



HAL
open science

L'introuvable statut du réfugié: de la protection du semblable au rejet de l'autre

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. L'introuvable statut du réfugié: de la protection du semblable au rejet de l'autre. Droit. Université de Montréal; Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2008. Français. NNT: . tel-03643955

HAL Id: tel-03643955

<https://hal.science/tel-03643955>

Submitted on 21 Apr 2022

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.

LE STATUT DU RÉFUGIÉ

ENTRE DROITS DE L'HOMME ET GESTION DE L'IMMIGRATION

Caroline Lantero

Thèse soutenue le 27 juin 2008 sous le titre « L'introuvable statut du réfugié : de la protection du semblable au rejet de l'autre »

sous la direction de MM les professeurs Jean-Pierre MASSIAS (Université d'Auvergne – Clermont 1) et François CRÉPEAU (Université de Montréal)

- devant un jury présidé par Madame la Professeur Catherine TEITGEN-COLLY (Paris I Sorbonne) et composé de Mesdames et Messieurs les Professeurs François JULIEN-LAFERRIÈRE (Université Paris-Sud), rapporteur, Anne LEVADE (Paris XII) rapporteur, Suzanne LALONDE (Université de Montréal), François CRÉPEAU (Université de Montréal) et Jean-Pierre MASSIAS (Université d'Auvergne – Clermont I)
- Mention très honorable, autorisation de publication (UDA)
- Liste d'honneur de la Doyenne (UdM)

Version modifiée après soutenance

Diplômes décernés et organismes de délivrance

Diplôme national de Docteur en droit public, Université d'Auvergne Clermont 1
Diplôme de Doctorat en droit (L.L.D), Université de Montréal

Publiée aux éditions Bruylant en 2011

SOMMAIRE

Introduction	4
Partie I : La protection du semblable	
Un dialogue enrichi par les droits fondamentaux.	53
Titre 1 : Le réfugié dans le sillon protecteur du droit international des droits de l'homme	56
Chapitre 1 - L'intervention du droit international des droits de l'homme dans le droit des réfugiés.....	58
Chapitre 2 - L'accession du réfugié à la requête individuelle sur la scène internationale... ..	77
Titre 2 : Le réfugié dans le giron protecteur de l'État de droit	109
Chapitre 1 - L'élévation du réfugié au rang de justiciable.....	112
Chapitre 2 - La recherche dynamique d'un statut pour le réfugié.	166
Partie 2 : La fragilisation du réfugié	
Un dialogue en panne sur la Convention de Genève.....	219
Titre 1 : En panne sur la définition du réfugié	221
Chapitre 1 - Ne pas faire entrer le réfugié dans sa définition conventionnelle.	225
Chapitre 2 - Écarter le réfugié de sa qualité.....	250
Titre 2 : En panne sur la vulnérabilité du réfugié	272
Chapitre 1 - La course à la demande d'asile.	273
Chapitre 2 - Précarisation de la situation des demandeurs d'asile et des réfugiés.....	297
Partie 3 : Le rejet de l'autre	
Un dialogue confisqué hors la Convention de Genève.....	314
Titre 1 : Dépasser la Convention de Genève pour exclure le réfugié	316
Chapitre 1 - La prise de pouvoir de l'intergouvernemental : l'« a-normativité ».....	317
Chapitre 2 - La réécriture du droit des réfugiés : la nouvelle normativité.....	339
Titre 2 : Distancer la Convention de Genève pour rendre invisible le réfugié	381
Chapitre 1 - Maintenir ailleurs : la négation du risque.	383
Chapitre 2 - Bloquer l'entrée et empêcher de rester : la négation du réfugié.....	409
Conclusion générale	465
Bibliographie sélective	478
Index thématique	497
Table des matières	500

«Quand nous sommes arrivés dans le camp de Trnopolje, ils ont violé dix femmes devant moi, certaines très jeunes. Cela a duré des jours. Certaines étaient égorgées après avoir été violées. J'étais obligé d'assister à tout ça.» Soudain, la voix de Bahrija se casse : «Ma femme était parmi elles...J'ai essayé de les défendre. Je leur ai dit de me tuer plutôt. Ils m'ont battu, mais ils ont continué.» Silence.¹

«...Vous leur dites que vous ne savez pas quoi avouer, ce qui est souvent la vérité...ils finissent par allumer le feu; vos cheveux brûlent, ou votre chemise, ou votre cou...vous hurlez : «Qu'est-ce que je dois avouer?»...la douleur devient tellement intolérable qu'elle vous dérouille la cervelle; vous avouez n'importe quoi : vous avez menti, vous avez volé, vous avez trahi le gouvernement, vos amis, vos parents, l'armée, Dieu...ces aveux faits, on vous relâche ou on vous exécute; ça dépend des jours.»²

¹ Témoignage d'un réfugié Bosniaque en 1992, Philippe GRANJON et Pascal DELOCHE, « Ex-Yougoslavie : le viol devient une arme de guerre », *Réfugiés*, n° 93, août 1993, pp. 42-44

² Témoignage d'un centrafricain réfugié en France, Jeanne CHAMPION, *Mémoires en exil*, Fayard, 1989, pp. 67-80.

Introduction

En janvier 2003, le Premier ministre britannique Tony Blair menaçait de retirer la Grande-Bretagne de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* [ci-après *Convention européenne des droits de l'homme*], au motif que son article 3 – interdisant la torture et, par ricochet, l'expulsion de toute personne vers un pays où elle risque la torture – avait bénéficié à un ex-taliban demandeur d'asile et qu'à ce titre le droit ne permettait plus de maîtriser le « problème » de l'asile³. Cette menace est caractéristique du paradoxe grandissant entre les objectifs de protection des droits des réfugiés, et la volonté de durcissement des politiques nationales concernant ces mêmes réfugiés. Elle montre à quel point l'équilibre entre les intérêts d'un État et ceux des individus est fragile, et révèle la polysémie du « problème » des réfugiés : problème humain mettant en scène des individus victimes de persécutions qui doivent s'enfuir et chercher asile dans d'autres États, et problème politique mettant en jeu la souveraineté et les frontières desdits États. Quelle que soit sa dimension, ce « problème » des réfugiés est régi par le droit, d'une part comme instrument de protection des individus, mais aussi – et peut-être surtout – comme outil de contrôle des États sur les flux migratoires.

Partant de ce « problème » des réfugiés, nous avons relevé, comme point de départ de notre recherche, le caractère très hétérogène du droit qui l'accompagne (**Section 1**). Après avoir recherché le cadre théorique susceptible d'expliquer l'aspect composite du droit des réfugiés (**Section 2**), nous présenterons le cadre méthodologique choisi aux fins de notre démonstration (**Section 3**). Puis nous présenterons la problématique spécifique dans laquelle celle-ci s'inscrit et l'hypothèse d'explication qui se détache déjà (**Section 4**).

³ Joshua ROZENBERG, « Blair scares rights lawyers », *The Daily Telegraph*, 30 Jan 2003, ainsi que Patrick WINTOUR, « Blair warning on rights treaty », *The guardian*, jan 27, 2003.

Section 1: Choix du sujet et problématique générale: l'hétérogénéité du droit des réfugiés.

Un glissement dans l'appréhension du phénomène des réfugiés s'observe depuis la fin des années quatre-vingt lorsque la prise en compte de la souffrance humaine a cédé le pas aux préoccupations migratoires des États (I). Ce constat ne recevra début d'explication que lorsque sera précisé de qui on parle (II) et le cadre normatif dans lequel ce réfugié évolue (III).

I) De la souffrance humaine à l'embarras étatique.

La souffrance humaine se dissipe derrière les préoccupations étatiques lorsque le réfugié disparaît derrière le « demandeur d'asile » (A), et lorsque le concept de migration désespérée est éclipsé par la notion de « pression migratoire » (B).

A) Du réfugié au demandeur d'asile.

Si l'Histoire de l'humanité est faite de migrations et de déplacements forcés, le XXe siècle a été particulièrement marqué par les mouvements massifs de réfugiés fuyant la barbarie des violations des droits de l'homme, des conflits et des persécutions sous toutes leurs formes. De la Révolution russe au conflit israélo-palestinien, en passant par les deux guerres mondiales, la guerre en Afghanistan, les différentes dictatures qu'ont connues Haïti, le Cambodge ou le Chili, et plus récemment les conflits ethniques et/ou religieux du Rwanda, du Kosovo ou du Soudan, ce siècle n'a connu aucun répit et mérite d'être qualifié sans aucune exagération de « siècle des réfugiés », y compris sur le plan juridique puisque le développement de normes sur la protection de ces personnes a pris naissance dans les années vingt. On a pu croire pendant longtemps que les flux migratoires étaient essentiellement des conséquences de conflits armés, mais le phénomène présente un visage beaucoup moins binaire. L'existence d'un « problème » des réfugiés est aujourd'hui le résultat de tout ce qui ne va pas dans ce monde⁴, conjugué avec le contrôle croissant qu'exercent les États occidentaux (et en paix) sur leurs frontières et leur territoire. Il semble que le XXIe siècle s'annonce comme le « siècle des demandeurs d'asile », c'est-à-dire le siècle d'une difficile mise en œuvre du droit des réfugiés.

Les deux témoignages présentés en début de texte suffisent à situer ce travail dans sa

⁴ Voir l'énumération de François Rigaud, *Droit d'Asile*, Ed. Story-Scientia, 1998, préface, p. VII.

principale dimension. Les vrais sujets de cette étude sont des personnes, soumises à des situations insupportables et dont la dignité de l'existence, et parfois la vie, dépend de leur seule mise à l'abri des persécutions. En dépit de la délimitation de ce travail, qui exclut notamment l'approche humanitaire sur le terrain de la situation des réfugiés, nous ne devons pas oublier cette réalité d'une situation géopolitique mondiale encore, toujours, et pour l'avenir, productrice de migrations forcées de toutes natures. Or, la réaction du monde occidental qui est le seul à disposer des moyens d'accueil les plus efficaces est de plus en plus hostile.

B) De la migration désespérée à la pression migratoire.

Les exemples ne manquent pas pour illustrer les réalités sordides et la détresse qu'endurent des millions de personnes à travers le monde. Les témoignages sont extrêmement nombreux, les enquêtes sur le terrain, et les ouvrages relatifs à l'assistance humanitaire, ou à la sauvegarde du droit d'asile nous procurent également un difficile enseignement. Il n'est pas question ici de dresser la liste de ces témoignages ni de se livrer à une énumération des événements qui ont provoqué ou qui provoquent encore ces migrations forcées. Rappelons seulement le dénominateur commun de ces migrations: il s'agit d'une *fuite* (avec toute la hâte, la précipitation, l'abandon et l'insécurité que ce terme induit), pour échapper à un *danger*.

La *pression migratoire* est un tout autre concept. C'est l'écart entre le potentiel migratoire (terme dont le sens est également imprécis) d'un État et l'immigration réelle. Elle est définie par Thomas Straubhaar comme étant un produit de décisions politiques qui apparaît lorsque les pays d'immigration imposent des restrictions à l'admission des étrangers⁵.

Concept clé des États occidentaux, la « pression migratoire » sert à couvrir leur politique de fermeture des frontières (pour l'Europe) ou de restrictions des quotas (pour l'Amérique du Nord), et à faciliter l'amalgame entre immigration et asile dans l'« opinion publique », dans le discours politique, dans les textes juridiques et dans la pratique.

Ainsi, et c'est très net depuis les années quatre-vingt-dix, le réfugié est considéré comme un immigrant subi et indésirable et il doit faire face à de nouvelles mesures législatives visant à le tenir à distance ou à le dissuader de tenter une « candidature ». Et pour justifier la mise en œuvre de ces mesures restrictives, les autorités complètent le discours relatif à la maîtrise de l'immigration, avec celui d'une « perversion de l'asile », et celui des réfugiés comme

⁵ Thomas STRAUBHAAR, « Migration pressure », *International Migration*, 1993, Vol. 31, n°1, pp. 5-42.

« population à risque »⁶.

Pour l'année 2005⁷, environ 21 millions de personnes contraintes de fuir leur foyer relèvent de la compétence du HCR (son mandat offre une protection plus large que le texte de la *Convention*), et parmi celles-ci, 8.7 millions sont des réfugiés au sens conventionnel du terme⁸. Un chiffre historiquement bas qui s'inscrit dans la chute du nombre de réfugiés amorcée depuis 1994, et qui s'accompagne d'une chute des demandes d'asile dans les principaux pays d'accueil occidentaux⁹.

Tous les réfugiés du monde sont par ailleurs loin de se presser aux portes de l'Occident et trouvent plus généralement refuge dans un pays voisin. C'est ainsi que depuis 2001, l'Iran se trouve être le pays le plus accueillant du monde et se partage avec le Pakistan près de 4 millions de réfugiés provenant d'Irak et d'Afghanistan et vivant sur leurs territoires¹⁰. Sept réfugiés sur dix dans le monde, ont trouvé refuge dans un pays en voie de développement¹¹. À titre d'illustration, il y a, selon les chiffres de 2005, 137 000 réfugiés en France (soit 0.2% de la population) et 147 000 au Canada (soit 0.5% de la population)¹².

Les réfugiés qui demandent à être reconnus dans le monde occidental sont donc proportionnellement très peu nombreux et le nombre de réfugiés reconnus est encore plus restreint. Pourtant, ce même monde occidental s'équipe de toutes les armes politiques et juridiques qui vont lui permettre de circonscrire encore plus ces déplacements de réfugiés.

⁶ Propos de Jean-François Lott, directeur de l'OFPPA et de M. Faugère, directeur des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur en 1995. Voir Lucie LEMONDE, Taoufik BOUDERBALAH, René DEGNI-SEGUI, « Le seuil de l'intolérable. Rapport d'enquête de la FIDH sur la situation des étrangers et des demandeurs d'asile en France », *La lettre hebdomadaire de la FIDH*, hors-série, n° 216, mai 1996, 31 p.

⁷ Pour les années 2006 et 2007, le HCR a changé de méthode d'inventaire et de statistiques, afin que les chiffres reflètent davantage la réalité. Le HCR le dit lui-même, ces chiffres marquent une cassure dans l'évolution, et il faudra quelques années avant qu'ils ne prennent toute leur dimension explicative. HCR, *2006 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, juillet 2007, 105 p.

⁸ Mais le HCR estime en fait que le nombre total de déracinés dans le monde est de plus de 50 millions. Voir HCR, *Refugiés – Tendances mondiales en 2005, Panorama statistique des populations de réfugiés, de demandeurs d'asile, de personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, d'apatrides et autres personnes relevant de la compétence du HCR*, 9 juin 2006, 115 p., et UNHCR, *Statistical Yearbook 2005*, avril 2007, 179 p. Ainsi que UNHCR, *Global appeal 2008-2009*, Geneva, 2008, p. 12, et UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2007, Statistical Overview of Asylum Applications Lodged in Europe and Selected Non-European Countries*, 18 mars 2008, 38 p.

⁹ D'après les *Statistical Yearbooks* du HCR publiés chaque année, et disponibles en ligne depuis l'année 1994, à l'adresse <http://www.unhcr.org/statistics.html> (consultée le 31 mai 2007). Sur la chute des demandes d'asile (à hauteur de 50% entre 2001 et 2005), voir HCR, *Niveaux et tendances de l'asile dans les pays industrialisés, 2005 - synthèse des demandes d'asile présentées en Europe et dans les pays industrialisés non européens en 2005*, 19 mars 2006, 27 p.

¹⁰ Voir UNHCR, *Refugees by numbers 2002*, 18 p. et UNHCR, *Refugee by numbers 2006*, 20 p.

¹¹ UNHCR, *Statistical Yearbook 2001 : Refugees, Asylum-seekers and other Persons of concern – Trends in displacement, protection and solutions*, Genève, octobre 2002, p. 12-13. Le pourcentage reste inchangé en 2005: UNHCR, *Statistical Yearbook 2005*, avril 2007, p. 9.

¹² UNHCR, *Statistical Yearbook 2005*, avril 2007, p. 77.

Nous voyons ici que l'utilisation de la notion de « pression migratoire » a rendu plus faciles la fermeture des frontières et les restrictions d'accueil, alors qu'il ne s'agit pas d'immigration volontaire, mais bien de migration forcée. Les États ont stigmatisé les réfugiés aux moyens d'un discours concernant les immigrants. Cette confusion intentionnelle est peut-être la plus grave, mais elle n'est pas isolée. D'autres, plus subtiles, sont élaborées autour de la notion même de réfugié, afin de le catégoriser au sein d'une échelle de valeur et de mérite. Pour la suite de cette étude, il est nécessaire de se livrer à un travail de définitions.

II) Définitions et concepts généraux du « problème » des réfugiés.

Le « **réfugié** » est, aux termes de l'article 1A2 de la *Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*¹³, la personne qui,

« craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors de pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ».

La réalité des individus concernés dépasse très probablement ces quelques lignes, et cette définition ne détermine pas véritablement ce qu'est un réfugié. Pour autant, elle fournit des raisons pour lesquelles il devrait être considéré comme tel. Notons que la *Convention de Genève* ne régit pas réellement le statut de réfugié, elle ne fait que le proposer. Elle donne un point de départ (la « qualité » de réfugié) à partir duquel un ensemble de normes (internes et internationales) vont établir un « statut » pour le réfugié.

On oppose généralement le réfugié au « **demandeur d'asile** » dont le terme désigne les personnes qui ont quitté leur pays d'origine et qui déposent une demande d'asile dans un autre pays. Leur objectif est de se voir reconnaître le statut de réfugié afin de bénéficier de la protection juridique et de l'assistance matérielle prévues par la *Convention de Genève*. Si à l'issue de l'examen, ce statut ne leur est pas reconnu, ces personnes ont alors le statut d'étrangers en situation irrégulière et peuvent être expulsées. En 2005, près de 773 000 demandes d'asile étaient déposées – et en suspens – dans le monde¹⁴. La distinction entre la définition du réfugié et la définition du demandeur d'asile présente une difficulté, car nous avons tendance à leur donner une valeur hiérarchique et chronologique. Le demandeur d'asile

¹³ *Convention relative au statut des réfugiés*, Genève, 28 juillet 1951, *RTNU*, Vol. 189, n° 2545, p. 137. [Ci-après « *Convention* » ou « *Convention de Genève* » ou « *Convention de 1951* ».]

¹⁴ UNHCR, *Statistical Yearbook 2005*, avril 2007, p. 24.

est alors entendu comme un réfugié « potentiel ». Or, le réfugié est en droit, la personne définie à l'article 1A2 de la *Convention de Genève*. Le demandeur d'asile peut donc être un réfugié. Pourtant, il n'aura le *statut* de réfugié que lorsqu'un État d'accueil, par l'intermédiaire d'une procédure administrative et/ou juridictionnelle, l'aura décidé. Dans l'attente, son statut est indéfini et trouble¹⁵. Et comme il y a en sus au sein des candidats au statut de réfugié, des individus qui ne satisfont pas à la définition de la *Convention de Genève*, l'expression « demandeur d'asile » devient, par abus de langage, la catégorie des « faux réfugiés » eux-mêmes rapidement considérés comme des fraudeurs.

Dans les développements qui suivront, nous utiliserons parfois le mot « réfugié » pour toute personne susceptible de répondre à la définition donnée par la *Convention de Genève*, qu'elle ait ou non obtenu le statut. Pour distinguer les personnes qui demandent le statut de celles qui l'ont, Jean-Yves Carlier propose l'expression « **candidat réfugié** », qui a sans doute le mérite de gommer le jugement de valeur hiérarchique porté sur les individus, tout en conservant l'aspect chronologique de leur statut¹⁶. Le qualificatif « demandeur d'asile » sera néanmoins utilisé lorsque celui-ci est officiellement établi par une norme ou un discours, laquelle ou lequel porte précisément ce jugement de valeur dont nous voulons souligner l'impact. Notons dans ce sens qu'en novembre 2007, la loi « Hortefeux » débaptise la Commission des Recours des Réfugiés (CRR), organe d'appel français dans le système de détermination du statut, pour lui donner le nom de « **Cour nationale du droit d'asile** ». Une mesure qui donne à l'institution un véritable statut de juridiction, mais qui vise aussi à replacer les choses dans leur contexte : les candidats au statut ne sont pas des réfugiés, seulement des demandeurs d'asile¹⁷. Notons également qu'en raison d'une recherche documentaire portant exclusivement sur la période antérieure à ce changement, nous conserverons dans cette recherche, la dénomination d'origine. Il est également intéressant de relever que le Canada utilisa pendant longtemps l'expression « revendicateur du statut de réfugié », mais qu'avec la *Loi sur l'Immigration et la protection des réfugiés*, il s'est aligné en 2002, sur l'utilisation de l'expression « demandeur d'asile ».

¹⁵ Notamment en France, où la première législation ayant directement trait au statut des demandeurs d'asile date du 6 juillet 1992, et où les circulaires ministérielles conservent un monopole décisionnel dans ce domaine et sortent régulièrement du cadre de la légalité. Voir l'étude « Demandeur d'asile », *Dictionnaire permanent du droit des étrangers*, feuillets 22, 1^{er} janvier 2004, p. 573.

¹⁶ Jean-Yves CARLIER, *Droit des réfugiés*, E. Story-Sientia, Bruxelles, 1989, 409 p.

¹⁷ Thierry MARIANI, *Projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Assemblée nationale, XIII^e législature, 2^e Session extraordinaire, compte rendu intégral, troisième séance du mercredi 19 septembre 2007 : « [L]a dénomination actuelle fait référence aux "réfugiés", ce qui est également ambigu, puisque les demandeurs d'asile n'ont pas encore acquis un tel statut lorsqu'ils saisissent la CRR ».

Enfin, pour les demandeurs d'asile ayant obtenu le statut, nous parlerons de « réfugiés ayant obtenu le statut » ou de « **réfugiés reconnus** »¹⁸.

A ces définitions, il faudrait rappeler celle de l'« **étranger** ». L'étranger est une personne qui n'a pas la nationalité du pays dans lequel elle réside. La nationalité est le lien politique et juridique qui rattache un individu à un État. Si le réfugié est un étranger dans les faits, il faut tâcher de ne pas employer un terme pour un autre en droit. C'est ainsi qu'on aboutit aux amalgames et aux confusions entre étranger et réfugié, immigration et asile. De même, la notion d'« immigré » caractérise l'individu qui n'est pas né dans le pays considéré, mais qui est venu s'y fixer. L'immigré est donc né étranger, mais s'il acquiert la nationalité du pays, il ne le demeure pas forcément. C'est ainsi qu'on parle abusivement en France, d'« immigrés de la deuxième génération ». De la même façon, on considère comme étrangers les individus répondant à la qualification de « personnes d'origine étrangère », alors qu'ils ont pour la plupart la nationalité française¹⁹.

Quant aux « **réfugiées** », de nombreux articles et ouvrages sont intégralement consacrés à la problématique de la femme réfugiée qui subit la persécution du seul fait de son sexe²⁰. De nombreuses réflexions sont menées sur des solutions juridiques expressément prévues pour les femmes²¹. Et de nombreuses critiques sont soulevées sur la masculinité de la *Convention de Genève* et plus généralement du droit des réfugiés²² (et plus généralement du droit). La problématique des femmes réfugiées émergera dans le cadre des persécutions sexospécifiques faites aux femmes. Les femmes ne sont pas des cas particuliers de victimes, elles sont les premières victimes de la persécution et sont de fait le sujet principal de cette recherche, car, en seuls termes quantitatifs, elles sont largement majoritaires au sein de la population réfugiée mondiale²³. Par souci de cohérence et si la règle des pluriels nous l'autorisait, devrions-nous peut-être féminiser tout le droit des réfugiés, mais la langue française nous impose des limites grammaticales. Nous saluons ici l'engagement de différents auteurs, pourtant anglophones,

¹⁸ Le terme « réfugié statutaire » étant encore, bien que rarement, employé pour désigner les réfugiés admis à ce titre par l'intermédiaire de procédures antérieures à 1951.

¹⁹ Notion française introduite par le haut conseil à l'intégration. Etude, « ABC du droit des étrangers », *Dictionnaire permanent du droit des étrangers*, Feuilles 18, 1^{er} août 2002, pp.150-151.

²⁰ Voir notamment l'intégralité de *International Journal of refugee law, Special issue 1997: UNHCR symposium on gender-based persecution*, 252 p.

²¹ Pour une vue d'ensemble, voir HCR, « Note on Refugee Women and International Protection », (EC/SCP/59).

²² Thomas SPIJKERBOER, *Gender and Refugee Status*, Ashgate Dartmouth, 2000, pp. 1-14. Et, pour une approche constructiviste : Claudia MULLER-HOFF, « Representations of Refugee Women – Legal Discourse in Europe », *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2001, n°1, 27 p.

²³ Les femmes de tous âges représentent 3/5 de la population réfugiée à travers le monde : Voir HCR, *Women, children, and older refugees: the sex and age distribution of refugee populations with a special emphasis of UNHCR policy priorities*, Genève, 2001, p. 4.

qui utilisent le vocable « she » lorsqu'ils évoquent la personne du réfugié au singulier. Parmi eux, James Hathaway et BS Chimni. En tout état de cause, les expressions « réfugié », « réfugiés » et « demandeurs d'asile » seront évidemment entendus par la suite comme incluant la « réfugiée », les « réfugiées » et les « demandeuses d'asile ».

Pour finir, nous refuserons d'en appeler aux éléments qui se déchaînent (l'eau en particulier), pour évoquer les mouvements de réfugiés. Ni « flot », ni « afflux », ni « raz-de-marée », ni « torrent » et autres « débordements » donc, que l'on retrouve régulièrement dans les discours politiques, médiatiques, et la doctrine juridique la plus sérieuse. Nous évoquerons les « mouvements » et des « déplacements »²⁴ de réfugiés, éventuellement massifs ou collectifs s'il y a lieu, et nous conserverons uniquement l'expression consacrée de « flux migratoires » dont le sens conserve un aspect alternatif (d'allées et venues). Ce qui n'est plus le cas de l'expression « flux de réfugiés », qui ne désigne plus que les « venues ».

III) Problématique générale : le statut du réfugié dépend de la dynamique contradictoire et hétérogène du droit des réfugiés.

Nous entendons par « droit des réfugiés » le volet visant à la protection des réfugiés. En choisissant ce dernier comme domaine de recherche principal, le droit international public s'imposait comme point de départ. Le droit international des réfugiés est l'aboutissement d'une mutation de l'asile, une institution millénaire inscrite dans une philosophie générale d'hospitalité, apparue sous forme principalement religieuse pour entrer peu à peu dans le domaine politique et devenir du droit d'asile souverain²⁵. En entrant sur la scène internationale, elle s'est effacée pour devenir « droit des réfugiés » : un droit élaboré de façon très empirique²⁶, avant de gagner son statut de norme universelle avec la *Convention de Genève*, complétée en 1967 par le *Protocole de New York*²⁷. Elle est depuis le texte de référence en la matière, et elle continue, malgré les doutes émis sur son adaptabilité aux

²⁴ En dépit des risques de redondance et en dépit du fait que le terme « déplacement » est en général réservé aux mouvements « internes ».

²⁵ Parmi les ouvrages consacrés à l'histoire de l'asile, voir Anne DUCLOUX, *Ad ecclesiam confugere, Naissance du droit d'asile dans les églises (IVe siècle – milieu du Ve siècle)*, éd. De Boccard, Paris, 1994, 320 p.; Edigio REALE, *Droit d'asile, RCADI*, 1938, t.1, pp. 460-601 ; ainsi que François CRÉPEAU, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 27-45.

²⁶ Voir James HATHAWAY, « The evolution of Refugee status in International law : 1920-1950 », *International Comparative Law Quarterly*, 1984, pp. 348-380, James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, 288 p., et François CRÉPEAU, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, *op.cit.*, note précédente, pp. 57-74.

²⁷ *Protocole relatif au statut des réfugiés*, New York, 31 janvier 1967, RTNU, Vol. 606, p. 267.

phénomènes actuels, de proposer un cadre juridique pour les réfugiés. Elle apporte notamment une **définition universelle** (article 1A2), une obligation négative qui fonde l'axe de la protection (le principe de **non-refoulement** inscrit à l'article 33), ainsi qu'une « **déclaration des droits des réfugiés** » (la moitié des 46 articles de la *Convention* est une énumération de droits civils, politiques, économiques sociaux et culturels dont le réfugié peut se prévaloir, mais cette « *Bill of rights* »²⁸ bénéficie d'une attention étatique et doctrinale très résiduelle). Elle a de plus été accompagnée de la création du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (**HCR**)²⁹, organisme spécifique de protection, « guide » et auteur de doctrine³⁰, et interlocuteur incontournable dans le débat³¹.

Le droit des réfugiés, assimilé à la *Convention de 1951* est donc principalement entendu dans sa dimension internationale. Mais le droit international des réfugiés ne se réduit pas à la seule *Convention de Genève*, et plusieurs parcelles juridiques relatives aux réfugiés sont présentes dans d'autres instruments internationaux, tels que la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales*, la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ou encore la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

Pourtant, malgré cette multiplication de textes à vocation protectrice, le constat d'un décalage grandissant entre un droit visant à la sauvegarde des réfugiés et une réalité politique visant à tenir à distance ces mêmes réfugiés s'impose. Il aurait dès lors été possible de se contenter d'inscrire cette recherche dans une problématique relative à l'effectivité du droit international, mais le sujet dépasse nettement cette seule « contrariété ». En effet, même s'ils sont pris en compte par des instruments internationaux, les réfugiés – qui sont des femmes, des enfants et des hommes ayant fui leur pays et qui cherchent protection ailleurs – ne peuvent être considérés comme évoluant dans un monde abstrait que serait la sphère internationale. Ils sont des individus qui franchissent des frontières et qui font – dès lors – face à des législations nationales. Le droit interne est le seul à leur fournir (ou leur refuser)

²⁸ Brian GORLICK, « Human Rights and refugees : enhancing protection through international human rights law », UNHCR Working paper n° 30, octobre 2000.

²⁹ AGNU, résolution n° 428 (V) *adoptant le statut du HCR*, 14 décembre 1950.

³⁰ Sa plus importante contribution en la matière fut l'édition du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* [ci-après *Guide des procédures* ou *Guide*], 1982, Genève.

³¹ Notamment par le biais des « consultations mondiales » lancées en 2001. Des plateformes de discussion visant à renforcer l'application de la *Convention*, et à l'issue desquelles un *Agenda pour la protection* a été adopté. HCR, *Agenda pour la protection*, Genève, Juin 2004, p. 11., et Erika FELLER, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON, *Refugee protection in international law : UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge, New York, Geneva, *Cambridge University Press*; UNHCR, 2003, 717 p.

des mécanismes de recouvrement de statut. De la même façon que le réfugié ne se pose pas uniquement en termes de droit international, il ne dispose pas instantanément et systématiquement d'un statut politique et juridique dès qu'il met un pied dans un autre État que le sien. Une opération juridique se réalise entre la reconnaissance de son existence par le droit international et la reconnaissance de son statut par le droit interne. Et là encore, nous avons constaté que le droit interne n'était pas homogène, y compris et surtout au sein d'un même pays.

Ce travail serait considérablement facilité si la rencontre du droit interne et du droit international répondait à une simple dynamique manichéenne : le bienfaisant droit international protecteur et le malveillant droit interne protectionniste. Mais si au sein du droit international, les normes aménagent une plus grande protection de la personne humaine et du réfugié en particulier, elles présentent également des failles très importantes qui sont parfois un frein à une meilleure prise en compte des réfugiés. De la même façon, si les droits internes organisent une résistance aux mouvements de réfugiés qui se traduit par l'élaboration de normes et la mise en oeuvre de mécanismes de « maîtrise des flux », ils procurent, dans une logique fondamentalement opposée, des éléments de protection beaucoup plus aboutis que ce que permet le droit international, notamment à travers la mise en oeuvre par des tribunaux internes, de certaines garanties des droits fondamentaux.

Ainsi, le droit des réfugiés est vaste. Réduit à la seule *Convention de Genève*, ou à sa dimension internationale, il est presque vide de sens en ce que le réfugié n'est pas une abstraction de droit international, mais un individu cherchant protection sur un territoire national. Mais étudié à travers toutes les disciplines qu'il côtoie, il est gigantesque. Dans la seule dimension juridique, il est possible de trouver des problématiques relatives aux réfugiés et à l'asile dans de très nombreuses branches : droit administratif et constitutionnel bien sûr, mais aussi droit pénal, droit des étrangers et droit de l'immigration, droit européen et droit communautaire, relations diplomatiques et droit humanitaire.

Logiquement, ce « pluralisme » du droit des réfugiés devrait générer un cadre juridique cohérent et efficace. C'est parfois le cas, par un phénomène d'addition et de multiplication des procédures et des protections au bénéfice du réfugié. Mais l'inverse est également constaté, lorsque certaines règles viennent minorer la protection apportée par d'autres.

Dès lors, pour trouver les éléments permettant de cerner le statut du réfugié, ce travail devra tenter d'analyser les rencontres des différentes branches du droit en cause et les communications entre les différents acteurs du droit. Peut-être allons-nous aboutir sur une zone juridique mixte et reconnaître que le véritable statut de réfugié ne trouve plus sa définition dans le droit international, ou dans le droit interne, mais à la rencontre des deux, ou encore dans de nouvelles normes « mixtes », spécifiquement à cheval sur la frontière droit interne/droit international, et qui existeront en tant que telles. Quelle que soit la réponse, il semble que les interactions les plus décisives sont celles du droit interne et du droit international, en ce qu'elles fondent les modalités de la protection. Toute la difficulté est de se prononcer de manière certaine sur l'orientation que prennent l'un et l'autre, et de déterminer les causes de l'impulsion vers telle ou telle inclinaison.

Section 2 : Cadre théorique - Le droit des réfugiés est une construction et un discours autour de valeurs et d'intérêts

Bien que centrée sur l'individu-réfugié, notre recherche traite en continu de l'acteur-État, tant dans ses activités supranationales lorsqu'il concède et signe le droit international (des réfugiés), que dans ses activités internes de gouvernement (reconnaissance du statut de réfugié). Cette activité diverse et dense est opposée ici à l'apparent « vide » juridique et politique laissé à la disposition de l'individu réfugié. Ainsi, il nous a paru intéressant d'inscrire ce travail dans une théorie explicative des comportements de l'État, la plus à même de nous permettre d'accepter que le droit soit parfois contradictoire.

L'objet de notre recherche étant ici l'État dit « occidental » en tant que potentiel État d'accueil des réfugiés, s'interroger sur le rôle de l'État vis-à-vis du droit international fut une première étape. Parmi les grands courants théoriques qui ont constitué les fondements épistémologiques de la science juridique, nous avons étudié les dimensions explicatives du jusnaturalisme et du positivisme, et avons au terme de cette démarche, rejeté globalement le premier et partiellement le second, au regard de leur manque de pertinence dans le cadre de notre recherche sur le droit des réfugiés.

Pour trouver les fondements éthiques du droit des réfugiés, les explications relatives à l'objet, mais aussi au sujet (les acteurs) du droit, et enfin les éclairages sur les rapports droit interne / droit international, nous avons cherché des éléments de réponses ailleurs. La multiplication des normes et leur orientation multidirectionnelle (dans un sens protecteur ou

inversement dans un sens négatif) pose le problème de leur élaboration et de leur justification. La dimension éthique de ce sujet nous pousse à réfléchir sur une construction des normes qui reflèterait l'ambiguïté du discours sur le problème des réfugiés. Un discours qui produit lui-même, une justification de la dualité des normes prises.

À l'issue de ce qui a été précisé plus haut, nous pensons que le droit des réfugiés est en pleine redéfinition et que le réfugié est pris au piège des grands débats juridiques et politiques qui font se confronter un attachement à la protection de la personne humaine, et un attachement plus fort encore à la protection des frontières. Il est intéressant de chercher la direction que prend le droit des réfugiés, à travers ce que nous pensons être une construction juridique qui, pour paradoxale qu'elle soit, propose le cadre conceptuel d'une redéfinition du statut du réfugié.

Théorie qui considère un objet de pensée comme construit, le constructivisme permet, du point de vue théorique, de réfléchir sur l'intention et la responsabilité qu'a un sujet sur son objet de connaissance, ce qui se traduit en droit par l'intention et la responsabilité du sujet législateur sur l'objet droit³². Quelle que soit la direction que prend le droit des réfugiés, nous sommes en présence d'un droit mouvant, parfois cohérent, parfois contradictoire, qui ne s'explique que parce qu'il a été construit par des acteurs différents, à des époques différentes, et dans des buts différents. Il n'est plus un droit donné, ou posé là. D'autre part, on ne peut se résoudre à déclarer que le droit est un organe de contrôle d'une réalité sociale qui existe indépendamment de lui. Dans le cadre de notre recherche, il semble au contraire manifeste que la « réalité » des réfugiés telle qu'énoncée par le droit a été construite (I), par le biais d'un discours (II).

I) Le droit des réfugiés est une construction autour de valeurs et d'intérêts.

Parce qu'elle responsabilise les acteurs d'une société et plus précisément les acteurs du droit, une théorie qui démontre que la « réalité » est avant tout une construction sociale, et que le droit figure au nombre de ces réalités sociales construites, est en soi séduisante (A). Elle devient convaincante lorsqu'elle fournit les éléments explicatifs de cette construction (B).

A) Création de la réalité et création du droit.

³² L'article de Douglas LITOWITZ, « The social construction of law : explanations and implications », *Studies in law, Politics and society*, 2000, vol. 21, pp. 215-241, a été, pour la suite de notre propos, le cadre principal.

Pour Watzlawick, le constructivisme consiste à reconnaître que ce que nous prenons pour la réalité est construit³³. Schématiquement, les hommes inventent leur réalité plus qu'ils ne la découvrent, mais c'est de bonne foi qu'ils disent la découvrir, car ils n'ont pas conscience de l'inventer. Von Glasersfeld introduit la notion de responsabilité dans la construction. Pour lui, l'être humain est responsable de sa pensée, de ses actes, et de sa connaissance, même si les constructions auxquelles il se livre ne sont pas conscientes. Il ajoute qu'on peut surmonter cet état d'inconscience, s'interroger sur nos modes de constructions, et finalement, les modifier³⁴.

Pour Berger et Luckmann³⁵, la connaissance de la réalité n'est pas seulement construite, elle est construite socialement, c'est-à-dire avec l'aide des autres. Selon eux, l'homme n'est pas prédéterminé par son environnement, comme le sont les animaux, et sa connaissance est construite en vertu de facteurs typiquement humains. En l'occurrence, le langage, le processus de socialisation et les institutionnalisations³⁶. Prenant appui sur le processus général d'institutionnalisation, la société parvient à s'émanciper des acteurs qui la produisent (*extériorisation*) et est ainsi constituée d'objets séparés des sujets (*objectivation*). Elle devient ainsi une « réalité objective »³⁷.

Les institutionnalisations sont toujours précédées, selon les auteurs, de « processus d'accoutumance ». Elles se manifestent « à chaque fois qu'une classe d'acteurs effectue une typification réciproque d'actions habituelles »³⁸. Chaque typification est une appréhension de l'autre en tant qu'« homme », « vendeur », ou « réfugié », et chaque typification est réciproque, faisant ainsi partie d'une « négociation » continue à l'intérieur de la situation en face à face. Dans la vie quotidienne, une telle « négociation » est probablement elle-même pré-arrangée d'une manière typique – comme dans le processus de marché caractéristique qui

³³ Paul WATZLAWICK, « Préface », dans *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, éd. Du Seuil, 1985, pp. 9-11.

³⁴ Ernst VON GLASERSFELD, « Introduction à un constructivisme radical », dans *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, éd. Du Seuil, 1985, pp. 19-43.

³⁵ Peter BERGER, Thomas LUCKMANN, « La société comme réalité objective », dans *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, pp. 69-127.

³⁶ Philippe Corcuff associe d'ailleurs Berger et Luckmann, qui partent des individus et de leurs interactions, à un « constructivisme phénoménologique », par opposition au « constructivisme structuraliste » de Pierre Bourdieu qui part lui, des structures sociales. Philippe CORCUFF, *Les nouvelles sociologies*, Nathan Université, n°128, 1995, p.56.

³⁷ P. BERGER, T. LUCKMANN, « La société comme réalité objective », dans *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, p. 87.

³⁸ *Ibid.* p. 78.

s'élabore entre les acheteurs et les vendeurs³⁹.

Cet élément très important que représente la typification, introduit la notion d'historicité, indispensable selon nous, à l'étude des sciences sociales et plus particulièrement en ce qui nous concerne, à l'étude du droit des réfugiés, empreint de l'histoire de l'asile, des droits de l'homme, des conflits mondiaux, et de l'affirmation des souverainetés étatiques. C'est en effet dans l'histoire que les typifications et les habitudes s'inscrivent, et qu'elles permettent une accumulation de connaissances communes (dont le langage), qui vont donner une certaine stabilité et solidité aux institutions. L'ordre social est ainsi une production continue de l'homme. L'ordre social ne peut pas être donné, ni biologiquement ni naturellement : « l'ordre social ne fait pas partie de « la nature des choses », et il ne peut être dérivé des « lois de la nature » »⁴⁰.

Pour Valentin Petev, le droit, comme la réalité sociale, est construit par nos actes, même si nous pensons que cette construction n'a pas pour unique fondement les valeurs issues du collectif, mais également les intérêts des acteurs⁴¹. Nous retiendrons également cette approche méthodologique du constructivisme qui nous permet un choix plus large, en quelque sorte plus confortable, de perspectives théoriques dans l'élaboration du droit.

Douglas Litowitz, dans un article relatif aux explications et aux implications de la construction sociale du droit, nous enseigne que le constructivisme est d'abord une rupture épistémologique⁴². S'inspirant de la sociologie de Berger et Luckman et du post-structuralisme de Foucault, il énonce que le droit est socialement construit, c'est-à-dire que la pensée juridique construit les réalités sociales plutôt qu'elle les reflète. Son texte vise à une prise de conscience générale sur la construction du droit, et aboutit sur une invitation à une nouvelle éthique pour le droit. Son premier développement porte sur « la construction sociale du droit » et mérite une attention particulière, notamment en ce qu'il y consomme sa rupture avec toute vision instrumentaliste du droit. De plus, si beaucoup d'auteurs se sont intéressés au sujet à travers une étude particulière sur la construction sociale de « catégories » telles que la famille, le crime, ou la race, la question - plus large - de savoir si le droit lui-même est une construction sociale reste, selon Litowitz, ouverte.

³⁹ P. BERGER, T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, pp. 47-48.

⁴⁰ Ph. CORCUFF, *Les nouvelles sociologies*, Nathan Université, n°128, 1995, p. 59 et 76.

⁴¹ Valentin PETEV, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *Arch. Phil. Droit*, 43, 1999, pp. 27-34.

⁴² Douglas LITOWITZ, « The social construction of law : explanations and implications », *Studies in law, Politics and society*, 2000, vol. 21, pp. 215-241.

Il convient donc avant tout de se débarrasser de la vision instrumentaliste (dans le sens technicienne) du droit, et à cette fin, il est indispensable de rejeter la distinction qui est parfois faite entre droit et société et qui amène à voir le droit comme technique gouvernementale de contrôle social. Puis, parce qu'il ne faut pas réduire le droit à une vulgaire technique de régulation, Litowitz reproche à Llewellyn d'avoir trop insisté sur le fait que l'objectif du droit est de résoudre les conflits, et d'avoir, en conceptualisant ainsi le droit, manqué un point essentiel, à savoir le fait que le droit « constitue » et « produit » les relations sociales. Le droit n'est pas là pour réguler une société pré-existante, il est le socle de cette société *dont* il modèle l'existence.

Le droit n'est pas une sorte de prestataire de services ni un instrument supérieur de régulation des conflits. C'est au contraire l'existence d'un arrangement légal qui fait naître les conflits, qui ensuite seront résolus par le droit. En d'autres termes, le droit crée les conflits qu'il résout.

La société n'est rien d'autre qu'une multitude de relations juridiques, même si ce n'est pas toujours « visible ». En effet, le pouvoir constitutif du droit tend, selon Litowitz, à avancer masqué grâce au phénomène de « réification » (transformation en chose) : la relation juridique devient l'objet qu'elle a créé. Ainsi, on voit l'objet sans voir la relation juridique qui le supporte. Même les identités personnelles sont définies par catégories et par classifications juridiques ou préjuridiques, telles que la citoyenneté, la profession, le logement, la propriété ou le statut marital.

La construction sociale du droit n'apparaît pas pour autant *ex nihilo*, notamment parce que ses acteurs sont liés par des règles et des précédents. Toute construction du droit présuppose une idée de ce que le monde devrait être. Déjà, le caractère programmatique du constructivisme de Litowitz (sur lequel nous reviendrons) apparaît. Nous retiendrons enfin que tous les acteurs du droit (juges, législateurs, médiateurs, professeurs de droit) interviennent évidemment sur le droit, mais aussi sur le monde, puisqu'ils le font inévitablement. Et c'est avec cette réalisation (du monde) que vient la responsabilité des acteurs.

B) Valeurs et intérêts dans la création du droit.

La notion de « valeurs » intervient beaucoup dans les principes d'élaboration du droit et

dans l'approche constructiviste⁴³. Dans le contexte éminemment « étatique » de notre approche du problème des réfugiés, nous pensons que le mot (et seulement le mot) « valeur » est une hypocrisie à double titre. Premièrement dans la façon selon laquelle ces « valeurs » sont déclamées, utilisées et finalement négligées. Citons Georges Perrin qui rappelle que

« quels que soient leurs desseins et la facilité avec laquelle ils transgressent parfois leurs obligations internationales, les gouvernements sont trop avisés pour conclure des accords qui apporteraient la preuve de leur mépris pour les principes élevés qu'ils font profession de respecter. »⁴⁴

Deuxièmement, dans le moteur qu'elles sont censées représenter dans l'élaboration du droit, alors qu'un simple constat sommaire et rapide de l'activité juridique dans le domaine qui nous intéresse suffit à repérer qu'il s'agit en fait d'« intérêts ». Cependant, notre propos n'est pas de nier le concept de « valeurs », puisque c'est au contraire sur elles que l'approche constructiviste s'élabore.

C'est justement à ce titre que le constructivisme est intéressant, car il nous permet de constater et dénoncer cette fabrication du droit en fonction d'intérêts (1), tout en proposant une sortie programmatique vers une construction plus responsable (2).

