etats en ce domaine »[7]. En effet, si les premières étapes de la construction européenne ne concernaient que le secteur économique, la création progressive d'un espace européen sans frontières, sans contrôles douaniers, c'est-à-dire caractérisé par la libre circulation des personnes, marchandises et services, a conduit timidement vers l'idée d'une coopération intergouvernementale en matière d'asile et d'immigration[8]. La dimension constitutionnelle du droit d'asile a donc été renforcée, en premier lieu par le juge constitutionnel, afin de contrecarrer les politiques restrictives comprises dans les Conventions de Schengen et Dublin.

Nous poserons donc la question suivante : Qu'est devenu le droit d'asile constitutionnel français et qu'en reste-t-il aujourd'hui ?

Nous analyserons tout d'abord la résistance face à l'européanisation du droit d'asile qui a conduit le juge constitutionnel à reconnaître la pleine valeur constitutionnelle du droit d'asile tel qu'il est affirmé à l'alinéa 4 du Préambule de 1946, c'est-à-dire en tant que droit subjectif justiciable. Puis, nous verrons que l'audace du Conseil constitutionnel fut rapidement freinée par le législateur constitutionnel qui formula à l'article 53-1 de la Constitution le droit d'asile constitutionnel en tant que droit de l'Etat (1). Nous montrerons ensuite que cette source constitutionnelle du droit d'asile, en dépit d'une consécration jurispru-

[6] Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.
[7] Isabelle DODET-CAUPHY, « La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel », *RFDA*, 1999, p. 469.
[8] Luz Maria SOTELO, *L'harmonisation du droit d'asile dans l'Union Européenne de Tampere à Stockholm*, mémoire en droit international à la faculté de droit de Montréal, 2010, p. 11-12.

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France
tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

Extrait de l'ouvrage :
Droit d'asile - Etat des lieux et perspectives
Ss la dir. de Julian Fernandez et Caroline Laly-Chevalier
EAN : 978-2-233-00756-8
éditions A.Pedone 2015

dentielle puis constitutionnelle, trouve difficilement son autonomie vis-à-vis de l'asile conventionnel et semble avoir une portée pratique très restreinte (2).

1. LE DROIT D'ASILE CONSTITUTIONNEL : D'UN DROIT SUBJECTIF À UN DROIT DE L'ETAT

Le droit d'asile constitutionnel a fait l'objet d'une consécration subjective par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993 (A), et quelques mois après, le législateur constitutionnel a neutralisé cette décision en consacrant l'asile constitutionnel en tant que droit de l'Etat (B).

A. La difficile consécration d'un droit d'asile constitutionnel « subjectif »

a. Un droit d'asile subjectif sans effet direct

Longtemps, l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 fut en sommeil. Privé d'effet direct, il était absorbé intégralement par l'asile conventionnel. Le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant sa valeur constitutionnelle[9], estimait qu'il 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 »*[10]. Le juge constitutionnel, en relativisant la portée normative de l'alinéa 4, se conformait alors à la position du Conseil d'Etat dans son arrêt *France Terre d'Asile* de 1985 qui considérait que le principe posé à l'alinéa 4 du Préambule de 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 »*[11]. Mais, jusqu'en 1998, le législateur français a totalement fait abstraction de l'alinéa 4 du Préambule au sein de son dispositif législatif en matière d'asile. A titre d'exemple, l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA) et la Commission des Recours des Réfugiés (CRR) – aujourd'hui appelée Cour Nationale du droit d'asile (CNDA), n'étaient pas habilités par la loi du 25 juillet 1952 à prendre leurs décisions sur le fondement constitutionnel. Compte tenu de ce vide législatif et faute de précisions, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat faisaient alors du droit d'asile constitutionnel un concept juridique creux.

Certes, la notion de *« combattant en faveur de la liberté »* peut sembler trop subjective et contingente pour faire l'objet d'une réelle application juridique, mais la définition du statut de réfugié qu'offre la Convention de

[9] Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, §6.
[10] Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.
[11] Conseil d'Etat, 27 novembre 1985, *France Terre d'Asile*.

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France
tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info