1) Le constructivisme comme explication du processus normatif.

À l'appui de ce propos, nous proposons plusieurs illustrations. La première concerne le terme « demandeur d'asile », et apporte la preuve que le droit est construit dans un sens prémédité et qu'il invente effectivement une réalité sociale. À cet exemple, nous ajouterons celui du poids idéologique que porte la *Convention de Genève* (a).

La seconde illustration vise à montrer que le droit s'inscrit néanmoins dans un processus historique qui implique une certaine continuité (le poids du passé existe), mais qui n'exclut pas pour autant la possibilité d'une rupture (un projet est possible pour le droit) (b).

a) L'invention de la réalité.

À travers deux exemples précis, nous allons voir que le droit fait croire qu'il correspond à la réalité, alors qu'il l'a créée de toutes pièces. Le droit des réfugiés est ainsi mis en danger par une irruption de « nouvelles réalités » le concernant (i). Il n'est lui-même, au demeurant, pas

⁴³ Voir notamment H. ATLAN, « Les niveaux de l'éthique », dans J.-P. CHANGEUX (Dir), *Une même éthique pour tous*, Odile Jacob, 1997, pp. 91 et s.

⁴⁴ Georges PERRIN, « La nécessité et les dangers du jus cogens », *Mélanges Pictet*, 1984, p. 757.

exempt d'idéologie à la source même de sa construction (ii).

i. La création du demandeur d'asile.

Dans le cadre européen, le terme « demandeur d'asile » est un exemple frappant de création d'une « réalité », présentée comme devant simplement « correspondre » à une réalité, c'est-à-dire celle du réfugié *en attente* de statut, par opposition au réfugié *ayant* le statut de réfugié.

Le demandeur d'asile est plus qu'une construction juridique, c'est un trucage juridique. Absent des textes internationaux et nationaux de référence, le terme a tellement été utilisé, y compris dans les doctrines juridiques les plus rigoureuses, pour désigner les personnes qui étaient des réfugiées au sens de la *Convention de Genève de 1951*, mais qui n'étaient pas encore « reconnues » comme telles par les États, qu'il a fini par devenir officiel. Aujourd'hui, l'expression est employée dans les textes européens visant à un meilleur contrôle des frontières. C'est le cas dans la *Convention Schengen*⁴⁵, premier texte officiel à donner une définition du demandeur d'asile, et qui fut par la suite intégrée systématiquement dans les autres instruments européens, tels que la *Convention de Dublin*⁴⁶, le *Traité d'Amsterdam*⁴⁷ et le droit dérivé subséquent (directives notamment). On constate que les États européens donnent aujourd'hui des sens différents au terme « demandeur d'asile » en fonction de ce qu'ils souhaitent lui faire dire⁴⁸. De cette utilisation du terme, une très nette différence est marquée (comme nous l'avons vu : chronologique d'abord, puis hiérarchique) entre le réfugié qui s'est vu reconnaître le statut par des instances internes de détermination – le « bon » réfugié – et celui qui demande ce statut, c'est-à-dire dont on ne sait pas encore s'il le mérite et sur lequel on porte des jugements de valeur (allant du doute sur le bien-fondé de sa demande à des suspicions quant à ses potentielles propensions à la délinquance, le crime, et parfois le

⁴⁵ Article 1^{er} de la *Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique BENELUX, de la République Fédérale d'Allemagne, et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôle aux frontières communes*, JORF, n° 69 du 22 mars 1995, p. 4441.

⁴⁶ Qui l'utilise 30 fois dans tout le texte (alors que le mot « réfugié » n'apparaît que 9 fois) : *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres de la Communauté*, signée le à Dublin le 15 juin 1990, JORF, n° 233 du 7 octobre 1997 p. 14504.

⁴⁷ Article 63 (ex-article 73 J): *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, signé le 2 octobre 1997, JOCE, n° C 340 du 10 Novembre 1997.

⁴⁸ Par exemple l'*Action commune 1999/290/JAI adoptée par le Conseil établissant des mesures destinées à soutenir concrètement l'accueil et le rapatriement volontaire des réfugiés, de personnes déplacées et de demandeurs d'asile, y compris une aide d'urgence aux personnes ayant fui des événements récents qui se sont produits au Kosovo*, JOCE, n° L 114, 1^{er} mai 1999, pp. 2-6.

terrorisme). Cela est contraire à la *Convention de Genève* qui ne marque pas cette chronologie et se borne à évoquer le « réfugié » en général, « réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire », le « réfugié résidant régulièrement », et le « réfugié en situation irrégulière ».

Nous rejoignons la démonstration de Litowitz lorsqu'il évoque la transformation en « chose » des relations juridiques (la « réification » ou « chosification »). La construction juridique représentée par les termes « demandeur d'asile » disparaît et l'on ne voit plus que son image, la « chose », en l'occurrence une personne, alors qu'en fait, l'expression ne désigne qu'une relation juridique. La personne qualifiée de demandeur d'asile peut pourtant être réfugiée au sens de la *Convention de 1951*.

Cet exemple est notoire, mais loin d'être unique et nous montrerons en quoi l'essentiel de la production normative visant à démanteler le droit des réfugiés procède de la même démarche. Ont ainsi été inventées les « réalités » suivantes : la demande manifestement infondée, le pays tiers sûr, le pays d'origine sûr, la zone internationale, le pays de premier asile, ou encore la protection temporaire.

ii. La *Convention de Genève* et la « crainte de la persécution » : un exemple d'inclusion de l'idéologie politique dans la protection des réfugiés.

James Hathaway est très critique envers la *Convention de Genève* et s'interroge beaucoup sur un éventuel renouvellement du droit international des réfugiés⁴⁹. Parmi ses critiques, il dénonce le poids idéologique que porte le texte dans le choix de ses formules. Ainsi il rapporte que la définition du réfugié, et plus particulièrement l'expression « crainte de persécution », est très large, et a laissé à l'Ouest la possibilité de manipuler l'expression afin d'assurer principalement une protection aux anticomunistes⁵⁰.

Les États communistes, et avant eux les États fascistes, considéraient à l'époque que de telles définitions étaient un moyen d'ingérence dans leurs politiques internes, et qu'il fallait insérer dans les motifs de persécution, les atteintes aux droits socio-économiques (comme la santé, l'éducation, le logement et la nourriture). Hathaway dénonce également cette non-prise en compte en disant que la *Convention* a ainsi adopté une vision incomplète et politiquement partisane.

⁴⁹ James HATHAWAY, « Can International Refugee Law Be Made Relevant Again? », in J. HATHAWAY (ed), *Reconceiving international refugee law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, preface, pp. xvii-xxix; et James HATHAWAY et Alexander NEVE R., « Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection », *Harvard Human Rights Journal*, 1997, vol. 10, pp. 115-211.

⁵⁰ James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 6-7.

D'autre part, la *Convention* était également incomplète du point de vue temporel et spatial, jusqu'à ce que le *Protocole de 1967* vienne remédier à cela en incluant les réfugiés venant de l'extérieur de l'Europe, et fuyant des événements postérieurs à 1951. Pour autant, la substance de la définition reste inchangée et la *Convention* continue d'exclure les réfugiés du tiers-monde qui fuient les catastrophes naturelles et économiques plus que la persécution, telle qu'entendue par l'Ouest. Gunther Plaut regrette également que dans la formulation actuelle de la *Convention* et du *Protocole*, la « persécution » soit interprétée de façon à exclure les réfugiés de la guerre et les réfugiés économiques alors même que ces causes cachent très souvent une persécution politique⁵¹.

Ainsi, dans la construction du droit international des réfugiés, les rédacteurs de la *Convention* n'auraient proposé, à travers la manipulation de la formule « persécution », qu'une seule réalité pour les réfugiés : une réalité unidirectionnelle et occidentale ou, comme l'a dit plus justement Hathaway, « incomplète » et « partisane ». C'est pourtant cette construction que nous prenons comme cadre juridique dans cette recherche, puisque nous excluons de l'étude toute définition du réfugié autre que le réfugié politique entendu dans la conception incomplète et partisane dénoncée plus haut.

b) Le caractère réflexif et historique du droit.

Nous citerons à l'appui de cette affirmation, l'exemple de l'activité normative relative aux droits de l'homme. A la fin de la Seconde Guerre mondiale, dans la honte et l'affliction générales sur ce qui venait d'arriver, les États ont décidé qu'il fallait ériger les droits de l'homme au rang de « noyau dur » ou de « droits fondamentaux », ou encore de droits « universels », « sacrés » et « inaliénables ».

Aujourd'hui, les instruments relatifs à ces droits de l'homme s'appuient sur des mécanismes de mise en œuvre qui sont parfois très aboutis et nous pensons, quitte à jouer la carte de la provocation, que les États sont en partie « piégés » par les droits de l'homme, d'autant que cette branche du droit a pris une relative autonomie.

C'est notamment le cas avec la *Convention contre la torture* et son organe de contrôle, le Comité contre la torture qui, bien que consultatif, est un organe de pression efficace sur les États, car il peut faire l'objet de requêtes individuelles (y compris de la part de réfugiés), et qu'il ne ménage pas la susceptibilité des États dans ses déclarations.

Les États occidentaux avaient tous signé la *Convention contre la torture* avec la probable

⁵¹ W. Gunther PLAUT, *Asylum - a moral dilemma*, Toronto, York Lanes Press, 1995, p. 58.

conviction qu'ils ne feraient jamais partie des États pratiquant la torture. Or, un immense pan de l'activité et de la jurisprudence du Comité a trait aux demandeurs d'asile et aux réfugiés dans les États occidentaux.

C'est également le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, véritable organe juridictionnel de contrôle du respect de la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui ne manifeste pas de complaisance particulière à l'égard des États membres du Conseil de l'Europe. Notre recherche nous amènera à étudier certaines des interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont très nettement élargi le champ de protection de la *Convention de Genève*, et qui ont notamment permis son application aux réfugiés, dans un sens beaucoup plus protecteur que ne l'avaient prévu ou voulu les États.

Notons qu'en matière de « pièges », les États occidentaux ont eu l'occasion de prendre des mesures afin d'en éviter de nouveaux. Par exemple, la notion de « protection temporaire », utilisée pour faire face aux mouvements massifs et sur laquelle nous reviendrons, est une véritable déviation des concepts, symptomatique d'une prise de distance avec les engagements internationaux en matière de protection des réfugiés. En fait, les États utilisent (et institutionnalisent) le terme de protection temporaire pour se protéger eux, durablement. Extrêmement stratégique, l'application de la protection temporaire est conforme avec ce que prescrit la *Convention de Genève de 1951* (d'où une bénédiction du HCR⁵²), mais elle permet aux États de ne pas s'enchaîner à cette dernière. Ils ont ainsi créé un nouveau concept qui servira d'échappatoire (ne pas s'engager à accorder le statut aux personnes en cause) en cas d'éventuelles situations analogues.

Le constructivisme autorise une certaine autonomie du droit pour que celui-ci ait à son tour des répercussions et agisse comme agent de contrainte sur les actions. Cela rejoint l'extériorisation/objectivation de Berger et Luckmann.

De la même façon, la *Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié* a été signée dans un climat de leçons (sur ce qui s'était passé) et d'espoir (celui que ça n'arriverait plus) qui a abouti à la création d'un garde-fou aujourd'hui encore très contraignant pour l'objectif de maîtrise des flux migratoires et de fermeture des frontières que poursuivent ces mêmes États.

La contrainte représentée par l'existence même de la *Convention de Genève* n'est rien

⁵² HCR, *Les réfugiés dans le monde : en quête de solutions*, Paris, La Découverte, 1995, p. 209.

d'autre qu'une précédente construction. Et cette construction n'est rien d'autre que le résultat d'un jugement de valeur des acteurs de l'époque sur la situation de l'époque⁵³. C'est-à-dire la vision selon laquelle les « bons » États occidentaux devaient avant tout se poser en modèles face aux « mauvais » États communistes, et accessoirement seulement, y soustraire les réfugiés.

Ainsi,

« Dans une perspective constructiviste, les réalités sociales sont appréhendées comme des constructions historiques et quotidiennes des acteurs individuels et collectifs. Cet enchevêtrement de constructions plurielles, individuelles et collectives, ne relevant d'ailleurs pas nécessairement d'une claire volonté, tend à échapper au contrôle des différents acteurs en présence ».

Nous adhérons complètement à la définition de Philippe Corcuff, y compris dans les mots « ne relevant d'ailleurs pas nécessairement d'une claire volonté » que nous n'entendons pas comme niant l'existence d'une volonté, mais comme dénonçant une volonté qui n'est pas toujours très claire ni solidement affirmée.

La notion de construction du droit fait en grande partie appel à l'Histoire. Comme l'explique Philippe Corcuff, d'une part « le monde social se construit à partir de préconstructions passées », d'autre part « les formes sociales passées sont reproduites, appropriées, déplacées et transformées alors que d'autres sont inventées, dans les pratiques et les interactions de la vie quotidienne des acteurs »⁵⁴.

Ainsi, nous pouvons admettre que le facteur historique dans la construction du droit peut avoir les deux conséquences évoquées plus haut. La première, dans laquelle le poids des contraintes est important, est celle de la « continuité ». Les constructions ne se font pas *ex nihilo*, et sont soumises à des précédents, qui peuvent être considérés comme des contraintes. Notre avis est que, si contraignants soient ces précédents, ils ne sont ni plus ni moins que des constructions passées, donc issues du jeu des acteurs du droit.

Concernant la seconde conséquence, c'est-à-dire une possible rupture dans la direction que prend le droit, Corcuff apporte une précision intéressante en indiquant que les postures constructivistes s'éloignent de la conception traditionnelle de l'historicité (qui est « unidirectionnelle et unidimensionnelle ») et traitent au contraire la question en fonction des

⁵³ Nous utilisons l'ironie du mot *contrainte* alors, qu'il s'agit plutôt d'*acquis* pour les individus, dans le cas des conventions relatives aux droits de l'homme. Nous tenons simplement ici à opposer, dans la notion de contrainte, l'idée de *construction* à celle de *structure*, en tant que difficulté donnée et extérieure aux acteurs sociaux.

⁵⁴ Ph. CORCUFF, *Les nouvelles sociologies*, Nathan Université, n°128, 1995, pp. 17-19.

variables de l'acteur : d'une part la « permanence » ou la « discontinuité » d'un même acteur à travers les différentes périodes de sa vie, et d'autre part, de son « unité » ou de son « éclatement identitaire » au cours d'un même moment. À ces variables, nous ajoutons celle des générations d'acteurs qui se succèdent, et pensons que tous les changements sont envisageables, et dès lors, que tout projet sur le droit est possible.

2) De la construction en fonction d'intérêts à la construction en vertu de valeurs : la notion de construction responsable.

C'est en acceptant que le droit se nourrit d'« intérêts », et qu'il y a en son sein une place pour des « valeurs » (a), que sa construction peut prendre un tournant plus responsable (b).

a) Le problème du contenu des valeurs et de sa distinction avec les intérêts.

Le constructivisme propose en effet une passerelle entre le « comment savoir » et le « comment faire », c'est-à-dire schématiquement entre une posture épistémologique et une posture éthique. Ce passage est très net dans le texte de Litowitz qui critique une vision idéologique des « valeurs » (sans toutefois se prononcer sur leur contenu) et propose une construction sociale plus conforme à nos « valeurs » (sans davantage se prononcer sur leur contenu), et même si on sort légèrement de la théorie, ce glissement nous paraît opportun dans la compréhension du droit dans le cadre de notre recherche.

Litowitz nous invite à accepter l'idée que le droit n'est pas un produit final, et surtout, qu'il n'est pas infaillible puisqu'il est une construction en marche et que les acteurs du droit, qui sont des hommes, en sont les créateurs. Selon Litowitz, l'individu participe à la création de la signification, des valeurs et du droit. Cette approche qui « humanise » dans une certaine mesure le droit, ou en tout état de cause ne l'assimile pas à une grande machine froide, mécanique et qui ne faillit jamais, est très intéressante et montre dans quelle mesure le droit est modulable en fonction de « valeurs », ou d'« intérêts ». Selon l'auteur, le juriste traverse une crise existentielle, car il doit admettre que le droit n'est pas une sorte de cercle préexistant dont il n'aurait plus qu'à découvrir et suivre les contours.

Or, pour ne pas se confronter à cela, le juriste opte pour des attitudes de fuite qui consistent notamment à nier la construction pour ne croire qu'à la découverte du droit, et qui érigent ainsi un édifice sur quelque chose qui n'a jamais été découvert. Les « valeurs » ne sont que supposées, mais elles servent de fondement à toute une société. La version la plus commune de cette attitude est la théorie du droit naturel. Or, nous dit Litowitz, les valeurs

sont construites au même titre que le droit, et il n'y a rien au-dessus des valeurs qu'on connaît (pour les avoir construites) telles que la liberté, la sécurité, la démocratie, la famille, etc.

À ce titre, il est intéressant de noter la position de Christophe Grzegorzcyk qui, dans son introduction, de *La théorie générale des valeurs et le droit*, affirme que le juriste craint les confrontations avec le problème des valeurs et opte pour l'une des deux attitudes de repli qui s'offrent à lui. La première consiste à contourner la difficulté, comme l'a fait Kelsen, en « enfermant les valeurs à l'intérieur du système normatif » et « à en faire des valeurs infra-juridiques dérivées des normes et subordonnées à celles-ci ». La seconde « est de faire appel à la Morale, pour donner aux normes une assise externe plus stable »⁵⁵.

Cette seconde position se rapproche de celle de John Rawls, qui a en partie reformulé la théorie du contrat social. Partant d'une situation hypothétique (« la position originelle »), il propose l'édification d'une société basée sur une « morale » pré-supposée raisonnable, et à laquelle les individus, en oubliant ce qu'ils sont (c'est-à-dire en se plaçant sous le « voile d'ignorance » pour mieux penser aux autres) adhéreraient sans connaître leur place, classe ou statut social dans la société à venir⁵⁶.

Litowitz ne procède pas à ce repli, car il ne prend pas le risque de définir le processus par lequel une idée devient une valeur. Nous aurions alors pu, comme Petev, aller chercher satisfaction dans plusieurs autres courants théoriques, comme la théorie du contrat social telle que reformulée par John Rawls par exemple, ou la démocratie délibérative, telle que proposée par Jürgen Habermas, pour qui l'intersubjectivité et le processus communicationnel (démocratique) sont les seules façons de valider une norme ou une institution⁵⁷. Mais aucune de ces attitudes ne semble permettre une prise en compte du réfugié. Ni chez Rawls (par un processus d'adhésion) ni chez Habermas (par un processus de discussion), le réfugié ne peut être considéré comme participant à l'élaboration de la société ou de la démocratie.

Ainsi, si nous ne voulons pas nous risquer à donner un contenu impossible aux « valeurs », et si nous ne voulons pas par ailleurs verser dans la « morale », nous devons nous résoudre à accepter la contingence et la relativité des valeurs sur lesquelles les constructions juridiques se fondent. De même que nous devons nous contenter d'admettre qu'il y a une différence entre les valeurs et les intérêts, car, si leur frontière commune est mince, nous

⁵⁵ Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, LGDJ, 1982, p. 27.

⁵⁶ John RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, 667 p.

⁵⁷ Bjarne MELKEVIK, *RAWLS ou HABERMAS, une question de philosophie du droit*, Bruylant, Les Presses de l'université de Laval, 2001, 191 p.

refusons néanmoins de les assimiler.

D'ailleurs, même s'il ne donne pas de définition précise, Litowitz se livre à une distinction subtile des deux. Ainsi, il n'évoque l'existence d'« intérêts » que dans la perspective d'une construction ratée et il prend soin de préciser que les « valeurs » auxquelles il fait référence ne peuvent être universelles ou éternelles. Cela nous amène finalement à une posture éthique *a priori* confortable dans laquelle nous décidons du contenu de nos valeurs, et de leurs limites avec nos intérêts. Mais derrière ce confort surgit la notion de responsabilité.

b) L'idée d'une construction plus responsable.

Après avoir insisté sur la nécessité de reconnaître et d'accepter le constructivisme et toutes les ruptures qu'il « inflige », et après avoir décortiqué les comportements de déni qu'il s'agit de dépasser, Litowitz aborde une dernière section portant précisément sur « une construction sociale responsable ». Il y soulève deux questions : premièrement, dans quelle mesure chaque personne est responsable du système juridique tel que présentement construit (responsabilité *causale*)?; et deuxièmement, quel engagement éthique doit motiver le projet de construction sociale dans l'élaboration du droit (responsabilité *normative*)?

Concernant la responsabilité causale, il propose une échelle de gradation de la responsabilité de chaque acteur, qui va de la « création » à la « résistance », en passant par la « perpétuation » ou la simple « tolérance » de la construction sociale. Ce qui est intéressant ici, est de reconnaître que chaque individu (mais aussi chaque institution) a un rôle à jouer vis-à-vis d'une construction, et qu'ainsi, il est possible d'envisager des constructions (notamment juridiques) beaucoup plus collectives qu'elles ne le sont aujourd'hui. Cette vision permet notamment de dépasser certains blocages imposés par le positivisme juridique, et d'envisager avec beaucoup plus d'attention, le rôle des sources dites informelles dans l'élaboration d'une norme.

Cette idée se retrouve dans le développement suivant sur la responsabilité normative. Selon lui, la construction sociale est une sorte d'auto-actualisation permanente, dans laquelle le système juridique est construit à la lumière d'engagements collectifs⁵⁸. La construction est ainsi obligatoirement « sociale », c'est-à-dire qu'elle reflète les valeurs collectives ancrées dans des artefacts culturels. Ainsi, il devient possible de critiquer une construction sociale au motif qu'elle échoue à refléter l'engagement collectif. L'auteur propose très justement de

⁵⁸ V. VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.) *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 288.

chercher un processus actif de construction sociale, qui ne soit pas désespérée mais délibérée, et qui vise à emmener le droit dans le chemin de nos valeurs. De plus, ces valeurs étant contingentes et locales, il est inutile de chercher l'éternel et l'universel.

Il semble qu'outre une sortie programmatique, l'auteur propose une sortie théorique avec le post-structuralisme. En effet, le post-structuralisme permet une étude du *discours* à l'appui de la compréhension du droit, et de plus, ce courant accepte que le discours soit parfois contradictoire, ce qui est l'un de nos premiers constats vis-à-vis du droit des réfugiés.

Nous pouvons tirer plusieurs leçons du texte de Litowitz et, plus généralement, de tout ce qui vient d'être dit. Tout d'abord, le droit des réfugiés est une production des acteurs traditionnels du droit international, c'est-à-dire les États. Construit à la frontière de leurs intérêts et de leurs (jugements de) valeurs, il montre un certain déséquilibre, pour ne pas dire de nombreuses contradictions, qui s'explique notamment par les mécanismes de fuite évoqués plus haut. De plus, il n'a aucun caractère définitif, car le droit est une production continue. Enfin, il n'est pas uniquement le fruit des acteurs traditionnels, car nous savons maintenant qu'il peut échapper aux dépositaires du monopole normatif, et que nous devons chercher éventuellement chez des acteurs moins visibles, les impulsions qui seront peut-être facteurs de changements (dans un sens ou dans l'autre) concernant le statut du réfugié.

II) Le droit des réfugiés est un discours autour de valeurs et d'intérêts.

En conformité avec la logique constructiviste, le post-structuralisme s'intéresse à révéler les façons dont le langage constitue la réalité sociale plutôt qu'il ne la reflète. Plus spécifiquement, l'organisation d'un discours et le choix des termes et concepts utilisés dans ce discours jouent un rôle dans la construction de la réalité, et en ce qui nous concerne, dans la construction d'une réalité juridique. Certains éléments⁵⁹ de cette posture théorique nous permettent de comprendre en quoi le droit des réfugiés est complexe, au-delà des conflits de normes et d'ordres juridiques. Il est complexe parce que son sujet est ambivalent (**A**) et parce que les enjeux de ses acteurs le sont tout autant (**B**).

A) L'ambivalence identitaire du réfugié : l'individu face à la communauté.

⁵⁹ « Certains », mais pas tous, car le post-structuralisme a tendance à n'expliquer les choses *que* par le discours. Or, nous sommes ici à cheval avec le structuralisme, qui introduit l'historicité dans la construction.

Nous pouvons aborder certaines notions qui, bien que non exclusives, contribuent à cerner le problème des réfugiés. Dans un premier temps, nous pouvons poser le problème de la distinction de l'individu réfugié avec la communauté d'un État. Puis, nous pouvons nous intéresser à la perception de l'individu réfugié par cette même communauté.

Le droit des réfugiés correspond à une vision individualiste du problème, c'est-à-dire relative à l'« individu » réfugié. Selon certains auteurs, il est possible de penser le problème des réfugiés sous un angle nouveau, plus collectif. Le communautarisme, en tant qu'idée opposée à l'individualisme, a été expliqué par Amitai Etzioni comme étant un mouvement social susceptible de renouveler notre environnement moral, social et politique. Selon lui, les droits individuels doivent être pondérés par les intérêts de la communauté. Il faut protéger l'individu bien sûr, mais pas au détriment de la vie en commun de tous les individus.

Pour autant, nous devons être vigilants et ne pas abandonner une vision individualiste du droit des réfugiés, au profit d'une dimension uniquement « communautaire » (celle de la société d'accueil) si celle-ci devait protéger davantage les États que les réfugiés. Etzioni critique à cette fin une dissociation absolue du communautarisme et de l'individualisme, et invite à repenser leur rapport. Ainsi, devons-nous nous efforcer de sortir du paradigme « *Nous et Eux* », pour lui préférer le paradigme « *Moi et Nous* »⁶⁰. L'individu est toujours pris en compte, mais il ne l'est plus par le seul phénomène de différenciation de l'autre.

Dans la même idée d'opposition entre l'individu et la communauté, se pose paradoxalement la notion *d'appartenance* (« membership »⁶¹) de cet individu à la société. La qualité de membre développée chez Walzer introduit une conception étroite de l'asile. Il ne s'agit pas d'un concept nouveau, mais plutôt d'une sorte de mise à jour du concept rousseauiste du contrat social. Walzer compare l'État à un club duquel vous devenez membre si les autres l'acceptent, et au sein duquel vous êtes ensuite protégé par une solidarité mutuelle. Il défend l'idée que « l'immigration et l'émigration sont moralement asymétriques »⁶² du fait que, si on est évidemment toujours libre de renoncer à sa qualité de membre, obtenir cette qualité n'est jamais garanti. Cela étant admis, accueillir un étranger est toujours possible lorsque celui-ci en a véritablement besoin, mais cela n'engage pas le groupe

⁶⁰ Amitai ETZIONI, « Liberals and communitarians », *Partisan review*, n°2, 1990, pp. 215-227.

⁶¹ G. PLAUT, *Asylum - a moral dilemma* Toronto, York Lanes Press, 1995, pp. 74-76.

⁶² Michael WALZER, *Sphere of justice: a defense of pluralism and Equality*, New York: Basic Books, 1983, p. 33. et p. 40

sur du long terme. Commentant la position de Walzer, Rainer Bauböck⁶³ émet l'idée qu'en dépit d'une stricte symétrie, le droit d'émigrer et le droit d'immigrer pourraient être envisagés dans un rapport de correspondance, car seule la liberté d'aller ailleurs peut compenser l'arbitraire de notre « membership » initial.

Nous pensons que la notion d'appartenance à une communauté fermée (y compris entendue dans un sens aussi large que la nationalité) est source d'égoïsme, d'exclusion et de misanthropie en matière d'asile. Nous pensons d'autre part que la comparaison entre un club et un État est dangereuse, en plus d'être inadaptée, et nous sommes d'accord avec Joseph Carens, lorsqu'il dit qu'un État, en tant qu'institution publique devant pratiquer une politique égalitaire, n'a rien à voir avec un club privé qui peut se doter des règles de sélection qu'il souhaite⁶⁴. Cependant, il faut reconnaître que les textes des *Conventions de Schengen* et *Dublin* ne sont rien d'autre qu'une sorte de règlement intérieur de l'Europe, instituant le droit pour les États de décider qui entre chez eux. Nous ne sommes pas si éloignés du fonctionnement du club privé.

Une approche très intéressante est d'autre part proposée par Sarah Kyambi, qui analyse le droit des réfugiés depuis une perspective post-structuraliste, dans le cadre des débats parlementaires américains sur le *Immigration and Asylum Act 1999*⁶⁵. Elle considère que le réfugié occupe une place « entre-deux » (« an in-between space ») à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'État, créant ainsi une ambivalence identitaire mal acceptée dans la vision traditionnelle qu'offre le problème de la nationalité. Selon elle, la perspective post-structuraliste permet de repérer, dans l'organisation du discours sur les réfugiés et du droit des réfugiés, un véritable refus de cette ambivalence. Ainsi, la situation dérangeante du réfugié, du point de vue des repères traditionnels relatifs à la nationalité, et le refus de l'ambivalence d'identité entraînent non seulement une exclusion de celui-ci, mais également le reproche, au réfugié porteur de cette troublante ambivalence identitaire, de sa propre exclusion. L'auteur précise qu'en blâmant le réfugié pour sa propre exclusion, l'État rejette sa part de responsabilité dans cette exclusion. L'utilisation de la théorie post-structuraliste lui permet,

⁶³ Rainer BAUBÖCK, *Transnational citizenship – Membership and rights in international migration*, Edward Elgar, 1994, p. 325-326.

⁶⁴ Joseph CARENS, « Aliens and Citizens : the case for open borders. », *Review of politics*, n° 49, Spring, 1987, pp. 251-273.

⁶⁵ Sarah KYAMBI, « Refugee law: decision and evasion », in *Law and the question of identity*, Colloque des 4, 5 et 6 avril 2001, Socio-legal studies association conference, University of Bristol. Propos sur l'ambivalence identitaire repris dans Sarah KYAMBI, « National Identity and Refugee Law », in Peter FITZPATRICK, Patricia TUITT, *Critical Beings. Law, Nation and the Global Subject*, Ashgate Publishing Ltd, Aldershot 2004, pp.19-36.

selon elle, de rendre plus visible l'exclusion des réfugiés, et d'élargir le champ d'étude de la responsabilité dans ce domaine. De plus, elle montre en quoi l'évasion de la décision éthique et de la responsabilité résulte du déni d'ambivalence dans l'identité. Si cette approche ne peut servir, à elle seule, de fondement théorique à l'ensemble de notre recherche, elle est néanmoins explicative d'une certaine ambiguïté du droit, elle-même corrélative à l'ambiguïté du discours sur le droit des réfugiés.

Cette idée peut être développée à travers une réflexion sur les enjeux du droit des réfugiés et l'opposition fondamentale entre l'individu qui a besoin de protection et l'État qui veut préserver sa souveraineté. En effet, si les enjeux humains sont aisément repérables, les enjeux étatiques sont un peu plus complexes.

B) L'ambivalence des enjeux étatiques.

Tant que la souveraineté territoriale, et donc les frontières n'auront pas été remises en cause, le contrôle des personnes aux frontières demeurera un pouvoir parfaitement légitime des États. Le HCR lui-même a eu l'occasion de souligner cela en rappelant que « toute approche sérieuse du problème doit partir du fait que les États et les sociétés ont un intérêt légitime à réguler l'entrée de personnes sur leur territoire »⁶⁶.

Certains auteurs estiment qu'il y a dans une attitude gouvernementale, des comportements d'ordre moral, non pas par anthropomorphisme, mais parce que les gouvernements sont composés d'individus qui eux, ont indéniablement une morale (nous ne sommes pas très éloignés des théories du réalisme américain concernant le rôle des valeurs du juge sur les décisions qu'il prend et par conséquent sur le droit). Il peut être intéressant de noter les commentaires de W. Gunther Plaut sur les questions éthiques relatives au droit des réfugiés et sur la distinction que l'on peut faire entre les notions d'individu et de communauté comme facteur explicatif de la situation⁶⁷.

Pour aborder la dimension éthique du droit des réfugiés, il reprend les propositions d'un autre auteur, Charles S. Milligan qui a établi trois principes combinant l'éthique et les réalités politiques : 1) le droit et la nécessité pour une nation, de contrôler l'immigration en fonction

⁶⁶ HCR, *Les réfugiés dans le monde, en quête de solutions*, Paris, La Découverte, 1995, p. 201.

⁶⁷ Sans pour autant adhérer au cadre théorique qu'il a choisi, à savoir la *morale* (dont les contours sont flous), et la *sociobiologie* (théorie extrêmement glissante); G. PLAUT, *Asylum - a moral dilemma*, Toronto, York Lanes Press, 1995, pp. 53-81.

de ses ressources, de son niveau d'emploi et de la capacité des immigrants à s'intégrer socialement; 2) l'intégration, dans les décisions administratives, des jugements et de morales propres aux administrateurs; 3) le fait que les citoyens des potentiels pays d'accueil ont souvent le sentiment qu'un individu qui veut améliorer ses conditions de vie n'a pas de raison suffisante pour demander le statut de réfugié⁶⁸.

Il semble ainsi que dans le discours concernant la protection des réfugiés, la tendance qui prône plus de protection prend appui sur la morale tandis que la tendance qui prône plus de contrôle et de restriction s'appuie sur les raisons économiques. Mais la césure n'est pas toujours aussi nette, notamment lorsque les raisons d'un contrôle plus sévère des frontières sont justement d'ordre éthique ou religieux, comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie⁶⁹.

L'enjeu des États d'accueil étudiés – appelons-les les pays riches – est la préservation de leur vie sociale, culturelle et surtout économique. Leur attitude reposerait sur une relation entre la morale et l'intérêt qui, pour la question des réfugiés, a notamment été traitée par Adelman, dans sa comparaison entre les réfugiés « sélectionnés » et les réfugiés « spontanés », les premiers étant préférés dans le bilan « coût-avantage »⁷⁰.

En prenant l'exemple des interventions américaines en Somalie ou en Bosnie, Gunther Plaut va plus loin et considère que lorsque les individus d'une société riche sont touchés par la détresse humaine de certaines populations, la réponse de leur gouvernement est au moins bivalente, car il y a toujours dans une intervention (humanitaire ou financière) un intérêt politique, et la volonté de toucher non pas les individus et leur morale, mais les votants et leur bulletin de vote⁷¹.

Nous ne garderons de la théorie de Gunther Plaut, que la métaphore de la médaille disposant d'un côté pile humain et d'un côté face étatique, ou d'un côté pile « compassion » et d'un côté face « intérêt socio-économique ». Mais encore une fois, nous considérons avec méfiance une division aussi binaire du problème des réfugiés, et nous nous gardons de la considérer comme seul facteur explicatif.

Toutefois, nous disposons à présent d'une grille de lecture intéressante pour la suite de nos propos.

⁶⁸ Charles S. MILLIGAN, « Ethical aspects of Refugee issues and U.S. Policy », in Ved P. Nanda (Ed.), *Refugee law and policy: International and U.S. responses*, New York, Greenwood press, p. 168, cité dans G. Plaut, *Asylum - a moral dilemma*, Toronto, York Lanes Press, 1995, p. 53.

⁶⁹ G. PLAUT, *Asylum - a moral dilemma*, op. cit., note précédente, p. 54.

⁷⁰ Howard ADELMAN, « Canadian Refugee Policy in the Postwar Period: an analysis », in Howard ADELMAN (dir), *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, pp. 172-223.

⁷¹ G. PLAUT, *Asylum - a moral dilemma* Toronto, York Lanes Press, 1995, p. 56.

Section 3 : Cadre méthodologique.

Dans ce cadre méthodologique, doivent être dissociés le cadre opératoire, le cadre chronologique, et le cadre comparatif de la recherche.

Notre **cadre opératoire** est essentiellement la démonstration d'une relation de cause à effet. Dans notre cas, nous avons choisi de considérer comme *cause*, le fait que le droit construit une réalité pour les réfugiés, et nous en recherchons les *effets*, à savoir la direction que prend cette construction. Au milieu de ces deux variables peut venir se greffer une cause intermédiaire, qui sera dans notre cas, le contenu du *discours* relatif aux réfugiés.

Aux fins de ce raisonnement, une série d'indicateurs (en tant que manifestations concrètes de la relation de cause à effet) seront choisis au sein des grands thèmes de l'accès au statut (principalement), et des effets de la reconnaissance de ce statut (accessoirement). Il s'agit entre autres de l'impact du droit international des droits de l'homme sur le droit international des réfugiés, du rôle des juridictions tant internes qu'internationales, sur l'accès au statut et l'examen des demandes d'asile, du rôle des coopérations politiques intergouvernementales, ou encore, de l'essor d'une normativité de type « supra-nationale »⁷².

Quant à la vérification, seules la recherche et l'observation documentaires ont été retenues pour collecter les informations, et le traitement de ces données consiste principalement en une analyse de contenu.

Présentée de la sorte, la recherche entreprise peut paraître colossale, mais la méthode choisie va simplement servir à isoler les éléments qui vont permettre de délimiter le statut juridique du réfugié.

Le cadre **juridique et chronologique** de cette étude situe la *Convention de Genève* de 1951 à la fois comme point de départ en tant que référence normative, et en tant que référence chronologique⁷³.

Le choix d'une approche « **comparative** » entre la France et le Canada mérite ici plus de précisions. Ce travail n'a pas vocation à être une recherche de droit comparé *stricto sensu*. Il ne va pas s'agir de confronter rigoureusement le système français au système canadien, mais d'illustrer à partir du droit international, les différentes manifestations de sa réception et des

⁷² Nous utilisons ce terme pour identifier les rapports et les normes se situant dans un cadre international dit « régional », c'est-à-dire circonscrits à un continent ou un groupement d'États précis, comme l'Union européenne ou l'Amérique du nord.

⁷³ Cette recherche prend fin au 1^{er} juin 2008.

réponses que fournit le droit interne, *au moyen* des exemples français et canadiens. L'objet de cette étude s'est en effet déplacé d'une approche comparée, à un propos presque inverse : la comparaison n'est justement pas tellement significative.

Pour illustrer la tendance générale du comportement des États occidentaux face aux flux migratoires, nous prenons le support français, appuyé de l'exemple canadien, bien que – ou plutôt, parce que – ils s'inscrivent dans deux systèmes fondamentalement différents. Ces différences se situent à de multiples niveaux. Sur le plan de leurs régimes politique et juridique : État unitaire d'un côté, État fédéral de l'autre, régime de droit civil d'un côté, de *Common Law* de l'autre. Vis-à-vis du droit international, régime *a priori* moniste d'un côté, et régime *a priori* dualiste de l'autre. Sur le plan de leur intégration régionale : très aboutie pour la France avec l'Union européenne, beaucoup plus inégale et essentiellement bilatérale pour le Canada. Sur le plan enfin, de leur histoire et de leur politique d'immigration et d'accueil des réfugiés.

Certaines de ces différences peuvent ponctuellement prendre une dimension explicative vis-à-vis du régime des réfugiés (c'est principalement le cas de leur approche politique au regard de l'immigration). Dans ce cas, l'approche canadienne sera un « contrechamp »⁷⁴ instructif. Mais ces différences ne sont globalement pas déterminantes au regard de la tendance générale. Et c'est au fond ce qui est le plus intéressant. L'approche canadienne constituera donc principalement dans cette recherche un « contrepoint »⁷⁵, à l'appui d'un propos qui traduit in fine l'attitude de l'ensemble des États occidentaux traditionnels d'accueil.

En dépit de structures parfois opposées, la France et le Canada s'inscrivent conjointement dans le glissement déjà bien amorcé d'une tradition d'accueil (**I**) vers une systématisation de fermeture (**II**).

I) France-Canada : Les fondements communs de l'accueil.

Par tradition (**A**) et par la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux (**B**), la France et le Canada sont des pays d'accueil et de protection.

A) Une tradition d'accueil.

Traditionnellement, le Canada est entendu comme un pays d'immigration, et la France

⁷⁴ Technique cinématographique consistant à effectuer une prise de vue dans la direction exactement opposée à celle de la précédente.

⁷⁵ Technique de composition musicale consistant à superposer un motif secondaire à un thème principal.

comme une terre d'asile. Historiquement, la confusion entre asile et immigration n'a pas posé de problème. La protection et l'accueil dont ont pu bénéficier les réfugiés en France et au Canada ont sans aucun doute été liés à ces politiques généreuses d'entrée, quels qu'en soient les fondements.

Historiquement, le Canada n'était pas tant un pays d'**immigration** de « seconde chance » comme l'était les États-Unis, mais plutôt un pays d'immigration de « second choix » après eux. Le pays a donc dû définir une politique visant à attirer les immigrants. Les méthodes ont évolué au cours de l'histoire, mais le Canada toujours recruté ses citoyens, en les sélectionnant sur des critères d'intégration socioprofessionnelle, à des fins d'installation permanente. L'immigration reste au Canada une politique volontariste démographique assortie d'un discours politique qui en souligne les bienfaits, le moyen qu'elle représente de construire un pays fort, multiculturel et ouvert sur le monde, mais aussi la manifestation des « valeurs humanitaires d'accueil et de générosité » qui caractérisent la société canadienne. On estime que l'immigration contribue aujourd'hui à environ 50% de la croissance démographique annuelle du pays, et que 60% des enfants scolarisés aujourd'hui ont au moins un parent né à l'étranger⁷⁶. Il s'agit là de la différence la plus structurante avec la France.

La France n'a jamais connu de politique d'immigration de peuplement. Elle a connu une immigration de « voisinage », un phénomène naturel et frontalier qui, à défaut de recensement de la population, n'était pas quantifié. Ce n'est que progressivement que la France tente de conduire une politique d'immigration « maîtrisée » (en 1945), voire « zéro » (en 1993), puis « choisie » (en 2006). La dernière législation date de 2007 et s'accompagne d'un ministère *ad hoc* depuis le 6 mai 2007, ce qui constitue une première dans l'histoire de l'immigration française. S'il y a en France une véritable immigration, légale de surcroît, avec le regroupement familial, cet État n'est pas comme le Canada un pays d'immigration dite économique. En réalité, la France ne reconnaît pas le rôle majeur de l'immigration dans sa propre construction et sa propre croissance.

Elle se revendique en revanche « Terre d'asile » depuis la *Révolution de 1789*. Ce que n'est pas le Canada.

Phagocytées par les questions d'immigration, celles de l'**asile** ne font leur apparition

⁷⁶ Marc PARENT, « Les politiques d'immigration du Canada : stratégies, enjeux et perspectives », *Les études du CERI*, n° 80, octobre 2001, p. 20. Nous verrons plus loin que cette politique d'immigration sous contrôle n'est historiquement pas exempte de lois racistes ou d'épisodes de refoulement tragiques.

juridique que très tardivement au Canada. Réticent à délaissier le critère de la capacité d'intégration des nouveaux arrivants, le Canada conçoit difficilement d'accueillir des réfugiés sur la simple base des circonstances qui les amènent à demander l'asile.

Les premiers véritables accueils de réfugiés se feront d'ailleurs sur fond de besoin de main-d'œuvre. En 1947, l'OIR fait entrer au Canada plus de 100 000 « personnes déplacées » dans le cadre d'un programme d'immigration économique. Mais en 1951, et pendant dix-huit ans, le Canada refusera de signer la *Convention de Genève* dont la définition du réfugié est estimée trop large et dont les restrictions à l'expulsion des réfugiés pour raison de sécurité sont jugées trop importantes. C'est donc en dehors du cadre conventionnel que le Canada met en place, au cas par cas, ses politiques d'accueil de réfugiés. La véritable ouverture du Canada aux réfugiés date de l'insurrection hongroise en 1956, lors de laquelle le pays accueillera « sans compter » près de 38 000 réfugiés sur les 200 000 recensés. Notons cependant que le contexte de guerre froide a facilité la bienveillance et l'accueil, et que ces réfugiés entraînent incidemment dans les critères d'immigration de l'époque (jeunes, en bonne santé, et instruits)⁷⁷. Ce n'est que le 4 juin 1969 que le Canada adhère finalement à la *Convention* et au *Protocole*. Il faudra encore attendre 1978 pour qu'il se dote d'une législation incorporant la *Convention de Genève* au droit national. Pour la première fois, l'immigration comporte une catégorie humanitaire pour les réfugiés. La loi de 1978 instaure également le *Programme de parrainage privé de réfugiés*, qui permet à des citoyens canadiens de s'impliquer dans la réinstallation des réfugiés.

Depuis, le Canada est considéré comme l'un des pays les plus accueillants du monde. Titulaire de la médaille Nansen en 1986, récompense onusienne honorant le peuple canadien⁷⁸ en « reconnaissance de leur contribution majeure et soutenue à la cause des réfugiés », il s'est rapidement construit une « tradition humanitaire ». Pour l'année 2005, le Canada avait accueilli 36 000 réfugiés, toutes « personnes protégées » confondues, c'est-à-dire les réfugiés réinstallés grâce au parrainage gouvernemental, les réfugiés réinstallés grâce au parrainage privé, les personnes à charge à l'étranger et les personnes protégées au Canada⁷⁹.

En France, l'asile est traditionnellement plus emblématique. Outre ses racines historiques (religieuses puis souveraines), il appartient à la philosophie de l'idéal républicain issu de la *Révolution de 1789*. Absent de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, puis de la

⁷⁷ François CRÉPEAU, *La condition du demandeur d'asile en droit comparé – Droit international, droit français, droit canadien et québécois*, Paris, Université de Paris I, Thèse de doctorat, 1990, pp. 39-40.

⁷⁸ Il s'agissait précisément d'honorer les Canadiens, au titre de leur action dans le système de parrainage privé, et non pas le Canada, en tant qu'État d'accueil, même si on lit souvent que c'est le Canada qui a reçu la distinction.

⁷⁹ Citoyenneté et Immigration Canada, *Rapport annuel au Parlement, Rapport sur l'immigration*, 2006.

Constitution de 1791, il fait son apparition dans la *Constitution du 24 juin 1793* qui avait proclamé en son article 120 que le « Peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans ». L'idée émerge alors que l'asile est une institution fondamentale et que certaines exclusions doivent être envisagées, dans le plus parfait respect des idées révolutionnaires, basées notamment sur la liberté et la lutte contre la tyrannie. Cette constitution n'a cependant jamais été appliquée, et n'a connu de succès d'estime qu'à titre posthume. Alors que de nombreux principes perdureront dans les constitutions ultérieures, cet article 120 ne se retrouve pas dans la suite de l'histoire constitutionnelle française.

Cependant, un siècle et demi plus tard, la *Constitution de 1946* reprend la notion d'asile au sens républicain du terme, et semble restituer à l'être humain un véritable droit d'asile constitutionnel en inscrivant dans son préambule que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». Ce texte instaurant la quatrième république a été le fruit d'un travail constituant intense et complexe, qui avait comme objectifs principaux le rétablissement de la « légalité républicaine » après le gouvernement de Vichy, et la lutte contre le parlementarisme absolu des lois de 1875⁸⁰. Le droit d'asile tel qu'abordé dans le préambule renvoie à la formulation inédite de « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ». Dans le projet de constitution du 19 avril 1946, la norme sur le droit d'asile était inscrite à l'article 6, dans le titre I sur les libertés, c'est-à-dire dans le texte même de la constitution, et non dans le préambule. Ce projet de constitution a été rejeté par référendum du Peuple souverain et un compromis a été accueilli quelques mois plus tard⁸¹. Très similaire dans l'ensemble au premier projet, le texte de la constitution procède cependant à une sorte de « rétrogradation » du droit d'asile, du corps de texte, au préambule qui n'avait pas valeur constitutionnelle. En effet, le Comité constitutionnel de la IV^e république n'était « compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des Titres Ier et X de la présente Constitution » (article 92, alinéa 3 de la *Constitution de 1946*). Nous verrons que l'évolution constitutionnelle qui intégrera les *Préambules* de 1958 et de 1946 dans le « bloc de constitutionnalité », redonnera au droit d'asile sa pleine valeur constitutionnelle.

Avec la loi du 25 juillet 1952, la France devance ses obligations internationales (la

⁸⁰ Ce dernier point sera précisément mis en échec, car les constituants de 1946 aboutirent finalement à rétablir un régime d'assemblée.

⁸¹ Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 2000, 6^e éd. Montchrestien, pp. 89-100 et pp. 372-391.

Convention de Genève n'est pas encore entrée en vigueur) en créant l'Office français de Protection des Réfugiés et des Apatrides (OFPRA). La problématique de l'asile bénéficie donc rapidement, contrairement au Canada, d'un dispositif législatif *ad hoc* (à défaut peut-être d'être adéquat).

Sur le papier, la France est une terre d'asile. Inscrit dans l'histoire, protégé par la *Constitution*, compris dans un dispositif législatif spécifique, et disposant d'organes et de tribunaux de mise en œuvre particuliers, l'asile est en France un « principe ». Dans la pratique, cela est beaucoup moins convaincant. En 2006, tout en se félicitant à nouveau de la baisse drastique des demandes d'asile présentées sur son territoire (trop nombreuses les années précédentes et considérées comme dilatoires⁸²), elle s'enorgueillit paradoxalement d'être le pays le plus sollicité au monde, avec environ 30 000 demandes d'asile⁸³.

Si cela se cantonne parfois à la profession de foi, le Canada et la France partagent une certaine tradition d'accueil, à laquelle s'associe pour la renforcer, une garantie constitutionnelle des droits fondamentaux.

B) La garantie constitutionnelle des droits.

La France et le Canada sont des « États de droit », c'est-à-dire des systèmes dans lesquels la puissance publique répond au droit, dans lesquels une certaine hiérarchie des normes est respectée, et assurée par les tribunaux par le biais du contrôle de constitutionnalité. La tradition constitutionnelle de ces deux États a profondément marqué la protection des droits fondamentaux des réfugiés. Dans chacun de ces États, elle est marquée par la progression des droits de l'homme (y compris et surtout en provenance du droit international) dans la hiérarchie des normes. Nous évoquons ici les naissances respectives d'une justice constitutionnelle pour les réfugiés, en France et au Canada, et gardons pour un développement ultérieur l'analyse de son contenu.

En **France**, les garanties apportées par le Conseil Constitutionnel sont assez diversifiées.

⁸² Pour les chiffres, voir OFPRA, *Rapport d'activités 2006*, 13 mars 2007, pp. 8-9, et HCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries Second Quarter, 2005, Overview of Asylum Applications Lodged in 31 European and 5 Non-European Countries*, septembre 2005, 18 p. Pour les déclarations du gouvernement français, voir Catherine Coroller, « Sarkozy jubile sur la chute de la demande d'asile », *Libération*, 17 février 2006 ; « 5200 étrangers – La France terre d'accueil ? », *Le Monde*, 26 juin 2007 ; « Controverse sur la baisse des demandes d'asile », *Le Monde*, 15 mars 2007 ; « France Terre d'asile », *Le Monde*, 15 mars 2007.

⁸³ « Le nombre de demandes d'asile continue de chuter en France », *Le Monde*, 13 mars 2007. Mais le taux de rejet, après appel, est de plus de 80%. Voir OFPRA, *Rapport d'activités 2006*, 13 mars 2007, pp. 8-9.

Dans le domaine de la protection des réfugiés, cette justice constitutionnelle est représentée par deux missions qui incombent au Conseil et qui sont souvent remplies simultanément : le contrôle de constitutionnalité des lois ayant trait à la matière, et la protection des droits et libertés fondamentales des réfugiés.

Dans son travail de définition du droit constitutionnel, Louis Favoreu a relevé un objet triple à la discipline⁸⁴. Le premier est relatif à l'organisation et la régulation des institutions politiques. Le second est d'ordre normatif, et vise à l'articulation des normes internes entre elles, ainsi que des normes nationales avec les normes internationales. Le troisième objet est qualifié par Louis Favoreu de « droit constitutionnel substantiel ». Il vise à la protection des droits fondamentaux et des libertés.

Pour ce qui intéresse la protection des réfugiés, il est à la fois question du droit constitutionnel en tant que discipline normative d'articulation entre la norme internationale et la norme interne, et du « droit constitutionnel substantiel ». Ces deux aspects ont très largement bénéficié de la décision du 16 juillet 1971 dans laquelle le Conseil Constitutionnel a consacré un « bloc de constitutionnalité »⁸⁵. Le juge a élevé le *Préambule de la Constitution de 1958* au rang de règle constitutionnelle, et par ricochet, le *Préambule de la Constitution de 1946* (ainsi que les principes auxquels il renvoie), et la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* ont eu le même destin juridique. Par cette décision, le Conseil a non seulement consacré le respect de la *Constitution* et de la hiérarchie des normes comme principe, mais il a également affirmé son rôle de gardien en la matière, et a donné à son activité de contrôle, un contenu de référence élargi⁸⁶.

Cela lui permit dans une décision de 1980, à la fois d'étendre le bénéfice de certains droits constitutionnels aux non-nationaux (en l'occurrence la liberté individuelle), et d'amorcer une jurisprudence constitutionnelle relative au droit d'asile⁸⁷. Les deux dimensions de cette justice constitutionnelle au bénéfice (mais pas toujours) des réfugiés seront naturellement

⁸⁴ Louis FAVOREU, « Droit de la Constitution et constitution de droits », *RFDC*, n° 1, Paris, PUF, 1990. Et Olivier DUHAMEL et Yves MENY, « Droit constitutionnel », dans *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

⁸⁵ La paternité de l'expression revient également à Louis Favoreu, qui l'a dégagée de l'expression « bloc de légalité » utilisée en droit administratif : Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Louis FAVOREU et Loïc PHILIPP, *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, n° 31-49.

⁸⁶ Un contenu qui s'est à nouveau élargi en 2005 puisque le *Préambule de la Constitution de 1958* a été modifié pour renvoyer à la *Charte de l'environnement de 2004*, elle aussi élevée au rang de règle constitutionnelle par la *Loi constitutionnelle* n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, article 1, *JO* du 2 mars 2005.

⁸⁷ CC, 9 janvier 1980, n°79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, *Rec.* p. 29.

développées plus loin.

Au **Canada**, « terre d'immigration », le cadre de l'immigration s'est paradoxalement juridicisé et judiciarisé extrêmement tard. L'immigration (au sens de l'admission et de la sélection) fut appréhendée de façon totalement aléatoire et discrétionnaire. L'une des premières normes juridiques en la matière était héritée de la *Common Law*, et donnait à la Couronne le pouvoir d'accorder ou de refuser, sans motif particulier, l'entrée du territoire aux étrangers. Il n'existait donc pas de droit, et *a fortiori* pas de contrôle judiciaire, mais simplement des prérogatives gouvernementales.

Pendant longtemps, l'immigration ne fut pas une question de droit, mais un privilège. En fait, l'histoire législative et constitutionnelle de l'immigration soulève de nombreux problèmes éthiques : procédures de sélections racistes, obstacles aux personnes atteintes de troubles mentaux, exploitation d'une basse main-d'œuvre, création de catégories d'indésirables, etc.⁸⁸ Il faut en fait s'attacher à de très récentes procédures pour trouver à la politique d'immigration canadienne, des éléments de protection et de garanties constitutionnelles. L'idée d'une immigration moins discriminatoire et plus humanitaire apparaît dans les années soixante, mais il faut attendre les années quatre-vingt pour aboutir à une véritable justice constitutionnelle dans le droit de l'immigration.

Une autre difficulté vient s'ajouter cependant. La préséance du droit est donnée au fédéral, et même si une province se voulait plus protectrice, la norme supérieure est la norme du gouvernement d'Ottawa. À la fois monarchie constitutionnelle, État fédéral et démocratie parlementaire dotée de deux langues officielles et de deux systèmes juridiques, le Canada est un modèle de complexité⁸⁹.

Mais la norme supérieure reste la *loi Constitutionnelle* de 1982, dans laquelle est enchâssée la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce les libertés et droits fondamentaux de chaque personne vivant au Canada, et que chaque gouvernement provincial se doit de respecter. Il s'agit donc de déterminer en quoi cette *Charte* est facteur de justice constitutionnelle pour les réfugiés. Elle s'applique à l'exécutif et au législatif (art. 32) et constitue la norme suprême à laquelle les lois tant provinciales que fédérales doivent se conformer. Les tribunaux ont explicitement le pouvoir de déclarer inopérantes les lois qui sont

⁸⁸ Denis LEMIEUX et Marie-Josée NORMAND, « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans TURPIN D. (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions* -, Coll. Droit public positif, Ed. Economica, 1989, pp. 159-186.

⁸⁹ La Constitution canadienne eut la forme d'une loi britannique de 1867 à 1982, même si entre temps, le Canada est passé d'un statut de colonie autonome à celui d'État indépendant.

incompatibles avec les droits et libertés qui y sont garantis (art. 52 de la *Loi Constitutionnelle*).

Très inspirée du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la *Charte* garantit dans son article premier

« les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »⁹⁰

On trouve également dans la *Charte*, une notion qui a soulevé un important débat juridique : le principe de justice fondamentale. L'article 7 énonce que « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cette disposition centrale a soulevé la question de son objet. Est-elle une garantie procédurale (« justice fondamentale ») ou porte-t-elle sur des garanties substantielles (« droit à la vie, liberté et sécurité ») ?

La Cour Suprême, jusque là très timide et restrictive dans l'interprétation qu'elle faisait de la *Déclaration canadienne des droits* (qui n'avait qu'une valeur dite quasi constitutionnelle), s'est finalement émancipée lorsqu'elle eut à se prononcer sur la *Charte*⁹¹, en déclarant que la valeur constitutionnelle d'un principe n'était pas fonction de l'intention du constituant, mais de la valeur que le juge estime appropriée :

« On ne peut donner aux mots « principes de justice fondamentale » un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7. »⁹²

Ce faisant, la Cour Suprême répond non seulement à la question de l'objet de l'article 7, en donnant un contenu substantiel à la notion de « justice fondamentale », mais s'émancipe aussi, à la fois de l'autorité du Parlement en rappelant que les lois seront sanctionnées lorsqu'elles seront jugées incompatibles avec la *Charte*, et, de celle des constituants auxquels la *Charte* n'appartient plus. La *Charte* appartient à la société canadienne. Les garanties procédurales ont dès lors pris un important galon constitutionnel. L'arrêt *Suresh* est venu préciser les critères d'examen des principes de justice fondamentale qui doivent ainsi

⁹⁰ Voir *Recueil des décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés*, Commentaires de Graham GARTON, disponible sur le site de l'Institut canadien d'information juridique, URL : <http://www.canlii.org/ca/doc/chart/index.html> (consultée le 26 juin 2006).

⁹¹ Renvoi sur la *Motor Vehicle Act* 1985, voir Alain-Robert NADEAU, « L'architecture de la Charte canadienne des droits et libertés », *Le Journal du Barreau*, vol. 35, n°7, avril 2003, et « Le nouvel équilibre des droits – L'ex-juge en chef de la Cour Suprême, Antonio Lamer, en entrevue au Journal du Barreau », *Le Journal du Barreau*, vol. 35, n° 6, 1^{er} avril 2003.

⁹² *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36. *Suresh c. Canada* (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration),

s'appuyer non seulement sur la jurisprudence et l'expérience canadiennes, mais également sur le droit international, y compris le *jus cogens*⁹³.

La *Charte de 1982* a ainsi marqué le passage de la souveraineté parlementaire à la souveraineté constitutionnelle⁹⁴, c'est-à-dire le passage d'un État légicentriste à un État de droit. Depuis, le contrôle constitutionnel mis en œuvre par la Cour Suprême ne se limite plus à la question du partage de compétences, mais à la validité des lois et à l'adéquation de leur contenu avec les valeurs de la *Charte*.

La justice constitutionnelle reste soumise aux interprétations des juges. Si la *Charte* et l'attitude des juges permettent d'intervenir lorsqu'une loi ne correspond plus aux valeurs de la société, il « est impossible de prévoir l'issue d'un litige qui met en cause les dispositions de la Charte »⁹⁵. Cette imprévisibilité de la justice constitutionnelle *a posteriori* est une caractéristique essentielle. Dans une société en rapide évolution, la sécurité juridique peut céder le pas devant la protection des droits fondamentaux de chacun. Nous verrons que la question de l'applicabilité de la *Charte* aux réfugiés (et aux demandeurs d'asile) s'est longuement posée avant de trouver une issue protectrice en 1985 avec l'arrêt *Singh*.

La France et le Canada ont ainsi en commun de présenter les garanties et signes extérieurs du pays d'accueil. Pourtant, et sans que la tradition et la justice constitutionnelle ne soient fondamentalement remises en cause, l'un comme l'autre de ces États opère une fermeture de plus en plus nette de son territoire aux réfugiés. Leurs différences historiques et structurelles n'ont ici que peu d'impact sur la recherche commune, et parfois concertée, de moyens de juguler les mouvements de réfugiés, d'un bout à l'autre du phénomène de l'exil.

II) France-Canada : Les fondements communs du rejet.

On parle de « tournant » des années quatre-vingt-dix. Ce qui est vrai, car elles ont apporté une augmentation soudaine du nombre d'exilés cherchant asile. Mais les fondements du rejet ne sont pas seulement chiffrés, car, dès avant la fermeture, certaines crispations de souveraineté en portaient les germes. Les échecs consécutifs de la *Déclaration sur l'asile*

⁹³ *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1. Voir Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes de droit international », *RUDH*, 2004, pp. 49-56.

⁹⁴ Frédéric DENONCOURT, « Un acquis précieux – La Charte canadienne des droits et libertés a 20 ans », *Le Journal du Barreau*, vol. 34, n° 8, 1^{er} mai 2002.

⁹⁵ Propos de Me François BOUSQUET, « Quel est l'impact de la Charte canadienne des droits et libertés à l'égard de la Cour Suprême, de notre système judiciaire et de notre société ? », propos recueillis par Louise Vadnais et Claude Duchesnay, *Journal du Barreau*, vol. 32, n° 12, 1^{er} juillet 2000.

territorial en 1967⁹⁶, et de la *Conférence sur l'asile territorial* de 1977⁹⁷ en ont été des illustrations, bien avant que l'augmentation des demandes d'asile orchestre le rejet des réfugiés.

Le fait que les demandes d'asile diminuent considérablement depuis 2002/2003 ne justifiant plus la fermeture (cette chute en est principalement le résultat), c'est dans l'amalgame asile-immigration-sécurité que les fondements du rejet s'alimentent et se renouvèlent.

Avec la fin de la guerre froide, et l'augmentation des demandes d'asile, la vision du bon réfugié a changé. Les réfugiés de la Seconde Guerre mondiale ont bénéficié de toute l'attention et la sympathie des États occidentaux, qui accueillaient généreusement les victimes des régimes nazis et communistes. Il en fut de même pour les boat-people, fuyant le Vietnam, après la chute de Saïgon en 1975. Ironiquement, la logique de la guerre froide était très positive en matière d'asile. En accueillant les personnes qui fuyaient les régimes communistes, les États occidentaux se positionnaient dans une situation de supériorité politique⁹⁸. D'autre part, le marché du travail d'alors favorisait aisément, voire nécessitait, une immigration de main-d'œuvre importante, et les États se satisfaisaient pleinement de pouvoir conjuguer leur devoir humanitaire et leurs intérêts économiques. Mais la chute du mur de Berlin en 1989, l'effondrement du régime soviétique, ainsi que la crise économique et structurelle que les États ont connue dans les années quatre-vingt-dix, ont radicalement changé les données connues des mouvements migratoires, et bouleversé la vision que le monde occidental avait de l'asile. Bouleversement aggravé en France par la guerre en Ex-Yougoslavie en 1992, et surtout la guerre du Kosovo en 1999, qui ont provoqué l'arrivée soudaine de réfugiés en provenance directe du sein même de l'Europe.

En tenant rigoureusement compte du fait que les chiffres ne sont pas fiables, rarement les mêmes d'une source à une autre, qu'ils dépendent énormément de la méthode statistique et de ce que l'on veut leur faire dire, et qu'une marge d'erreur « de bonne foi » est toujours envisageable, voici le tableau que l'on peut dresser de l'évolution des demandes d'asiles « spontanées » que la France et le Canada ont connues de 1975 à 2004⁹⁹ :

⁹⁶ Voir; AGNU, Résolution n° 2312 (XXVI) du 14 décembre 1967, *portant Déclaration sur l'asile territorial*. HCR, Recueil des traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés, Genève, 1982 ; « Projet de déclaration sur le droit d'asile – Organisation des Nations-Unies », *AFDI*, 1966, pp. 299-304.

⁹⁷ Voir François LEDUC, « L'asile territorial et conférence des Nations Unies de Genève, Janvier 1977. », *AFDI*, 1977, pp.221-267.

⁹⁸ Heinz FASSMANN, « Réfugiés et demandeurs d'asile en Europe », *Hommes et migrations*, n°89-90, mai-juin 1996, p. 40.

⁹⁹ Les chiffres ont été arrondis à des fins de lisibilité. Sources : Annuaire statistique du HCR, URL :

Les demandes d'asile spontanées en France et au Canada de 1975 à 2004 :

<u>Pays</u>	France	Canada
Années		
1975/1976	2 000	-
1977 à 1980	10 000	1 000
1981	20 000	3 000
1982	22 000	5 000
1983	22 000	9 000
1984	22 000	11 000
1985	29 000	13 000
1986	26 000	26 000
1987	28 000	38 000
1988	34 000	48 000
1989	61 000	20 000
1990	54 000	37 000
1991	47 000	32 000
1992	29 000	38 000
1993	27 000	20 000
1994	26 000	22 000
1995	20 000	26 000
1996	17 000	22 000
1997	21 000	28 000
1998	22 000	23 000
1999	31 000	25 000
2000	39 000	30 000
2001	51 000	46 000
2002	47 000	53 000
2003	52 000	32 000
2004	50 000	25 000

Deux grands pics de la demande d'asile s'observent au Canada et en France dans les années 1988-1989 et 2001-2002, et on remarque une augmentation régulière des demandes dans les années qui précèdent ces pics. Mal préparés, les États ont vu leur système de détermination de statut être rapidement dépassé, et accumuler les arriérés.

Dès le premier pic, l'image du réfugié s'est dégradée et les discours se sont orientés vers des définitions négatives : « faux réfugiés », « faux demandeurs d'asile », ou « réfugiés économiques ». Tous ces événements, ont donné naissance au concept de « pression migratoire », qui allait changer la vision des États occidentaux face à l'asile. L'amalgame

<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/statistics> (consultée le 17 septembre 2007), Annuaire disponible pour les années 1994 à 2005. ; et HCR, *2006 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, juillet 2007, 105 p., URL : <http://www.unhcr.org/statistics/STATISTICS/4676a71d4.pdf> (consultée le 17 septembre 2007) ; OFPRA, « Evolution de la demande d'asile depuis 1981 », *Demandeurs d'asile et réfugiés*, URL : <http://www.ofpra.gouv.fr/images2/40214.pdf> (consultée le 17 septembre 2007) et OFPRA, Rapport d'activité 2005, 69 p.; pour les chiffres antérieurs à 1980, nous avons repris les données compilées par François Crépeau dans *La condition du demandeur d'asile en droit comparé – Droit international, droit français, droit canadien et québécois*, Paris, Université de Paris I, Thèse de doctorat, 1990, pp. 71-78.

entre asile et immigration est en marche. Celui de l'immigration et de l'insécurité (et par extension de l'asile et de l'insécurité) s'installe plus confortablement à la suite du deuxième pic.

Le véritable fondement du rejet tient dans l'amalgame orchestré depuis le début des années quatre-vingt-dix entre asile et immigration et nous aurons l'occasion de le développer longuement. Les attentats du 11 septembre 2001 ont fourni l'opportunité de durcir le discours, les législations (le Canada a adopté une nouvelle loi sur l'immigration et les réfugiés en 2002, la France en 2003), et la coopération entre États occidentaux. La jurisprudence de la Cour Suprême canadienne, en pleine émancipation, s'est même auto-retranchée dans sa réserve initiale vis-à-vis des choix politiques du gouvernement¹⁰⁰.

La France s'est lancée dans une harmonisation européenne *a minima* du droit des réfugiés.

Le Canada a quelque peu sacrifié ses droits fondamentaux dans sa coopération avec les États-Unis.

Le bilan de ce durcissement et de la coopération des États occidentaux pour lutter contre l'immigration illégale et l'insécurité est assez spectaculaire. En cinq ans d'« effort » d'harmonisation européenne, le nombre des demandes d'asile présentées en Europe a chuté de moitié. Le passage d'une Europe terre d'accueil à une Europe forteresse a d'ailleurs déjà été amplement observé et commenté¹⁰¹. Un an après l'entrée en vigueur de l'*Entente sur les pays tiers sûrs* signé avec les États-Unis en 2002, les demandes d'asile présentées à la frontière terrestre du Canada ont également baissé de moitié.

Les demandes d'asile spontanées observent depuis 2002, une baisse irrégulière pour le Canada, beaucoup plus drastique pour la France. Avec les mêmes mises en garde que plus haut vis-à-vis de leurs valeurs, voici ces chiffres de 2002 à 2007¹⁰² :

¹⁰⁰ Avec les arrêts *Suresh* et *Ahani*, intervenus quelques mois après les attentats et marquant un net recul de la Cour Suprême vis-à-vis du droit international des droits de l'homme, *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3., et *Ahani c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72. Voir Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes de droit international », *RUDH*, 2004, pp. 49-56. Nous reviendrons évidemment sur ce recul.

¹⁰¹ Constança DIAS URBANO DE SOUSA (dir), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 376 p. ; Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 352 p. ; ainsi que Jean-Yves CARLIER et Philippe De BRUYCKER (dir), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 704 p.

¹⁰² Les chiffres ont été arrondis à des fins de lisibilité. Sources : *Annuaire statistique du HCR*, URL : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/statistics> (consultée le 17 septembre 2007), *Annuaire* disponible pour les années 1994 à 2005. ; et HCR, *2006 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced*

Les demandes d'asile spontanées en France et au Canada de 2002 à 2007 :

<u>Pays</u>	France	Canada
<u>Année</u>		
2002	47 000	53 000
2003	52 000	32 000
2004	50 000	25 000
2005	43 000	20 000
2006	31 000	23 000
2007	29 000	28 000

Section 4 : Objectif de la recherche et structure de l'étude.

L'objectif de cette recherche est d'inscrire la problématique générale du glissement de l'hospitalité vers le rejet, dans la problématique spécifique de l'ambivalence de la construction de l'objet/sujet de droit « réfugié » (I). Problématique spécifique qui, de par son seul libellé, propose déjà une hypothèse de réponse (II).

I) Au sein des croisements des droits, le statut du réfugié révèle l'ambivalence de sa construction.

Que cherchons-nous (B) et pourquoi? (A)

A) Une réforme du droit des réfugiés?

Une certitude: nous inscrivons notre démarche en dehors de la position dominante du paradigme positiviste en ce qu'il insiste trop sur une séparation des sphères politiques et juridiques. Mais pour minoritaire qu'il soit dans la recherche française, ce choix théorique ne constitue pas une aventure de pionnier. Critiquer ce positivisme-là n'a rien de révolutionnaire, encore moins de nouveau. Ainsi, pour l'étude du droit des réfugiés et au sein même des attitudes s'inscrivant en dehors du cadre positiviste, les positions théoriques s'affinent.

Les enjeux des positions théoriques adoptées envers le droit des réfugiés sont présentés

and Stateless Persons, juillet 2007, 105 p., et UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2007, Statistical Overview of Asylum Applications Lodged in Europe and Selected Non-European Countries*, 18 march 2008, 38 p.

avec clarté par C.J. Harvey, dans son article « Talking about refugee law »¹⁰³. Il regrette qu'il n'existe pas une véritable prise de conscience collective sur le seul fait que le droit des réfugiés reste l'une des seules branches du droit à ne pas disposer d'une « théorie ». Il exprime sa gratitude envers les auteurs qui s'y risquent, mais souhaiterait presque que, dépassant leurs querelles, tous rassemblent leur énergie autour d'une réflexion de base, sur la nécessité d'une « théorie du droit des réfugiés ». Une remarque d'autant plus intéressante dans le cadre d'une recherche francophone, et de la rareté de la littérature française proposant un cadre théorique pour l'étude du droit des réfugiés.

Parmi les sophistications annoncées, on trouve la *reformulation* et la *reconstruction*. La première entend conserver les normes existantes, et la seconde propose une restructuration plus complète du droit des réfugiés. Dans les faits, un mot est souvent employé pour l'autre, ce qui s'explique par leur grande similarité. Les deux attitudes partent du même constat que le droit des réfugiés tel qu'il est aujourd'hui, est en crise. Elles rejettent les positions statiques qui refusent de voir que les choses ont changé dans ce droit des réfugiés, et que le socle sur lequel il fut construit est à la dérive. Elles s'intéressent à l'avenir du droit des réfugiés. Finalement, elles se rejoignent en de si nombreux points qu'il devient difficile de choisir un camp et nous ne nous attarderons pas sur cette division sémantique qui n'a d'autre intérêt, pour la reconstruction, que de faire appel à l'idée de déconstruction (2). Mais voyons au préalable, les enjeux d'une réforme du droit des réfugiés (1).

1) Réalisme et idéalisme dans la réforme du droit des réfugiés.

Les partisans de la réforme se rassemblent entre « réalistes » et « idéalistes ». L'idéalisme entend relativiser le rôle de l'État dans le droit des réfugiés et favoriser une interprétation dynamique du droit déjà existant afin de le rendre pertinent, par exemple en le réinterprétant à la lumière des droits de l'homme. Le réalisme entend constater l'importance de la priorité des intérêts étatiques, et étudie les intentions originelles et les compromis que reflète le droit des réfugiés. Encore une fois, les deux postures fournissent des éléments attractifs et Hathaway nous fournit l'illustration typique qu'il est difficile de choisir un camp.

Il inscrit dans la « reformulation » ses réflexions sur l'éventuelle péremption, l'inadéquation, le poids idéologique partisan de la *Convention*, et sur des moyens de re-

¹⁰³ C.J. HARVEY, « Talking about refugee law », *JRS*, 1999, Vol. 12, n°2, pp. 101-134.

concevoir le droit des réfugiés, et emprunte pour se faire à l'idéalisme et au réalisme¹⁰⁴.

Il est définitivement idéaliste en ce qu'il suggère de réinterpréter le droit des réfugiés pour le rendre à nouveau adéquat, au besoin, en le faisant à la lumière des droits de l'homme¹⁰⁵. Il est néanmoins contraint à certaines postures du réalisme en reconnaissant que le droit des réfugiés est davantage un droit de l'État qu'un droit de l'individu, et ne sera jamais respecté que si les États en conservent majoritairement le contrôle¹⁰⁶. Par exemple, il envisage l'intégration du droit des réfugiés dans le droit de l'immigration, car ce dernier étant une prérogative absolue de l'État, il accepterait mieux et de fait appliquerait mieux le droit des réfugiés¹⁰⁷. Sans y être favorable, il en constate l'intérêt en l'état des choses. Mais il dépasse la seule prise en compte des intérêts des États. Son approche se base plus sur la notion d'intérêts-convergents des groupes, entre les *principes* et le *pragmatisme*, entre un régime de « droits » pour les réfugiés (« rights-regarding regime »), et l'intérêt des États. Sans intérêts convergents, il n'y a selon lui pas de droit, ou du moins, pas de droit effectif. En quelque sorte, il se résigne au réalisme, contraint de reconnaître qu'un régime de « droits » pour les réfugiés ne se fera jamais sans compromis. Hathaway est dans une recherche de solutions pour le droit international des réfugiés. L'aboutissement de sa démarche représente une ressource capitale pour notre travail.

2) La déconstruction/reconstruction du droit des réfugiés.

Nous envisageons la reconstruction comme un exercice appelant la déconstruction. Déconstruire ne veut pas dire « détruire », ni verser à tout prix dans le post-modernisme pour être « tendance », ni rejeter en bloc toute normativité. Déconstruire propose essentiellement un angle d'observation différent, et une observation active, un décortilage. Partant du principe qu'il n'existe pas d'observation pure, objective et détachée de son objet, autant reconnaître que c'est impossible et adopter une démarche qui l'admet et le dit. Le cadre théorique que nous avons choisi justifie, et même exige, cette démarche de décortilage.

B.S. Chimni, un des rares auteurs du sud « visible » dans la littérature du nord, a étudié

¹⁰⁴Voir James HATHAWAY (dir), *Reconceiving refugee law*, Nijhoff Law Specials, 30, The Hague/Boston/London, 1997, 208 p.

¹⁰⁵ Notamment dans James HATHAWAY, « Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection », *JRS*, Vol. 4, n°2, 1991, pp. 113-131.

¹⁰⁶ Notamment dans James HATHAWAY, « A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law », *Harvard International Law Journal*, Vol. 31, 1990, pp. 129-184.

¹⁰⁷Notamment dans James HATHAWAY et R. Alexander NEVE, « Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection », *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 10, 1997, pp. 115-212.

une géopolitique de la production scientifique sur le droit des réfugiés, et a développé une attitude déconstructionniste dans un article intitulé « The Geopolitics of Refugee Studies : A View from the South »¹⁰⁸. Il y dénonce un « mythe de la différence » (en l'occurrence entre les réfugiés du Nord et ceux du Sud) qui domine la recherche en droit des réfugiés.

Il met en garde contre une adhésion trop large et un rapprochement trop clair avec les intérêts des États, critiquant au passage un peu sévèrement la position d'Hathaway qu'il juge être allé trop loin dans un réalisme de confort. Mais plus important, il met en relation le discours sur le droit des réfugiés, avec la construction du droit des réfugiés. Un discours basé sur des mythes, certains types de différences (dans les rapports nord-sud) ayant été construits pour servir à des intérêts particuliers, les intérêts du « pouvoir ». Il annonce par exemple que les États occidentaux ont tout simplement utilisé les réfugiés du tiers monde comme des pions sur l'échiquier de la guerre froide.

Il invite la doctrine à prendre ses responsabilités, ce qui s'inscrit dans l'idée suivie ici que tout discours sur le droit est un discours dans le droit. Il met en garde ceux qui se veulent les défenseurs des droits des réfugiés, contre certaines solutions de facilité consistant à adopter les termes du discours de ceux qui ont le pouvoir et finir par verser dans l'inertie et le conservatisme. Son but, en tant qu'auteur, et donc en tant que producteur d'un discours sur le droit, est de déconstruire le mythe de la différence.

Nous acceptons son invitation à critiquer ce mythe de la différence. Sa critique porte sur les rapports Nord-Sud dans l'appréhension du droit des réfugiés, nous lui ajoutons la construction d'une différence entre l'Homme et le réfugié. Notre semblable, et l'autre.

B) Sur fond de dialogue internormatif et interjuridictionnel, la recherche d'un statut.

À l'instar de C.J. Harvey, nous ne pensons pas qu'il y ait pour le moment matière à querelle dans les développements théoriques portant sur une amélioration du droit des réfugiés, dans un sens protecteur. Loin de nier l'intérêt et l'importance des débats, nous ne saurions prendre fermement position pour l'une ou l'autre des propositions.

Il ne s'agit pas spécifiquement ici de reformuler le droit des réfugiés, mais de dénoncer les pièges sémantiques et pourquoi pas, d'inviter à y renoncer. En tout état de cause, nous ne penchons absolument pas vers une renégociation du droit des réfugiés. Une telle remise en question porterait inmanquablement sur les mesures protectrices, non sur les mesures

¹⁰⁸ B.S. CHIMNI, « The Geopolitics of Refugee Studies : A View from the South », *JRS*, Vol. 11, n°4, 1998, pp. 350-374.

restrictives.

De plus, parmi toutes les normes relatives au réfugié, il y a largement de quoi assurer sa protection. Mais comme il y a également largement de quoi l'en priver, il faut être vigilant. Nous proposons de décortiquer (déconstruire) le droit des réfugiés et son interprétation (dans ses dimensions internes et internationales), de détecter les mécanismes qui réduisent la protection du réfugié, de compiler ceux qui le protègent, et de s'interroger peut-être en guise de conclusion, sur ce qu'on peut en faire sans reformuler ce qui existe déjà.

Le réfugié dispose d'une protection juridique grâce à la construction cohérente et protectrice d'un sujet de droit dans les dialogues droit interne/droit international, mais il est parallèlement constamment affaibli par certaines des directions que prennent ce même droit international et ces mêmes droits internes.

C'est à la croisée de ces chemins que le statut juridique du réfugié se trouve et nous allons essayer de tirer une conclusion du paradoxe auquel on assiste. À l'instar des pièces d'un puzzle, son statut est fait de « pleins » et de « vides ». Les « pleins » représentant les protections et garanties juridiques, et les « vides » représentant la vulnérabilité politique et juridique dans lequel l'inscrit le droit.

Le but de cette recherche est de donner des contours, et par conséquent, un contenu, au statut juridique du réfugié. À cette fin, il faut s'efforcer de sortir de la seule analyse de la définition du réfugié donnée par la *Convention de Genève*, et de recomposer un statut aujourd'hui dispersé aux quatre coins du droit.

Le droit international est pluriel, les droits internes sont pluriels. Le statut juridique du réfugié va se trouver dans les différents points de rencontre de ce pluralisme. À la rencontre du droit interne et du droit international bien sûr, mais pas seulement. Par exemple en droit international : lorsque la *Convention de Genève* rencontre la *Convention contre la torture* et qu'un demandeur d'asile obtient le droit de rester dans le pays d'accueil au nom de la *Convention contre la torture*. Ou par exemple en droit interne : lorsque le respect de la liberté individuelle prime sur une mesure de détention. Ou encore lorsque le respect de l'unité familiale prévaut sur un traité bilatéral d'extradition. Certaines rencontres ne se font que dans la sphère internationale, tandis que certaines rencontres n'ont lieu que dans les sphères nationales. Il semble néanmoins que chaque rencontre est liée par un dialogue formel ou informel entre le droit international et le droit interne notamment, et que tout ce qui se dit dans une de ces deux sphères est entendu dans l'autre.

D'autre part, nous adopterons dans cette recherche une attitude davantage thématique que chronologique. De nombreuses études ont déjà amplement et incontestablement démontré le passage d'une tradition d'accueil des réfugiés à une fermeture généralisée des frontières à leur endroit¹⁰⁹. Ce propos vise essentiellement à mettre l'accent sur un phénomène *concomitant* de protection et d'exclusion, et de resituer le statut du réfugié dans cette nouvelle et troublante dimension.

II) Le statut du réfugié bénéficie de la dynamique des droits fondamentaux, mais pâtit de la gestion de l'immigration et de la sécurité.

Le résultat largement anticipé de cette étude peut donner l'impression d'une impasse : le réfugié est protégé, mais il est également affaibli par le droit; son statut est parfois plus large que ce que les textes de base avaient prévu, mais il n'est pas à la hauteur du niveau de protection exigée.

La conclusion que nous prévoyons de tirer de cette curieuse dichotomie est la suivante : tant que le réfugié est considéré dans sa dimension humaine, il est globalement protégé. C'est bien sûr insuffisant en raison de sa particulière vulnérabilité, mais il est généralement protégé en tant qu'être humain. En revanche, en tant que non-citoyen, en tant qu'étranger non-invité, il fait de plus en plus l'objet d'une entreprise de rejet et d'isolement.

Le droit des réfugiés « traditionnel » s'inscrit au centre de cette confrontation, et semble davantage pâtir de son « agression » par les préoccupations sécuritaires et migratoires, qu'il n'est renforcé par les droits fondamentaux.

Ainsi, le réfugié n'a au mieux qu'un statut d'être humain, au pire un statut de migrant indésirable, là où il nécessite un statut de *réfugié*.

¹⁰⁹ François CRÉPEAU, *De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 424 p. ; Anthony H. RICHMOND, « Open and Closed Borders : Is The New World Order Creating a System of Global Apartheid? », *Refuge*, 1993, Vol. 13, n° 1, pp. 6-10; Andrew SHACKNOVE, « From Asylum to Containment », *IJRL*, 1993, Vol.5, n° 4, pp. 516-533.; David MATAS, *Closing the doors : the failure of refugee protection*, Toronto, Summerhill Press, 1989, 336 p.

La **première partie** de ce travail sera consacrée à la construction évolutive, cohérente et protectrice d'un statut du réfugié, à travers la complémentarité du droit interne et du droit international, dans la logique de protection du « semblable », propre aux droits de l'homme.

La **seconde partie** sera consacrée à l'entreprise de fragilisation du statut du réfugié par les faiblesses, failles et offensives, opposées ou conjointes, du droit interne et du droit international.

La **troisième partie** sera consacrée à l'entreprise de dissolution du statut de réfugié dans une logique d'exclusion de l'étranger, de l'« autre ». Avec un droit international véritablement concurrencé et réduit au silence par une éruption normative visant à isoler complètement le réfugié.

PARTIE I : LA PROTECTION DU SEMBLABLE.

UN DIALOGUE ENRICHIS PAR LES DROITS FONDAMENTAUX.

Nous prenons pour acquis qu'au moins en théorie, les États, ou au minimum l'Europe et l'Amérique, en tout état de cause la France et le Canada, partagent une véritable « foi » dans les droits de l'homme. L'explication de cet attachement aux droits de l'homme, leur raison d'être et leur fondement s'inscrit sans doute essentiellement en dehors du droit. Dans la philosophie, la morale et probablement une réflexion sur la « nature humaine ». Réflexion à laquelle Jeanne Hersch a grandement contribué, en relevant notamment le paradoxe suivant : l'attachement aux droits de l'homme exprime un besoin présent dans toutes les cultures et toutes les langues depuis que les sociétés humaines existent, mais il va en même temps contre la nature, dont la seule véritable loi est celle du règne du plus fort¹¹⁰. L'être humain qui se rend compte qu'il est doué « de la capacité, et donc du droit, et donc du devoir, de faire de lui-même un être responsable de ses décisions et de ses actes » se fait violence pour reconnaître « du même coup la même capacité, le même droit, le même devoir à tout autre être humain. »¹¹¹ Il s'agit d'un acte de foi en l'Homme que rien ne peut remettre en cause, pas même ses violations.

Sur le plan juridique, les proclamations des droits de l'homme n'existent que depuis les sociétés modernes, même si les notions d'équité, de justice, de dignité et de respect étaient vraisemblablement présentes dans les sociétés prémodernes. Mais de fait, toutes les déclarations d'attachement aux droits de l'homme visaient surtout à sortir d'un assujettissement, ou à tirer les leçons d'un régime ou d'une guerre. La proclamation des droits de l'homme s'explique donc peut-être également par la peur d'être personnellement opprimé ou meurtri et par la volonté de se mettre à l'abri des souffrances. La seule justification à cela étant de reconnaître ce droit à tout le monde. Ce que nous retenons de Jeanne Hersch, est le

¹¹⁰ Jeanne HERSCH, *Quelques paradoxes des droits de l'homme*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.

¹¹¹ Jeanne HERSCH, *Les droits de l'Homme d'un point de vue philosophique*, Document établi pour l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco), Genève - Paris, avril 1990, (extraits), URL : http://www.aidh.org/Hersch/brochure/HP_jh.htm (consultée le 21 août 2007).

paradoxe d'un acte de foi véritable (basé sur la volonté de croire que les êtres humains sont notre semblable) et l'extrême fragilité de ce qui en découle tant il est bafoué.

La notion de « droits fondamentaux » relève davantage du vocabulaire du droit interne même si on le croise également en droit international. Le terme est sans doute un abus de langage pour les chercheurs qui se penchent sur ses contours et sa définition, mais nous l'utilisons dans ce travail comme synonyme de « droits de l'homme », au regard de l'observation de son utilisation indifférenciée dans ce sens, en France comme au Canada. De plus, droits fondamentaux et droits de l'homme se partagent le même contenu (trois générations de droits), les mêmes sources (internes et internationales) et la même vocation (l'universalité).

Dans cette première partie, c'est l'acte de foi et l'énergie mise dans sa préservation qui nous intéressent. Les droits de l'homme sont professés, proclamés, et régulièrement confirmés. Ils sont inscrits dans les constitutions et chartes de droit interne, et font l'objet de conventions internationales et de grandes déclarations de principes. Quel que soit leur degré d'abstraction, ils constituent des instruments solides de mobilisation de l'opinion.

Si cette ferveur n'a pas d'équivalent vis-à-vis du droit des migrants (notamment les migrants vulnérables) parce qu'ils se confrontent à la souveraineté des États¹¹², des brèches leur sont ouvertes lorsque leur qualité de « migrants » (notamment non invités) s'efface au profit de leur seule qualité d'« humain ». Les principales protections juridiques au bénéfice des réfugiés doivent leur existence et parfois leur progrès, aux réflexions issues des droits de l'homme et/ou des droits « fondamentaux ».

Le droit international des droits de l'homme est remarquable en termes d'impulsion et de progrès sur le plan des principes. La *Convention de Genève* est certes sur la scène internationale, l'instrument clé de la protection des réfugiés, mais sa spécificité ne doit pas l'isoler de l'ensemble des instruments internationaux susceptibles de la renforcer ou de la compléter. Le réfugié est en effet protégé en dehors de sa convention (**Titre 1**).

Parallèlement, cette *Convention* n'est appliquée qu'en droit interne, et ce dernier joue donc un rôle substantiel dans la protection des réfugiés. De plus, dans une dynamique comparable au droit international des droits de l'homme, les droits internes fournissent des

¹¹² Voir Sylvie SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations – De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 718 p.

protections supplémentaires, au-delà de la seule application de la *Convention de Genève*. La principale plus-value des droits internes est d'organiser les moyens d'une garantie juridictionnelle des droits proclamés. De manière générale, dans l'ordre international, il n'y a pas de juridiction capable de statuer sur une violation d'un droit dont un individu est créancier. Il existe des comités consultatifs et des arbitres ou des médiateurs, mais il n'y a pas de justice, tant qu'il n'y a pas de sanctions. En fait, le système de garantie juridictionnelle internationale du réfugié est occulté par le très controversé débat sur l'individu comme sujet de droit international. L'État fait écran dans un sens (entre l'individu et le droit international), et filtre dans l'autre (entre le droit international et l'individu). C'est « l'individualisation normative internationale »¹¹³, c'est-à-dire la formulation expresse par l'État que la norme est susceptible de recours individuel, qui permet de réelles garanties. Mais cela est très rare. Les meilleurs exemples de cette « individualisation » sont sans doute ceux de la Cour européenne des Droits de l'Homme, mais nous verrons que celle-ci a une approche très particulière des droits des réfugiés, ainsi que la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme (très inspirée du modèle européen)¹¹⁴. Seul le système juridictionnel interne permet une sauvegarde des intérêts individuels, des recours en justice, des procédures d'appel ou de cassation.

Au-delà de la réception de la *Convention de Genève* et des instruments de droits de l'homme pertinents pour la protection des réfugiés, les droits internes permettent surtout aux réfugiés de revendiquer l'application de leurs droits (**Titre 2**).

¹¹³ Selon l'expression du Pr. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Librairie de l'Université, Genève, 1954, t. II, p. 28 et s.

¹¹⁴ L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, pp. 496-509 ; Ch. LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, pp. 143-155 ; H. GROS-ESPIEL, « Le système interaméricain comme régime régional de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1975-II, Vol. 145, pp. 1-56.

TITRE 1 : LE RÉFUGIÉ DANS LE SILLON PROTECTEUR DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.

Si la *Convention de Genève* souffre aujourd'hui de certains reculs dans son interprétation et dans son applicabilité, certaines branches du droit international vivent un essor particulier. Le système juridique international est perméable, et à travers une interpénétration des normes, certaines branches connaissent des accélérations ponctuelles de l'une sur l'autre. En l'occurrence, une protection spécifique telle qu'ouverte par le droit des réfugiés peut être englobée dans une protection plus générale telle que développée par les droits de l'homme. Le réfugié, même s'il est l'objet d'instruments juridiques propres, doit bien sûr entrer dans le champ d'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, qui sont attachés à la qualité de personne humaine, et non à un statut juridique précis, attribuable et révoquant. Dans leur application, les droits de l'homme, dont la production et la promotion connaissent une croissance continue depuis les années cinquante, devraient apporter un soutien considérable à la protection spécifique des réfugiés. À l'origine davantage centralisé sur les droits des individus que sur la souveraineté des États, le droit international des droits de l'homme a de plus été régulièrement mis à jour et structurellement renforcé.

Il est cependant important de distinguer la violation des droits de l'homme qui est la cause des déplacements, de la violation des droits de l'homme applicables aux réfugiés¹¹⁵. Il s'agit de cerner en quoi les droits de l'homme sont source de protection pour lui, une fois qu'il est devenu réfugié (sans méconnaître par ailleurs que la majorité des réfugiés fuient leur pays suite à une négation de ces mêmes droits). Le développement qui suit ne concerne donc pas la prévention, mais la fonction protectrice des droits de l'homme dans les procédures d'accueil et les normes de traitement des réfugiés. Il nous faut dans un premier temps situer les rapports entre les droits de l'homme et le droit des réfugiés, les points de rencontre et de discussion possibles. (**Chapitre 1**). Puis, nous verrons que toute l'ampleur de cette protection réside dans ses mécanismes de contrôle et de mise en œuvre des droits de l'homme par les

¹¹⁵ Voir l'étude de cette distinction dans Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Human Rights and Refugees », Fact Sheet n° 20, URL : <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs20.htm> (consultée le 20 septembre 2007); Voir également la résolution adoptée par l'assemblée générale [sur le rapport de la Troisième Commission (A/52/644/Add.2)], « 52/132. droits de l'Homme et exodes massifs », A/RES/52/132, 27 février 1998.

organismes habilités, dont l'activité consultative, mais surtout juridictionnelle contribue très nettement à la diffusion du droit dans les normes internes. Dans ce domaine, le rôle clé de la requête individuelle a considérablement enrichi le dialogue entre le droit interne et le droit international, en forçant quelque peu l'écoute et l'attention du premier (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - L'intervention du droit international des droits de l'homme dans le droit des réfugiés.

Parmi les nombreux textes relatifs aux droits de l'homme adoptés depuis les années cinquante, tous n'ont pas la même valeur ni le même champ d'application. Déclaratoires ou conventionnels, supra-nationaux, ou universels, ils ont cependant pour point commun d'énoncer l'existence de droits considérés comme fondamentaux et indérogeables.

Ces derniers peuvent intervenir directement sur le droit des réfugiés (*refugee law*) (**Section 1**). Mais plus concrètement, les droits de l'homme interviennent dans les droits des réfugiés (*refugee rights*), et nous étudierons leur applicabilité au candidat réfugié (**Section 2**).

Section 1) L'asile dans le droit international des droits de l'homme.

Qu'ils concernent directement l'institution de l'asile, les droits plus généralement applicables aux étrangers, la prévention de la torture, l'élimination de toute forme de discrimination, le droit des apatrides, ou bien sûr les « droits de l'homme » dans leur sens le plus global, les textes déclaratifs et résolutoires ont eu un rôle très important dans l'élaboration de normes à force obligatoire, et restent encore un référent fréquent dans les discours des droits de l'homme portant sur les réfugiés. Certains ont même contribué à faire du principe de non-refoulement, un principe de droit coutumier. Ils participent de plus à démontrer que l'activité normative dans ce domaine est issue d'un dialogue entre les différents acteurs de la scène internationale. Au premier rang de ces instruments, la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* (DUDH) de 1948¹¹⁶, qui a été à l'origine d'une importante activité normative en matière de droits de l'homme, tant au plan international que national¹¹⁷. Pour ce qui a trait au droit d'asile, elle énonce que « nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé » (art.9), que « toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » (art.13§2)¹¹⁸, et que « devant la

¹¹⁶ *Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, Proclamée sans opposition par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217 A (III). Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948)

¹¹⁷ Le Canada s'est abstenu lors du vote du projet de déclaration et ne l'a pas formellement mis en œuvre par une loi, mais elle a été utilisée à plusieurs reprises à des fins interprétatives, notamment dans l'affaire *Ford* : J-Y MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public, Notes et documents ; Tome 1, documents d'intérêt général*, 3è éd., Ed. Thémis, 1997, p. 671.

¹¹⁸ Ce droit est repris à l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays » (art.14). Bien que n'étant pas du droit international exécutoire, elle constitue un véritable standard juridique pour la communauté internationale¹¹⁹, son rôle d'impulsion normative et discursive en faveur des êtres humains en quête d'asile est fort¹²⁰, et référence lui est notamment faite dans le préambule de la *Convention de Genève* de 1951.

De nombreux autres instruments déclaratifs ou résolutoires ont contribué et contribuent encore à l'élaboration de textes juridiquement contraignants, dont certains sont pourvus de mécanismes spécifiques de contrôle et de mise en œuvre particulièrement favorables à la protection du réfugié. Les promesses de ces textes contraignants, lorsqu'ils évoquent l'asile, sont quant à elles encore plus concrètes, et nous les aborderons (I) avant d'évoquer la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, un texte particulier puisqu'il n'a pas encore été ratifié, mais a vocation à être contraignant (II).

I) Promesses et mise en œuvre des textes contraignants.

De la norme universelle aux traités dits régionaux, de nombreux textes relatifs aux droits de l'homme abordent, directement ou non, la situation du réfugié. Leur principal intérêt est de prévoir des organes de contrôle ou de surveillance, voire une juridiction, pour en assurer la mise en œuvre. Selon les textes et les organismes institués, l'échelle des contrôles est assez large, et leur effectivité est souvent proportionnelle à la sanction prévue. Mais même la plus petite effectivité dans la mise en œuvre des droits de l'homme a un rôle à jouer dans la protection du réfugié.

La *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, signée en 1984, dont nous allons voir l'impact considérable sur la législation canadienne, prévoit dans son article 3, qu'« aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». L'article 22 de la *Convention* prévoit l'institution d'un Comité dont les États parties peuvent reconnaître la compétence pour recevoir et examiner

¹¹⁹ *Proclamation de Téhéran*, Proclamée par la Conférence internationale des droits de l'homme à Téhéran le 13 mai 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 à 3.

¹²⁰ Voir Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, tenue à Vienne, entre le 14 et le 25 juin 1993 rappelle le point 23 de la Conférence (Texte du programme d'action de Vienne Assemblée Générale : Distr.GENERAL A/CONF.157/23, 12 Juillet 1993) et Résolution de la Sous-Commission des droits de l'Homme 2000/20, « Le droit de demander l'asile et d'en bénéficier », du 18 août 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/20..

des communications de particuliers¹²¹. Au 18 avril 2008, soixante-deux États ont reconnu cette compétence, dont le Canada et la France.

Manifestation supplémentaire du dynamisme du droit international des droits de l'homme, un *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture* est entré en vigueur le 22 juin 2006¹²². Il établit un mécanisme à caractère préventif, spécifiquement relatif au traitement des personnes détenues. Il a créé le Sous-comité de la prévention contre la torture, habilité à inspecter sans préavis, les lieux de détention dans les États signataires. La détention des étrangers (dont les demandeurs d'asile) à leur arrivée, ou en instance d'éloignement, trouvera ici un mécanisme et un cadre additionnels de protection. En France, le projet de loi autorisant l'approbation du protocole était en cours d'adoption en juillet 2008¹²³. Au 12 juin 2008, trente-cinq États, au nombre desquels ne figure, pour l'heure, pas le Canada, avaient ratifié le protocole facultatif.

Notons que la France est également partie à la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* qui a institué un Comité européen *ad hoc*¹²⁴, organe de surveillance spécifiquement affecté au respect de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Lequel interdit expressément la torture, et les peines ou traitements inhumains et dégradants. Comme son nouvel homologue onusien, ce comité d'experts conduit des enquêtes sur le terrain de la détention, et publie des rapports périodiques.

Poursuivons dans le domaine des textes internationaux à portée régionale, avec la *Convention américaine sur les droits de l'homme*¹²⁵, qui énonce au point 7 de l'article 22 relatif au droit de déplacement et de résidence :

« Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droit commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque État et aux conventions

¹²¹ Au 18 avril 2008, 145 États étaient parties à la *Convention*, dont le Canada (24 juin 1987), les États-Unis (21 octobre 1994), et la France (18 février 1986).

¹²² *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture*, adopté le 18 décembre 2002 par la Résolution de l'Assemblée générale A/RES/57/199 du 9 janvier 2003. Soixante-huit États sont signataires au 12 juin 2008.

¹²³ Projet de loi autorisant l'approbation du *protocole facultatif se rapportant à la convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*, n° 220, déposé le 8 février 2008. Dossier en ligne à l'URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/torture.asp> (consultée le 15 juillet 2008).

¹²⁴ Organe de surveillance institué par la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* du 26 novembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} février 1989, STE n° 126.

¹²⁵ *Convention américaine sur les droits de l'Homme*, « Pacte de San José de Costa Rica », (Instrument original et ratifications), Série sur les Traités, OEA, n° 36., Souscrite à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'Homme, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, RTNU, n° 123.

internationales. »¹²⁶

Cette convention prévoit à l'article 33, l'institution de deux organes de contrôle : la Commission et la Cour. La Commission peut recevoir des plaintes individuelles, tandis que la Cour ne peut être saisie que par la Commission ou un État partie à la *Convention*. Vingt-six États d'Amérique centrale et latine sont parties à la *Convention*. Les États-Unis l'ont signée, mais non ratifiée, et le Canada n'est pas signataire. Tous les États, sauf trois, ont accepté la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹²⁷ et seuls dix États ont accepté la compétence de la Commission¹²⁸. Cet instrument et ses organes de contrôles semblent ne pas présenter d'intérêt pour le pays qui nous intéresse ici puisque le Canada n'y est pas partie. Mais en fait, le Canada est membre de l'Organisation des États Américains (OEA), et en vertu du statut de la Commission interaméricaine, la compétence de cette dernière à l'égard des États non signataires de la *Convention*, repose sur le *Charte de l'OEA* et sur ses propres pratiques. La Commission peut donc examiner des communications relatives à un État membre de l'OEA non partie à la *Convention*, mais sur le fondement de la *Déclaration* seulement¹²⁹. Mentionnons à ce titre, le cas de l'affaire *Joseph c. Canada*, au cours de l'examen de recevabilité de laquelle, la Commission s'est référée à la *Convention de 1951* pour déterminer le contenu exact du droit de chercher et de recevoir l'asile conformément au droit national et aux conventions internationales consacré par l'article 27 de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. Deux remarques intéressantes ici pour illustrer le dialogue internormatif. D'une part, le fait qu'un organe de surveillance institué par une *Convention*, se retrouve compétent pour examiner le respect d'une *Déclaration*. Et d'autre part, le fait que la *Convention de Genève* ait pu contribuer à préciser la portée d'un droit humain garanti par un instrument de droit déclaratoire¹³⁰.

¹²⁶ L'ensemble des textes concernant l'organisation des États américains est disponible, en français, sur le site de la Commission interaméricaine des droits de l'homme : www.cidh.oas.org

¹²⁷ La Jamaïque, la Grenade et la Dominique (et bien sûr les États-Unis, puisqu'ils n'ont même pas ratifié la *Convention*) Pacte de San José, état des ratifications, URL : <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm> (consultée le 1er janvier 2008).

¹²⁸ Argentine (5 septembre 1984); Chili (21 août 1990); Colombie (21 juin 1985); Costa Rica (2 juillet 1980); Équateur (13 août 1984); Jamaïque (7 août 1978); Pérou (21 janvier 1981); Uruguay (19 avril 1985), Venezuela (9 août 1977) et Nicaragua (2 juin 2006), *Ibid.*

¹²⁹ Les dispositions se rapportant aux attributions de la CIDH sont énoncées aux articles 18, 19 et 20 de son Statut. *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, approuvé par la Résolution n°1447 (IX-O/79) adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA à sa neuvième session ordinaire tenue à La Paz, Bolivie en octobre 1979, URL <http://www.cidh.org/Basicos/frbas9.htm> (consultée le 4 septembre 2006).

¹³⁰ Rapport n° 27/93, Cas n° 11092, Décision sur la recevabilité, Rapport annuel 1993, OEA/Ser.V/IIrev., Secrétariat général de l'OEA, 11 février 1994, p. 32. Voir aussi pour une démarche analogue l'affaire *Haitian Interdiction c. États-Unis*, Rapport n°51/96, Cas n° 10675, Décision sur la recevabilité du 13 mars 1997, Rapport annuel 1996, pp. 598-602

Sur le plan du traitement des réfugiés, mais non du droit d'asile, la *Charte sociale européenne*, adoptée en 1961, révisée en 1996, et entrée en vigueur en 1999, prévoit au profit des réfugiés un régime de faveur dérogatoire au principe réservant le bénéfice des droits de la *Charte* aux seuls ressortissants des États parties¹³¹. Un organe de surveillance a été institué, le Comité européen des droits sociaux, et aux termes du protocole du 9 novembre 1995 que la France a ratifié, peut recevoir des réclamations collectives venant de syndicats et d'ONG, pour toute violation alléguée de la *Charte*¹³².

Enfin, la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, directement inspirée de la *DUDH* de 1948, représente le texte dont l'application est la plus aboutie. Tous les États membres du Conseil de l'Europe l'ont signée, soit quarante-sept États au 1^{er} janvier 2008, et les États prétendant à l'adhésion sont tenus de la signer et de la ratifier dans un délai d'un an. Signée à Rome le 4 novembre 1950, elle fut amendée par différents protocoles additionnels, et garantit un certain nombre de droits et de libertés fondamentaux (droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de l'individu, droit à un procès équitable en matière civile et pénale, droit de vote et le droit de se présenter à des élections, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, droit au respect de ses biens), tout en interdisant certaines pratiques telles que la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, la peine de mort, les discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la *Convention*, l'expulsion ou le refoulement par un État de ses propres ressortissants, l'expulsion collective d'étrangers¹³³.

Son organe de contrôle est la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), juridiction supranationale dont la compétence est reconnue par les États membres, et qui peut faire l'objet de requêtes individuelles après épuisement des voies de recours internes. Concernant la protection des réfugiés, elle est fondamentale au vu des effets des interdictions posées par la *Convention*, et notamment l'interdiction de toute torture, peines ou traitements inhumains ou dégradants inscrits à l'article 3. Elle aboutit en France à la protection mise en œuvre par la *LIPR* au Canada¹³⁴.

¹³¹ Annexe de la *Charte sociale européenne*, Strasbourg, 3 mai 1996, révisée, Strasbourg, *STE*, n° 163.

¹³² À ce jour, 1^{er} janvier 2008, aucune réclamation n'a porté sur une atteinte au traitement des réfugiés prévu par la *Charte*. Voir page consacrée à la *Charte sociale* sur le site Internet du Conseil de l'Europe : http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/

¹³³ *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*, signée à Rome le 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 5.

¹³⁴ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, La protection fondée sur les risques de torture, menace à la vie, peines ou

II) Nature et rôle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le 12 décembre 2007, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* a été solennellement signée et proclamée par les États membres de l'Union européenne¹³⁵. Elle évoque le droit d'asile dans son article 18 :

« Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la *Convention de Genève* du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne. »

et réaffirme le principe de non-refoulement dans l'article 19 :

« 1. Les expulsions collectives sont interdites.
2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Déjà signée en 2000¹³⁶, elle avait initialement vocation à être enchâssée dans le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*¹³⁷. Mais en 2005, les rejets français et néerlandais des *referendums* sur la ratification de cette « Constitution européenne » ont changé la donne, et la *Charte* a finalement été annexée au *Traité de Lisbonne*, signé le 13 décembre 2007¹³⁸. Formellement, ce dernier la déclassa au rang de déclaration en annexe, mais sur le fond, il lui promet officiellement une nature juridique contraignante pour les États et les institutions communautaires, ce qui met fin aux errements sur la question.

Si le *Traité de Lisbonne* est ratifié, la *Charte* deviendra donc juridiquement contraignante et sera promue au statut d'instrument « originaire ». Elle aura donc à ce titre, préséance sur la législation européenne « dérivée » (directives et règlements), et la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) sera compétente pour se prononcer sur ses violations. Les enjeux juridiques de la mention du droit d'asile et du non-refoulement pourraient prendre une ampleur intéressante, tant sur le plan d'une « constitutionnalisation » de l'ordre juridique communautaire, avec un rapport de hiérarchie normative et de compatibilité entre les directives et règlements adoptés vis-à-vis de la *Charte*, que sur l'invocabilité et la consistance

traitements cruels ou inusités ».

¹³⁵ *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne*, JOUE n° 303/01, du 14 décembre 2007.

¹³⁶ *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne*, JOUE n° C 364/01, 18 décembre 2000.

¹³⁷ *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JOUE n° C 310/41, 16 décembre 2004.

¹³⁸ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, et publié au Journal Officiel (C 115) le 9 mai 2008. Il est également appelé « Traité modificatif », après rejet des propositions « Traité simplifié » et « mini-traité ». Il n'a en effet pas toutes les caractéristiques de la simplicité, et en tout état de cause, n'a rien de mini.

des droits fondamentaux reconnus par elle. Mais il faut rester circonspect. En premier lieu, elle ne sera pas applicable par tous, le Royaume-Uni et la Pologne s'étant fait dispenser de la compétence de la CJCE en la matière. En second lieu, en admettant que la *Charte*, via le *Traité de Lisbonne*, soit ratifiée, la compétence de la CJCE se cantonne au manquement de l'État (saisine possible par la Commission ou un autre État membre, mais pas un individu), à la carence (défaut de transposition), ou à l'exception d'illégalité (enfermée dans des délais de recours qui excluront donc de tout contrôle a posteriori la multitude d'instruments communautaires dérivés déjà adoptés en matière de droit d'asile).

Malgré son absence (pour l'heure) de valeur contraignante, la *Charte* devient pourtant progressivement, depuis 2000, une source d'interprétation pour les juges.

Certains ont relevé que, tant la valeur juridique de la *Charte* que son invocabilité ont déjà eu l'occasion d'être affirmées par le Tribunal de Première instance des Communautés Européennes (TPICE)¹³⁹ dans un arrêt de 2002¹⁴⁰. En fait, le TPICE n'a pas vraiment reconnu la valeur juridique de la *Charte*, mais il l'évoque comme confirmation des « principes généraux de l'État de droit commun aux traditions constitutionnelles des États membres »¹⁴¹. Cela fait de la *Charte* un élément d'interprétation du droit communautaire, davantage qu'un texte juridiquement contraignant. Mais, n'est-ce pas précisément l'illustration d'un dialogue juridique qui s'émancipe des principes gouvernant la sécurité juridique ? La CJCE ne s'était pourtant pas (encore) risquée à invoquer, ni même évoquer la *Charte*, bien qu'elle ait pu s'appuyer sur des droits qui y trouvent leur source¹⁴².

La CEDH en revanche l'a fait en 2002, dans l'arrêt *Goodwin*, à l'occasion d'une affaire portant sur le droit au mariage des transsexuels, en utilisant le libellé de l'article 9 de la *Charte des Droits fondamentaux* pour redéfinir le champ d'application de l'article 12 de la *Convention européenne des droits de l'homme* au cas d'espèce¹⁴³. Le dialogue inter-normatif et inter-juridictionnel continue, et la *Charte* devient un élément de cette discussion.

¹³⁹ Organe de première instance créé en 1989 pour alléger le travail de la Cour.

¹⁴⁰ Olivier DE SCHUTTER, « Les questions à résoudre - La protection des droits fondamentaux, un enjeu de la Convention pour l'avenir de l'Europe », URL : http://ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/fr/questions.html (consultée le 20 mai 2007)

¹⁴¹ TPI, 30 janvier 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission des C.E.*, T-54/99. Le TPICE fait à nouveau référence à la *Charte* dans l'arrêt TPI, 10 novembre 2004, *Vonier c. Commission*, T-165/03, *Rec. FP* p. II-1575, point 56.

¹⁴² CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98, *Rec. I*-7079.

¹⁴³ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95. Evoquant l'évolution de la société, les progrès de la médecine et de la science, la CEDH dit que l'article 9 de la *Charte* marque une évolution dont il faut tenir compte vis-à-vis de l'article 12 de la *Convention*. Ce qui ouvre selon elle, le droit au mariage des transsexuels.

En 2004, la CJCE renvoie le boomerang et utilise la *Convention européenne des droits de l'homme* comme source de référence juridique à l'occasion d'une affaire portant elle aussi sur les droits des transsexuels¹⁴⁴. Dans cette affaire, la CJCE refuse de reconnaître une situation qui repose sur une législation nationale que la CEDH a déclarée contraire à la *Convention européenne des droits de l'homme*. Or, la CJCE fait expressément référence à l'arrêt *Goodwin* de la CEDH. Dans une logique de poupées russes, cela ressemble à une manœuvre habile visant à évoquer la *Charte*, sans véritablement le faire.

En 2006 enfin, à l'occasion d'une requête du Parlement européen contre la directive européenne relative au regroupement familial, la CJCE évoque pour la première fois nommément la *Charte*. En prenant soin de rappeler qu'elle ne « constitue pas un instrument juridique contraignant » la Cour de Justice précise que

« le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la charte. »¹⁴⁵

La Cour précise plus loin que la « charte, en son article 7, reconnaît de même le droit au respect de la vie privée ou familiale » et que « cette disposition doit être lue en corrélation avec l'obligation de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (...) »¹⁴⁶.

La *Charte* est donc déjà un instrument de référence des « valeurs juridiques » pour les juges¹⁴⁷. Elle joue également déjà un rôle dans le dynamisme du dialogue CJCE/CEDH, qui est de plus amené à gagner en harmonie lorsque l'Union européenne deviendra membre de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, ce qui est également prévu par le *Traité de Lisbonne*¹⁴⁸. De plus, si la *Charte* est amenée à être un instrument protecteur pour les réfugiés, et que la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à s'y référer, la question de son invocabilité par des particuliers est, dans une certaine mesure, maintenue.

Section 2 : L'applicabilité des droits de l'homme au candidat réfugié.

¹⁴⁴ CJCE, 7 janvier 2004, *KB c/ National Health Service Pensions Agency*, C-117/01

¹⁴⁵ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, *Rec. P.* I-5769, § 38.

¹⁴⁶ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, *Rec. P.* I-5769, § 58.

¹⁴⁷ Voir Aniko RAISZ, « La protection des droits de l'homme au niveau (double) européen : les divergences entre deux jurisprudences », *Miskolc journal of international law*, 2006, Vol. 3, n° 1, pp. 13-37.

¹⁴⁸ Article 6 point 2 du Traité de Lisbonne et *Protocole n° 5 relatif à l'article [I-9, paragraphe 2,] du traité sur l'union européenne sur l'adhésion de l'union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

Évacuons d'emblée la question du *principe* de l'applicabilité des droits de l'homme au réfugié. Par définition, un réfugié a été victime d'une violation des droits de l'homme dans son pays d'origine. Statistiquement, seuls 4% de la population mondiale des réfugiés parviennent à atteindre l'Europe, l'Amérique du Nord, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, pays dans lesquels ils ont le moins de chance d'être reconnus, mais le plus de chance de se voir appliquer les droits de l'homme. Il y a d'autre part, dans le corpus même des droits de l'homme, une hiérarchisation des droits (dont la garantie dépend du type d'obligations consenties par les États) qui remettent en cause leur indivisibilité et leur universalité¹⁴⁹. Pour le réfugié, cette hiérarchie est d'autant moins valide que sa situation est souvent le fruit d'une violation de droits appartenant au « noyau dur » des droits dits de « première génération ». Pour lui, les droits de l'homme sont plus que jamais relatifs et contingents.

En revanche, est intéressante la question des *cas d'espèce* de l'applicabilité des droits de l'homme aux réfugiés, c'est-à-dire vis-à-vis de son État d'accueil. Nous intéressent ici l'interaction des normes internationales au moyen de laquelle il est permis d'entrevoir une consolidation du statut du réfugié, dès lors qu'il a franchi la frontière d'un État « occidental ».

La *Convention de Genève* reprend la classification des droits (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) dont peut jouir le réfugié, et établit une sub-catégorisation en fonction de sa situation juridique dans le pays d'accueil. En dehors du principe de non-refoulement, applicable à tous, les traitements des réfugiés oscillent entre les droits ordinairement accordés à « l'étranger en général », à ceux accordés aux nationaux, en passant par le traitement accordé à l'étranger dit le plus favorisé. Ces différents droits sont distribués en vertu de la situation du réfugié et diffèrent selon que le réfugié « se trouve régulièrement » sur le territoire, « réside régulièrement », ou se trouve « en situation irrégulière ». Une catégorie plus vaste, celle des réfugiés dans un sens global, réunit toutes les autres. En revanche, la catégorie « demandeur d'asile » est absente de la *Convention de 1951*, ce qui démontre que cette catégorie est une invention récente, qui n'était par ailleurs pas nécessaire.

Concrètement, l'importance des droits et des garanties qui les accompagnent est proportionnelle au lien qui lie le réfugié à l'État d'accueil. Nous aurons l'occasion de revenir en partie sur cette distribution des droits qui prend une tournure particulièrement

¹⁴⁹ Voir entre autres Christoph EBERHARD, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, Éditions des Écrivains, 2003, 398 p, et pour une approche plus synthétique Diana AYTON-SHENKER, « Droits de l'Homme et diversité culturelle », Publié par le Département de l'information des Nations Unies, mars 1995, DPI/1627/HR.

préoccupante lorsqu'interviennent les notions de « vrais » et « faux » réfugiés¹⁵⁰.

En adoptant une démarche chronologique, il est possible de mettre l'accent sur des droits de l'homme indiscutablement compatibles avec la situation de réfugié, avant et après la reconnaissance du statut. Si beaucoup de ces droits sont théoriquement applicables quelque soit la situation du réfugié vis-à-vis de son éventuel pays d'accueil, ils ont néanmoins une dimension différente selon que le statut est accordé ou non. Nous nous intéressons ici à l'application de certains droits lorsqu'ils ont un impact direct sur l'accès au statut. De l'arrivée du réfugié sur le pays d'accueil jusqu'à la détermination de son statut, celui-ci doit être protégé du refoulement et des entraves à sa liberté de circulation (englobant les enjeux du contrôle de la détention) **(I)**. Il doit pouvoir accéder à une procédure équitable **(II)**, et ne pas subir de discrimination dans l'accès au statut **(III)**. Du respect de ces droits dépendent directement les chances d'accéder au statut.

I) Non-refoulement et liberté de circulation.

Le plus important parce que plus urgent d'entre eux est celui relatif au non-refoulement **(A)**, mais la liberté de circulation, et plus particulièrement le contrôle de la détention sont également essentiels **(B)**.

A) Le principe de non-refoulement.

La protection contre le refoulement est explicite dans le droit international des réfugiés¹⁵¹, mais elle est également évoquée dans les instruments des droits de l'homme. De façon globale les droits de l'homme interdisent d'envoyer ou de renvoyer une personne vers un pays où elle serait exposée à un risque de torture¹⁵², de disparition forcée¹⁵³ ou d'exécution extrajudiciaire, sommaire et arbitraire¹⁵⁴. Ces trois normes ne permettent aucune dérogation à la protection

¹⁵⁰ Pour une analyse détaillée de la classification des droits des réfugiés établis par la *Convention de Genève* et plus particulièrement sur la détermination des termes « réfugié en général », « réfugié se trouvant régulièrement », « réfugié résidant régulièrement » et « réfugié en situation irrégulière », voir l'intégralité du chapitre 3 de James HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge University press, 2005, pp. 154-277.

¹⁵¹ Article 33 de la *Convention de 1951*, mais aussi article II(3) de la *Convention de l'OUA*, l'article 3 de la *Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial* de 1967, ainsi que plusieurs conclusions du Comité exécutif du HCR (conclusions n°° 30, 22 et 6).

¹⁵² Article 3 de la *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants*.

¹⁵³ Article 8 de la *Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou involontaires*, AGNU, Résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

¹⁵⁴ Principe 5 des *Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et*

contre le refoulement. En cas de refoulement, un réfugié pourrait invoquer l'article 3 de la *Convention contre la torture* si l'État y est partie, même s'il n'est pas partie à la *Convention de Genève* de 1951, ou s'il a posé une réserve portant sur le pays d'origine. Le principe de non-refoulement trouve ici des bases plus larges, et le droit international des droits de l'homme constitue un complément remarquable au droit des réfugiés. De plus, il contribue à donner à la persécution ce que la *Convention de Genève* ne donne pas : une définition.

Notons que l'article 33 de la *Convention de Genève* ne fournit pas de protection à un réfugié potentiel qui se voit empêcher de quitter son pays. L'intervention d'un État d'accueil qui empêcherait des réfugiés de quitter leur pays ou d'arriver sur son territoire, ou encore qui sous-traiterait ce type d'interventions, comme cela arrive¹⁵⁵, ne viole donc pas l'article 33 de la *Convention*¹⁵⁶.

Dans ces cas, seul l'article 12(2) « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien », du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* semble pouvoir s'appliquer. Un droit commenté comme suit par le *Comité des droits de l'homme* :

« La liberté de quitter le territoire d'un État ne peut être subordonnée à un but particulier ni à la durée que l'individu décide de passer en dehors du pays. Se trouvent donc visés le voyage à l'étranger aussi bien que le départ définitif de la personne qui souhaite émigrer. De même, cette garantie légale s'étend au droit de choisir l'État où l'individu souhaite se rendre. »¹⁵⁷

Conformément à une autre lecture du *Pacte* par le *Comité des droits de l'homme*, tout État empêchant la réalisation de ce droit doit être tenu responsable de sa violation, même s'il ne s'agit pas de l'État d'origine¹⁵⁸.

Le droit international des droits de l'homme vient ici en soutien aux discussions portant sur la signification même de la notion de non-refoulement, pour dire qu'empêcher de partir ou empêcher d'entrer doit être entendu comme un refoulement.

B) La liberté de circulation.

sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, adoptés par le Conseil économique et social dans sa résolution 1989/65 du 24 mai 1989, p. 221, §10.

¹⁵⁵ Voir Troisième partie, Titre 2.

¹⁵⁶ *R. (European Roma Rights Center and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2003], EWCA Civ 666 (Eng. CA, May 20, 2003), citée dans HATHAWAY J., *The Rights of Refugees under international law*, Cambridge University press, 2005, p. 308.

¹⁵⁷ *Comité des droits de l'homme*, « Observation générale n° 27: Liberté de circulation (art.12) », CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999.

¹⁵⁸ *Comité des droits de l'homme*, « Observation générale n° 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte ». Voir ECOSOC, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 mai 2004, p. 221, §10.

La liberté de circulation, dans un sens général, comprend pour le réfugié, le contrôle de la détention (1) et le droit de quitter son pays, d'y retourner, et de demeurer dans un pays (2).

1) Contrôle de la détention.

Il n'y a aucune référence expresse à la détention au sein de la *Convention de Genève* de 1951, mais l'article 31.2 évoque le principe de la « rétention » :

« Les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays.»

Les candidats réfugiés en attente d'une décision et les déboutés en attente d'éloignement ne sont théoriquement jamais « détenus », seulement « retenus », voire « maintenus ». Théoriquement, la « détention », au sens de la privation de liberté, est répressive et fait suite à une condamnation pénale, tandis que la « rétention », au sens de « maintien » aux frontières, est une logique préventive répondant à un objectif de sûreté. En pratique, le « maintien » des candidats réfugiés, ou la « rétention » des déboutés prennent la forme d'une « détention », tant en France¹⁵⁹ qu'au Canada¹⁶⁰. Et en dépit de la confusion sémantique que cela soulève en droit interne, nous évoquons à dessein le terme de « détention » des réfugiés.

À ce sujet, le droit international des droits de l'homme fournit plusieurs garanties relatives au contrôle judiciaire de la mise en détention, et aux conditions de mise en œuvre de cette dernière. Dans un premier temps, l'article 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* précise que la détention d'un individu ne peut être arbitraire, et ne peut être décidée que pour des motifs et selon une procédure prévus par la loi. L'individu doit en être informé, être traduit « dans le plus court délai » devant une autorité judiciaire¹⁶¹, et être jugé « dans un délai raisonnable ou libéré ». Toute personne détenue a le droit d'introduire un recours visant à statuer sur la légalité de la détention, et a le droit d'obtenir réparation en cas d'arrestation ou de détention illégale. Dans son rapport général sur l'article 9 du *Pacte*, le Comité des droits de l'homme précise en outre que le droit à la liberté et à la sécurité garanti par cet article doit

¹⁵⁹ En dépit de ce qu'en a dit le Conseil constitutionnel dans la décision du 5 février 1992 : l'étranger placé en zone d'attente n'est ni « détenu », ni « retenu », mais simplement « maintenu ». CC, 5 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée*, n° 92-307 DC., Rec. p. 48.

¹⁶⁰ En dépit de ce qu'en a dit la Cour suprême dans *Dehghani c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, en déclarant que la rétention à l'aéroport ne constitue *a priori* pas une détention puisque l'intéressé a toujours la liberté de quitter le Canada.

¹⁶¹ AGNU, Rés. n° 43/173, *Ensemble de principes pour la protection de toutes personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, 8 décembre 1988.

gouverner les mesures de contrôle de l'immigration des pays signataires¹⁶², et que la détention des demandeurs d'asile, si régulière soit-elle au plan interne, ne l'est pas automatiquement au regard du *Pacte*¹⁶³.

Quant aux conditions de la détention, elles sont également évoquées dans le *Pacte* à l'article 10, qui comporte deux éléments intéressant la situation des réfugiés. D'une manière générale (art 10.1) « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine », et de façon plus précise (art 10.2.a) « les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées ». Même si aucune mention expresse n'est faite, ni dans le droit des réfugiés ni dans les droits de l'homme, de la séparation des réfugiés d'avec les criminels de droit commun, la pratique réduisant ni plus ni moins les réfugiés à des « prévenus », il semble légitime de leur associer au minimum la protection dont bénéficient les « prévenus » en droit international.

2) Liberté de circulation.

La liberté de circulation est abordée dans la *Convention de Genève* de 1951, dont l'article 26 dispose que le réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire bénéficiera de la même liberté d'y circuler que celle dont disposent les étrangers en général. L'article 31 précise en outre que toute restriction à cette liberté doit être nécessaire. La liberté de se déplacer à l'intérieur d'un pays est inscrite à l'article 13(1) de la *Déclaration universelle des Droits de l'homme* avec la formulation suivante : « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État ». Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* restreint le champ d'application de cette liberté en précisant que « quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence » (article 12(1)). Le terme « légalement » induit une restriction que seuls les États ont capacité à délimiter par le biais de leur législation nationale. Le troisième paragraphe de l'article précise également que des restrictions peuvent être apportées dans le cadre de la sauvegarde de l'ordre public.

Notons encore une fois que les droits contenus dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* doivent être normalement garantis sans faire de distinction entre les

¹⁶² Comité des droits de l'homme, *Observation Générale n°8, Article 9*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

¹⁶³ Comité des droits de l'Homme, *Communication individuelle 560/1993/A c. Australie*, Constatations du 3 avril 1997.

nationaux et les étrangers.

La liberté de quitter un pays et d'y revenir est également reconnue par la *Déclaration universelle des Droits de l'homme* à l'article 13(2) : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Particulièrement importante pour les personnes qui se trouvent obligées de quitter leur pays, cette liberté est confirmée à l'article 12§2 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* : « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien », et à l'article 12§4 : « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Cette liberté est également rappelée à l'article 5 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*.

Ainsi, les réfugiés se voient définitivement reconnaître le droit de fuir, et le droit de revenir dans son pays. Mais la question du libre choix de leur destination n'est pas véritablement réglée par les instruments des droits de l'homme. Cependant, à travers la notion de transfert forcé, expressément interdit par ces instruments, il est possible de trouver une base encore plus large au principe de non-refoulement, et de donner une importance encore plus grande au caractère volontaire d'un éventuel rapatriement.

II) Le droit à une procédure équitable.

Lors de la détermination du statut de réfugié, le droit à une procédure équitable revêt également une importance fondamentale pour les candidats au statut. Ce droit n'est pas formellement abordé dans la *Convention de Genève* de 1951, qui ne donne aucune directive relative au processus de détermination du statut. Dans les instruments universels des droits de l'homme, il est également difficile de trouver une référence parfaitement compatible à la situation d'un réfugié, lors de la détermination de son statut.

Dans le cadre du contentieux de l'expulsion, le droit à une procédure équitable est garanti par un certain nombre d'instruments. Le réfugié doit toutefois se trouver « en situation régulière » sur le territoire du pays d'accueil, soit qu'il a déjà obtenu le statut, soit qu'il est admis officiellement à déposer sa demande.

Article 13 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*: « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...] ».

Article 22 (6) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* :

« L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Convention ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi. »

Article 12 (4) de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* :
« L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi »¹⁶⁴.

La *Convention européenne des droits de l'homme* comporte des dispositions plus intéressantes au sujet de la procédure de détermination du statut. Selon l'article 6,

« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Et selon l'article 13,

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Enfin, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, avec les enjeux et les promesses que nous avons évoqués plus haut, consacre le droit à un recours effectif et l'accès à un tribunal impartial pour « toute personne », à l'article 47.

Aucune restriction n'apparaît, qui justifierait l'exclusion du réfugié du champ d'application de ces dispositions, y compris le réfugié en situation irrégulière.

III) Le principe de non-discrimination.

Le principe de non-discrimination est confronté à l'obstacle majeur de la légitimation des différences légales entre les ressortissants et les non-ressortissants, lesquelles ne peuvent, au regard du principe de souveraineté des États, être véritablement remises en question. Tel qu'inscrit à l'article 3 de la *Convention de Genève* c'est-à-dire comme devant bénéficier au réfugié « en général », ce principe n'interdit la discrimination qu'entre réfugiés, mais pas la discrimination qu'un réfugié peut subir parce qu'il est réfugié. C'est encore une fois grâce aux instruments de droit international des droits de l'homme que le principe de non discrimination va être étoffé.

La *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* de 1948 énonce dans son article 2 :

¹⁶⁴ *Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), 27 juin 1981, entrée en vigueur 21 octobre 1986.

« 1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »

De façon plus précise, et plus exécutoire, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* donne une définition de la discrimination raciale, pose le principe d'une égalité absolue des droits des individus, quelle que soit leur couleur, origine ethnique, ascendance ou origine nationale. Cependant, l'article 1(2) précise que la

« Convention ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants. »

Ainsi, les réfugiés peuvent faire l'objet d'une discrimination en leur qualité d'étranger, mais ne doivent pas subir de discrimination en raison de leur race.

D'autres instruments viennent réduire les possibilités de discriminations entre étrangers et nationaux. C'est le cas, évidemment très spécifique, de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui, reprenant pour partie la formulation de la *DUDH*, interdit toutes les distinctions et exhorte les États parties à respecter les droits énoncés dans la *Convention* et à les garantir sans aucune distinction¹⁶⁵.

C'est surtout le cas des *Pactes de 1966* qui ont un impact non négligeable sur la limitation de toutes les formes de discrimination, qu'ils interdisent expressément entre étrangers et citoyens dans l'application des droits garantis par eux¹⁶⁶.

L'article 2.1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* exhorte les États à respecter et garantir les droits énoncés dans le *Pacte* « sans distinction aucune », « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence ». L'article 26 réaffirme le principe de non-discrimination tel qu'énoncé dans la *DUDH*. L'article 2.2 du *Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels* pose le même principe¹⁶⁷.

¹⁶⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, New York, 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, RTNU, Vol. 1577, p. 3.

¹⁶⁶ Principe précisé par le Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n°15, « Situation des étrangers au regard du Pacte (vingt-septième session, 1986) », Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

¹⁶⁷ Une seule exception est posée dans à l'art 2(3) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux*

Les articles 2 de chacun des *Pactes* peuvent ainsi combler la lacune laissée par la *Convention de Genève* de 1951 au regard de la discrimination entre réfugiés et non réfugiés. De fait, un droit mentionné à la fois par la *Convention de Genève* et par un des *Pactes*, devrait indistinctement être accordé au réfugié et au national. Un réfugié invoquant l'application du *Pacte* pourrait contester une différence de traitement même si elle est autorisée à son endroit par la *Convention de Genève*. Dans la même logique, un droit non prévu par la *Convention de Genève*, mais inscrit dans un des *Pactes* doit théoriquement être au bénéfice du réfugié autant qu'au national. Il revient alors au minimum aux États de se justifier de toute différence de traitement entre réfugiés et nationaux, ce que les *Pactes* concèdent exceptionnellement à condition que les restrictions apportées au principe de non discrimination ne soient pas « déraisonnables » (article 25). Cette obligation de justification n'existe pas dans la *Convention de Genève*, du fait même qu'elle entérine des différences de traitement.

Mais les rédacteurs de cette dernière ont pris soin de poser le principe de non-discrimination au regard des dispositions de la *Convention*, et de ne pas légiférer au-delà de ce texte en posant une interdiction générale de discrimination.

L'enjeu du principe de non-discrimination, puisqu'il est nuancé par les différences *a priori* insurmontables entre le citoyen et l'étranger, est donc, à l'égard des réfugiés, de ne pas priver les uns de certains droits et privilèges, alors que d'autres en bénéficient dans les mêmes circonstances. Notamment, serions-nous tentés d'insister, au regard de la reconnaissance du statut. Pourtant, cette procédure de reconnaissance n'étant pas légiférée par la *Convention de Genève*, toute inégalité de traitement entre les candidats au statut ne constitue pas une violation du principe de non-discrimination posé à l'article 3.

Selon Hathaway, si la coexistence de la *Convention de Genève* avec les autres instruments des droits de l'homme, notamment les *Pactes*, ne peut pas encore tout à fait assurer une égalité de traitements entre les réfugiés et les nationaux, les États parties à l'ensemble de ces instruments voient néanmoins élargir considérablement leur obligation de non-discrimination envers les réfugiés entre eux¹⁶⁸.

et culturels, vis-à-vis des pays en développement.

¹⁶⁸ James HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge University press, 2005, p. 260.

Conclusion chapitre 1 :

Identifier une cohérence normative internationale entre les droits de l'homme et le droit des réfugiés est une tâche relativement facile. Relever que les uns constituent un apport pour l'autre, également. Ce qu'il faut retenir de cette synthèse est le potentiel d'évolution que porte le droit international des droits de l'homme, ce qui le distingue d'ailleurs structurellement le plus du droit des réfugiés. Qualifier le réfugié à l'applicabilité des droits de l'homme, bien que son sort soit prévu par un instrument spécifique et que ses droits puissent être relégués au statut de droits catégoriels¹⁶⁹, c'est non seulement le protéger davantage, évidemment, mais cela a aussi une portée symbolique puisque le réfugié est « reclassé » au rang d'homme. Le droit international des droits de l'homme s'émancipe en effet des subtilités étatiques qui séparent les nationaux des autres. Il offre sa protection à « tous », « chacun », « toute personne ». Le droit constitutionnel impose certes des standards minimums aux États, mais comme ces derniers maîtrisent leur droit, ils peuvent « adapter » ces standards à la différence qu'ils souhaitent faire entre citoyens et étrangers¹⁷⁰. Le droit international des droits de l'homme en revanche, impose aux États des standards minimaux sans ouvrir la voie à de telles différences. Les valeurs du droit international renforcent donc forcément les valeurs constitutionnelles¹⁷¹.

C'est enfin promettre un soutien à la *Convention de Genève* qui, dès lors, est moins fragile, moins sensible aux agressions du temps. Grâce au renfort et à la mise à jour des droits de l'homme, l'instrument du droit des réfugiés ne doit plus redouter son éventuelle obsolescence.

Identifier les effets concrets de cette cohérence normative envers la protection du réfugié est maintenant ce qui nous intéresse.

Les principaux traités de droit international des droits de l'homme disposent d'un organe chargé de surveiller et contrôler son application, et dont la compétence va du « simple » établissement de rapports périodiques sur l'application du traité par les États parties, à la sanction de ses violations par la voie juridictionnelle. L'effectivité des traités s'en trouve

¹⁶⁹ Visant les groupes vulnérables, comme les étrangers, les femmes, les enfants, ou les handicapés. On oppose les droits catégoriels aux droits « structurels » qui regroupent en fait, sur fond d'indivisibilité, l'ensemble du contenu des *Pactes* de 1966. AIDH, « Exposé systématique des droits de l'homme », URL : http://www.aidh.org/uni/Formation/02Ens_indiv_f.htm (consultée le 21 août 2007).

¹⁷⁰ La décision *Suresh* de la Cour Suprême du Canada est symptomatique.

¹⁷¹ Gerald P. HECKMAN, « Securing procedural safeguards for asylum seekers in canadian law : an expanding role for international human rights law ? », *IJRL*, Vol. 15, n°2, 2003, pp. 212-253.

assurément davantage garantie, même lorsque l'autorité de l'organe de surveillance est symbolique. Pour les dispositions qui intéressent la protection des réfugiés, il est intéressant d'en voir les applications.

Il ressort que cette protection se réalise avant tout dans le mécanisme de la requête individuelle et nous allons voir que le réfugié n'est pas un justiciable de droit international comme les autres. Les enjeux portés devant les organes de contrôle *ad hoc*, que leur réponse soit d'ordre consultatif ou juridictionnel, relèvent principalement de la protection contre le refoulement. En matière de contentieux, le réfugié ne s'aventure généralement pas au-delà de ce qui a été universellement reconnu comme « noyau dur » des droits de l'homme.

Chapitre 2 - L'accession du réfugié à la requête individuelle sur la scène internationale.

Les « organes de surveillance » ou « organes de suivi » des traités sont des comités d'experts composés de personnalités indépendantes choisies par les États parties au traité. Pour faire vérifier l'application des dispositions des traités, ils disposent généralement des rapports déposés régulièrement par les États parties, et des plaintes d'États ou de particuliers. La *Convention contre la torture* et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* prévoient en plus la faculté de faire procéder à des enquêtes.

Il existe actuellement au sein du système onusien sept organes de suivi des traités : le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité contre la torture, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'enfant, et le Comité des travailleurs migrants.

Nous avons déjà pu entrevoir le rôle du Comité des droits de l'homme, organe de surveillance du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont les « observations générales » ont contribué à préciser l'applicabilité du *Pacte* aux réfugiés, notamment et non des moindres, en considérant que le *Pacte* est applicable à tout individu qui se trouve sur le territoire d'un État signataire¹⁷². Lors de l'examen des rapports étatiques (article 40), il exprime aussi ses « préoccupations » sur la façon dont les États parties appliquent (n'appliquent pas) le *Pacte* envers les réfugiés. Sur le plan de l'applicabilité géographique du *Pacte*, il s'est par exemple ému de la pratique américaine de ne pas respecter l'extraterritorialité du *Pacte* envers les réfugiés haïtiens refoulés en mer, de la pratique israélienne dans les territoires occupés ou encore de la pratique iraquienne lors de l'occupation du Koweït en 1990-1991¹⁷³.

¹⁷² Comité des droits de l'homme, *Kindler v. Canada*, Communication n° 470/1991, Views adopted on 30 July 1993 (1993), 14 *H.R.L.J.* 307, cité dans J. HATHAWAY and A. NEVE, « Fundamental justice and the deflection », *Osgoode Hall Law Journal*, vol 34, n° 2, 1996, p. 226. Ainsi que Santhosh PERSAUD, « Protecting refugees and asylum seekers under the International Covenant on Civil and Political Rights », UNHCR, Research paper n° 132, novembre 2006.

¹⁷³ Comments of the Human Rights Committee, 53rd session, USA, at its 1413rd meeting held on 6 April 1995, cité dans GORLICK, « Human Rights and refugees: enhancing protection through international human rights

Pour autant, il n'est pas l'organe de surveillance des Nations Unies le plus « efficace » envers les réfugiés. Dans le même type d'observation, évoquons très rapidement - parce qu'elle n'était pas un organe de surveillance d'un traité spécifique, mais contribuait à l'élaboration des normes internationales relatives aux droits de l'homme – la Commission des Droits de l'Homme, dont le travail de fond avait une certaine valeur, notamment par ses réflexions et dénonciations des violations des droits de l'homme qui sont la cause des déplacements forcés¹⁷⁴, mais dont l'impact sur la situation concrète des réfugiés manquait d'autorité. Elle n'abordait que trop rarement la situation spécifique des réfugiés ni n'agissait beaucoup sur les cas individuels. Même la fameuse procédure 1503, en dépit d'être applicable à la protection des réfugiés, était beaucoup trop confidentielle et ne fut pas très concluante¹⁷⁵. Il n'y a d'ailleurs manifestement pas qu'envers les réfugiés que la Commission n'a pas été convaincante puisqu'après 60 ans d'existence, elle a été supprimée en mars 2006, et remplacée par le Conseil des droits de l'homme¹⁷⁶. Ce dernier hérite des missions de la Commission et doit également combler ses lacunes, c'est-à-dire principalement sa politisation¹⁷⁷. La principale plus-value du Conseil consiste à la mise en place d'un mécanisme d'« examen périodique universel », de tous les pays et selon un traitement identique, au regard des droits de l'homme.

Nous rejoignons les observateurs qui ne considèrent pas ces interventions comme vides et inutiles, mais comme l'énoncé de limites et de cadres pour les États parties, et au moins comme une contribution au développement progressif du droit international¹⁷⁸. Mais finalement, ce sont les organes ayant compétence pour recevoir des requêtes individuelles qui nous intéressent le plus. Si énoncer des cadres légaux globalisants est une démarche de longue haleine indispensable, dénoncer précisément des attitudes étatiques, dans des situations précises, et « faire jurisprudence », démontre d'une influence bien plus forte.

law », UNHCR Working paper n° 30, octobre 2000, aux notes 45 et 46.

¹⁷⁴ Résolution de la Commission des droits de l'homme E/CN.4/RES/1996/51, « Droits de l'homme et exodes massifs », qui a notamment encouragé les États qui ne l'étaient pas à devenir parties à la *Convention de 1951*.

¹⁷⁵ Voir « La procédure 1503 révisée », à l'adresse http://www.unhcr.ch/french/html/menu2/8/1503_fr.htm (consultée le 29 août 2006). Et B. GORLICK « Human Rights and refugees: enhancing protection through international human rights law », UNHCR Working paper n° 30, octobre 2000, p. 25.

¹⁷⁶ AGNU, Rés. n° 60/251, *Conseil des droits de l'homme*, 15 mars 2006.

¹⁷⁷ Pour une critique de la Commission, voir Emmanuel DECAUX (dir.), *Les Nations unies et les droits de l'homme enjeux et défis d'une réforme*, Actes de colloque, Pedone, septembre 2006, 348 p. Pour une critique de la réforme, voir Emmanuel DECAUX, « Le progrès des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier - décembre 2006 et Emmanuel DECAUX « De la « Commission » au « Conseil » des droits de l'homme, Un nom pour un autre ? » *Droits fondamentaux*, n° 5, janvier - décembre 2005.

¹⁷⁸ Brian GORLICK, « Human Rights and refugees: enhancing protection through international human rights law », UNHCR Working paper n° 30, octobre 2000, à la note 46.

Nous allons voir, à travers l'exemple du Comité contre la torture, que l'impact des décisions des organes, lorsqu'ils en ont la compétence, même facultative, est bien réel sur le comportement des États, en l'occurrence ici, le Canada (**Section 1**). Puis nous verrons, à travers le cas français, l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme, organe de contrôle de la *Convention européenne des droits de l'homme*, dont l'activité juridictionnelle présente, en l'état du droit international, le contrôle d'un traité le plus abouti (**Section 2**). Nous employons par abus de langage et souci de concision les expressions « recours facultatif » et « recours obligatoire », mais ce sont bien sûr les compétences des juridictions qui sont facultatives ou obligatoires. Pas les recours.

Section 1 : Portée d'un recours facultatif - L'exemple du Comité contre la torture.

De tous les organes de surveillance des traités, le Comité contre la torture a été jusqu'à présent le plus actif sur le développement d'une jurisprudence relative aux réfugiés. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de l'étudier plus en détail en présentant tout d'abord les enjeux de la requête individuelle auprès de cet organisme (**I**), et la réception concrète par le Canada de la jurisprudence du Comité (**II**).

I) Les enjeux de la requête individuelle pour un réfugié.

Sur reconnaissance expresse de compétence du Comité par un État partie, la requête individuelle est autorisée par l'article 22 de la *Convention*, aux particuliers qui prétendent être victimes d'une violation des dispositions de la *Convention* par cet État partie.

Ces communications doivent répondre à certaines conditions de recevabilité, dont le Comité s'assure à l'appui de divers critères, dont le traditionnel épuisement des voies de recours internes. Concernant l'examen sur le fond, relevons surtout que le Comité peut décider de mesures provisoires et demander à l'État concerné de « prendre des mesures pour éviter que la victime présumée de la violation ne subisse un préjudice irréparable ». Il s'agit d'une protection préventive à toute conclusion du Comité sur le fond, et qui ne préjuge en aucun cas de sa décision finale.

L'activité du Comité contre la torture est en pleine expansion. Une comparaison des chiffres collectés entre 2004 et 2007 montre une très nette progression des ratifications de la *Convention* et de l'activité du Comité¹⁷⁹.

	Avril 2004	Novembre 2007
Nombres d'États Parties à la Convention	128	145
Nombre d'États ayant reconnu la compétence du Comité sur la base de l'article 22	56	61
Nombres de communications présentées au Comité	242	332
Nombre de cas jugés recevables par le Comité	46	100
Nombre de violations constatées	25	45

Il est intéressant de noter que quatre États seulement se partagent près de 73% des communications individuelles portées contre eux devant le Comité. Il s'agit, et pour eux aussi la progression est frappante, de la Suède (52 en 2004, 85 en 2007), la Suisse (44 en 2004, 62 en 2007), le Canada (36 en 2004, 57 en 2007), et la France (29 en 2004, 32 en 2007). Notons que ces chiffres ne désignent pas tant la forte propension de ces États à violer la *Convention*, que la faculté de leurs ressortissants (ou personnes relevant de leur juridiction) à accéder aux mécanismes de protection des droits fondamentaux.

La pertinence d'une surveillance de la mise en application de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* vis-à-vis des réfugiés se trouve dans la conjugaison des articles 3 – « Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. » et 22. En mai 1996, le Comité a décidé de créer un groupe de travail chargé d'examiner la question relative à l'application de l'article 3, dans le contexte de l'article 22. En effet, la plupart des communications reçues concernaient des personnes visées par une mesure d'extradition, de retour ou d'expulsion, qui risquait de soumettre les

¹⁷⁹ États des ratifications et réserves de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies*, au 15 novembre 2007. Et Haut-Commissariat des Nations-Unies aux Droits de l'Homme, *Etude statistique des plaintes individuelles reçues par le Comité contre la torture en vertu de la procédure mis en place par l'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, mise à jour au 23 novembre 2007.

personnes à la torture si elle était exécutée¹⁸⁰. Le Comité a ainsi adopté une « Observation générale » sur cette question¹⁸¹, visant à guider les États parties et les auteurs de communications.

À la lecture de cette observation, il semble que le Comité ait eu la volonté d'en cadrer très précisément la portée. Ainsi, l'article 3 ne doit être invoqué et appliqué que dans les « cas où l'on a des motifs sérieux de croire que la personne concernée pourrait être soumise à la torture selon la définition du terme donnée dans l'article 1 de la Convention », le critère relatif à « un ensemble de violations systématiques des droits de l'Homme graves, massives ou flagrantes » désigne seulement les violations perpétrées par un agent d'une administration publique ou une autre personne qui exerce des fonctions officielles, ou à l'instigation de ces agents, ou avec leur consentement exprès ou tacite. D'autre part, la charge de la preuve incombe à l'auteur qui doit « établir qu'à première vue sa communication est recevable au titre de l'article 22 de la Convention ». De même, pour l'examen sur le fond, c'est encore une fois à l'auteur de « présenter des arguments défendables. En d'autres termes, sa position doit être étayée par des faits suffisamment solides pour qu'une réponse de l'État partie soit nécessaire ». L'existence du risque évoqué à l'article 3 ne doit pas être appréciée selon des éléments qui se limitent « à de simples supputations ou soupçons ». Enfin, l'auteur doit également prouver que les motifs de croire que le risque existe sont sérieux, et « que le risque est encouru personnellement et actuellement ». Pour autant, si le risque encouru doit être « sérieux », il n'a pas à être « hautement probable », qui est un degré d'exigence supérieur. À l'appui de ce principe, le Comité a établi une liste non exhaustive des éléments pouvant induire que le risque est sérieux.

D'un autre côté, le Comité a prévu de consolider le champ d'application de l'article 3 en tenant compte du phénomène de refoulement par ricochet.

L'article 3 de la *Convention contre la torture* est, nous l'avons vu, le pendant de l'article 33 de la *Convention de Genève*, mais contrairement à ce dernier, ne comporte aucune clause de dérogation ou d'exclusion. La jurisprudence du Comité contre la torture, bien qu'assez jeune (1994) a pris un tel essor qu'elle est devenue une protection juridique véritablement

¹⁸⁰« Torture ; Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », Le système des droits humains à l'ONU, Bilan 1998, (Extraits) URL : <http://www.hri.ca/fortherecord1998/bilan1998/vol1/torture.htm> (consultée le 29 août 2006).

¹⁸¹ Observation générale du Comité contre la torture sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture, 27 novembre 1997. CAT Observation générale n° 1. (General Comments n°1), Figurant dans le document A/53/44, annexe IX.

complémentaire au régime du réfugié¹⁸².

L'enjeu le capital de la requête individuelle auprès du Comité est, pour le candidat débouté de sa demande d'asile, de ne pas être renvoyé vers son pays d'origine, ou vers un État où n'existent pas les garanties nécessaires contre une expulsion subséquente vers un pays où il serait exposé à des risques de tortures ou de traitements inhumains et dégradants. Le Comité, conformément à son programme, contribue à renforcer encore davantage le principe de non-refoulement en parant à la possibilité d'un refoulement par ricochet, et propose une solution alternative au rejet du statut de réfugié. La première décision du Comité ayant posé ces principes fut l'affaire *Balabou Mtomba c. Suisse* en 1994. Elle a contraint la Suisse à ne pas renvoyer le réfugié débouté, et à lui offrir un droit au séjour temporaire¹⁸³.

Il est difficile de ne pas voir en une telle décision, un désaveu des autorités nationales de détermination du statut de réfugié. Là, où ces dernières n'ont pas reconnu de risque de persécution, le Comité contre la torture, dont les standards et les exigences de preuves sont plus stricts, conclut lui à un risque de torture.

Nous allons voir que le Canada a subi le même revers.

II) Le Canada à l'épreuve du Comité contre la torture.

Peu de temps après cette première décision, le Canada fut à son tour épinglé. Dans l'affaire *Khan*, un réfugié Cachemiri qui n'avait pas été reconnu comme tel par les autorités de détermination du statut, ni comme pouvant bénéficier d'une autorisation de séjour pour « raisons humanitaires », faisait l'objet d'une mesure d'expulsion du territoire. Il a argué la violation par le Canada, de l'article 3 de la *Convention contre la torture* pour saisir le Comité contre la torture. Le requérant a été selon le Comité, en mesure d'apporter les preuves documentaires établissant l'existence de tortures systématiques au Pakistan envers certains mouvements politiques, les preuves établissant l'appartenance du requérant à l'un de ces mouvements, et les preuves médicales qu'il avait déjà subi des actes de torture, a conduit le Comité à reconnaître un risque de torture en cas de retour, donc une violation de l'article 3 de la *Convention contre la torture* par le Canada¹⁸⁴.

Point de départ d'un dialogue tournant au rapport de force entre le Canada et le Comité

¹⁸² Brian GORLICK, « The Convention and the Committee Against Torture: A complimentary Protection Regime for Refugees », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, 1999, pp. 479-486

¹⁸³ Communication n°13/1993, décision du 27 avril 1994, Affaire *Balabou Mtomba c. Suisse*, *IJRL*, 1995, p. 322 et pp. 504-506, observations B. GORLICK.

¹⁸⁴ Communication n° 15/1994, décision du 18 novembre 1994, Affaire *M. Tahir Hussain Khan c. Canada*, CAT/C/13/D/15/1994.

contre la torture, cette décision a donné au premier la chance de prendre acte des propos du second (A), mais aussi l'occasion d'y résister (B).

A) Les réponses du Canada.

Le premier effet notoire de cette décision du Comité fut que le Canada a renoncé à renvoyer le demandeur. Mais très vite, cette décision a eu des effets juridiques dépassant le problème de la sécurité immédiate du demandeur. En mars 1995, le Gouvernement du Canada demandait au Comité de revoir sa position, adoptée dans la décision de novembre 1994, sur les questions de compétence, des normes en matière de preuve et de la relation entre l'article 3 de la *Convention contre la torture* et la *Convention de 1951*. Le Comité n'a pas accédé à cette requête et le Gouvernement du Canada dut réexaminer la procédure suivie par les autorités d'immigration de façon à prendre en considération les preuves des risques liés au retour dès les premières étapes de la procédure, notamment bien sûr, au regard de la torture ou des traitements cruels ou inhumains¹⁸⁵.

Parallèlement à ce travail de reformulation de la procédure, il semble que la jurisprudence canadienne ait timidement pris acte de la décision du Comité, tout en se réservant des portes de sorties. Dans l'arrêt *Suresh*¹⁸⁶, la Cour Suprême a statué que face à des motifs de croire que l'expulsion d'un réfugié l'exposera à un risque sérieux de torture, il ne peut être renvoyé dans son pays d'origine. La Cour a pour cela fait référence aux « conclusions et recommandations du Comité »¹⁸⁷ et a conclu que le « droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture ». Mais elle a soigneusement évité d'évoquer la communication *Khan*. Nous allons très vite voir qu'il ne s'agit pas de la seule précaution prise par la Cour Suprême en la matière.

Outre le « camouflet » subi par la décision *Khan* du Comité contre la torture, le Canada a dans cette même période, reçu les « conclusions et recommandations » (celles qui furent citées dans l'arrêt *Suresh* et qui concernaient le troisième rapport périodique présenté par le Canada avec trois ans de retard), dans lesquelles le Comité se « préoccupait » d'un certain nombre de pratiques contraires à la *Convention contre la torture* et particulièrement au caractère absolu du droit garanti par l'article 3. Il s'agissait, pour les mesures relatives aux

¹⁸⁵ Comité contre la torture, « Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 19 de la convention », Additif, Canada, 31 mai 2000, CAT/C/34/Add.13. §§ 61-62.

¹⁸⁶ *Suresh c. Canada* (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.

¹⁸⁷ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 22 novembre 2000. CAT/C/XXV/Concl.4. § 75.

réfugiés, d'allégations concernant « le recours à une force excessive et l'administration de substances sédatives pour expulser les déboutés du droit d'asile », du fait que

« toute personne réputée être un criminel endurci ou dangereuse pour la sécurité peut être renvoyée dans un autre État même s'il y a des raisons sérieuses de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » ;

et enfin du fait que

« l'évaluation du risque pour la société soit entreprise sans entretien ni transparence avant la procédure de détermination du statut de réfugié et que si une personne est réputée faire peser une menace pour la sécurité, elle ne peut prétendre à ce que son cas soit examiné en profondeur dans le cadre de la procédure normale de détermination du statut de réfugié »,

le Comité ajoutant « qu'actuellement l'appréciation du risque pour la sécurité et de l'existence de motifs d'ordre humanitaire relève du même organisme gouvernemental », il s'inquiétait de

« l'absence présumée d'indépendance des décideurs, ainsi que par la possibilité d'expulser une personne même lorsqu'une demande de révision de son cas pour des motifs d'ordre humanitaire est en cours d'examen, ce qui peut constituer des obstacles à exercer des recours visant à protéger les droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention ».

La nouvelle loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la *LIPR*, est entrée en vigueur le 28 juin 2002. La *LIPR* a été notamment adoptée afin « de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés » (art. 3. 2. b) et « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (art. 3. 3. f). De fait, la loi renvoie expressément à l'article de la *Convention contre la torture* (art. 97.a), et crée la nouvelle catégorie des « personnes à protéger », bénéficiant du régime de protection des réfugiés.

Cette succession d'évènements jurisprudentiels, déclaratifs et normatifs est une excellente illustration qu'il existe véritablement un dialogue entre le droit interne et le droit international, et sur une pluralité de niveaux. Bien que non formulé de façon parfaitement limpide, il est difficile de ne pas voir un lien, si ténu soit-il, entre les reproches formulés par le Comité contre la torture envers le traitement des réfugiés par le Canada, et l'intégration dans la loi nationale, des principes contenus dans la *Convention contre la torture vis-à-vis des réfugiés*.

Le cinquième rapport périodique que le Canada a adressé au Comité contre la torture fait d'ailleurs état de son souci de prendre

« ses obligations internationales très au sérieux en ce qui concerne la protection des personnes susceptibles d'être victimes de persécution, de torture et d'autres peines ou traitements cruels et inusités »,

et insiste sur les mesures prises en droit interne avec la création de la *LIPR* en vertu de laquelle « le risque de torture est reconnu comme l'un des motifs justifiant la protection des réfugiés »¹⁸⁸.

Au plan interne, le dialogue est ainsi engagé. L'article 97.a de la *LIPR*, en mentionnant expressément un traité international, propose aux tribunaux canadiens de nouveaux défis relatifs à l'interprétation de cette disposition, et les replacent dans la perspective globale des rapports d'interprétation entre le droit interne et le droit international¹⁸⁹.

Ainsi, le dialogue entre le droit interne et le droit international a conduit à ce qu'une disposition de droit international des droits de l'homme particulièrement protectrice envers les réfugiés devienne une règle interne, qui sera par vocation amenée à être particulièrement effective.

B) Les résistances du Canada.

Subsistent pourtant de nombreux voiles, quelques bémols à cette « victoire » du droit international, et de nombreuses raisons pour le Comité contre la torture d'être inquiet et de maintenir sa vigilance. Premièrement parce que le droit interne canadien porte des failles et des exceptions encore totalement contraires à la *Convention contre la torture* (1), et ensuite parce que le Canada se rebiffe contre l'autorité des communications du Comité (2).

1) Failles et exceptions maintenues dans le droit interne canadien.

Parmi les sujets d'inquiétude légitime pour le Comité contre la torture, les failles relatives à la détermination du statut de réfugié et les exceptions au principe de l'article 3 de la *Convention contre la torture* contenues dans la *LIPR* (a) s'ajoutent à la menace des « circonstances exceptionnelles » inscrites dans la *Charte* (b).

a) Les failles et exceptions contenues dans la *LIPR*.

À l'occasion de l'affaire *Falcon Rios*, Canada n'a pas retenu toutes les leçons du cas

¹⁸⁸ Comité contre la torture, Cinquième rapport périodique que les États parties devaient présenter en 2004, *Canada*, 4 novembre 2004, AT/C/81/Add.3

¹⁸⁹ Défis soulevés et détaillés par Nicole LaVIOLETTE, « La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture », *Revue Générale de Droit*, Vol. 34, 2004, pp. 587-610. Et CISR, Services juridiques, « Regroupement des motifs de protection dans la *Loi sur l'Immigration et la Protection des Réfugiés, Personnes à protéger – Risque de torture* », 15 mai 2002.

Khan, puisqu'en décembre 2004, dans des circonstances similaires, un mexicain débouté de sa demande de statut de réfugié, portait une requête devant le Comité contre la torture. Les faits et preuves présentés ont conduit le Comité à conclure à nouveau à une violation de l'article 3 de la *Convention* par le Canada, mais aussi à évoquer certaines faiblesses du système de détermination du statut de réfugié canadien¹⁹⁰. À été ainsi dénoncé par le Comité, le manque d'indépendance des fonctionnaires chargés d'examiner la « dispense ministérielle pour raison d'ordre humanitaire », le fait que ce « recours » manque de base légale et constitue davantage une faveur, et plus grave encore, le fait que la personne puisse être expulsée pendant l'examen dudit recours. À été également dénoncée la procédure appliquée lorsqu'une personne présente une nouvelle demande d'asile après rejet de la première par la Section de protection des réfugiés, et qui consiste à ne prendre en considération que les nouveaux éléments de preuve éventuels. Pour le Comité, cette procédure ne satisfait pas à la définition d'un recours utile.

Un autre sujet d'inquiétude réside dans le fait que la *LIPR* (art. 98) accompagne la reconnaissance du statut de personne à protéger, des clauses d'exclusion et de cessation prévues par la *Convention de Genève*, ruinant ainsi en grande partie l'esprit et la portée de l'article 3 de la *Convention contre la torture*, ce dont le Comité s'est évidemment ému en relevant comme « sujet de préoccupation » :

« L'exclusion globale, en vertu de la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés de 2002 (art. 97), du bénéfice du statut de réfugié ou de la qualité de personne à protéger, des personnes tombant sous le coup des exceptions liées à la sécurité énoncées dans la Convention relative au statut des réfugiés et ses protocoles; ces personnes n'ont de ce fait pas droit à une audience devant la Section de la protection des réfugiés ni devant la Section d'appel des réfugiés pour faire examiner leur demande au fond ».¹⁹¹

Enfin, la dynamique sécuritaire qui exclut expressément certains individus du principe de non-refoulement, y compris vers un pays où ils sont confrontés à un risque de torture ou des traitements inhumains et dégradants¹⁹², fait avec la mesure précédente, l'objet d'une recommandation du Comité visant à sa suppression¹⁹³.

b) Les « circonstances exceptionnelles » de la Charte.

¹⁹⁰ Comité contre la torture, *Falcon Rios c. Canada*, Communication n° 133/1999, 17 décembre 2004, CAT/C/33/D/133/1999

¹⁹¹ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 7 juillet 2005, CAT/C/CR/34/CAN.

¹⁹² L'article 115 §2 de la *LIPR* pose des exceptions au principe de non-refoulement.

¹⁹³ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 07 juillet 2005, CAT/C/CR/34/CAN.

Dès l'affaire *Suresh* en 2002, la Cour Suprême du Canada a rendu une décision conforme à la communication du comité contre la torture, tout en prenant soin de marquer une distance avec lui. Nous exposons ici les moyens invoqués par la Cour pour sortir de l'« emprise » du droit international.

L'une des portes de sortie fut de préciser au préalable qu'« à proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi »¹⁹⁴, et de faire essentiellement reposer la décision sur l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui proscriit les traitements ou peines cruels et inusités. L'autre porte de sortie fut de ne pas exclure « la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée »¹⁹⁵.

La référence aux « circonstances exceptionnelles », tirée de l'interprétation de l'article 1 de la *Charte*¹⁹⁶, de la tradition canadienne de retenue judiciaire vis-à-vis du parlement, et des attentats du 11 septembre¹⁹⁷, constitue la menace la plus sérieuse à l'égard de la protection des droits fondamentaux. Tous peuvent s'effacer devant elles. La sécurité nationale et les intérêts sociétaux priment sur la préservation des droits fondamentaux des non-citoyens.

Certains, et nous reviendrons sur cet aspect des choses, avancent

« l'hypothèse que cette insolite affirmation n'est pas étrangère à une situation inédite. L'audition de la cause eut lieu quelques mois *avant* les attentats terroristes du 11 septembre 2001; le jugement fut rendu *après*, soit en janvier 2002. Les juges ont forcément délibéré dans un contexte trouble ».¹⁹⁸

Le Comité contre la torture n'a pas manqué d'exprimer son inquiétude sur le fait que

« dans l'affaire *Suresh c. Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, la Cour Suprême du Canada n'a pas reconnu en droit interne le caractère absolu de la protection conférée par l'article 3 de la Convention, qui n'est susceptible d'aucune exception, quelle qu'elle soit ».¹⁹⁹

Pour certains juristes, ce n'est pas l'arrêt *Suresh* en soi qui est dangereux, mais son interprétation subséquente. Intervenu sous l'ancienne législation, il a ouvert une voie très

¹⁹⁴ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 22 novembre 2000. CAT/C/XXV/Concl.4 § 60.

¹⁹⁵ *Suresh c. Canada* (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, § 78.

¹⁹⁶ « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

¹⁹⁷ Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes de droit international », *RUDH*, 2004, pp. 49-56.

¹⁹⁸ Jean-C. HEBERT, « La torture : le tourment du Canada », *Le Journal du Barreau*, Vol. 37, 1er juillet 2005.

¹⁹⁹ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 07 juillet 2005, CAT/C/CR/34/CAN.

nuisible aux droits fondamentaux des non-citoyens. Une voie qui aurait dû se fermer sitôt la nouvelle loi adoptée, puisque l'obligation expresse de se conformer à la *Charte* et aux instruments internationaux dont le Canada est signataire y est inscrite. Mais le gouvernement canadien a continué d'exécuter des renvois en contradiction avec la *Convention contre la torture*, et en se basant précisément sur l'arrêt *Suresh*²⁰⁰. Nous allons voir que l'intervention du Comité contre la torture dans ce type de situation tend à être bravée par le Canada.

2) Défi de l'autorité du Comité contre la torture.

En 1997 le Canada a déporté un requérant vers l'Inde, alors que le Comité contre la torture avait demandé la suspension de la mesure d'expulsion, le temps d'étudier son dossier²⁰¹. La même année, les mêmes faits se produisaient dans l'affaire *L.O. c. Canada*²⁰². Une attitude largement dénoncée par le Comité²⁰³, et mettant à mal la base même du principe évoqué à l'article 3 de la *Convention contre la torture*, même si en l'occurrence, le Comité aboutissait pour les deux affaires à la non-recevabilité de la requête, ce à quoi le Canada avait pris la liberté de conclure avant lui. Mais comme cela fut soulevé, vu le caractère irréversible du dommage lorsque le risque de mauvais traitement se concrétise, la systématisation d'une telle pratique est particulièrement inquiétante²⁰⁴.

En 2006, avec la retentissante affaire *Dadar*, le Canada franchit une étape de plus en renvoyant un individu vers l'Iran, alors que le Comité avait cette fois conclu au risque de torture. Un iranien reconnu réfugié au Canada avait fait l'objet d'un avis de danger par le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, suite à sa condamnation pour « voies de fait graves ». Le requérant avait été reconnu réfugié dix-sept ans auparavant, sur la base de son appartenance à l'opposition à l'ayatollah Khomeyni, de diverses arrestations, et de tortures avérées. Il arguait du risque encore présent de torture en cas de retour en Iran. Le ministre s'était appuyé sur la jurisprudence *Suresh* pour justifier le maintien de l'avis de danger et la mesure de renvoi subséquente:

²⁰⁰ Johanne DOYON, « Enjeux et problématiques soulevés par la LIPR en matière de sécurité », Congrès du Barreau 2005, 15 p.

²⁰¹ Comité contre la torture, *Tejinder Singh c. Canada*, Communication n° 99/1997 : Canada, 4 septembre 2000, CAT/C/24/D/99/1997.

²⁰² Comité contre la torture, *L.O. c. Canada*, Communication, n°95/1997, CAT/C/24/D/95/1997.

²⁰³ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 22 novembre 2000, CAT/C/XXV/Concl 4.

²⁰⁴ François CRÉPEAU, « Les obligations internationales d'un Québec souverain en matière d'immigration », Complément au rapport du 2 décembre 1991 du professeur François CRÉPEAU à la commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, 17 décembre 2001, Vol. 1, pp. 115-190.

« Au cas où je ferais erreur et où M. D. serait effectivement soumis à la torture ou à des traitements ou à des peines cruelles et inusitées ou serait exécuté, je me fonde sur les principes dégagés par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*. Dans cette affaire, la Cour Suprême avait relevé: (...) « Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, l'expulsion de quelqu'un qui risque la torture puisse être justifiée. »²⁰⁵

Cet avis ministériel a été confirmé par la Cour Fédérale lors d'un contrôle judiciaire, et le requérant s'est alors adressé au Comité contre la torture, qui a conclu à un risque de torture en cas de renvoi vers l'Iran. Pour la première fois, le Canada a été à l'encontre d'une décision du Comité, et a exécuté la mesure de renvoi. Les « circonstances exceptionnelles » ont été plus fortes que le risque encouru par l'individu concerné, et plus fortes que l'avis du Comité, qui a connu son premier désaveu²⁰⁶.

Ce développement consacré aux tourments que provoque le Canada au Comité contre la torture ne doit pas masquer que les autres États, au premier rang desquels la France, ne sont pas en reste pour procurer au Comité, des « sujets de préoccupation ». Mais pour cette dernière, nous avons choisi d'étudier plus en détail l'approche offerte par la *Convention européenne des droits de l'homme*, et sa juridiction.

Section 2 : Portée d'un recours obligatoire - L'exemple de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a été instituée en 1950 par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle est depuis 1998, date à laquelle le *Protocole n°11 de la Convention* est entré en vigueur, l'organe juridictionnel unique et permanent chargé de contrôler et garantir les droits énoncés dans la *Convention*.

À l'instar de toutes les juridictions internationales ouvrant un droit de requête individuelle, celle-ci doit être introduite après épuisement des voies de recours internes (art. 35), dans un délai maximum de six mois²⁰⁷.

²⁰⁵ Comité contre la torture, *M. Mostafa Dada c. Canada*, 5 décembre 2005, Communication n° 258/2004, U.N. Doc. CAT/C/35/D/258/2004. § 2.14.

²⁰⁶ *Rapport du Comité contre la torture*, Trente-cinquième session (14-25 novembre 2005), Trente-sixième session (1^{er}-19 mai 2006), Assemblée générale, Documents officiels, Soixante et unième session, Supplément n° 44 (A/61/44), p. 112. Au 1^{er} janvier 2008, nous n'avions pas de nouvelles de M. Dadar.

²⁰⁷ Pour une description approfondie de l'organisation et du fonctionnement de la Cour, ainsi que de la procédure, voir « Convention européenne des droits de l'homme », *DPDE*, pp. 463-486.

Conformément à la référence d'application de la *Convention*, qui tient au critère de justiciabilité, et non de nationalité²⁰⁸, la Cour a reconnu l'applicabilité de la *Convention* à toute personne physiquement présente sur le territoire des pays signataires²⁰⁹. De fait, un réfugié se trouvant sur le territoire d'un État contractant est un justiciable dont la requête est sur ce point recevable. La *Convention* ne comporte pas de mesures relatives aux droits des étrangers en tant que tels, encore moins, pour les réfugiés, de mesures relatives à un droit d'asile. C'est la jurisprudence dynamique de la Commission et de la Cour qui a défini les normes dont jouissent les étrangers, et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, les réfugiés demandeurs d'asile. Un auteur parle d'application d'un statut d'immigration et/ou d'un droit d'asile par « effraction » et par ricochet²¹⁰.

À travers une interprétation jurisprudentielle très comparable à celui du Comité contre la torture, la Commission et la Cour ont fait de l'article 3 de la *Convention*, prohibant la torture ou toute peine ou traitement inhumains et dégradants, un axe clé de la protection des réfugiés et ont contribué à consolider le principe de non-refoulement inscrit dans la *Convention de Genève (I)*. De la même façon, la protection de certains autres droits fondamentaux a contribué à consolider la protection des réfugiés et a pu condamner, directement ou non, des pratiques nationales relatives au droit des réfugiés **(II)**.

I) CEDH, interdiction de la torture et réfugié : l'élargissement du principe de non-refoulement.

La protection internationale des étrangers a connu un tournant décisif lorsque la notion d'interdiction « par ricochet » de se livrer à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants a été isolée par la Cour **(A)**. Un acquis jurisprudentiel qui a par la suite bénéficié d'élargissements tout aussi décisifs **(B)**.

A) Le principe de responsabilité indirecte des États.

La Cour européenne des droits de l'homme a rapidement doublé l'interdiction qu'ont les

²⁰⁸ L'article 1^{er} de la *Convention* se lit ainsi : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention ».

²⁰⁹ CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume Uni*, Série A 215 ; CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, Série A 201 ; CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, Série A n° 234-A.

²¹⁰ Louis-Edmond PETTITI, « La protection des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 27-38.

États de se livrer à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants, d'une obligation d'en protéger les individus relevant de leur juridiction, même si la situation de danger s'accomplit en dehors de celle-ci²¹¹.

Formulée comme elle l'est, cette interdiction est absolue et ne souffre aucune limitation ou dérogation, ni géographique, ni juridique, ni politique. La question de savoir si l'extradition ou l'expulsion d'une personne, vers un pays où elle risquait d'être soumise à de tels traitements constituait une violation de l'article 3 a été soulevée dès les années soixante, et la construction jurisprudentielle de la Commission allant dans ce sens²¹² a été pleinement confirmée par la Cour avec l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*, le 7 juillet 1989²¹³.

Dans cette affaire, un individu allemand détenu en Angleterre faisait l'objet d'une demande d'extradition par les États-Unis où il devait répondre d'accusations d'assassinat dans l'État de Virginie, et où il était passible de la peine de mort. En prenant soin de rappeler son incompétence *ratione materiae* sur l'extradition, l'expulsion et le droit d'asile, ces matières ne figurant pas dans la *Convention européenne*, la Cour a considéré que le risque encouru par le requérant de subir le « syndrome du couloir de la mort » (constitutif en soi d'un traitement inhumain et dégradant), entraînait une violation de l'article 3 par le Royaume-Uni si celui-ci procédait à l'extradition.

La Cour a rappelé très fermement le caractère absolu de la prohibition de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants, et a dégagé de l'article 3 une « obligation implicite de ne pas extraditer » en cas de risque réel de torture ou de traitements inhumains et dégradants.

Cette jurisprudence relative aux violations par ricochet de l'article 3 fut ensuite étendue aux situations d'expulsion²¹⁴, et pour ce qui nous intéresse davantage ici, aux situations d'éloignement des demandeurs d'asile déboutés.

En 1991, la Cour se penche pour la première fois sur la question. Si en l'occurrence elle n'a conclu à une violation de l'article 3 dans aucune des deux affaires, elle a néanmoins rappelé que les principes dégagés en matière d'extradition dans l'arrêt *Soering* s'appliquaient

²¹¹ CEDH, 12 mars 1984, *Kirkwood c/ Royaume-Uni*, req. n° 10479/83 et CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, Série A-161.

²¹² Voir Frédéric SUDRE, « La notion de « peines et traitements inhumains ou dégradants » dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RGDIP*, 1984, p. 825.

²¹³ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, Série A-161, § 111.

²¹⁴ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-V; CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI; CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-VI; CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c/ Turquie*, Recueil 2000-VIII; CEDH, 6 mars 2001, *Hilal c/ Royaume-Uni*, req. n° 45276/99.

également à une situation d'expulsion²¹⁵. Et en particulier à une situation d'expulsion d'un demandeur d'asile²¹⁶. Depuis, la jurisprudence de la Cour n'a cessé de confirmer cette position²¹⁷.

Du fait que l'interdiction des mauvais traitements est absolue, la *Convention européenne des Droits de l'Homme* se démarque, à l'instar de la *Convention contre la torture*, de la *Convention de Genève sur le droit des réfugiés* qui elle, prévoit des clauses d'exclusion et de cessation. En matière d'éloignement des étrangers, la Cour a du reste analysé sa propre jurisprudence en précisant à plusieurs reprises que « la protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés »²¹⁸.

Ainsi, comme le Comité contre la torture, la Cour européenne des droits de l'homme propose une solution palliative à un refus de reconnaissance de statut, lorsqu'apparaissent, pour l'individu concerné, des risques de traitements contraires à l'article 3. Sa force supplémentaire est de pouvoir imposer des mesures provisoires, là où le Comité ne peut qu'enjoindre les États à renoncer à l'expulsion. Mais pour mesurer l'ampleur de cette protection, il est important de connaître les conditions d'applicabilité de l'article 3, et les critères de qualification de la torture, des peines et des traitements inhumains et dégradants.

B) Les élargissements de jurisprudence.

Au cours de son travail jurisprudentiel, la Cour a régulièrement ouvert le champ d'application de l'article 3 (1), et assoupli la qualification des traitements contraires à cet article (2).

1) Sur l'applicabilité de l'article 3.

Notons tout d'abord que la Cour a très vite envisagé de prendre en compte une violation virtuelle de l'article 3, c'est-à-dire indépendamment du fait que la décision d'éloignement ait

²¹⁵ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, Série A n° 201, § 70.

²¹⁶ CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume Uni*, Série A n°215, § 103.

²¹⁷ La cour renvoyait à l'affaire *Vilvarajah* jusqu'en 1997, par exemple, CEDH, 28 novembre 1996, *Nsona c/ Pays-Bas*, Recueil 1996-V, et aux affaires CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France*, Recueil 1997-III et CEDH, 5 juillet 2005, *Said c/ Pays-Bas*, req. n° 2345/02 depuis.

²¹⁸ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal C/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-V, § 80 ; CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI, § 41.

été exécutée ou non²¹⁹. D'autre part, elle hésite de moins en moins à se prononcer sur le risque de traitement contraire à la *Convention de la part d'un État partie* à cette même *Convention*. Aucune décision n'a encore porté sur l'applicabilité de l'article 3 à l'expulsion d'un étranger vers un État partie à la *Convention* où il risquerait la torture ou une peine ou un traitement inhumain et dégradant. Pour autant, Frédéric Sudre considère par exemple que la probabilité d'une décision de la Cour dans ce sens est assez haute, en ce qui concerne en l'occurrence les mesures d'éloignement vers la Turquie²²⁰.

D'abord parce que les juridictions nationales et le Conseil d'État en particulier ont, une fois n'est pas coutume, ouvert la voie à la Cour²²¹. Mais aussi parce que la Cour a déjà directement condamné la Turquie pour fait de torture²²² et appliqué – pour l'article 8 de la *Convention* – le mécanisme de protection par ricochet à des ressortissants turcs²²³.

Une application par ricochet de l'article 3 de la *Convention* lorsque l'État de destination du requérant est un État partie à la *Convention* est donc tout à fait envisageable.

La Turquie n'a évidemment pas le monopole des faits de tortures et il n'est pas question de se cristalliser sur ce pays²²⁴. Pour autant, dans le domaine des droits des réfugiés, c'est un des rares pays du Conseil de l'Europe, dont on acceptait des ressortissants comme réfugiés, notamment parce que la Turquie n'est pas membre de l'Union européenne. Entre États membres de l'Union européenne en effet, il ressort comme une évidence politique (manquant

²¹⁹ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal C/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-V; CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI; CEDH, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-VI; et CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France*, Recueil 1997-III.

²²⁰ Frédéric SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999 pp. 61-82.

²²¹ CE, 21 février 1997, *Préfet des Hauts de Seine c/ M. Aktas*, req. n° 171933.

²²² CEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c/ Turquie*, Recueil 1996-VI et CEDH, 25 septembre 1997, *Aydin c/ Turquie*, Recueil 1997-VI, concernant de mauvais traitements infligés au requérant lors de sa garde à vue par la police turque. Et depuis après la publication de l'article de Frédéric Sudre : CEDH, 8 juillet 1999, *Çakici c. Turquie*, Recueil 1999-IV; CEDH, 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, Recueil 2000-VII; CEDH, 27 juin 2000, *Salman c. Turquie*, Recueil 2000-VII; CEDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie*, 2000-VIII.; CEDH, 10 octobre 2000, *Akkoc c. Turquie*, 2000-X; CEDH, 24 mai 2003, *Aktas c. Turquie*, recueil 2003-V; CEDH, 13 novembre 2003, *Elci et autres c. Turquie*, req n°s 23145/93 et 25091/94; CEDH, 3 juin 2004, *Bati et autres c. Turquie*, Recueil 2004-IV; CEDH, 2 novembre 2004, *Abdulsamet Yaman c. Turquie*, req. n° 32446/96; CEDH, 28 juin 2005, *Karakas et Yesilirmak c. Turquie*, req. n° 43925/98; CEDH, 20 septembre 2005, *Karayigit c. Turquie*, req. n° 63181/00; CEDH, 10 janvier 2006, *Yavuz c. Turquie*, req. n° 67137/01.

²²³ CEDH, 9 février 1996, *Gül c/ Turquie*, Recueil 1996-I.

²²⁴ La Cour a condamné pour faits de torture : CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, 1999-V, (violences policières); CEDH, 5 mai 2005, *Vevmerjitski c. Ukraine*, req. n° 54825/00 (alimentation forcée assimilée à de la torture); CEDH, 26 janvier 2006, *Mikheyev c. Russie*, req. n° 77617/01 (violences policières pour extorquer des aveux), CEDH, 12 octobre 2004, *Bursuc c. Roumanie*, req. n° 42066/98 (violences policières lors d'une garde à vue); CEDH, 09 mars 2006, *Menesheva c. Russie*, req. n° 59261/00 (violences policières), CEDH, 4 mai 2006, *Corsacov c. Moldova*, req. n° 18944/02 (violences policières).

de fondement), qu'il n'est pas question de réfugiés (cette évidence est devenue officielle en 1997 avec le « Protocole Aznar », en annexe du *Traité d'Amsterdam*). Outre qu'aucun État n'est à l'abri de produire des réfugiés, l'élargissement de l'Europe complique et opacifie encore plus la situation sur ce point. Les enjeux que représente la mise en cause de la Turquie pour fait de torture sont donc ici mis en exergue, même si cela est infléchi par l'étiquetage de la Turquie comme pays tiers sûr par cette même Union européenne.

Néanmoins, cette jurisprudence de plus en plus autonome de la Cour est intéressante pour l'objet de notre étude, lorsque l'on sait que les États occidentaux se posent tous comme ne pouvant pas être créateurs de mouvements de réfugiés, et sont prompts à en proclamer d'autres comme pays tiers sûrs. Si brandir sa ratification de la *Convention européenne des droits de l'homme* ne constitue plus un gage de respect de celle-ci, il faut oser le parallèle avec la *Convention de Genève* de 1951, et ne plus faire de la ratification de celle-ci ni une exemption théorique de toute activité conduisant à la production de réfugiés ni un indice suffisant de détermination des pays sûrs.

Un autre élargissement « clé » de la jurisprudence de la Cour fut à partir de 1997, de ne plus conditionner la reconnaissance d'un acte de torture, d'une peine ou d'un traitement humain et dégradant, à la qualité de son auteur, et de prendre ainsi une longueur d'avance sur l'interprétation que faisaient les États en matière d'auteurs des persécutions, dans le cadre de la *Convention de 1951*. Dès 1996, l'expulsion d'un réfugié somalien vers son pays d'origine fut jugée contraire à l'article 3 en dépit de l'absence de pouvoir étatique en Somalie. Le fait d'être pourchassé par un chef de clan avait suffi à la Cour²²⁵.

En 1997, dans l'arrêt *H.L.R. c/ France*, elle affirme pour la première fois qu'elle « n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique »²²⁶.

Il s'agissait en l'occurrence d'une affaire dans laquelle le requérant condamné à une peine de prison pour trafic de drogue, et sous le coup d'une mesure d'expulsion, risquait d'être assassiné en Colombie par le cartel de la drogue, pour avoir donné des noms d'autres trafiquants à la police, lors de sa détention.

La Cour a ainsi ouvert la protection de l'article 3 aux étrangers ayant fui des agissements criminels dans le cadre de relations interindividuelles. Une jurisprudence confirmée depuis²²⁷

²²⁵ CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI.

²²⁶ CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France*, Recueil 1997-III, § 40.

²²⁷ CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c/ Turquie*, Sect. IV.

et il faut le relever, une jurisprudence anticipée par le droit interne français, à travers un arrêt du tribunal administratif de Lyon de 1996, annulant sur le fondement de l'article 3, une décision d'expulsion d'une femme et de ses deux filles, vers leur pays d'origine où elles risquaient d'être exposées à l'excision²²⁸.

Enfin, la Cour est allée encore plus loin en décrétant l'applicabilité de l'article 3, sans qu'il y ait véritablement de responsable, ni étatique, ni privé, à la situation de mauvais traitements encourus en cas de retour, mais simplement sur le fondement du risque objectif. En l'occurrence, il s'agissait également d'un trafiquant de drogue sous le coup d'une expulsion vers les îles Caraïbes. En phase terminale du sida, il était exposé en cas de retour, à une privation de soins médicaux et palliatifs qui l'aurait conduit à mourir dans des conditions particulièrement douloureuses. La Cour a jugé qu'elle pouvait examiner le grief d'un requérant

« lorsque le risque que celui-ci subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques de ce pays ou qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les normes de cet article. Restreindre ainsi le champ d'application de l'article 3 reviendrait à en atténuer le caractère absolu. »²²⁹

Notons cependant qu'en mai 2008, la Cour, sans véritablement se déjuger, a quelque peu durci le discours en refusant à une Ougandaise (dont la demande d'asile avait été rejetée) atteinte du SIDA et ayant développé des manifestations graves du syndrome, son maintien en Angleterre. Même si le traitement est difficile à obtenir, le fait qu'il existe dans le pays suffit selon la Cour à exonérer le pays « d'accueil ». Et d'ajouter :

« l'article 3 ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. »²³⁰

2) Sur la qualification des traitements contraires à l'article 3.

Dans l'affaire *Soering*, la Cour recherchait des « motifs sérieux » de croire que l'étranger courait un « risque réel » de traitement prohibé par la *Convention* dans le pays de destination. De manière très structurée, elle se livrait à une appréciation de l'applicabilité de l'article 3 en l'espèce et à la qualification du mauvais traitement. Ce dernier devant atteindre un certain

²²⁸ TA Lyon, 12 juin 1996, *Mariama Condé*, req. n° 9600127, inédit au recueil Lebon.

²²⁹ CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1997-III, § 49. Notons toutefois que dans ce type de contexte, l'examen des circonstances de l'affaire est rigoureusement conduit par la Cour : CEDH, 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, sect. III.

²³⁰ CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, n° 26565/05.

« seuil de gravité » pour tomber sous le coup de l'article 3, et ce minimum devant être apprécié de façon « relative aux circonstances de l'espèce »²³¹.

Concernant l'appréciation relative de la gravité du traitement, la jurisprudence de la Cour a évolué, en abandonnant notamment un critère présent dans *Soering*, celui de la proportionnalité. La Cour avait alors vérifié, pour apprécier la gravité du traitement, qu'un « juste équilibre » était ménagé « entre les intérêts en jeu », soit d'une part les exigences de l'intérêt général, et d'autre part les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

Ce contrôle de proportionnalité qui, comme le soulignait Frédéric Sudre, « n'a rien à faire dans le domaine des droits intangibles et tend à transformer la protection offerte par l'article 3 en protection relative »²³² a été abandonné en 1992 dans l'arrêt *Tomasi*²³³ et demeure absent de la jurisprudence subséquente. Dans l'arrêt *Chahal*, la Cour revient précisément sur les termes de l'arrêt *Soering* et recadre son propos en affirmant qu'

« on ne saurait en déduire qu'il est tant soit peu possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité de l'État est engagée sur le terrain de l'article 3 ».²³⁴

En rappelant avec force la prohibition absolue des mauvais traitements que pose l'article 3, c'est-à-dire « quels que soient les agissements de la victime »²³⁵, la Cour européenne offre aux étrangers menacés d'expulsion, une protection qui va au-delà de la protection prévue par la *Convention de Genève*, à condition toutefois que le risque encouru soit véritablement individualisé²³⁶.

Quant à l'appréciation du seuil de gravité, la Cour avait évoqué dans l'arrêt *Soering*, un « traitement dépassant le seuil de gravité fixé par l'article 3 » sans vraiment qualifier ce traitement. Dans l'affaire *Cruz Varas*, elle jugeait au contraire que l'expulsion du requérant vers le Chili n'avait « pas franchi le seuil fixé à l'article 3 », sans davantage le qualifier.

²³¹ CEDH, 8 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, Série A 161, § 100.

²³² Frédéric SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, p. 77.

²³³ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, Série A 241, § 115.

²³⁴ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Recueil 1996-V, § 81.

²³⁵ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Recueil 1996-V, § 79. ; CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI, et CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1997-III, et plus récemment, dans CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, req. n° 50278/99.

²³⁶ CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c/ Royaume-Uni*, Série A 215. § 111 ; CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France*, Recueil 1997-III, § 42 ; CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1997-III, § 54.

Néanmoins, il était clairement question d'un seuil, nécessaire à déclencher l'applicabilité de l'article 3.

Reprenons la démarche de la Commission et de la Cour pour distinguer la torture, du traitement inhumain, du traitement dégradant. En 1969, la torture était considérée comme une forme aggravée de traitement inhumain ou dégradant, à laquelle il fallait ajouter une intention particulière, celle d'infliger une peine ou d'obtenir des informations ou révélations²³⁷. Le traitement inhumain était associé au traitement dégradant et entendu comme tout traitement infligé dans l'intention de causer de graves souffrances mentales ou physiques non justifiables. Cette distinction a été revue dans les décisions ultérieures, et la notion clé d'intention, pour déterminer ce qui relevait de la torture, a peu à peu disparu pour laisser place à une échelle de gravité délimitant les trois actes. La question du minimum de gravité apparaît en 1978, dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni*, au cours de laquelle la Cour établit une distinction jugée nécessaire en raison du trait distinctif propre à la torture²³⁸. Elle a ainsi estimé que pour être qualifiés de torture, les traitements devaient causer de « fort graves et cruelles souffrances ». Elle a considéré que les techniques utilisées par les soldats britanniques sur le requérant d'Irlande du Nord, avaient causé « de vives souffrances physiques et mentales » qui s'inscrivaient dans la catégorie des traitements inhumains, sans toutefois « avoir causé de souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ». La cour a donc émis l'idée d'un minimum de gravité pour qu'un acte dégradant soit qualifié d'inhumain, et pour qu'un acte inhumain soit qualifié de torture.

Cette échelle, quelque peu rigide lorsqu'il s'agit essentiellement de quantifier de la douleur physique et mentale, tend à s'assouplir dans la jurisprudence ultérieure de la Cour. En 1992, dans l'affaire *Tomasi*, la Cour conclut que les mauvais traitements infligés aux requérants (des violences policières) constituaient des traitements inhumains et dégradants sans se référer au seuil de gravité²³⁹, et elle semble ainsi, selon Frédéric Sudre, « édicter une présomption de gravité lorsque la victime est vulnérable et en situation d'infériorité »²⁴⁰.

Cette jurisprudence est confirmée par la suite et le critère du seuil de gravité n'est plus

²³⁷ Comm. EDH, *Affaire Grecque*, 1969, Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme, n° 12, p. 186.

²³⁸ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, Série A n° 25.

²³⁹ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, Série A n°241.

²⁴⁰ Frédéric SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, p. 80.

utilisé pour déclencher l'application de l'article 3²⁴¹, comme ce fut le cas dans les arrêts *Soering* et *Cruz Varas*. Il est maintenu pour distinguer torture, traitements inhumains et traitements dégradants, mais évolue avec le niveau d'exigence de la Cour en matière de protection des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *Aksoy* en 1996, la Cour considère que les traitements en cause sont « d'une nature tellement grave et cruelle que l'on ne peut le[s] qualifier autrement que de torture »²⁴², dans l'arrêt *Aydin* en 1997, la Cour est convaincue

« que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément. »²⁴³

Puis en 1999, dans l'arrêt *Selmouni c/ France*, qui portait sur une allégation de divers mauvais traitements de la part des autorités de police sur le requérant (violences physiques, sexuelles et morales), la Cour est revenue aux sources de l'interprétation de la *Convention européenne*, mais aussi de la *Convention contre la torture*. Le critère de l'intention transformant le traitement inhumain en fait de torture est réapparu. Mais la Cour n'a pas fait machine arrière, au contraire. Elle a « promu » des traitements jusqu'alors qualifiés d'inhumains, au rang de torture :

« compte tenu de ce que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » [...], la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. »²⁴⁴

Il ressort de ces éléments que la jurisprudence de la Cour ne suit pas un chemin déterminé, autre que celui de trouver l'approche la plus souple afin de permettre la meilleure protection possible des individus²⁴⁵.

Insistons enfin sur le fait que la *Convention européenne des droits de l'homme* est d'applicabilité directe. On en retrouve par exemple régulièrement la mention dans les visas

²⁴¹ CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, Série A n°336 § 39. Mais aussi CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Recueil 1996-V ; CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*, Recueil 1997-III, et CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, Recueil 1996-VI.

²⁴² CEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c/ Turquie*, Recueil 1996-VI, § 64

²⁴³ CEDH, 25 septembre 1997, *Aydin c/ Turquie*, Recueil 1997-VI, § 86.

²⁴⁴ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, 1999-V, § 101. Confirmé par CEDH, 12 octobre 2004, *Bursuc c/ Roumanie*, req. n° 42066/98, §90

²⁴⁵ Voir Alberta FABRICOTTI, « The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and its Application in Asylum Cases », *IJRL*, vol. 10, n° 4, 1998, pp. 637-661.

des arrêts du juge administratif français, qui se réfère de plus évidemment à la jurisprudence de la Cour pour rendre des décisions lorsque celles-ci portent sur une situation similaire.

La *Convention* peut de fait être soulevée par les particuliers à l'appui d'une action en justice, comme c'est le cas pour la violation potentielle de l'article 3, qui figure au titre des atteintes aux libertés fondamentales ouvrant droit à la procédure de référé-liberté en France²⁴⁶.

Ainsi l'article 3, sans devenir une alternative banalisée au refus ou à la cessation du statut de réfugié, est susceptible de s'appliquer dès lors que le requérant court un risque réel de mauvais traitements en cas de renvoi dans son pays d'origine. Ce qui, pour des réfugiés, est parfois le cas. Nous reviendrons néanmoins en conclusion sur l'utilisation statistique de cet article 3 qui nous invite à une certaine réserve.

II) La CEDH, juge détourné des procédures nationales de reconnaissance du statut.

Parmi les droits inscrits dans la *Convention européenne* et protégés par la Cour se trouvent le droit à la liberté et à la sûreté (article 5), le droit à un procès équitable (article 6) et le droit à un recours effectif (article 13). Si ces garanties font l'objet d'une décision de la Cour contre un État en matière de droit des réfugiés, c'est directement la procédure de reconnaissance et la gestion des candidats réfugiés, jusqu'à présent totalement discrétionnaire, qui est remise en cause (1). De plus, la question des vertus correctrices de l'article 4 du Protocole 4 – qui interdit les expulsions collectives d'étrangers – se pose vis-à-vis d'un droit des réfugiés dont les fondements sont profondément individualistes (2).

1) Correction des procédures relatives à l'asile.

Le droit à un procès équitable (article 6) s'est heurté au refus systématique et constant de la Commission et de la Cour, de se prononcer sur son applicabilité aux procédures d'expulsion d'étrangers. Leur raisonnement est justifié par l'existence du protocole n°7, qui contient des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion des étrangers et montre clairement selon la Commission, la volonté des États de ne pas ouvrir le champ d'application de l'article 6 à de telles procédures. La Cour s'est prononcée dans le même sens pour la première fois en 2000²⁴⁷. Cette décision a été confirmée pour les procédures en matière

²⁴⁶ CE, 15 octobre 2001, *Préfet de l'Allier c. M.X.*, req. n° 238934, Publié au Recueil Lebon.

²⁴⁷ CEDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c/ France*, Recueil 2000-X.

d'asile dans l'arrêt *Katani* en 2001²⁴⁸.

Nous retrouvons ici le clivage droit pénal/droit administratif, qui fonde le clivage citoyen/étranger jusqu'alors évité par la jurisprudence de la Cour. Un clivage d'autant plus discutable que la rédaction de l'article 6 ne l'induit pas (« toute personne ») et qu'il est difficile de nier les enjeux privés (donc civils) d'une procédure d'éloignement ou d'une procédure de reconnaissance de statut²⁴⁹. Nous sommes donc contraints de laisser de côté l'article 6 qui, en l'état de la jurisprudence, semble ne pouvoir être soulevé en matière de droit d'asile, que dans le cas d'une violation par ricochet, comme avec l'article 3. C'est-à-dire si le candidat réfugié débouté court le risque, dans le pays de renvoi, de subir un déni de justice propre à enfreindre l'article 6²⁵⁰. Pourtant, les règles générales dégagées par la Cour concernant l'application de l'article 6 ont tout à fait leur place dans les procédures par lesquelles les réfugiés sont concernés. Et relevons avec Louis-Edmond Pettiti que les mécanismes juridictionnels nationaux appliquant la *Convention de Genève* aboutissent parfois à des décisions en contradiction avec la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 6, et avec les conditions et règles d'un procès équitable²⁵¹.

D'autres articles n'ont pas posé les mêmes problèmes d'applicabilité. Sur le terrain de la régularité de la rétention/détention²⁵² (article 5) , la Cour a pu fournir aux réfugiés une garantie complémentaire, aboutissant parfois par des moyens détournés à une application des règles de l'article 6. De plus, dans les affaires relatives à la rétention/détention des demandeurs d'asile, l'article 3 est venu en renfort lorsque les conditions de la rétention/détention ouvraient la question de son application.

Ainsi, la Cour a pu préciser que le placement en rétention des demandeurs d'asile, en

²⁴⁸ CEDH, 31 mai 2001, *Katani et a. c/ Allemagne*, req. n° 67679/01, Sect. IV.

²⁴⁹ J.F. FLAUSS a condamné le « caractère impérialiste » de l'article 6, et la préservation systématique par la Commission de ce noyau dur de la souveraineté des États. J.F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1995, p. 722.

²⁵⁰ La question fut soulevée lors de l'arrêt *Soering*. La Cour n'excluait pas « qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte (article 6) au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant » mais avait conclu que les faits en cause ne relevaient pas d'un tel risque, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, Série A 161, §113.

²⁵¹ A propos de l'affaire *Chahal c/ Royaume-Uni* : Louis-Edmond PETTITI, « La protection des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 27-38.

²⁵² Théoriquement et juridiquement, les demandeurs d'asile ne sont que « maintenus », et les demandeurs déboutés ne sont que « retenus ». Les premiers en zone d'attente, les seconds en centre de rétention administrative. En pratique, il s'agit de détention. L'intervention du juge judiciaire dans la rétention, ainsi que le vocabulaire employé par les législateurs et les juridictions tendent à gommer la différence entre la « détention » de type pénale/répressive, et la « rétention » de type administrative/préventive.

l'occurrence dans la zone de transit de l'aéroport ne devait « pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du réfugié », et a conclu à une violation de l'article 5-1²⁵³.

Toujours sur le fondement de l'article 5, la Cour a précisé en matière de détention que celle-ci ne devait pas excéder les délais raisonnables nécessaires à la mise en exécution de la mesure d'expulsion, tout en mettant en garde contre une confusion entre une procédure diligente et une procédure expéditive²⁵⁴. Dans l'affaire *Chahal*, un délai de presque deux ans pour examiner la demande d'un Sikh indien n'a pas été considéré comme excessif « en raison de l'examen approfondi et minutieux exigé par la demande d'asile [...] et des possibilités offertes à l'intéressé de formuler des observations et soumettre des informations »²⁵⁵.

Ici, la notion du délai raisonnable glisse légèrement de celui concernant la détention, à celui concernant la procédure de reconnaissance, s'approchant ainsi des enjeux soulevés par l'article 6 de la *Convention*.

Dans une affaire où la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'était pas remplie, la Cour s'est néanmoins prononcée à nouveau sur cette notion de délai de procédure en précisant qu'il

« convient de tenir compte du fait qu'en matière de demandes de reconnaissance du statut de réfugié il peut être difficile, voire impossible, pour la personne concernée de produire des preuves à bref délai, spécialement si, comme en l'espèce, pareilles preuves doivent être obtenues dans le pays qu'elle dit avoir fui. En conséquence, les délais doivent être suffisamment longs et être appliqués de manière suffisamment flexible pour donner à une personne sollicitant le statut de réfugié une chance réaliste de prouver ses allégations. »²⁵⁶

Enfin, l'applicabilité de l'article 3 a été soulevée par la Cour, non pas par ricochet, mais de façon directe à plusieurs occasions. Dans l'affaire *Dougoz c/ Grèce*, la Cour a conclu à la fois à une violation de l'article 5.1 et à une violation de l'article 3, concernant la légalité et les conditions de détention d'un réfugié syrien. Le requérant purgeait une peine de prison en Grèce, où il avait le statut de réfugié, mais avait demandé à retourner dans son pays. Il fut placé sous écrou extraditionnel dans l'attente de son expulsion. Entre-temps, il demanda à ne plus être expulsé, et sa demande fut rejetée du fait qu'il avait affirmé ne plus être l'objet de persécutions en Syrie. Invoquant les articles 3 et 5-1 et 5-4 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, le requérant se plaint des conditions, de la légalité et de la durée de sa détention, ainsi que de l'absence de tout recours effectif en droit interne qui lui aurait permis

²⁵³ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, Rec. 1996-III, § 43.

²⁵⁴ Il conviendra de mettre la directive « retour » adoptée le 20 juin 2008 en perspective avec cette jurisprudence.

²⁵⁵ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, Recueil 1996-V, § 108-123.

²⁵⁶ CEDH, 19 février 1998, *Bahaddar c/ Pays-Bas*, Recueil 1998-I, § 45.

de contester la légalité de sa détention. La Cour a conclu à la violation de ces trois articles. Vis-à-vis de l'article 3 plus précisément, c'est au moyen des conclusions du rapport du Comité Européen pour la prévention de la torture²⁵⁷ qu'elle a qualifié les conditions de détention de traitements inhumains et dégradants.

Mais l'article 3 n'oblige pas seulement à protéger les individus de la torture ou des peines et traitements inhumains ou dégradants. Nous avons vu qu'il fait également peser sur les États l'obligation de se livrer à un examen rigoureux de l'allégation d'une personne selon laquelle l'expulsion l'exposerait dans le pays de renvoi, à un risque de mauvais traitements contraires à cette disposition. C'est sur le non-respect de cette obligation que dans l'arrêt *Jabari*, la Cour a considéré l'application automatique et systématique d'un délai de 5 jours pour présenter une demande d'asile comme contraire à l'article 3²⁵⁸. Cette violation entraîna d'autre part une violation de l'article 13 puisqu'elle privait la requérante d'un recours effectif pour faire surseoir à la décision d'expulsion.

Le droit à un recours effectif inscrit à l'article 13 intéresse, dans le domaine qui nous concerne, la possibilité pour un demandeur d'asile débouté d'introduire un recours sur le fond de sa demande. Dans l'affaire *Vilvarajah*, les demandeurs déboutés n'avaient pas disposé d'un tel recours avant d'être renvoyés au Sri Lanka, les tribunaux britanniques permettant seulement un recours en contrôle judiciaire, c'est-à-dire sur la procédure et non le fond, comme c'est encore aujourd'hui le cas au Canada. Dans cette affaire, la Cour avait en l'occurrence considéré que la minutie du contrôle judiciaire constituait un recours suffisamment effectif. Les opinions dissidentes émises par des juges aguerris au système de la *common law* avaient au contraire insisté sur le fait qu'un recours ne pouvant se prononcer sur le fond n'était pas un recours effectif²⁵⁹.

Dans l'arrêt *Chahal*, la Cour reconsidère cette position. Du fait que le recours portait sur un grief tiré de l'article 3 de la *Convention*, la Cour a exigé une plus grande effectivité, et a conclu qu'elle était manquante en l'espèce²⁶⁰.

Si le Canada était traduit devant la CEDH, il serait très certainement inquiet du fait de l'absence de procédure d'appel sur le fond de la demande d'asile. Pendant longtemps, on aurait pu penser que l'existence de la Commission des Recours des Réfugiés et de la cassation

²⁵⁷ CEDH, 6 mars 2001, *Dougoz c/ Grèce*, Recueil 2001-II.

²⁵⁸ CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c/ Turquie*, Rec. 2000-VIII, §§ 39 et 40.

²⁵⁹ CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume Uni*, Série A 215, § 126 et opinions dissidentes des juges WALSH et RUSSO.

²⁶⁰ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec. 1996-V, § 153.

du Conseil d'État, mettait la France à l'abri d'une réprimande de la Cour dans ce domaine. Mais le 26 avril 2007, dans l'arrêt *Gebremedhin c/France*, celle-ci condamnait la France au regard de sa procédure d'asile à la frontière²⁶¹. Un réfugié érythréen placé en zone d'attente n'avait pas été admis sur le territoire pour déposer sa demande d'asile, du fait que le ministère de l'Intérieur l'avait jugée « manifestement infondée ». Après l'échec de sa requête en référé et le non-lieu à statuer que le Conseil d'État prononça, le requérant a bénéficié d'une mesure de la CEDH, saisie en urgence, et qui s'est opposée à son renvoi. Il fut par la suite reconnu réfugié par l'OFPRA. C'est au regard de l'absence d'un recours suspensif vis-à-vis des décisions de refus d'admission et des décisions de réacheminement, et du fait que le requérant n'avait dès lors pas pu faire valoir son grief tiré de l'article 3, que la Cour a condamné la France. Parce qu'il n'était pas suspensif, le recours ne pouvait être considéré comme effectif. Et compte tenu de l'importance attachée à l'article 3 par la Cour,

« et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un État partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif. »²⁶²

Elle a conclu à une violation combinée de ces deux articles de la *Convention européenne des droits de l'homme*. En réponse à cette jurisprudence, l'article 24 de la « Loi Hortefeux », a créé un recours au fond suspensif contre la décision de refus d'entrée au titre de l'asile (article L. 213-9 du *CESEDA*).

2) Correction du fondement individualiste des droits des réfugiés ?

Parmi les éléments qui rendent un instrument des droits de l'homme efficace se trouve son aspect individualiste. Or, cela peut se révéler inadapté aux situations de réfugiés, fréquemment caractérisées par leur aspect collectif. L'article 4 du Protocole 4²⁶³ qui interdit les expulsions collectives d'étrangers semble tirer leçon et profit des faiblesses et qualités respectives de cet aspect individualiste.

Dans l'affaire *Becker c/ Danemark*, la Commission avait donné la définition suivante de l'expulsion collective :

« toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe,

²⁶¹ CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/France*, req. n° 25389/05.

²⁶² CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/France*, req. n° 25389/05, § 66.

²⁶³ *Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, 2 mai 1968, STE n° 46.

à quitter un pays sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière des étrangers qui forment ce groupe ». ²⁶⁴

Dans l'affaire *A. c/ Pays-Bas*, elle avait estimé que le fait qu'un certain nombre d'étrangers issus du même pays s'étaient vus refuser le droit d'asile pour des raisons similaires, ne signifiait pas qu'ils ont été expulsés collectivement, s'il y avait des preuves montrant que leur cas avaient été examinés séparément ²⁶⁵.

Mais dans l'affaire *Conka c/ Belgique*, dans laquelle les intéressés étaient des demandeurs d'asile déboutés, la Cour a précisé que, même si la mesure d'expulsion est prise à l'issue d'un examen raisonnable et objectif, les circonstances de mise en œuvre de la décision d'expulsion peuvent encore jouer un rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 protocole 4. En l'occurrence, le fondement de l'ordre de quitter le territoire et de la détention qui lui était associée ne faisait aucune référence à la situation personnelle des requérants, ni à leur demande d'asile, ni aux décisions intervenues en la matière. Suite à l'examen des circonstances entourant ces mesures, leur caractère collectif n'a pas échappé à la Cour qui a conclu à la violation de l'article 4 du protocole 4 ²⁶⁶.

Cet article 4 aurait toutes les raisons de trouver application dans les situations où interviennent les notions de demandes manifestement infondées ou de pays responsable de la première demande d'asile, et qui conduisent à l'éloignement de candidats réfugiés sans qu'ils puissent seulement déposer leur demande d'asile. Nous verrons que cela n'est pas acquis.

La Cour est sans aucun doute l'organe judiciaire international le plus abouti dans le domaine des droits de l'homme. En matière d'expulsion d'étrangers, l'un des effets les plus notoires est la formulation par la Cour de mesures provisoires que les États concernés acceptent généralement de suivre en s'abstenant de procéder au renvoi. On dépasse ici le seul enjeu « politique » des condamnations que peut émettre le Comité contre la torture par exemple. Lorsque ce n'est pas le cas, la Cour peut condamner l'État récalcitrant. Dans l'affaire *Aoulmi*, la Cour a confirmé sa jurisprudence en matière d'éloignement des étrangers coupables d'infractions: un Algérien arrivé en France à 4 ans faisait l'objet d'une mesure de renvoi et a saisi la CEDH au titre de l'article 39 de son règlement intérieur (prononcé de

²⁶⁴ Comm. EDH, *Becker c/ Danemark*, req. n° 7011/75, D.R. 4 (1975), p. 235

²⁶⁵ Comm. EDH, *A. c/ Pays-Bas*, n° 14209/88, D.R. 59 (1988), p. 274. Même solution dans CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, n° 45223/05.

²⁶⁶ CEDH, 5 février 2002, *Conka c/ Belgique*, Recueil 2002-I. *A contrario*, CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, Req. n° 45223/05.

mesures provisoires)²⁶⁷. La cour n'a pas conclu à une violation de l'article 3, ni à celle de l'article 8, mais à celle de l'article 34 (droit de recours individuel) dans la mesure où la France n'a pas respecté la demande de mesures provisoires de la Cour, selon sa jurisprudence désormais bien établie²⁶⁸.

Il nous faut pour conclure, encadrer de certains bémols l'élargissement de protection proposé par la *Convention européenne des droits de l'homme* et sa juridiction. En 2005, la Cour avait rendu quarante arrêts seulement en matière d'éloignement des étrangers, et sept seulement pour violation de l'article 3²⁶⁹. À l'encontre de la France, pour l'année 2007, la Cour n'a rendu que trois arrêts, et seule la jurisprudence *Gebremedhin* a conduit à une condamnation, qui a elle-même incité la France à modifier sa législation, et tend à prouver l'influence de la Cour sur les droits internes, et son rôle protecteur vis-à-vis des étrangers en général et des réfugiés en particulier. La seconde requête, arguant de la violation de l'article 8, a été rejetée²⁷⁰. Et la troisième, la seule ayant l'article 3 pour fondement, a également été rejetée²⁷¹.

Il ne faut donc ni parler de systématicité, ni de banalisation de l'article 3 dans ce domaine. D'autre part, même si elles tendent à s'assouplir, les règles de preuve sont encore difficiles à satisfaire, notamment dans le cadre de rapports inter-individuels, où doit être démontrée l'incapacité des autorités à fournir une protection (*H.L.R. c/ France*), tâche très difficile pour le requérant. Et comme l'écrit Frédéric Sudre, « la protection de l'article 3 risque alors de s'avérer illusoire » et « le jeu combiné de la protection « par ricochet » et de l'effet « horizontal » trouve ici ses limites »²⁷².

Enfin, la conclusion d'un article de Marc Bossuyt est intéressante : la Cour s'engage sur le terrain des spéculations et des vérifications des activités d'États non partie à la *Convention européenne des droits de l'homme*. Alors que les juridictions, notamment internationales, sont habituées à juger des faits plutôt que des hypothèses. On s'interroge avec l'auteur sur les moyens dont dispose la cour pour réaliser cette ambition²⁷³.

²⁶⁷ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, n° 50278/99

²⁶⁸ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, Rec.1 2005-I.

²⁶⁹ Etude « Convention européenne des droits de l'homme », *DPDE*, pp. 481-483.

²⁷⁰ CEDH, 26 juillet 2007, *Sayoud c. France*, req. n° 70456/01.

²⁷¹ CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, n° 45223/05.

²⁷² Frédéric SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 74-75.

²⁷³ Marc BOSSUYT, « La protection internationale des réfugiés à la lumière de la Convention de Genève

Conclusion du chapitre 2 :

Au sein du droit international des droits de l'homme, les mécanismes de saisine individuelle ont très nettement contribué à clarifier la question de l'individu comme sujet de droit international. Néanmoins, la question de la place de l'étranger dans le droit international est encore un débat résiduel. C'est à peine donc, si l'on ose évoquer la place qu'y tient le réfugié. Pourtant, à travers les deux exemples choisis, nous avons vu que non seulement *même* le réfugié a des droits, mais qu'il peut de surcroît accéder à des mécanismes visant à les garantir.

La rareté de l'acceptation de la saisine individuelle par les États signataires d'engagements conventionnels prend ici tout son sens. En ratifiant l'accord de principe sur la compétence d'une juridiction ou d'une quasi-juridiction, les États occidentaux ne s'attendaient peut-être pas à devoir respecter les textes « par ricochet », et encore moins à ce que les créanciers de ces droits soient des étrangers. Ceci est une manifestation du « piège » des droits de l'homme évoqué en introduction.

Pour autant, la requête individuelle n'est pas la panacée. Soit que les décisions des organes de contrôle manquent encore de force contraignante, soit que la requête elle-même est encore statistiquement anecdotique. Ce chapitre nous révèle d'autre part que la hiérarchisation des droits de l'homme applicables aux réfugiés est très nette. Certes, c'est le principe de non-refoulement, pivot du droit des réfugiés, qui est au sommet de cette hiérarchie et se trouve ainsi consolidé par le droit international des droits de l'homme. Mais la mise en œuvre des autres droits applicables aux réfugiés est encore très inaboutie.

Le droit international seul, même renforcé par des mécanismes de saisine individuelle, ne suffit pas à protéger correctement les réfugiés. Il ne faut, de plus, pas oublier que les règles de recevabilité des requêtes (soumise à la condition impérative de l'épuisement des voies de recours internes) supposent que ceux qui y ont accès bénéficient déjà de mécanismes de recours en droits internes. La requête individuelle ne protège donc pas tous les droits ni tous les réfugiés.

relative au statut des réfugiés et de la Convention européenne des droits de l'homme », dans Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés Délégation pour la France et Institut International des Droits de l'Homme, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 239-256.

Conclusion Titre 1 :

Le fait que le droit des réfugiés n'ait en définitive pas les qualités structurelles d'un instrument des droits de l'homme a peut-être précisément permis les intrusions de ces derniers dans les relations entre États et réfugiés. Ces intrusions ont « surpris » les États qui dans leurs rapports avec les réfugiés doivent désormais rendre des comptes au-delà de la *Convention de Genève*. Au final, peu importent les liens qui unissent ou séparent le droit des réfugiés du droit international des droits de l'homme, pourvu que le second s'invite dans le débat.

La complémentarité du droit des réfugiés et du droit international des droits de l'homme peut sembler naturelle, mais elle doit être activement préservée et encouragée. C'est par le truchement des droits de l'homme qu'une mise à jour dynamique de la *Convention de Genève* est possible et que le réfugié sort de sa condition « catégorielle » pour devenir un être humain comme les autres.

Le problème n'est pas que la *Convention de Genève* ne fixe pas de limites et d'obligations aux États, c'est que ceux-ci les ignorent. Un peu comme si la *Convention de Genève* se réduisait à son article 1, c'est-à-dire la définition du réfugié, et son article 33, qui porte le principe de non-refoulement. La doctrine participe d'ailleurs à cette approche tronquée puisque l'étude du droit des réfugiés se limite souvent au régime de la détermination du statut, alors qu'il va bien au-delà. La *Convention* énumère une liste tout à fait considérable de droits pour les réfugiés, certains préexistant même à leur consécration par le droit international des droits de l'homme (ex : les articles 17, 18 et 19 de la *Convention de Genève* intéressent le droit au travail, alors que celui-ci n'a été consacré qu'en 1966 avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*). Mais les États persistent à méconnaître cette « déclaration des droits des réfugiés »²⁷⁴.

Or, ce mépris est beaucoup moins marqué vis-à-vis du droit international des droits de l'homme qui, non seulement fixe davantage de limites et d'obligations aux États, mais les repousse et les multiplie régulièrement. Au-delà de la compartimentation des droits par la *Convention de Genève* (au regard de la régularité du réfugié dans le pays d'accueil), on pourrait se demander s'il n'y a pas un problème avec les titulaires davantage qu'avec les droits.

Le droit international des réfugiés n'a prévu ni requête individuelle, ni système de plaintes

²⁷⁴ Traduction de Brian Gorlick, qui a baptisé la *Convention de Genève* de « “Bill of Rights” for refugees », Brian GORLICK, « Human Rights and refugees : enhancing protection through international human rights law », UNHCR Working paper n° 30, octobre 2000.

inter-étatiques, ni évaluation périodique des pratiques des États. Pourquoi le consensus est-il aussi fort sur la nécessité de solidifier, contrôler et mettre en œuvre les droits de l'homme, et aussi faible sur les droits des réfugiés ?

Mais les réfugiés sont ponctuellement considérés comme créanciers du droit international des droits de l'homme, et accèdent de ce fait à une protection élargie. Le paradoxe du réfugié réside donc dans le fait qu'il lui est parfois bénéfique de pouvoir sortir du champ d'application de l'instrument, supposé le protéger le plus spécifiquement (sinon le plus activement).

Ces « sorties de *Convention* » dont il bénéficie nous permettent-elles pour autant de faire une première reconstitution de statut, par addition des instruments internationaux susceptibles de le protéger ? Pas encore. Au-delà de la théorie, les quelques mécanismes qui ont permis d'isoler concrètement la complémentarité des droits de l'homme et du droit des réfugiés ne suffisent pas à donner toute sa substance à la protection dont les réfugiés peuvent bénéficier.

C'est aux droits internes que revient cette mission, tant pour la seule mise en œuvre de la *Convention de Genève*, que pour les garanties des droits qui la dépassent.

TITRE 2 : LE RÉFUGIÉ DANS LE GIRON PROTECTEUR DE L'ÉTAT DE DROIT.

Les grands fondements de la protection des réfugiés, qui par ailleurs se complètent et se chevauchent dans un État de droit, sont la mise en œuvre du droit international, l'existence d'une constitution ou d'une charte dans laquelle se trouvent consacrés des droits fondamentaux auxquels les réfugiés peuvent prétendre, et l'organisation d'une justice, qui permet de garantir juridictionnellement l'ensemble de ces droits. Nous retrouvons ces trois aspects tant en France qu'au Canada, même si leurs systèmes (notamment juridictionnels) ne se prêtent pas à une comparaison pied à pied.

Les droits internes ont accusé réception du droit international et lui ont donné toute sa substance, transformant ainsi le réfugié en sujet de droit, et étoffant ensuite plus particulièrement la question de son statut proprement dit. Ce titre qui « rend grâce » aux droits internes ne doit pas reléguer les préceptes de droit international au rang de vœux pieux. Si les États ont quasiment le monopole technique de son application et de son interprétation et que leur apport à la protection des réfugiés est absolument fondamental, le dialogue est bien présent, et il nous faut insister dans cette introduction, sur le rôle catalyseur du droit international en la matière.

Historiquement très net, le rôle d'impulsion du droit international doit être rappelé avec force. La *Convention de Genève* est l'instrument déclencheur du dialogue normatif et juridictionnel source de protection pour le réfugié. Aucun droit d'asile de type constitutionnel ne lui a préexisté dans les systèmes français et canadiens.

Nous allons voir que la présence de l'expression « droit d'asile » dans les textes constitutionnels français de 1946 et 1958 n'implique pas cette autonomie. Qualifié de « coquille vide »²⁷⁵, le droit d'asile inscrit dans le *Préambule de 1946* (alinéa 4), et repris dans la *Constitution de 1958*, n'a jamais reçu d'application directe. Malgré quelques velléités

²⁷⁵ François LUCHAIRE, « Droit d'asile et révision de la constitution », *RDP*, 1994-1, pp. 5-43 ; voir également Olivier LEDUC, « Le droit d'asile existe-t-il en droit constitutionnel français ? », dans *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III^e congrès de l'Association française des constitutionnalistes (/s la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux), Coll. Droit public, ed. Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 204 p. Et Louis FAVOREU, « Monument ou façade », *Le Figaro*, 7 septembre 1993.

d'indépendance rapidement réprimées, il n'a jamais été autonome de la norme internationale. Cela n'enlève rien à sa force juridique²⁷⁶, mais montre que le contenu du droit d'asile constitutionnel français est calqué sur le contenu qu'en donne la norme internationale²⁷⁷. Cette dernière a été le vecteur de la norme constitutionnelle, et par extension, vecteur d'un statut juridique constitutionnel du réfugié.

Évoquer une justice constitutionnelle pour l'asile au Canada est plus délicat ici. La *Convention de Genève* n'a pas conduit le Canada à intégrer formellement dans sa charte constitutionnelle, des normes relatives au droit des réfugiés. . Pour autant, les réfugiés disposent véritablement d'une protection constitutionnelle au Canada. Mais il a fallu attendre le 4 avril 1985 pour que la Cour Suprême du Canada décrète l'applicabilité de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés* (article 7) et de la *Déclaration Canadienne des Droits* (Section II) aux réfugiés, leur reconnaissant ainsi, comme toute autre personne physiquement présente au Canada, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité et à être entendus de façon juste. Dès lors que le réfugié est admis à l'applicabilité du texte fondamental, il y a « justice constitutionnelle ».

Cette inertie dans la reconnaissance constitutionnelle du réfugié est d'abord le fait d'une inertie dans la construction constitutionnelle du Canada, la *Charte des droits et libertés* n'ayant été adoptée et enchâssée dans la *Loi Constitutionnelle* qu'en 1982. Souligner l'apport du droit international à la protection constitutionnelle des réfugiés au Canada est ici important. C'est en effet largement en référence au droit international que la protection du réfugié a été construite, et continue aujourd'hui d'être affinée. Pour certains, le Canada a été contraint à l'adoption des instruments internationaux et corollairement contraint à leur intégration en droit interne²⁷⁸. Pour d'autres, cela ne doit pas masquer un travail d'interprétation large et téléologique de la définition internationale, par les tribunaux canadiens ayant à traiter du droit des réfugiés²⁷⁹. Si le droit international n'a pas donné comme

²⁷⁶ Il comporte d'une part une normativité suffisamment formelle pour permettre aux juridictions constitutionnelle et administrative de s'y référer : Dominique TURPIN, « Le statut constitutionnel de l'étranger », *Petites affiches*, 15 mars 1991, n° 32, p. 20., et d'autre part, de nombreux droits ont reçu une portée effective alors que leur normativité n'était pas précisément établie : Catherine TEITGEN-COLLY, « Le droit d'asile : la fin des illusions », *AJDA*, 20 février 1994, p. 104.

²⁷⁷ CC, 22 avril 1997, n° 97-389 DC relative à la loi portant diverses dispositions en matière d'immigration. Voir Franck MODERNE, *Le droit constitutionnel dans les États de l'union européenne*, Coll. Droit public, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 60-62.

²⁷⁸ Denis LEMIEUX et Marie-Josée NORMAND, « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans TURPIN D. (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions* -, Coll. Droit public positif, Ed. Economica, 1989, pp. 159-186.

²⁷⁹ François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, « Une porte encore entrouverte : l'interprétation téléologique

en France, un contenu à la protection constitutionnelle des réfugiés, il a contribué et contribue encore à l'influencer au Canada.

Le dynamisme du droit international trouve donc des prolongements théoriques et pratiques dans le droit interne. Nous intéressent ici la façon dont, au sein des systèmes français et canadiens, la protection des réfugiés est assurée, par quels mécanismes, et sur quels fondements.

La *Convention de Genève* a forcé l'intégration du concept de réfugié dans les ordres juridiques internes. En la mettant en œuvre, les États ont transformé le réfugié comme « concept » juridique évoluant jusqu'alors dans la seule sphère du droit international, en réfugié comme « personne » juridique évoluant dans la sphère plus concrète des droits internes. Ce fut difficile et probablement incomplet, mais grâce à la reconnaissance internationale du réfugié, celui-ci est devenu sujet de droit, donc à ce titre, justiciable, bénéficiant ainsi du relais de droits et garanties propres aux droits internes (**Chapitre 1**).

Par ailleurs, une émancipation jurisprudentielle (souvent) et normative (parfois), grandement influencée par le dynamisme des droits de l'homme/fondamentaux, a largement contribué à enrichir et développer la question de la détermination du statut de réfugié, dans un sens plus protecteur pour le réfugié (**Chapitre 2**).

de la définition internationale du réfugié en droit canadien » dans Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés Délégation pour la France et Institut International des Droits de l'Homme, Bruxelles, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, 2001, pp. 324-365.

Chapitre 1 - L'élévation du réfugié au rang de justiciable.

Nous avons choisi d'articuler le présent chapitre autour de la distinction inventée par le droit interne, entre le réfugié et le « demandeur d'asile », en ce qu'elle fonde une différence de traitement et d'appréhension juridique particulièrement significative. Le premier est en quelque sorte englobé dans le principe général de l'asile et bénéficie d'une reconnaissance de type constitutionnel. En recevant la *Convention de Genève*, les États ont accepté le principe selon lequel ils se sont engagés à accueillir le réfugié (acceptation du concept de l'asile), et le principe selon lequel ils reconnaissent que des réfugiés sont amenés par la suite à relever de leur juridiction, et qu'il va falloir leur donner une existence juridique (acceptation du réfugié reconnu). Parce qu'elle est de rang constitutionnel, cette acceptation est par définition fondamentale (**Section 1**). Cela étant, le véritable test de la protection intervient ailleurs, et n'est réussi que lorsque la protection des individus désignés comme « demandeurs d'asile » est juridiquement assurée (**Section 2**).

Section 1 : La reconnaissance constitutionnelle du principe de l'asile et du concept de réfugié.

Les juges français et canadiens ont, par des cheminements différents, mais des résultats concordants, très nettement contribué à l'accession du réfugié à la justice constitutionnelle. En France, c'est à travers la reconnaissance constitutionnelle du droit d'asile (qui a par ailleurs globalement échoué) que la figure du réfugié a émergé comme sujet de droit (**I**). Le Canada se démarque ici, car il n'a jamais été question de droit d'asile dans sa loi fondamentale. En revanche, il a réussi le test évoqué en introduction de ce chapitre, en érigeant directement le demandeur d'asile (et non pas seulement le réfugié en tant que concept), au rang de justiciable de droit constitutionnel. Nous évoquons cette construction juridique dès la présente section, car elle a constitué une étape juridique clé pour le droit des réfugiés, en conduisant notamment le Canada à modifier sa législation (**II**).

I) En France : Sur fond d'un droit d'asile malmené, la reconnaissance

constitutionnelle du réfugié.

« Malmené » est un euphémisme, car la situation va de mal en pis pour le droit d'asile constitutionnel, et le lecteur pourrait être surpris de la présence de ce développement, au sein d'un titre dédié au « giron protecteur » de l'État de droit. Nous la justifions pour deux raisons : en premier lieu par l'importance de re-situer l'intégralité du débat constitutionnel dans sa chronologie, en dépit des revirements jurisprudentiels et normatifs qui eurent lieu au cours de celui-ci. Et en second lieu, parce qu'en filigrane d'un constat d'échec grandissant, c'est à l'émergence de la figure du réfugié au sein du débat constitutionnel, qu'il faut s'attacher.

La jurisprudence constitutionnelle relative au droit d'asile est née en 1980, et a connu plusieurs tournants correspondant à deux attitudes opposées, du juge constitutionnel. Ce dernier a obéi dans un premier temps, à une « stratégie de défausse »²⁸⁰ visant à assimiler les bénéficiaires du droit d'asile constitutionnel, aux réfugiés de la *Convention de 1951 (A)*. Puis, une décision de 1993 donne au juge l'occasion de redécouvrir le contenu et la portée du droit d'asile constitutionnel en tant que droit subjectif d'applicabilité directe, indépendant du droit international des réfugiés **(B)**. Mais subséquemment mis à mal par une succession de mesures normatives (nationales et internationales) visant à le vider de son sens, le droit d'asile constitutionnel semble, malgré quelques sursauts, être devenu une chimère **(C)**.

A) La technique jurisprudentielle du renvoi aux conventions internationales.

Saisi sur la constitutionnalité d'une loi relative à la prévention de l'immigration clandestine, le Conseil Constitutionnel se prononce pour la première fois, le 9 janvier 1980²⁸¹, sur le grief de la méconnaissance du droit d'asile. Tout en écartant le moyen, le Conseil a procédé à un examen sur le fond de ce dernier. Il a répondu qu'il n'y avait pas d'atteinte au « droit d'asile reconnu par le préambule de la Constitution de 1946, repris par le préambule de la constitution du 4 octobre 1958 », car rien ne s'opposait à l'application de la *Convention de Genève*. Considérée comme très prometteuse quant à la constitutionnalisation du droit d'asile, cette décision n'a eu aucune portée pratique. Les auteurs se sont d'ailleurs divisés sur ce sujet.

²⁸⁰ Frank MODERNE, *Le droit d'asile constitutionnel dans les États de l'Union européenne*, Coll. Droit public, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 51.

²⁸¹ CC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, 79-109 DC, *Rec.* p. 29 ; note FAVOREU, *RDP* 1980, p.1631 ; et note J.B. AUBY ; *D.* 1980-249.

Pour certains, il s'agissait d'une décision visant à la consécration du droit d'asile²⁸², tandis que d'autres s'interrogèrent sur la réalité de cette reconnaissance²⁸³. Sans vouloir amoindrir exagérément la portée de cette décision, et l'importance que représente un examen au fond du moyen tiré de la violation du droit d'asile, il faut reconnaître que la formulation choisie par le juge ne ressemble pas à une « consécration » du droit d'asile, mais davantage à une « constatation » de son inscription dans le *Préambule*²⁸⁴.

Dans la même année, la décision du 17 juillet le Conseil reconnaît également l'existence du droit d'asile et comme dans la décision précédente, l'érige en principe à valeur constitutionnelle, cette fois-ci « proclamé » par le *Préambule de 1946*, et « réaffirmé » par la *Constitution de 1958*²⁸⁵. Très révélatrices d'un véritable progrès en matière de droit d'asile et d'une nouvelle nature (constitutionnelle) de la protection du réfugié, ces décisions ont aussi une incidence sur les autres juridictions (administratives et judiciaires), et donc, d'une manière générale, sur tout le mécanisme de garantie juridictionnelle. Les décisions suivantes n'ont pas montré la même ferveur envers un droit d'asile de nature constitutionnelle, mais elles se sont toujours rattachées au *Préambule de 1946*.

En 1986, le juge Constitutionnel approfondit la démarche utilisée dans ses précédentes décisions, et pose la question du régime du droit d'asile²⁸⁶. Mais dans sa réponse, il ne fit pas écho aux arguments invoqués par les auteurs de la saisine sur la violation de l'alinéa 4 du *Préambule de 1946*. En l'occurrence, ces derniers reprochaient à la loi de

« conférer un caractère immédiatement exécutoire au refus d'accès au territoire français et de laisser ainsi aux autorités de police, à défaut de garantie judiciaire appropriée, un pouvoir discrétionnaire susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel du droit d'asile ».

Selon eux, le législateur aurait dû prévoir une dérogation particulière aux personnes désireuses de demander le statut de réfugié. Le Conseil Constitutionnel n'a pas retenu ce grief et a déclaré que le « principe » inscrit à l'alinéa 4 du *Préambule de 1946* devait être « mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité

²⁸² Louis FAVOREU, CC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, RDP, 1980, p. 1632 et Louis FAVOREU, « Le droit d'asile : aspects de droit constitutionnel comparé », dans D. TURPIN (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales*, Economica, 1989, p. 21.

²⁸³ F. TIBERGHIEU, *La protection des réfugiés en France*, Economica, 2^e éd, 1988, p. 61.

²⁸⁴ Les termes utilisés dans la décision étaient les suivants : « droit d'asile *reconnu* par le *Préambule de 1946*, repris par le *Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958* ». Nous soulignons.

²⁸⁵ CC, 17 juillet 1980, *Loi n° 80-565 du 21 juillet 1980, autorisant la ratification de la Convention franco-allemande additionnelle et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, Décision 80-116 DC, Rec. p. 36..

²⁸⁶ CC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC, Rec 139, B. GENEVOIS, « La liberté individuelle, le droit d'asile et les conventions internationales », RFDA, 1987, p. 120 et note R. PINTO, « Réflexions sur le rôle du Conseil constitutionnel », JDI, 1987, p. 289.

prévue à l'article 55 de la Constitution ». Le juge a donc simplement renvoyé la mise en œuvre du droit d'asile constitutionnel aux lois (inexistantes ou presque à l'époque dans le domaine) et aux conventions (dont l'existence était beaucoup plus concrète). Et comme il n'est pas le juge de la conformité des lois aux normes internationales, il a donné au droit d'asile *constitutionnel*, le contenu de la norme *internationale*.

La portée de la valeur constitutionnelle du droit d'asile a été ainsi nettement relativisée, et pour reprendre les termes de Henri Labayle, le régime du droit d'asile a été stérilisé par le Conseil Constitutionnel²⁸⁷. Réduit à un concept flou dont les contours dépendraient des précisions des conventions internationales²⁸⁸, le droit d'asile constitutionnel a perdu toute son autonomie, pour autant qu'elle ait un jour existé.

Le juge a eu, envers le droit d'asile, une démarche hésitante et qualifiée de contradictoire²⁸⁹ en ce qu'il affirmait dans un premier temps que l'asile était un droit constitutionnellement protégé, mais que sa mise en œuvre passait par les lois internes et les conventions internationales. Or, un droit constitutionnellement protégé est normalement un droit subjectif d'applicabilité directe. En subordonner l'application à la loi ou au traité vide de son sens la formule « constitutionnellement protégé ». De plus, il n'existait pas de lois internes susceptibles de le mettre en œuvre²⁹⁰, et la convention internationale concernée (la *Convention de Genève*) n'a pas pour objet le droit d'asile.

Cette technique jurisprudentielle a abouti à réduire considérablement la portée et l'effectivité du droit d'asile, en dépit des conditions d'accès déjà restrictives à ce dernier. En effet, la définition donnée par la *Convention de Genève* est beaucoup plus large que celle du *Préambule*, qui exige une « action en faveur de la liberté ». Mais si étroite fût-elle, la définition du *Préambule* donnait au combattant de la liberté, un véritable droit d'accès « sur

²⁸⁷ Cité dans O. DUHAMEL et Y. MENY, « Droit d'asile », dans *Dictionnaire de Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

²⁸⁸ CC, 25 février 1992, DC 92-307, *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*. Voir François JULIEN-LAFERRIÈRE, « De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p. 656. », Dominique TURPIN, « la loi du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et aéroports », *Les petites affiches*, 6 novembre 1992, p. 11 ; et Bruno GENEVOIS, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, p. 185.

²⁸⁹ Frank MODERNE, *Le droit d'asile constitutionnel dans les États de l'Union européenne*, Coll. Droit public, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 42.

²⁹⁰ L'*Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* n'intéressait que les étrangers ayant obtenu le statut de réfugié en application de la loi du 25 juillet 1952 *portant création de l'OFPPA*. Cette dernière se borne à décrire les procédures d'application de la Convention de Genève et ne définit aucun droit. Les dispositions relatives au droit d'asile n'ont été incorporées dans l'ordonnance de 1945 qu'en 1993.

les territoires de la République », opposable aux pouvoirs publics. Par sa manœuvre, le juge constitutionnel a délayé le droit d'asile dans la *Convention de Genève*, et supprimé l'obligation pour l'État français d'accueillir le réfugié persécuté en raison de son action pour la liberté. Le juge a laissé le traité phagocyter et épuiser le contenu de la norme constitutionnelle²⁹¹.

Mais en 1993, dans un contexte qui ne le laissait pas présager en raison des difficultés rencontrées par le législateur pour contrôler l'immigration clandestine, le Conseil Constitutionnel redonne au droit d'asile sa valeur de droit constitutionnel à caractère fondamental, autonome de la *Convention de Genève*.

B) La redécouverte du droit d'asile constitutionnel.

Le 15 juillet 1993, la *loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers* fut déférée au Conseil Constitutionnel. L'article 24 de cette dernière visait notamment à modifier l'ordonnance de 1945 en prévoyant un chapitre intitulé « Des demandeurs d'asile », qui concernerait les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié, sur le territoire français. Les articles insérés dans l'ordonnance de 1945 prévoyaient notamment que le préfet avait compétence exclusive pour refuser l'admission dans le cas où l'examen de la demande d'asile relevait de la compétence d'un autre État (au titre des *Conventions Schengen et Dublin*²⁹²).

Dans sa longue et retentissante réponse du 13 août 1993²⁹³, le Conseil rappelle dès le 4^e considérant que certains étrangers « peuvent se prévaloir » du droit reconnu dans le *Préambule de 1946*, « selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République »

Mais il rappelle surtout que les garanties attachées au droit d'asile tel que prévu à l'alinéa 4 du *Préambule*, si elles ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, n'en représentent pas moins pour le législateur une exigence constitutionnelle qu'il se doit d'assurer. Le Conseil ajoute que

« s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant

²⁹¹ Denis ALLAND, « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RGDIP*, 1994, p. 221. Pendant cette période, le Conseil d'État a relayé l'attitude du Conseil Constitutionnel, Voir CE, 20 septembre 1985, *France terre d'asile*, *Rec.* p. 263.

²⁹² Voir *infra*, Partie 3, Titre 1.

²⁹³ CC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, 93-325 DC, *Rec.*, p. 224.

sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ».

Il censurera d'ailleurs, pour non respect du principe constitutionnel du droit d'asile, les dispositions de la loi relatives à la compétence exclusive du préfet et empêchant le demandeur d'asile de saisir l'OFPRA d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

Cette décision marque la distinction attendue entre les demandeurs d'asile invoquant la *Constitution*, et les demandeurs d'asile invoquant la *Convention de Genève*. De plus, elle redonne ses lettres de noblesse à la conception révolutionnaire de l'asile. En rompant le lien entre la *Convention de Genève* et l'alinéa 4 du *Préambule de 1946*, et en définissant le droit d'asile comme un « droit fondamental subjectif d'application directe », le juge constitutionnel a révolutionné la scène juridique. Il en a résulté la coexistence d'un droit d'asile *constitutionnel*, droit de l'individu, avec le droit d'asile *conventionnel*, « droit » ou faculté de l'État. Pour les « combattants de la liberté », le premier est directement invocable et applicable en tant que droit subjectif, et pour les « autres » persécutés, il y a la *Convention de Genève* qui leur apporte des garanties minimales. Les bénéficiaires de l'asile constitutionnel ne sont pas exclus de l'asile conventionnel, mais la réciproque n'est pas vraie.

À la suite de la décision du Conseil Constitutionnel de 1993, le Gouvernement a sollicité l'avis du juge administratif sur la possibilité d'adopter une loi permettant de soumettre les candidats à l'asile qui se fondent sur le *Préambule de 1946*, aux règles de la *Convention de Schengen*. La réponse du Conseil d'État fut bien sûr négative²⁹⁴, et insista sur le fait qu'une obligation constitutionnelle telle qu'inscrite au quatrième alinéa du *Préambule* ne pouvait disparaître que par l'effet d'une loi constitutionnelle. Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que le moyen tiré du droit d'asile constitutionnel « est en tout état de cause inopérant à l'appui d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié fondée sur la Convention de Genève »²⁹⁵.

C) Droit d'asile constitutionnel : assauts, sursauts, état des lieux.

La décision de 1993 a été immédiatement vidée de son sens par une tout aussi

²⁹⁴ CE, sect. Int. Avis 23 septembre 1993, *Droit d'asile, Grands avis*, 1997, n° 39.

²⁹⁵ CE, 22 novembre 1996, *Messara*, req. n° 167.1985, *RFDA*, 1997/2, p. 279. En l'occurrence, il s'agissait du moyen tiré de l'art. 53-1. Mais la position du CE est floue.

retentissante²⁹⁶ révision de la *Constitution* visant à mettre la France en conformité avec ses engagements internationaux. Mais pour ne pas toucher au *Préambule*, cette révision a fait du droit d'asile constitutionnel un monstre à deux têtes (1). Par la suite, des mesures législatives ont successivement conduit à réécrire le droit d'asile constitutionnel pour finalement l'affaiblir (2).

1) Le doublon du texte constitutionnel en matière d'asile.

En réponse immédiate à la décision du Conseil Constitutionnel, la majorité politique de l'époque décide de procéder à une révision de la *Constitution*, en vue de faire appliquer la *Convention Schengen*²⁹⁷. Il s'agissait donc de permettre à l'État français de s'abstenir de l'examen d'une demande d'asile formulée par une personne persécutée pour son « action en faveur de la liberté » (exigence constitutionnelle), alors qu'en vertu de la *Convention Schengen*, la France n'était pas le pays responsable de la demande d'asile (engagement conventionnel). De nouvelles dispositions constitutionnelles « relatives aux accords internationaux en matière de droit d'asile » ont été inscrites dans la loi fondamentale, et insérées dans le titre VI consacré aux traités et accords internationaux. Le nouvel article 53-1 fut ainsi rédigé :

« 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. »

²⁹⁶ Bruno GENEVOIS, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871 ; Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *Les petites affiches*, 9 septembre 1993, n°108, p. 4. ; Roger PINTO, « Le Conseil constitutionnel et la Cour Suprême des États-Unis confrontés au droit international. Entrée et séjour des étrangers », *JDI*, 1994, p. 303 ; Laurence BURORGUE-LARSEN, « La politique de l'asile au service de la réglementation des flux migratoires », *Gazette du palais*, 15 novembre 1994 ; Patrick GAIA, « Droit d'asile et Constitution », *Revue Belge de droit constitutionnel*, 1994, p. 203. ; Yves GAUTIER, « Les accords Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe (Juris-Classeurs)*, décembre 1993, p. 1. ; Jean ROSSETTO, « La Convention de Schengen : controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1994, p. 315. ; Danièle LOCHAK, « Le trompe-l'œil du Palais-Royal », *Plein droit*, 22-23 octobre 1993-mars 1994, p. 6. ; Jean GICQUEL et P. AVRIL, *Pouvoirs*, 1993, n° 68, pp. 166-167 et p. 172. ; Denis ALLAND, « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RGDIP*, 1994, p. 205. ; Dominique TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Revue critique de international privé*, 1994, p. 1. ; François JULIEN-LAFERRIERE, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », dans *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 209 et s.

²⁹⁷ *Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile*, JO du 26 novembre 1993.

Cette disposition est redondante. Le premier alinéa précise que la France peut conclure des traités, ce qui n'est pas une révélation constitutionnelle concernant les compétences internationales de l'État français. Ajouter que la France peut conclure des traités « en matière d'asile » ne semble pas être une précision fondamentale. Quant au contenu du second alinéa, il existe depuis 1946 dans le *Préambule*, et n'a d'ailleurs jamais été remis en cause par la *Convention Schengen* qui donne expressément à l'État la faculté d'accorder l'asile sur la base de son droit national (art. 29-4).

Il se trouve néanmoins que la révision constitutionnelle a permis le vote en décembre 1993, d'une nouvelle loi sur la maîtrise de l'immigration reprenant quasiment mot pour mot, les dispositions qui avaient été censurées par le Conseil Constitutionnel, quelques mois auparavant.

Quant à la coexistence de l'alinéa 4 du *Préambule* avec l'article 53-1, la question de l'abrogation déguisée, ou de la neutralisation du premier s'est posée²⁹⁸, mais une décision ultérieure du Conseil Constitutionnel a dissipé l'interrogation, sans pour autant justifier leur parallélisme.

Le juge est en effet saisi le 22 avril 1997 de la *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*²⁹⁹. Les requérants contestaient particulièrement un article visant à être inséré dans l'ordonnance de 1945, et prévoyant de permettre aux services de police et aux unités de gendarmerie de retenir le passeport ou le document de voyage de personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière. Tout en rejetant le grief, le juge a développé quelques considérations et réserves d'interprétation, relatives au droit d'asile. L'alinéa 4 du *Préambule* est notamment présenté dans les mêmes termes que dans la décision de 1993 : « il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle. »

Ainsi, la question de l'abrogation implicite de l'alinéa 4, par l'existence du nouvel article 53-1 ne se pose plus. En revanche, son champ d'application est à nouveau imprécis. Avant 1993, il n'avait pas d'applicabilité directe. Avec la décision de 1993, il devient d'applicabilité directe. En 1997, avec l'existence de l'article 53-1, ses contours sont rendus flous. Il y a une

²⁹⁸ H. LABAYLE, « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », *RFDA*, 1997, p. 242, et B. PACTEAU, « Les droits fondamentaux des étrangers : de l'abri constitutionnel à l'ombre internationale », *Revue européenne de droit public*, 1995, Vol. 7-8, p. 599 et s.

²⁹⁹ CC, 22 avril 1997, relative à *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, n° 97-389 DC, Rec.p.45.

contiguïté, pour les combattants de la liberté, d'un droit fondamental subjectif (alinéa 4) et d'un pouvoir souverain de l'État (art 53-1).

Or, un demandeur d'asile relevant de la compétence de l'État français, et qui se trouverait être un « combattant de la liberté », ne verra dans l'article 53-1 aucun intérêt, sachant qu'il est protégé par l'alinéa 4. Si, en revanche, il ne relève pas de la compétence de l'État français, il pourrait se prévaloir de l'article 53-1, mais son contenu n'a pas la valeur d'un droit fondamental subjectif, et l'accueil de l'étranger dépendrait de la décision des « autorités de la République ».

Finalement, l'application de l'alinéa 4 du *Préambule* est réduite aux situations dans lesquelles l'examen de la demande d'asile d'un combattant de la liberté relève conventionnellement de l'État français.

Enfin, il faut noter qu'une partie de la décision de 1997 opère à nouveau un rattachement du droit d'asile constitutionnellement garanti, au droit des réfugiés conventionnellement établi. Dans son 26^e considérant, le juge précise que le droit d'asile est rattaché à l'application du statut du réfugié par l'OFPRA. L'OFPRA étant l'organisme français d'application de la *Convention de Genève*, le droit d'asile constitutionnel est à nouveau relié, et soumis, à la convention internationale.

2) La réécriture de l'asile constitutionnel.

Sans jamais frontalement le remettre en cause, et parfois même sous couvert de lui donner une véritable substance (a), l'évolution législative a fini par trahir l'asile constitutionnel (b).

a) Lissage et déclassement de l'asile constitutionnel.

Le 5 mai 1998, le Conseil Constitutionnel précise que les demandes de la qualité de réfugié, qu'elles soient fondées sur la *Convention de Genève* ou sur le *Préambule de 1946*, « présentent entre elles un lien étroit », « requièrent un examen éclairé des mêmes circonstances de fait » et tendent « au bénéfice d'une protection identique ». En conséquence, le législateur devait unifier « les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune (...) »³⁰⁰.

Ainsi, d'une part l'OFPRA est reconnu compétent pour reconnaître la qualité de réfugié quel que soit le terrain juridique de la demande, et d'autre part les bénéficiaires du droit

³⁰⁰ CC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, n°98-399 DC, Rec. p. 245, JO du 12 mai 1998, p. 7092.

constitutionnel d'asile se voient accorder les droits et garanties prévus par la *Convention de Genève*.

Suite à cette décision, la *loi Chevènement du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, dite « RESEDA », entre en vigueur et le rôle et place du droit d'asile constitutionnel doivent à nouveau être redéfinis.

Le nouveau dispositif législatif a notamment apporté trois éléments à forte portée symbolique. Tout d'abord, la *loi du 25 juillet 1952 portant création de l'OFPRA* a été renommée « *Loi relative à l'asile* », et a notamment permis de distinguer – du moins dans le discours, mais c'est loin d'être négligeable – l'asile de l'immigration. De plus, la loi prend acte des indications du juge constitutionnel et donne compétence à l'OFPRA pour reconnaître la qualité de réfugié sur le fondement de la *Convention de Genève* et sur le fondement du Préambule de 1946. Toutes les personnes reconnues au titre de l'asile constitutionnel ou au titre de l'asile conventionnel bénéficient des dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la *Convention de Genève* du 28 juillet 1951.

Malgré la nouveauté de l'« asile territorial », élargissant incontestablement le champ de la protection des exilés en allant bien au-delà du domaine de la *Convention de Genève*, et malgré l'impulsion visant à consacrer le droit d'asile constitutionnel, la portée des dispositions de la loi RESEDA est en réalité plus limitée. L'alinéa 4 du *Préambule* n'est toujours pas complètement détaché de la *Convention de Genève*, et l'État français a à nouveau expressément réaffirmé son droit souverain d'accorder l'asile³⁰¹.

Sur le premier point, il faut noter que pour la première fois depuis sa consécration en 1993, le 4^e alinéa du Préambule connaît une application expressément prévue par le législateur. Et il a été ainsi dit de la *loi Chevènement*, qu'elle faisait du *Préambule de 1946* une source directe du droit des réfugiés³⁰².

Tout combattant de la liberté se verra accorder le statut de réfugié selon la procédure prévue pour l'application de la *Convention de Genève*. À nouveau, le fondement constitutionnel, et le fondement conventionnel de l'asile se voient réunis dans un même système d'application. En fait, l'inscription de l'alinéa 4 du *Préambule* dans la loi de 1998 ne vise pas à offrir de meilleures garanties aux demandeurs d'asile combattants de la liberté, afin

³⁰¹ Isabelle DODET-CAUPHY, « La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel », *RFDA*, 1999, pp. 469-484.

³⁰² « ABC du droit des étrangers », *DPDE*, Feuilles 18, p. 171.

qu'ils puissent se fonder sur un droit subjectif à l'asile. Elle vise simplement à étendre le champ d'application du statut par le biais de cette notion de « combattant de la liberté ». En donnant une assise légale au fondement constitutionnel de l'asile, la loi *Chevènement* de 1998 offrait des occasions plus nombreuses de reconnaître la qualité de réfugié à une personne persécutée pour « son action en faveur de la liberté », mais au prix de ce qui n'était ni plus ni moins qu'un déclassement normatif de l'asile constitutionnel en asile législatif. Être combattant de la liberté permettait l'accès au statut conventionnel, mais n'ouvrait plus de droit fondamental subjectif à l'asile.

b) Confusions des protections et dilution de l'asile constitutionnel.

L'introduction dans la loi de 1998, de la pratique administrative de l'asile territorial³⁰³, s'inscrit comme suite logique de la révision constitutionnelle de 1993, qui a apporté l'article 53-1. La loi du 11 mai 1998 officialise la pratique de l'asile discrétionnaire (asile territorial) annoncé par l'article 53-1 de la *Constitution*. Malgré la vigilance du juge administratif à ce sujet (i.), la confusion des protections juridiques a entraîné une véritable dilution de l'asile constitutionnel (ii.).

i. Asile territorial et confusions des protections.

Le Conseil d'État est vigilant envers les actes réglementaires tendant à restreindre la portée du droit d'asile, ou plus exactement du droit à l'asile. Dans un arrêt (n°201020, 202537) du 26 janvier 2000, il a invalidé une circulaire du ministre de l'Intérieur et du ministre des Affaires étrangères relative à l'asile territorial³⁰⁴ et tendant à priver de l'application de la loi de 1952, les étrangers faisant l'objet ou encourant des menaces dans leur pays « émanant de personnes ou de groupes distincts des autorités publiques de ce pays ». Or, aucune disposition de la loi du 25 juillet 1952 n'autorise cette réserve. La circulaire visait à établir une alternative à la *Convention de Genève* qui, selon une interprétation d'ailleurs dénoncée par le HCR, ne traite que des persécuteurs étatiques. Ce n'est pas l'avis du Conseil d'État qui ne justifie pas l'étanchéité des domaines couverts par la *Convention de Genève* et ceux qui relèvent de l'asile territorial. Ainsi, l'asile territorial ne devait être refusé sur des considérations ayant trait aux auteurs des persécutions. Le Conseil d'État a également censuré

³⁰³ Pratique bien antérieure, mais systématiquement établie par voie de circulaires rarement (sinon jamais) publiées. Voir l'étude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, 1^{er} janvier 2004, p. 610.

³⁰⁴ Circulaire du ministère de l'Intérieur du 25 juin 1998, N° NOR/INT/D/98000138 C, reproduite à l'URL : <http://www.gisti.org/doc/textes/1998/intd98000138c/index.html> (consultée le 28 juin 1998).

une disposition visant à réduire la compétence de l'OFPRA au profit du ministre de l'Intérieur, en matière d'examen de la demande d'asile, en étendant les cas de recours aux procédures d'urgence. En effet, le décret d'application de la loi du 11 mai 1998 énumérait limitativement les circonstances dans lesquelles l'administration pouvait recourir aux procédures d'urgence pour examiner une demande d'asile territorial : quand l'étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement et se trouve, pour cette raison, placé en rétention administrative, lorsque sa présence constitue une menace pour l'ordre public, et lorsque sa demande est de nature abusive, frauduleuse ou dilatoire. La circulaire en ajoutait une autre, applicable dans les cas où le demandeur, sollicitant à la fois l'asile territorial et le statut de réfugié, se verrait refuser l'accès à ce dernier au titre d'une exception prévue par la *Convention de Genève* à l'article 1.C5. Ici, le juge administratif a refusé que la *Convention de Genève* soit utilisée à des fins limitatives dans l'octroi de l'asile territorial. Il est d'ailleurs étonnant qu'une loi – celle du 11 mai 1998 – censée combler les supposées lacunes de la *Convention de 1951* puisse permettre l'invocation de cette dernière et des limites qu'elle comporte, pour refuser l'accès à l'asile territorial.

Une disposition donnant compétence aux fonctionnaires de surveillance de centre de rétention pour entendre les demandes d'asile a également été annulée par le Conseil d'État. Il a rappelé que seuls les agents de préfecture sont compétents, et qu'en cas d'urgence, ils doivent alors se rendre dans les centres de rétention, pour procéder à l'audition.

Dans un commentaire de cet arrêt, le GISTI a évoqué une relecture de la loi du 11 mai 1998, et un élargissement du champ d'application de l'asile territorial par le Conseil d'État³⁰⁵. Il semble en fait que le juge administratif se soit contenté d'une véritable lecture de cette loi et de son décret d'application, sans interprétations extensives particulières, et que cette stricte lecture a logiquement abouti à l'annulation d'une circulaire manifestement illégale.

ii. Dilution de l'asile constitutionnel.

Bien que les propos qui suivent cadrent davantage dans les prochains développements, notamment relatifs à la « quête du provisoire », les changements législatifs postérieurs à la loi *RESEDA* doivent être évoqués ici pour leur impact sur le droit d'asile constitutionnel.

L'asile territorial a été supprimé en décembre 2003 (loi « Villepin ») et remplacé par la

³⁰⁵ GISTI, « Le Conseil d'État modifie les règles du jeu de l'asile territorial », janvier 2000, URL : <http://www.gisti.org/doc/argumentaires/2000/asile/commentaire.html> (consultée le 20 mai 2007).

« protection subsidiaire » pour se conformer à la proposition de directive du Conseil européen, faisant elle-même suite aux orientations définies par le Conseil de Tampere en 1999 « établissant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié »³⁰⁶.

Cette nouvelle forme d'asile permet en fait d'apporter une protection subsidiaire à la personne qui ne remplit pas les critères d'admission au statut de réfugié, mais qui établit

« qu'elle est exposée dans son pays à la peine de mort ; la torture ou des peines ou traitements inhumains et dégradants ; s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international »³⁰⁷,

sous réserve bien sûr que l'individu en question n'entre pas dans un des cas d'exclusion *inspirés* par ceux prévus dans la *Convention de 1951*.

La protection subsidiaire est accordée « pour une période d'un an renouvelable » et peut prendre fin à tout moment pour toute raison qui fait qu'elle n'aurait pas été accordée en premier lieu, c'est-à-dire pour l'un des motifs qui aurait justifié l'exclusion.

Cette dernière mesure législative semble ouvrir une brèche dans le dialogue entre la justice constitutionnelle et le droit international. La protection subsidiaire prend le relais de la protection traditionnelle aboutissant au statut de réfugié. Elle est, nous insistons, subsidiaire et non alternative. Elle n'est envisagée que si la qualité de réfugié au titre de la *Convention de Genève* ne peut être accordée, et le demandeur ne doit pas spécifier quel type de protection il souhaite. Notons que la protection subsidiaire présente l'avantage de permettre à son bénéficiaire de retourner occasionnellement dans son pays, ce que ne permet pas le statut de réfugié, sauf à cesser. Elle semble ainsi ouvrir le champ de protection des réfugiés, notamment, et c'est le point clé de cette mesure, en intégrant la notion de « menace grave » – plus large que celle de persécution – dans les motifs de protection. Ainsi, dans un contexte de guerre civile par exemple, il est beaucoup plus facile de faire état d'une menace grave (sans considération des raisons pour lesquelles le demandeur y est exposé) que d'une crainte de persécution (nécessairement fondée sur la race, la religion, la nationalité, les opinions

³⁰⁶ Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil fixant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié aux termes de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et du protocole de 1967, ou de personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*. COM [2001] 510 final, 12 septembre 2001, *JOCE* n° 51 du 26 février 2002. Cette proposition a abouti sur la directive du 29 avril 2004, qui n'en a pas repris tous les éléments.

³⁰⁷ Article 2 modifié de la Loi de 1952. Ces dispositions figurent désormais aux articles L. 712-1 à L. 712-3 du CESEDA.

politiques et l'appartenance à un certain groupe social).

D'autre part, la décision d'accorder cette « protection subsidiaire » n'est plus discrétionnaire, comme l'était celle relative à l'asile territorial. Elle est accordée par décision motivée de l'OFPRA et non plus par le ministre de l'Intérieur, et donne droit à un recours avec effet suspensif devant la Commission des Recours des Réfugiés.

Hormis cela, son champ d'application n'est pas aussi autonome du statut de réfugié qu'il y paraît, car les deux statuts ont en commun des éléments fondamentaux de définition: la peine de mort (quand elle ne sanctionne pas un crime de droit commun) et les traitements inhumains ou dégradants, qui constituent également des persécutions au sens de la *Convention de Genève*. Quant à l'abandon de la prise en compte de l'auteur des persécutions, nous en traiterons plus loin, mais il faut noter qu'il n'est pas non plus une exclusivité réservée à la protection subsidiaire puisqu'il concerne désormais la détermination de la qualité de réfugié au sens de la *Convention de Genève*.

Gardons bien à l'esprit en revanche, d'une part le caractère temporaire de cette protection, et d'autre part les deux compensations qui lui sont assorties: la notion d'« agent de protection » et la notion d'« asile interne ».

La première permet à l'OFPRA et la CRR de refuser le statut s'il existe dans le pays d'origine du réfugié, des organisations non-étatiques susceptibles de le protéger. Cela consiste à rejeter sur les humanitaires, dont la marge de manœuvre et les moyens matériels sont souvent inadéquats, le fardeau d'une protection qui nécessiterait d'avoir les effets d'une protection étatique.

La seconde permet d'appliquer une théorie jusqu'alors expressément rejetée par le Conseil d'État dans le cadre de la détermination de la qualité de réfugié ou de l'octroi de l'asile territorial³⁰⁸, et qui consiste à pouvoir rejeter une demande d'asile si le requérant a

« accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine si cette personne n'a aucune raison de craindre d'y être persécutée ou d'y être exposée à une atteinte grave et s'il est raisonnable d'estimer qu'elle peut rester dans cette partie du pays » (art. L. 713-3 *CESEDA*).

Le juge constitutionnel s'est prononcé à ce sujet dans une décision du 4 décembre 2003³⁰⁹ à travers la réserve d'interprétation suivante: l'accès à une protection dans une zone

³⁰⁸CE, 28 décembre 2001, *Nechem*, n° 223266, et *Préfet du Val d'Oise c. Foulal*, n° 230477, Le CE se sur les risques encourus « en cas de retours en Algérie » et non, en cas de retour « dans une certaine région de l'Algérie ».

³⁰⁹ CC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, n° 2003-485DC, JO du 11 décembre 2003.

géographique du pays d'origine ne doit pas être un motif de refus de la qualité de réfugié ou de l'octroi de la protection subsidiaire si la zone géographique en cause ne constitue pas « une partie substantielle du pays d'origine » pour laquelle l'OFPRA et la CRR doivent s'assurer que l'intéressé peut y accéder et s'y établir « en toute sécurité », et « y mener une existence normale ». Pour aboutir à cette assurance d'une protection effective, le rapporteur de la commission des lois du Sénat avait dès 2003 précisé que l'OFPRA et la CRR devaient ici tenir compte de « l'auteur de la persécution »³¹⁰. En effet, la possibilité d'obtenir une protection effective sur une partie du territoire s'apprécie différemment si la persécution émane de l'État ou d'un acteur non-étatique.

Il est très clair qu'elle institutionnalise, à la suite de la loi RESEDA, les portes de sortie que se réservent les autorités françaises en matière de protection des réfugiés, et d'application de la *Convention de Genève*³¹¹.

Les règles précédemment exposées par le juge administratif sur l'asile territorial restent sans aucun doute valables pour la protection subsidiaire. La jurisprudence relative à celle-ci est encore mince en raison de l'inertie du contentieux³¹², même si le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de poser en termes clairs que la protection subsidiaire est un « corollaire du droit constitutionnel d'asile »³¹³, et d'apporter certaines précisions, comme l'exigence, pour être admis au dépôt d'une demande de protection subsidiaire, après avoir essuyé un refus de reconnaissance du statut de réfugié, que le requérant présente des faits ou éléments nouveaux³¹⁴.

Mais c'est surtout au regard des notions de « protection non étatique » et « d'asile interne » que le rôle protecteur du juge administratif pourra se manifester. Il est intéressant de noter que jusqu'à la loi de 2003, le Conseil d'État a toujours rejeté l'idée d'un asile interne, qui, même si elle n'avait pas encore reçu validation législative, existait déjà³¹⁵.

Dans un arrêt du 18 janvier 2006, le Conseil d'État rejette le recours exercé par l'OFPRA

³¹⁰ Jean-René LECERF, Rapport fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 octobre 2003, Sénat, rapport n° 20 (2003-2004).

³¹¹ Voir *infra*, Partie 3, Titre 2, chapitre 2.

³¹² CE, 9 novembre 2007, *M.A.*, req. n° 273951 et CE, 9 novembre 2007, *M. A épouse C*, req. n° 273952 : Le rejet d'une demande incidente de protection subsidiaire auprès de la CRR, ne peut logiquement pas constituer d'erreur de droit, dès lors que cette demande n'a jamais été faite devant l'OFPRA, faute de fondement légal à l'époque.

³¹³ CE, 17 juin 2005, *Mme X*, n° 281633.

³¹⁴ CE, 13 mars 2006, *Préfet du Tarn*, n° 270374.

³¹⁵ CE, 28 décembre 2001, *Nechem*, n° 223266, et *Préfet du Val d'Oise c. Foual*, n° 230477.

contre une décision de la CRR annulant précisément une décision de rejet de l'OFPRA. Le CE se fonde sur la non-rétroactivité de la loi de 2003 instituant l'asile interne, et le fait que dès lors, la CRR n'a pas commis d'erreur de droit en octroyant le statut de réfugiée à une femme sans se prononcer sur le fait qu'elle aurait pu être protégée sur une autre partie du territoire de son État d'origine³¹⁶.

Ainsi, la garantie du droit d'asile ne ressort pas plus forte du dialogue droit interne / droit international et l'accès au statut de réfugié n'est garanti constitutionnellement que dans la mesure où la *Convention de Genève* existe. De plus, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel est de moins en moins ambitieuse au regard de la proclamation de la valeur constitutionnelle du droit d'asile. En revanche, nous verrons que la justice constitutionnelle œuvre de façon plus claire pour une véritable protection de la liberté individuelle des réfugiés et des immigrés.

II) Au Canada: l'applicabilité de la Charte des droits et libertés aux réfugiés.

Tant que l'asile a été considéré comme un mode d'immigration, et que l'immigration était elle-même considérée comme un privilège, le réfugié ne pouvait prétendre à aucune justice (A). Le rapatriement d'une charte des droits et libertés dans la *Loi constitutionnelle* a très fortement contribué à remettre en cause cette vision conservatrice et à mettre en œuvre une justice constitutionnelle pour les réfugiés (B). Ce qui a soulevé pour la suite la question de l'organisation juridictionnelle de cette protection des droits constitutionnels des réfugiés. Une question intéressante, car elle se démarque du modèle français (C).

A) L'impossible garantie constitutionnelle d'un privilège.

Historiquement, immigrants et réfugiés ont été dépourvus de tout droit au recours devant les tribunaux en matière d'immigration et d'asile (les lois sur l'immigration étaient organisées de façon à soustraire la procédure administrative à tout contrôle judiciaire). Puis, de 1960 à 1985, ils eurent pour seules armes juridiques, le recours à la *Déclaration canadienne des droits de 1960*, et après 1982, à la *Charte*.

Suite à l'arrêt *Prata*³¹⁷ de 1976, un courant conservateur fondé sur la survivance du

³¹⁶ CE, 18 janvier 2006, *OFPRA*, n° 252845.

³¹⁷ *Prata c. ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376.

pouvoir royal en matière d'immigration a prévalu pour justifier l'inapplicabilité de la *Déclaration*. Selon leur théorie, qui sera par la suite appliquée à la *Charte*, cette prérogative royale faisait de l'immigration (et de l'asile) un « privilège », et non un « droit ». De fait, ni la *Déclaration*, ni la *Charte* ne pouvaient être d'aucun secours pour garantir un droit qui n'existait pas³¹⁸.

De la même façon, tout recours à la *Déclaration canadienne des droits* et plus particulièrement à son article 2

« (...) nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme (...) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations »,

fut exclu en raison du caractère administratif de la décision, et de l'impossibilité corollaire pour la *Déclaration* de renverser une procédure « administrative ». Il faut comprendre qu'administratif s'entend ici comme une prérogative de l'exécutif.

Notons qu'aucune différence entre le statut des immigrants et le statut des réfugiés n'a été envisagée par ces jurisprudences et ces doctrines. Le droit fondamental et légitime des réfugiés à trouver protection n'a longtemps été considéré au Canada que comme mode d'immigration semblable aux autres, c'est-à-dire un privilège.

La *Charte* ne fait donc aucune mention d'un droit d'asile ni même d'un droit de demander l'asile. Les réfugiés ne peuvent en aucun cas revendiquer un tel droit en se basant sur le texte constitutionnel. La seule garantie qu'apporte la *Charte* et dont les candidats réfugiés peuvent éventuellement se prévaloir, est celle des « garanties procédurales » de l'article 7³¹⁹. La notion est également qualifiée, par référence directe à la *Charte*, de « justice fondamentale », de « justice naturelle » ou encore plus simplement d'« équité procédurale »³²⁰. L'article 7 accorde à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et précise qu'il « ne peut porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». C'est dans ce domaine que le demandeur d'asile pouvait constitutionnellement être assuré d'avoir accès à la justice, sous réserve d'une interprétation extensive de cet article 7 par le juge.

Or, l'attitude jurisprudentielle pencha d'abord vers une interprétation restrictive. Ainsi,

³¹⁸ Denis LEMIEUX et Marie-Josée NORMAND, « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans TURPIN D. (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions* -, Coll. Droit public positif, Ed. Economica, 1989, p. 180.

³¹⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I, *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, chap. 11.

³²⁰ *Guide de législation pour la SSR*, 31 mars 1999, p. 40 et 93, puis *Guide de la législation pour la SPR*, 28 juin 2002, ch. 5.1.2 « Fonctionnement équitable, sans formalisme et avec célérité », renvoyant à LIPR, § 162(2).

dans l'arrêt *Re Vincent* de 1983³²¹, le juge fédéral a énoncé que l'article 7 ne protégeait que des atteintes résultant de l'application du droit canadien. Les réfugiés, par définition persécutés par un État autre que le Canada, ne sont donc pas éligibles à l'application de l'article 7. Dans une logique similaire, le juge a conclu dans l'arrêt *Williams* de 1985³²² que la crainte provenant de menaces d'un individu n'était pas un motif suffisant pour accorder le statut de réfugié. Enfin, un troisième facteur, s'il en était besoin, a été avancé pour exclure du bénéfice de la *Charte* et de la *Déclaration* les réfugiés et les immigrants : les dispositions de ces textes relatives aux principes de justice fondamentale n'étant considérées comme applicables qu'aux procédures criminelles³²³. Or, la procédure d'immigration est une procédure civile.

B) De l'impact du mot « chacun » vers la garantie constitutionnelle d'un droit.

Parce qu'elle l'a placé au rang de n'importe quel justiciable de droit canadien, la décision *Singh* de 1985 a été un véritable tournant constitutionnel en faveur du réfugié, (1). L'ère post-*Singh* a été plus mesurée en affinant l'échelle des violations de la *Charte* susceptible de le concerner (2).

1) Le tournant « *Singh* ».

Finalement, l'application du principe de justice fondamentale inscrit à l'article 7 de la *Charte* aux candidats réfugiés physiquement présents au Canada fut reconnue par la juge Wilson dans la décision *Singh c/ Canada* en 1985³²⁴.

Dans cette affaire la Cour devait examiner si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* concernant l'arbitrage des revendications du statut de réfugié violait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les requérants, des candidats réfugiés ayant déposé une demande de statut dès leur arrivée pour certains, et lors d'une mesure d'éloignement à leur encontre pour d'autres, avaient essuyé le refus du ministre de l'immigration (sur avis du comité consultatif sur le statut du réfugié) d'accéder à leurs demandes. Refus relayé par celui de la Commission d'appel de l'immigration quant au

³²¹ *Re Vincent and M.E.I.* (1983), 148 D.L.R. 385.

³²² *Williams c. M.E.I.* (1985), 2 C.F. 153.

³²³ Denis LEMIEUX et Marie-Josée NORMAND, « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans TURPIN D. (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions* -, Coll. Droit public positif, Ed. Economica, 1989, p. 180.

³²⁴ *Singh c. MEI* [1985] 1 R.C.S. 177.

réexamen de leurs demandes. Le fondement de ces refus était le même : « le demandeur ne pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition ». La Cour Fédérale avait également refusé de procéder à un contrôle judiciaire.

Sur l'applicabilité de la *Charte*, la Cour s'est prononcée très clairement en interprétant le mot « chacun » employé à l'article 7 comme englobant toute personne qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujettie à la loi canadienne.

En l'espèce, la procédure de reconnaissance du statut de réfugié établie dans la *Loi sur l'immigration de 1976* fut déclarée incompatible avec les exigences de justice fondamentale énoncées à l'article 7, ainsi qu'avec les prescriptions de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* dont l'effectivité a été accessoirement réhabilitée par la Cour qui précisa que « le fait que la présente *Charte* garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits et libertés qui existent au Canada », en l'occurrence la *Déclaration*.

Le refus de reconnaissance du statut de réfugié pouvant entraîner une atteinte aux droits du demandeur d'asile (vie, liberté, sécurité), le système de procédure établi par la loi devait, au moins, offrir à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver.

« Même si, à ce stade, les appelants ne peuvent pas invoquer des droits de réfugié au sens de la Convention, vu les conséquences que la négation de ce statut peut avoir pour eux si ce sont effectivement des personnes « craignant avec raison d'être persécutée[s] », ils ont droit à l'application des principes de justice fondamentale dans la reconnaissance de leur statut ».

Tournant majeur dans le domaine du droit des réfugiés au Canada, cette décision a mis fin à toutes les polémiques et tergiversations de la doctrine, des jurisprudences, et même des législations antérieures. En affirmant l'obligation pour la Commission d'appel de l'immigration d'accorder l'audition à tous ceux qui font une demande de statut de réfugié, elle a mis fin à l'absolutisme du pouvoir administratif et à la discrétion du pouvoir législatif en matière d'immigration. Elle a notamment repoussé la possibilité de recourir à la limite prévue dans l'article 1 de la *Charte*, qui permettait, du fait qu'il s'agissait d'étrangers, de justifier systématiquement les décisions administratives en matière d'immigration, même les plus liberticides, par les limites raisonnables que l'on peut apporter à la protection des droits garantis dans le cadre d'une « société libre et démocratique »³²⁵. Elle a également mis fin à

³²⁵ La juge Wilson déclare que « les garanties de la Charte seraient certainement illusoire[s] s'il était possible de

une interprétation stricte de l'article 7 de la *Charte*, et par conséquent à toute interrogation sur l'applicabilité de la *Charte* ou de la *Déclaration* aux étrangers. En fait, elle a surtout mis fin à la dichotomie droit-privilege³²⁶. Désormais, qu'il s'agisse d'un Canadien ou d'un étranger, l'individu a le droit de bénéficier des garanties constitutionnelles canadiennes lorsque sa vie, sa liberté ou sa sécurité est menacée. Suite à cet arrêt, un grand pan de la législation concernant le droit des réfugiés a d'ailleurs été modifié, au bénéfice de la protection, notamment par la création de la Commission de l'Immigration et du Statut du Réfugié (CISR)³²⁷.

Enfin, sur la définition du réfugié, l'arrêt *Singh* a fait une œuvre de revalorisation devenue nécessaire vis-à-vis de l'assimilation totale qui était faite entre le traitement des immigrants et celui des réfugiés. Rappelant que le « réfugié au sens de la Convention est par définition une personne qui craint avec raison d'être persécutée dans le pays qu'elle fuit », le juge Wilson évoque au passage l'importance des ententes ratifiées au niveau international, et va jusqu'à reconnaître aux réfugiés, le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer afin de voir leur cause équitablement entendue. Elle précise ainsi que sur la question de l'applicabilité de la *Charte*, aucune différence ne devrait être faite entre les réfugiés présents sur le territoire canadien, et ceux qui cherchent à y entrer pour y demander le statut, d'autant plus que la loi elle-même ne prescrit pas une telle différence³²⁸.

Que le tournant de la protection des réfugiés au Canada se fasse autour du mot « chacun » révèle bien la force du discours dans ce domaine. Dans « chacun », il y a tout le monde. Grâce à ce « chacun », le réfugié est un homme comme tout le monde.

2) L'ère post-*Singh*.

La législation et surtout la jurisprudence post-*Singh* ont cependant soufflé le chaud et le froid sur la portée de cette décision. En jouant sur la recevabilité de la demande d'asile – recevabilité essentiellement basée sur des considérations sécuritaires – , elles ont réduit

les ignorer pour des motifs de commodité administrative », *Singh c. MEI* [1985] 1 R.C.S. 177, p. 218.

³²⁶ Expression utilisée par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. MEI* [1985] 1 R.C.S. 177, p. 209.

³²⁷ Constituée par une loi fédérale de 1989, la Commission est sous tutelle du ministre de Citoyenneté et Immigration Canada, et elle constitue le plus grand tribunal administratif du Canada, avec à son actif, une moyenne annuelle de 40 000 décisions. Toutes les informations concernant son statut, sa composition et ses missions sont issues du site de la CISR : <http://www.irb-cisr.gc.ca/>, Voir aussi Peter SHOWLER, « Les droits de la personne et les réfugiés », Conférence annuelle du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Québec le 17 juin 2001, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/media/discours/2001/ccat_f.htm (consultée le 30 juin 2006).

³²⁸ *Singh c. MEI* [1985] 1 R.C.S. 177.

l'accessibilité du réfugié à la catégorie « chacun », qui lui ouvrait la voie d'une justice constitutionnelle.

La *Loi sur l'immigration de 1976* a été profondément modifiée en 1988, et tout en créant la CISR, organe central de détermination du statut ayant apporté une plus-value indéniable à la protection des réfugiés, elle a également instauré une étape préalable au seul droit de déposer une demande d'asile. La demande est devenue irrecevable dans une série d'hypothèses, parmi lesquelles la reconnaissance du statut dans un autre pays, ou le fait de constituer un danger pour le public au Canada³²⁹.

La Cour Fédérale a déduit de cette nouvelle législation que l'examen de la recevabilité clôturait le droit du réfugié de réclamer la protection constitutionnelle de l'article 7, et que les exigences de l'arrêt *Singh* ne s'appliquaient donc pas au stade de l'admissibilité de la demande. Ainsi, lorsqu'un candidat réfugié est considéré comme représentant un danger pour l'ordre public et qu'il n'a pas eu le droit de voir sa demande d'asile examinée, son éloignement forcé n'entre pas en conflit avec la *Charte*³³⁰. Même solution si l'individu est bien un réfugié au sens de la *Convention*, mais qu'il y a des motifs de croire qu'il appartient à une organisation terroriste. Dans ce cas, ni l'absence d'audition orale avant la prise de décision d'éloignement ni le refus d'examiner sa demande sous l'angle des considérations humanitaires ne constituent des violations du principe de justice fondamentale³³¹.

La Cour Fédérale a tempéré cette position en précisant que les critères généraux d'irrecevabilité ne devaient pas faire l'objet d'une application « automatique », car ce serait en l'espèce contraire à l'article 7 de la *Charte*³³². La Cour a ainsi saisi l'occasion de nuancer sa précédente jurisprudence, sans pour autant la renier. Par la suite, et sans jamais revenir sur l'exception d'applicabilité de la *Charte* occasionnée par la question de l'admissibilité à la demande d'asile, la Cour Fédérale a réhabilité la valeur constitutionnelle des garanties procédurales exigées, « même » envers un réfugié. Dans une affaire concernant un réfugié rwandais déjà reconnu au Kenya, la Cour a jugé qu'il pouvait être éloigné du Canada sans violer la *Charte*, mais a précisé que l'agent examinateur devait, pour respecter l'article 7, tenir une audience afin d'évaluer les risques encourus en cas de retour au Kenya³³³.

³²⁹ Art. 46.01 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C., (1985, ch. I-2) [abrogée], devenu depuis article 101 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (2001, ch. 27).

³³⁰ C.F. Can., *Nguyen c. Canada (M.E.I.)*, [1993].

³³¹ C.F. Can., *Mac Allister*, [1996] 2 C.F. 190 (T.D.).

³³² *Agbasi c. Canada (M.E.I.)*, [1993] 2 C.F. 620.

³³³ *Kaberuka c. Canada (M.E.I.)*, [1995] 3 C.F. 252. Il n'y eut pas de violation, car le requérant a été envoyé en l'occurrence vers les États-Unis.

Dans sa décision du 30 novembre 2007 condamnant l'*Entente sur les tiers pays sûrs*, la Cour Fédérale a également rappelé avec force l'applicabilité de la *Charte* aux migrants, même illégaux, et rappelé que le principe constitutionnel d'interdiction de la discrimination s'applique au moins entre candidats réfugiés³³⁴.

Parallèlement, la Cour Suprême elle-même a « rectifié le tir » de *Singh*, en rappelant fermement qu'il y avait une distinction entre citoyens et non-citoyens, et que cette distinction était un critère pour conclure ou non à la violation de la *Charte*.

Dans une affaire concernant l'expulsion d'un résident permanent sous le coup d'un certificat de sécurité³³⁵, la Cour a nettement tracé une frontière constitutionnelle entre le citoyen et l'immigrant en rappelant que seul le citoyen jouit du droit constitutionnel d'entrer, de demeurer et de quitter le Canada³³⁶. Dans une autre affaire, un candidat réfugié qui avait subi, sans l'assistance d'un conseil juridique, un second interrogatoire au point d'entrée, avait argué d'une double atteinte à l'article 10(b) de la *Charte* (sur la détention/restriction de liberté), et à l'article 7 (justice fondamentale). Sur la première atteinte, la Cour a jugé que l'interrogatoire par un agent d'immigration « fait partie systématiquement du processus général de sélection des personnes qui cherchent à entrer au Canada » et qu'« il n'y a rien d'infamant à devoir subir un examen secondaire ». Il n'y a donc « pas de détention entraînant des conséquences constitutionnelles ». Sur la seconde atteinte, la Cour a jugé que les « principes de justice fondamentale ne comprennent pas le droit à l'assistance d'un avocat quand il s'agit de recueillir des renseignements de routine »³³⁷. La souveraineté du Canada en matière d'immigration et de sécurité a justifié ici les restrictions d'application des garanties constitutionnelles au candidat réfugié³³⁸. Nous verrons plus tard que cette jurisprudence s'est à nouveau affinée, dans un sens plus protecteur, lorsque la Cour Suprême a eu recours au droit international pour donner un contenu aux exigences d'équité procédurale vis-à-vis d'un réfugié menacé d'éloignement³³⁹.

³³⁴ *Canadian council for refugees, Canadian council of churches, amnesty international, and John Doe vs Her Majesty the Queen*, (Imm-7818-05), 2007 FC 1262.

³³⁵ Mesure d'exception organisée par la loi, et autorisant les autorités à détenir et expulser tout individu (y compris les réfugiés et les résidents permanents, mais pas les citoyens) si un « motif raisonnable » permet de « soupçonner » qu'il représente un danger pour la sécurité du pays. Voir infra, Partie 2, Titre 1, « Dans le collimateur des mesures antiterroristes ».

³³⁶ *Chiarelli c. MEI*, [1992] 1 R.C.S. 711

³³⁷ *Dehghani c. MEI*, [1992] 1 R.C.S. 1053.

³³⁸ De manière générale, voir F. Pearl ELIADIS, « The Swing from Singh: The Narrowing Application of the Charter in Immigration Law », *Imm. L. Rev.*, 1995, Vol. 26, n°2, pp. 130-145.

³³⁹ Décisions *Suresh* et *Baker* notamment. La première portant amélioration du statut sans toutefois gommer la distinction citoyen/étranger lorsque l'applicabilité de la *Charte* est en jeu. Voir Gerald P. HECKMAN,

À l'issue de cette première section, il ressort que l'inscription de la question de l'asile et de la question du réfugié dans les débats constitutionnels a représenté un effort, ou plutôt un compromis, pour la France et le Canada. Les deux États ont certes hissé le réfugié à hauteur d'accès aux droits fondamentaux, mais dans un contexte constant d'opposition. Certains idéaux ou convictions traditionnelles relatives à l'immigration sont difficiles à abandonner, et un conflit latent significatif oppose toujours le réfugié à deux grands piliers de l'État : la citoyenneté et la sécurité. Tant pour la France que le Canada, donc, ce qui résulte de ce compromis en porte les stigmates. Il ressort par ailleurs déjà très nettement que la protection des réfugiés se joue davantage dans les tribunaux que dans les parlements, ce qui se confirme avec la question des « demandeurs d'asile ».

Section 2 : Acceptation juridique du « demandeur d'asile » : le véritable test de la protection.

La principale lacune de la *Convention de Genève* est de ne pas proposer de cadre relatif à la reconnaissance du statut de réfugié. Elle n'offre qu'une définition du réfugié, une simple question de fait, à partir de laquelle les États organisent souverainement la procédure de reconnaissance. Le demandeur d'asile est ou n'est pas un réfugié, mais comme le droit international prescrit de protéger tous les réfugiés, il faut, dans le doute, organiser la protection des demandeurs d'asile. Les garanties constitutionnelles et conventionnelles applicables à tout réfugié n'ont aucun intérêt si elles ne sont pas applicables au demandeur d'asile. Deux éléments sont dès lors cardinaux : le respect absolu du principe de non-refoulement et la garantie que la demande d'asile sera examinée. Pour les mettre en œuvre, les États doivent reconnaître aux demandeurs d'asile le droit d'accéder au territoire (I), et proposer des garanties de procédure (II). Ces protections peuvent être de type normatif (Constitution, Loi) et de type jurisprudentiel.

I) L'accès au territoire et le droit au séjour des demandeurs d'asile.

Accéder au territoire et pouvoir y rester le temps de l'examen de la revendication constituent un préalable indispensable au droit de demander l'asile. Cela doit donc être

« Securing procedural safeguards for asylum seekers in canadian law : an expanding role for international human rights law ? », *IJRL*, Vol. 15, n° 2, 2003, pp. 212-253.

anticipé par les systèmes internes, au risque de vider de son sens le droit de demander l'asile. Ce droit est garanti par un « privilège » et une protection propres aux réfugiés: l'immunité pénale et le principe de non-refoulement. En France (A) comme au Canada (B), ces droits sont protégés *a minima*, mais de façon constitutionnelle.

A) En France : ne pas vider de son sens le droit d'asile constitutionnel.

Le juge constitutionnel a dégagé de sa jurisprudence relative au droit d'asile constitutionnel, la préservation des garanties légales qui nous intéressent ici. Dans certaines dispositions législatives dont il est amené à contrôler la constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel vérifie en effet que les mesures relatives aux demandeurs d'asile ne conduisent pas à vider de son sens, le droit d'asile constitutionnel.

Dans la décision du 13 août 1993, il consacre l'admission au séjour des demandeurs d'asile et rappelle le caractère constitutionnel de la garantie d'exercer effectivement les droits de la défense³⁴⁰.

Dans la décision du 22 avril 1997 portant sur le projet de loi « Debré » et plus précisément sur la disposition selon laquelle les empreintes digitales des « demandeurs d'asile déboutés » pourraient « être relevées, mémorisées, et faire l'objet d'un traitement informatisé », le juge Constitutionnel a déclaré cette disposition comme contraire à la *Constitution* au motif que

« la confidentialité des éléments d'information détenus par l'OFPRA relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle [...] ».³⁴¹

Ce principe rattachant la confidentialité des éléments d'informations détenus sur les demandeurs d'asile au principe de valeur constitutionnelle du droit d'asile est rappelé dans la décision du 4 décembre 2003³⁴².

Une fois ces grands principes dégagés, c'est à la jurisprudence administrative que revient l'essentiel du travail de protection et de préservation des garanties légales.

En sus de protéger le statut juridique du réfugié, le juge administratif tente de lui sécuriser l'accès aux procédures de reconnaissance du statut. Il apporte une protection effective à cet

³⁴⁰ CC, 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*, n° 93-325 DC.

³⁴¹ CC, 22 avril 1997, *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, n° 97-389 DC, JO 25 avril 1997.

³⁴² CC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, DC n° 2003-485.

individu se trouvant dans une situation de non-droit, qui ne bénéficie plus de l'éventuelle protection internationale du HCR, et qui ne bénéficie pas encore de protection nationale en tant que réfugié reconnu. Le juge contrôle ainsi qu'un éventuel réfugié ne se voit pas interdire l'accès au territoire pour de mauvaises raisons (1), de même qu'il vérifie que ce demandeur a la possibilité de séjourner sur le territoire dans l'attente d'une décision à son endroit (2).

1) Le droit d'accès au territoire.

Quel que soit son mode d'arrivée, le demandeur d'asile est dispensé des obligations posées à l'article L. 211-1 du *CESEDA* envers les étrangers, soit l'obligation d'être muni des documents d'identité et de visas exigés par les règles en vigueur. L'article L. 211-1 soulève en effet la possibilité d'une telle dispense « sous réserve des conventions internationales ». Réserve que le Conseil d'État a trouvée dans la *Convention de Genève* de 1951³⁴³, rapidement suivi par le Conseil constitutionnel³⁴⁴, tous deux fondant la justification de cette dispense dans l'article 31-1 de la *Convention* relative à l'immunité pénale des réfugiés:

« Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article 1, entrent ou se trouvent sur le territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières. »

La raison pour laquelle le champ d'application de cette immunité pénale est étendu aux demandeurs d'asile tient au caractère déclaratif (et non constitutif, malgré l'abus de langage observé en la matière avec le mot « octroi » du statut) de la reconnaissance du statut de réfugié par l'OFPRA et la CRR, et du caractère rétroactif de cette qualité de réfugié³⁴⁵.

Pourtant, curieusement, la dernière jurisprudence explicite du Conseil d'État en la matière donne à penser que l'immunité pénale ne bénéficie plus qu'aux « réfugiés au sens de la Convention », c'est-à-dire les seuls réfugiés reconnus par l'OFPRA ou la CRR, et non plus les demandeurs d'asile³⁴⁶. Mais cette jurisprudence émise en 1995 n'a pas été confirmée³⁴⁷ et dans un arrêt du 25 avril 2005, le Conseil d'État admet au séjour un demandeur d'asile démuné des documents et des visas mentionnés à l'article L. 211-1 du *CESEDA*, sans toutefois

³⁴³ CE, 27 septembre 1985, *Association France Terre d'asile*, Rec. p. 263.

³⁴⁴ CC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC, Rec 139.

³⁴⁵ CE, 27 mai 1977, *Pagaoga Gallastegui*, Rec. p. 244.

³⁴⁶ CE, 28 juillet 1995, *Bayemy*, n° 149067, D. 1996, somm. p. 108, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE.

³⁴⁷ Etude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, p. 596.

expressément reconnaître le principe de l'immunité pénale³⁴⁸.

Il en résulte que l'étranger qui sollicite l'asile doit pouvoir entrer sur le territoire français, même s'il n'est pas en possession des documents visés par l'article L. 211-1 du *CESEDA*, ou si ces documents sont des faux. Bien entendu, précisons qu'à l'instar de tous les autres droits des réfugiés, celui-ci est également amené à se heurter à la sauvegarde de l'intérêt public (art. L. 213-1 du *CESEDA*).

Par ailleurs, le bénéfice du droit d'asile ne peut être refusé au motif que le demandeur a transité par d'autres pays avant de faire cette demande³⁴⁹. Dans cette situation, c'est l'accès même au territoire qui était refusé au demandeur d'asile, par le ministre de l'Intérieur, au motif que la demande était manifestement infondée. En l'occurrence, un ressortissant libérien arrivé par bateau à Dunkerque n'avait pas sollicité l'asile au Cameroun, alors que le bateau y avait fait escale. Le Conseil d'État n'a pas suivi cette argumentation et a rappelé³⁵⁰ que le critère invoqué par le ministre ne faisait pas partie des clauses d'exclusion énumérées dans la *Convention de Genève*. Pour le juge, un motif ne permettant pas de rejeter une demande d'asile comme infondée ne peut *a fortiori* pas être invoqué à des fins de refus d'accès au territoire.

De manière générale, le caractère infondé de la demande ne doit pas être un motif de refus dès lors que le demandeur d'asile se présente à un point d'entrée dans lequel n'existe pas de zone d'attente³⁵¹ (nous verrons que la création des zones d'attente porte gravement atteinte au droit d'entrée sur le territoire, et que les points d'entrée démunis de zone d'attente sont de moins en moins nombreux).

Enfin, notons que le demandeur d'asile est avant tout protégé par le principe de non-refoulement inscrit à l'article 33 de la *Convention de Genève*, et repris dans l'article L. 513-2 du *CESEDA* aux termes duquel un étranger ne sera pas éloigné vers le pays dont il a la nationalité si l'OFPRA ou la CRR « lui a reconnu le statut de réfugié ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile », et ne sera pas éloigné à destination d'un pays « s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires aux stipulations de l'article 3 » de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

³⁴⁸ CE, 25 avril 2005, *M. Mahmoud Ali Abdallah X*, n° 279827.

³⁴⁹ CE, Ass, 18 décembre 1996, *Min. de l'intérieur c/ M. Roger*, Leb. p. 509, D. 1997, p. 393, note F. JULIEN-LAFERRIERE et X. CREACH.

³⁵⁰ Confirmation de l'arrêt d'assemblée du 16 janvier 1981, *Conte*, Rec. p. 19.

³⁵¹ Un tel motif de refus n'est pas prévu par l'article L. 213-1 du Code, mais seulement par l'article L. 221-1 relatif aux zones d'attente.

Si le principe de non-refoulement a été consacré par le Conseil d'État au bénéfice des réfugiés³⁵², il ne l'a néanmoins pas explicitement été – tout comme le principe de l'immunité pénale – étendu au bénéfice des demandeurs d'asile. Même si l'immunité pénale et le principe de non-refoulement perdent tout leur sens s'ils ne sont pas appliqués aux demandeurs d'asile, notamment au regard du caractère déclaratoire du statut du réfugié, une formulation explicite dans ce sens ne serait pas superflue. Elle permettrait de rappeler qu'un demandeur d'asile est d'abord peut-être un réfugié avant d'être peut-être un fraudeur.

On se trouve ici face à un vice logique directement imputable non pas à la *Convention de Genève*, qui dans ses articles 31 et 33 respectivement relatifs à l'immunité pénale et au principe de non-refoulement, ne vise explicitement que les réfugiés, mais à la distinction faite entre réfugiés reconnus et réfugiés revendiquant le statut, les seconds ayant été labellisés « demandeurs d'asile ».

2) Le droit au séjour des demandeurs d'asile.

Cette garantie est le corollaire du droit à demander l'asile. Au bénéfice des demandeurs d'asile, le juge administratif a dégagé des droits et garanties se rattachant essentiellement au droit à l'examen de leur demande d'asile. La *Convention de Genève* prévoit que les États parties ne peuvent appliquer aux déplacements des réfugiés en situation irrégulière que les restrictions nécessaires « en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays ». La loi de 1952 ne traitait pas de la situation, pourtant fréquente, des réfugiés irrégulièrement présents sur le territoire. Seules les circulaires prévoyaient cette éventualité et encadraient la situation des demandeurs d'asile en admettant leur droit à un séjour temporaire. La circulaire du Premier ministre du 17 mai 1985, dite « circulaire Fabius » fut la première à reconnaître explicitement le droit des demandeurs d'asile à être admis provisoirement au séjour pendant la durée de l'examen de sa demande d'asile³⁵³.

Mais ce n'est qu'en 1991, que s'inspirant des principes posés par la *Convention* et la loi, le Conseil d'État a créé une nouvelle et effective garantie juridique pour le demandeur d'asile. Dans les arrêts d'assemblée, du 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury et M. Nkodia*³⁵⁴, le juge administratif a estimé que le demandeur d'asile devait être autorisé à

³⁵² CE, Ass, 1er avril 1988, *Bereciartua Echarri*, n° 85234, *Rec.* p. 135.

³⁵³ Circ. Min. 17 mai 1985, *relative aux demandeurs d'asile*, JO du 23 mai.

³⁵⁴ CE Ass. 13 décembre 1991, *préfet de l'Hérault c/ M.Dakoury* n° 120560 et *M. Alfonso Nkodia* n° 119996 (2

demeurer provisoirement sur le territoire du pays auquel il demandait le statut de réfugié. Dans l'attente de la décision – de l'OFPRA et le cas échéant de la CRR – portant ou non reconnaissance de ce statut, le demandeur d'asile doit ainsi recevoir des documents lui autorisant un séjour temporaire, et ne doit pas faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière. Ainsi, la jurisprudence administrative a permis la création d'un nouveau titre de séjour, qui n'était pas prévu par l'ordonnance du 2 novembre 1945. Dans ces arrêts, le Conseil d'État envisageait cependant l'exception d'abus de droit et les demandes de statut ayant pour seul objectif de faire échec à une mesure de reconduite à la frontière.

La loi « Pasqua » vient consacrer en 1993, dans son article 31 *bis*, le principe posé par la circulaire Fabius et la jurisprudence du Conseil d'État selon lequel « l'admission en France d'un demandeur d'asile ne peut être refusée »³⁵⁵.

Dans l'arrêt de section du 7 octobre 1994, *Ministre de l'Intérieur c. Mlle Ponnudurai*³⁵⁶, le Conseil d'État a confirmé cette attribution automatique de titre de séjour provisoire, en dépit d'un accord de réadmission établi entre la France et l'Allemagne – avant que les conventions de *Schengen* et *Dublin* n'étendent cette pratique à l'Europe – qui engageait les États contractants à reprendre sur son territoire les ressortissants d'un pays tiers ayant pénétré irrégulièrement sur le territoire de l'un en provenance du territoire de l'autre. Confronté à ce cas, le Conseil d'État a fait prévaloir la garantie juridique du droit au séjour sur l'accord de réadmission conclu avec l'Allemagne, et s'est opposé au renvoi d'une Sri Lankaise qui était entrée clandestinement sur le territoire français, en provenance de l'Allemagne.

Ainsi placé à la croisée de plusieurs conventions internationales et de dispositions internes, le juge administratif a fait primer la norme interne. Encore plus notoire, il a fait primer un principe qu'il avait déduit de l'esprit combiné de la *Convention de 1951* et du *Préambule de 1946*.

Il a donc rendu sa décision en privilégiant un « Principe général de Droit » (PGD), dont la valeur juridique est infra-législative, par rapport à la norme internationale qu'était l'accord de réadmission.

esp.), *Leb.* p. 40 ; *AJDA* 1992, p. 114, chron. C. MAUGÛE et R. SCHWARTZ, *RFDA* 1992, p. 90, concl. R. ABRAHAM., *RUDH* 1992, p. 117, concl. R. ABRAHAM. D. 1992, p. 447, note F. JULIEN-LAFERRIERE, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 455, note F. CRÉPEAU.

³⁵⁵ Ce droit au séjour est bien sûr accompagné d'exceptions : demande relévant d'un autre État en vertu de la *Convention Schengen* ou *Dublin*; protection effective dans un autre pays, menace grave pour l'ordre public, ou demande est frauduleuse, abusive ou dilatoire. Des exceptions laissant une marge de manœuvre confortable aux préfets, seuls compétents pour l'admission au séjour des demandeurs d'asile. Articles L. 741-1 à L. 741-5 du *CESEDA*.

³⁵⁶ CE, 7 octobre 1994, *ministre de l'intérieur c. Mlle Ponnudurai*, n° 122514, D. ALLAND., « Jurisprudence française en matière de droit international », *RGDIP*, 1995, p. 467.

Le juge administratif n'a pas raisonné en termes de hiérarchie des normes, ce qui est intéressant, et en l'occurrence protecteur, mais peut présager d'une attitude similaire dans un sens moins favorable au réfugié. Cette jurisprudence a depuis perdu sa portée, avec les modifications faites à la loi suite aux accords *Schengen* et *Dublin*. Modifications autorisant le Préfet à refuser l'examen d'une demande d'asile si ce dernier relève de la compétence d'un autre État signataire de ces accords.

Dans le même souci de protection juridique, le Conseil d'État a déclaré qu'en l'absence d'une demande de régularisation par l'OFPRA, l'envoi en recommandé d'une demande du statut de demandeur d'asile suffit à justifier la démarche³⁵⁷. D'autre part, le demandeur d'asile a le droit de rester en France jusqu'à notification de la décision de l'OFPRA³⁵⁸. Le Conseil d'État contrôle également les refus d'habilitation opposés à l'accès des associations aux étrangers en zone d'attente³⁵⁹. Il déclare illégale la consignation à bord d'un navire d'un demandeur d'asile, alors que l'administration est tenue de le maintenir en zone d'attente³⁶⁰.

B) Au Canada : ne pas renier le principe de justice fondamentale.

Depuis l'arrêt *Singh*, le demandeur d'asile est assimilable à un justiciable canadien lorsque sont en jeu sa vie, sa liberté ou sa sécurité. Au cœur et à la suite de cette jurisprudence, des droits procéduraux du demandeur d'asile ont été identifiés au cas par cas par la jurisprudence canadienne, en contrôlant leur conformité avec la *Charte* et au principe posé par elle de « justice fondamentale ».

Ce concept un peu flou trouve son origine dans la notion d'« équité » ou de « franc-jeu » dans les procédures que suit un organisme. On considère que les deux principaux éléments de la justice fondamentale sont le droit de se faire entendre (*audi alteram partem* : entendre les deux parties) associé à la règle de l'impartialité (*nemo iudex in causa sua*). Pour qu'il soit entendu, un demandeur d'asile doit donc, comme ailleurs, pouvoir entrer et rester au Canada.

Comme nous l'avons vu, la juge Wilson a timidement reconnu un tel droit dans l'arrêt *Singh*. En se gardant bien de répondre à une attente qui n'existait pas de la part des appelants

³⁵⁷ CE, 27 septembre 1989, *M. Tshikulungu*, n° 81594, inédit au recueil Lebon.

³⁵⁸ CE, 17 décembre 1997, *Préfet du Rhône c. Mme Constantin*, Leb. p. 494, *RFDA*, 1998, p. 196, rubr. TERNEYRE.

³⁵⁹ CE, 5 mai 1999, *Comité rhodanien d'accueil des réfugiés et défense du droit d'asile*, *RFDA*, 1999, p. 881, rubr. TERNEYRE.

³⁶⁰ CE, 29 juillet 1998, *ministre de l'Intérieur c. M. Mwinyl*, *AJDA* 1998, p. 936, concl. R. ABRAHAM. D., 1999, p. 155, note A. LEGRAND.

et qui consisterait en la reconnaissance d'un droit d'entrer et de demeurer au Canada semblable à celui des citoyens canadiens, la juge a néanmoins constaté et déploré un vice logique dans la façon d'appréhender le droit qu'ont les réfugiés d'entrer et de demeurer au Canada.

La loi prévoyait en effet que la revendication du statut s'effectue dans le cadre d'une enquête, et qu'une fois reconnu comme tel, le réfugié au sens de la *Convention* « qui se trouv[ait] légalement au Canada [avait] le droit d'y demeurer »³⁶¹. Or, la réalisation de l'enquête présupposait que la personne qui revendiquait le statut se trouvât au Canada (le cas des réfugiés sélectionnés sur place fut écarté de l'analyse de la juge). Donc, la personne devait bénéficier d'un permis ministériel provisoire afin de pouvoir rester le temps qu'une décision arrive. Mais ce permis n'étant pas délivré automatiquement, de nombreux réfugiés se trouvaient de fait, illégalement au Canada.

La procédure de la loi de 1976 ayant été invalidée, il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails de ce point précis. Retenons simplement qu'en fait, le droit d'entrer et de demeurer au Canada est logiquement associé au droit de voir sa demande de statut équitablement entendue. L'un ne va pas sans l'autre et la juge Wilson avait logiquement relevé que par définition, et dans le but de voir sa demande étudiée, les revendicateurs du statut devaient pouvoir entrer et demeurer au Canada, le temps nécessaire à l'examen de leur demande.

Ainsi, le droit d'entrer et de demeurer au Canada n'est qu'une simple conséquence de la garantie constitutionnelle de voir sa demande correctement examinée. En droit de l'immigration, le principe constitutionnel le plus fondamental reste celui selon lequel les étrangers n'ont pas un droit absolu d'entrer ou de rester au Canada³⁶². Un principe par ailleurs explicitement écrit dans la *LIPR*, dont l'article 19 ne mentionne le « droit d'entrer » qu'au bénéfice des citoyens canadiens et des Indiens (en vertu de la *Loi sur les Indiens*). Même les résidents permanents sont soumis à un contrôle. Pour tous les autres, ils s'agit d'étrangers, soumis à des obligations particulières, qu'ils soient visiteurs, immigrants ou candidats réfugiés. Nous faisons mention ici du corollaire dégagé par la juge Wilson et dont bénéficient les candidats réfugiés, dans le seul but de relever son caractère également constitutionnel.

Mais c'est également le droit le plus compromis par l'évolution du droit interne canadien

³⁶¹ *Singh c. MEI* [1985] 1 R.C.S. 177, p. 189.

³⁶² *Chiarelli c. Canada (M.E.I.)*. [1992]. 1 R.C.S. pp. 714-715.

et ses orientations sécuritaires. Les réfugiés qui arrivent sans documents sont de plus en plus assimilés à de potentiels dangers pour la sécurité publique. Cela conduit à une détention quasi-systématique de ces derniers et l'immunité pénale inscrite dans la *Convention de Genève* est gravement remise en cause³⁶³.

II) Le droit au recours et les garanties de procédure.

Le demandeur d'asile doit pouvoir accéder aux mécanismes judiciaires susceptibles de réviser une décision prise à son encontre, que celle-ci consiste en une privation de liberté, un refus de reconnaissance du statut, ou une mesure d'éloignement. Le droit d'ester en justice et de contester une mesure individuelle constitue un axe central de la protection des individus dans un État de droit. C'est également un moment clé du dialogue entre les prescriptions du droit international, et leur réception en droit interne. C'est enfin, pour le demandeur d'asile, l'occasion d'être un justiciable comme les autres.

En France, jusqu'à la réforme du contentieux administratif en matière de reconduite à la frontière, le système était presque exemplaire, et le demandeur d'asile bénéficiait de droits procéduraux similaires aux nationaux. Malgré un déclassement notoire des étrangers dans la hiérarchie des justiciables, l'accès à la justice du demandeur d'asile est encore aujourd'hui légalement et constitutionnellement protégé (A). Au Canada, c'est à nouveau essentiellement sur l'article 7 de la *Charte* et le respect de l'équité procédurale, que repose toute la sécurité juridique des demandeurs d'asile, ce qui présente certaines limites (B).

A) En France : un accès légalement et constitutionnellement protégé.

Le juge constitutionnel protège avant tout la liberté du demandeur d'asile et accessoirement, l'accès à la justice de celui-ci (1). De ces principes découle la garantie des droits au recours, notamment en matière d'appel, de réexamen ou de cassation de la décision de reconnaissance du statut (2), et de mesures d'éloignement (3).

1) La protection constitutionnelle des demandeurs d'asile.

La protection constitutionnelle des demandeurs d'asile consiste essentiellement en ce que leur liberté physique ne soit entravée que dans le respect des règles constitutionnelles relatives à la privation de liberté (a). Une seconde protection constitutionnelle porte sur les garanties de

³⁶³ Voir *infra*, troisième partie, titre 2, chapitre 2.

moyens juridictionnels et les droits de la défense (b).

a) La liberté individuelle.

On range généralement au titre des libertés individuelles, la sûreté, la liberté d'aller et venir, le droit à l'intégrité de la personne physique, le droit au respect de la vie privée, et certains régimes expressément relatifs aux étrangers. Le juge constitutionnel est le gardien de la *Constitution*. À cette fin, il veille très attentivement au respect de l'article 66 qui énonce : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. » Le contrôle étroit exercé par le Conseil Constitutionnel sur les mesures restreignant l'exercice de la liberté individuelle est une jurisprudence constante.

Depuis 1977, le Conseil Constitutionnel considère la liberté individuelle comme un « Principe fondamental reconnu par les Lois de la République ». Sa ligne de conduite en la matière, repose toujours sur le respect de la séparation des pouvoirs entre l'administratif et le judiciaire³⁶⁴.

Concernant, les étrangers et les réfugiés, la décision du 9 janvier 1980³⁶⁵ n'apporte pas de nouvelles précisions sur la distinction entre police administrative et police judiciaire, mais elle a le mérite de préciser les contours des libertés dont ils peuvent se prévaloir. Les requérants faisaient notamment prévaloir la non-conformité de la loi à l'article 66 de la *Constitution*, dans la mesure où elle autorisait l'administration à se substituer à l'autorité judiciaire pour prononcer des mesures d'expulsion. Ce fut d'ailleurs le seul argument que le Conseil constitutionnel n'écarta pas. Il censura, pour violation du principe de la liberté individuelle, la disposition prévoyant qu'un étranger pouvait être détenu par l'administration pendant sept jours, sans que le juge judiciaire intervienne. Ainsi, le principe selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle fut réaffirmé, et le contenu de l'article 66 fut précisé³⁶⁶. Le premier alinéa - « Nul ne peut être détenu arbitrairement » - fut entendu par le juge constitutionnel comme une règle générale, englobant dans la formule « nul », les nationaux comme les étrangers. Ces derniers bénéficient donc de la protection

³⁶⁴ CC, 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, DC n° 76-75, *Rec.*, p.33.

³⁶⁵ CC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, n°79-109 DC, *Rec.* p. 29.

³⁶⁶ Louis FAVOREU, « La décision du 9 janvier 1980 dans l'affaire de la prévention de l'immigration clandestine », *RDP*, 1980, p. 1631.

constitutionnelle inscrite à l'article 66. En revanche, sur l'interprétation du contenu général de l'article 66, le Conseil a opté pour la prudence. Il n'a pas posé l'obligation pour le juge judiciaire d'intervenir *au préalable* à toute décision de détention. Il a ajouté de plus, que la mise en détention pouvait être prononcée sur initiative de l'autorité administrative, « en cas de nécessité », et si le juge judiciaire « intervient dans le plus court délai possible ».

Le problème récurrent est toujours la validité de la rétention d'un étranger en cours d'éloignement, ou d'expulsion, par la police administrative. Peu sévère envers l'administration, le Conseil rappelle toutefois régulièrement que l'étranger se trouvant dans une telle situation a droit au respect du principe de la liberté individuelle, c'est-à-dire à la garantie que cette rétention soit contrôlée par l'autorité judiciaire. La décision du 3 septembre 1986³⁶⁷ se pose dans des termes identiques à ceux de la décision du 9 janvier 1980, et le juge Constitutionnel y répond également de façon identique. Une disposition de la loi décidait que la rétention d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement pouvait être prolongée d'une durée supplémentaire de trois jours, au terme d'une première dérogation de six jours, lorsqu'il était justifié de difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger. Cette disposition particulière a encouru la censure du juge constitutionnel³⁶⁸ qui par l'intermédiaire d'un contrôle de proportionnalité a considéré

« qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution »

et

« qu'en étendant indistinctement à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires dans des locaux non pénitentiaires »³⁶⁹,

la disposition en question était contraire à la *Constitution*.

Une importante partie de la décision de 1993³⁷⁰ est également consacrée au respect des principes essentiels de la liberté individuelle, notamment en ce qui concerne le délai de détention d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion. À nouveau, le juge précise que

³⁶⁷ CC, 3 septembre 1986, *loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, DC n° 86-216, *Rec.* p. 135.

³⁶⁸ Voir, L. FAVOREU, « La liberté individuelle, le droit d'asile et les conventions internationales », *RFDA*, 1987, pp. 120 – 130.

³⁶⁹ Nous soulignons.

³⁷⁰ CC, 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*, DC n° 93-325.

ce délai doit être contrôlé, et prolongé uniquement sur autorisation de l'autorité judiciaire. Mais elle a également contribué à préciser les contours de la liberté individuelle, son champ d'application, et les garanties qu'elle offre à ses bénéficiaires. Cette décision étend expressément la protection des étrangers aux « droits et libertés constitutionnellement reconnus », tels que « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir [...] ». Le Conseil Constitutionnel ajoute « qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français » et « qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ».

Par ces censures, le Conseil Constitutionnel a contribué à étendre la notion de liberté individuelle, en élargissant le champ d'application de l'article 66 de la *Constitution*. Loin de se limiter aux seules détentions privatives de liberté, l'article 66 doit en effet être appliqué lorsque la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage et la protection contre les données informatiques sont mises en cause.

b) L'accès à la justice.

Sous ce terme générique, nous entendons principalement le respect des garanties juridictionnelles et les droits de la défense.

Dans la décision du 3 septembre 1986, le juge constitutionnel utilise pour la première fois l'expression « garanties juridictionnelles de droit commun ». Et dans la décision de 1993, il évoque à de nombreuses reprises les droits juridictionnels ouverts aux demandeurs d'asile, et précise que ces derniers « doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés » (cons. 14). Plus loin, il aborde la notion de respect des garanties juridictionnelles lorsque le recours a un caractère suspensif (cons. 45) et celles applicables aux décisions d'expulsion (cons. 52), les droits de recours à l'encontre des mesures d'éloignement du territoire et les conditions mises à l'abrogation d'un arrêté d'expulsion (cons. 63), les garanties juridictionnelles de droit commun relatives aux reconduites à la frontière applicables aux Départements d'outre-mer (cons. 66), ainsi que les garanties juridictionnelles de droit commun dont sont assorties les mesures de police administrative dans l'application des accords de réadmission conclus entre les États membres de la communauté européenne (cons. 91).

Se référant à René Chapus qui avait évoqué la notion de « garantie générale des droits »

ancrée dans l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »), Bruno Genevois évoque à la suite de cette énumération, « que le moment est proche où l'existence du contrôle juridictionnel sera érigée au rang de principe à valeur constitutionnelle par référence à l'article 16 »³⁷¹.

Quant aux droits de la défense, largement consacrés par le juge administratif, et validés constitutionnellement en tant que « Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République », le Conseil Constitutionnel, dans cette même décision, rappelle dans ses 84^e et 85^e considérants que la personne qui se réclame du droit d'asile doit être à même de les exercer.

2) Appel, réexamen et cassation de la demande d'asile.

Le demandeur d'asile dispose en France d'un dispositif d'**appel** spécifique, via la Commission des Recours des Réfugiés. Juge de plein contentieux statuant sur l'ensemble des circonstances de droit et de fait établies à la date de sa décision³⁷², la Commission prend des décisions revêtant l'autorité de la chose jugée et s'imposant aux autorités administratives et juridictionnelles, même dans le cas où la qualité de réfugié a été obtenue de façon frauduleuse³⁷³. Mais un décret du 14 août 2004 (article 16-3) a comblé une lacune en ouvrant désormais au directeur général de l'OFPRA la possibilité de saisir la Commission des recours des réfugiés d'un recours en révision³⁷⁴.

Très sollicitée, puisque près de 90% des décisions de rejet de l'OFPRA font l'objet d'un recours devant elle, la Commission annule environ 15% d'entre elles, et concourt de fait très nettement à grossir le nombre total de statuts de réfugiés accordés annuellement en France puisque davantage de statuts sont reconnus suite à une annulation que lors du premier examen devant l'OFPRA³⁷⁵. Michel Combarous – président de la CRR de 1997 à 2001 – affirme que la Commission est devenue un instrument de réexamen quasi systématique des décisions

³⁷¹ B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, sept-oct 1993, pp. 881-882.

³⁷² CE, Sect., 8 janv. 1982, *Aldana Barrena*, *Rec.* p. 9.

³⁷³ CE, Ass, 1er avril 1988, *Berciartua-Echarri*, p. 135 et CE, 5 décembre 1997, *M. Ovet*, 159707, *Rec.* 459, *Concl. J-D COMBREXELLE*.

³⁷⁴ Décret n°2004-814 du 14 août 2004, *Décret relatif à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et à la Commission des recours des réfugiés*, *JORF* du 18 août 2004.

³⁷⁵ Bilan statistique de l'activité de la Commission pour le premier semestre 2006, URL : http://www.commission-refugies.fr/presentation_4/rapports_activite_139/statistiques_140/activite_commission_2093.html (consultée le 11 août 2007).

négligentes de l'OFPPRA³⁷⁶. Son existence et son activité sont donc capitales.

Alors qu'une décision de rejet est devenue définitive, le débouté peut saisir l'OFPPRA d'une demande de **réexamen** de son dossier, à condition que sa demande puisse être considérée comme nouvelle. Elle doit reposer sur une cause juridique distincte de la première demande d'asile, c'est-à-dire être fondée sur des éléments nouveaux³⁷⁷. La procédure repart alors à zéro, et même l'admission au séjour, condition préalable au dépôt d'une demande d'asile, doit à nouveau être sollicitée auprès de la préfecture³⁷⁸. Le traitement des demandes de réexamen repose sur l'exigence d'un fait nouveau. L'absence de fait nouveau autorise l'OFPPRA à rejeter la demande (confirmant ainsi la rejet en appel de la CRR) sans que cette nouvelle décision soit susceptible d'un recours. Mais si l'OFPPRA rejette la demande alors que le recours était réellement fondé sur un fait nouveau, la CRR est bien sûr compétente. Dans l'arrêt de section du 27 janvier 1995, *Mme Gal*, le Conseil d'État est allé plus loin en estimant qu'un étranger dont la demande d'admission au statut de réfugié a été rejetée par la CRR peut présenter une nouvelle demande s'il prend connaissance de faits antérieurs à la décision de la Commission, et qu'il ignorait jusqu'alors³⁷⁹. La connaissance du fait nouveau prime donc sur la date du fait nouveau. La seconde condition essentielle est relative à l'incidence du fait nouveau sur la situation du requérant, et la jurisprudence française a pu faire preuve d'une certaine souplesse. Ainsi, dans l'arrêt de principe *Mme Gal*, un jugement pénal par contumace était intervenu dans le pays d'origine, objectivant soudain le risque de persécution allégué par le requérant en vain jusqu'alors. Même solution lorsque des persécutions infligées à des membres de la famille du requérant sont découvertes et qu'un lien peut être établi entre celles-ci et le risque de persécution du requérant³⁸⁰. Constituent également des faits nouveaux incidents, les changements de situation personnelle comme un mariage avec un réfugié reconnu³⁸¹, les changements de circonstances dans le pays d'origine ayant un impact direct sur la situation personnelle du requérant³⁸², ou la survenance d'une situation de « réfugié sur

³⁷⁶ Avant propos de F. TIBERGHIEU, *Le droit des réfugiés en France, Tables décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés (1988-1997)*, Paris, Economica, 2000, p. IX. Cela est toujours valable en 2008.

³⁷⁷ CE, 6 novembre, 1985, *Kammunah*, *Leb. Tab.* 63.

³⁷⁸ Décret n°97-236 du 14 mars 1997, *modifiant le décret no 53-377 du 2 mai 1953 relatif à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et à la commission des recours*, *JO* du 16 mars, p. 4176, dont la légalité a été validée par le Conseil d'État : CE, 18 février 1998, *France Terre d'Asile*, req. n° 197696.

³⁷⁹ CE, 27 janvier 1995, *Mme Gal*, *Leb.* p. 51 ; *RFDA* 1996, p. 527, concl. Denis-Linton ; *AJDA*, 1995, p. 399, note JULIEN-LAFERRIERE.

³⁸⁰ CE, 3 avril 1996, *Kodituwaku Kankanamge*, n° 158130.

³⁸¹ CRR, SR, 31 mai 1996, *Bicer*, *Rec. CRR*, p. 54.

³⁸² CRR, SR, 15 décembre 1997, *Andric*, *Rec. CRR*, p. 24, et CRR, 14 janvier 1998, *Wamudibu*, *Rec. CRR*, p.

place », c'est-à-dire lorsque l'activité du requérant dans le pays d'accueil conduit à un risque de persécution dans son pays d'origine (militantisme, grève de la faim, etc.)³⁸³. Enfin, lorsqu'un nouveau fondement légal ou constitutionnel intervient dans l'élection au statut, le réexamen est également admis³⁸⁴.

En tant que juge de **cassation**, le Conseil d'État contrôle la régularité formelle de la décision de la CRR (procédure, composition, motivation), vérifie l'exactitude matérielle des faits, et s'assure de l'absence d'une erreur de droit. Mais le pourvoi en cassation est statistiquement très marginal. Pour l'année 2007, 394 décisions lui avaient été déférées, 27 avaient franchi l'admission préalable, et 7 seulement n'avaient pas été définitivement rejetées³⁸⁵. Ce sont évidemment les principes dégagés par sa jurisprudence qui fondent la protection des « demandeurs d'asile », davantage que les conditions d'exercice du recours.

Ainsi, dans la décision du 19 novembre 1993, *Mlle Brutus*, le Conseil d'État a annulé une décision de la CRR refusant le statut de réfugié au motif que les pièces du dossier ne permettaient pas de tenir pour fondées les craintes de persécutions invoquées par elle « vis-à-vis du régime actuellement en place dans son pays ». Or il s'était écoulé près d'un an entre la date où l'affaire avait été examinée par la Commission en audience publique, et la date de lecture de la décision. Entre-temps, le régime en place à Haïti, pays d'origine de la requérante, avait changé. La Commission des recours des réfugiés, juge de plein contentieux, doit tenir compte des circonstances de fait à la date où la décision est rendue publique. En ne le faisant pas, elle commet une erreur de droit³⁸⁶. Tout juge de plein contentieux doit statuer en fonction de la date à laquelle il se prononce et en prenant en considération les changements de droit et de faits éventuellement intervenus depuis la décision attaquée. Mais si cette obligation est générale, elle s'applique de façon particulièrement concrète dans le contentieux des réfugiés. Grâce à ce recours, la jurisprudence sur les fondements des cas de réexamen a pu se construire et s'étoffer, au bénéfice des demandeurs d'asile.

3) Recours contre une mesure d'éloignement.

Quelques remarques méritent d'être faites en matière de contentieux administratif, au sujet

92.

³⁸³ CRR, SR, 8 janvier 1993, *Gurcan*, Rec. CRR, p. 33.

³⁸⁴ CRR, 2 février 1999, *Kalinina*, Rec. CRR, p. 19 ; et CRR, 16 février 2005, S., n° 513132.

³⁸⁵ Anicet Le Pors, « CNDA (Cour nationale du droit d'asile) et statistique de l'asile », *billet*, 20 juin 2008, URL : <http://anicetlepors.blog.lemonde.fr/2008/06/20/cnda-et-statistique-de-lasile/> (consultée le 15 juillet 2008).

³⁸⁶ CE, Sect., 19 novembre 1993, *Mlle Brutus*, n° 100288

des droits des demandeurs d'asile. Les procédures administratives ouvrent des recours en annulation, soit des décisions de refus de statut, soit des décisions de reconduite à la frontière, et des recours en urgence, visant essentiellement à suspendre des mesures d'éloignement et à préserver les libertés fondamentales des demandeurs d'asile. Sur fond de préoccupations relatives à l'engorgement des tribunaux, le dispositif législatif du contentieux de la reconduite à la frontière a été profondément remanié en 2006 et 2007, et a schématiquement conduit à rétrograder l'étranger dans la hiérarchie des justiciables.

Nous intéressent ici les recours ouverts à l'individu dont la demande d'asile a été rejetée en dernier ressort et qui est amené à devoir quitter le territoire. Face à une mesure d'éloignement, le demandeur d'asile doit pouvoir contester et faire annuler la décision prise à son endroit (a), le plus rapidement possible (b).

a) Le recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours visant à l'annulation d'un acte administratif unilatéral. Considéré comme « démocratique » par la multiplicité des cas d'ouverture, les conditions larges de recevabilité, et ses effets *erga omnes*, il est le seul recours utilisé par les demandeurs d'asile lorsqu'une mesure d'éloignement est prise contre eux, ou lorsque le refus de leur accorder le statut de réfugié a été confirmé par la CRR. Le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte, à l'encontre de tous les actes administratifs (sauf si une loi l'exclut expressément)³⁸⁷. Toutes les procédures visant à l'annulation des décisions de renvoi sont des recours pour excès de pouvoir.

Si faire appel des décisions les concernant est possible, tout comme est autorisé le pourvoi en cassation, une situation paradoxale naît fréquemment de l'imminence de l'exécution des mesures telles que la reconduite à la frontière, face à la lenteur de la justice administrative. De plus, depuis la loi du 24 juillet 2006, un refus de séjour est désormais assorti d'une « obligation de quitter le territoire français » (OQTF), une mesure qui remplace l'association classique de « l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière » (APRF), de « l'invitation à quitter le territoire » (IQTF) et de la décision fixant le pays de renvoi. L'OQTF devient exécutoire d'office au terme d'un délai d'un mois après sa notification³⁸⁸. De cette nouveauté

³⁸⁷ Principes dégagés par le CE, dans l'arrêt *Dame Lamotte*, 17 février 1950, *Rec.* 110, *RDP*, 1951, p. 478, concl. DEVOLVÉ, note WALINE.

³⁸⁸ *Loi n° 2006-911 relative à l'immigration et à l'intégration* du 24 juillet 2006, *JO* du 25 juillet 2006 : Articles 511-1 à 511-4 du CESEDA. Voir ADDE, Cimade, Fasti, Gisti, LDH, MRAP, « Que faire après une OQTF ? Le

découle un grand nombre de changements dans les droits procéduraux des étrangers. Le contentieux de la décision finale de refus de séjour, de l'OQTF et de la décision fixant le pays de renvoi fusionne³⁸⁹. Ce qui pouvait faire l'objet de trois recours différents, fondés sur trois situations juridiques différentes (c'est-à-dire pour les demandeurs d'asile : légalité du refus de séjour, légalité de l'APRF et légalité de la décision fixant le pays de renvoi), se concentre désormais dans une seule procédure contentieuse, avec bien sûr, un seul délai. La question de l'obligation de motiver chacune des trois décisions s'est également posée, entraînant une réponse floue et tardive du Conseil d'État³⁹⁰, finalement tranchée par la loi de novembre 2007 : « L'obligation de quitter le territoire français n'a pas à faire l'objet d'une motivation » (art. L. 511-1). Les recours administratifs (gracieux ou hiérarchiques), toujours possibles, ne prorogent plus le délai du recours contentieux fixé à un mois³⁹¹. L'appel du jugement portant sur la décision relative à la reconduite à la frontière (assortie de l'OQTF) n'est lui non plus pas suspensif³⁹². La possibilité d'avoir recours aux procédures contentieuses d'urgence prennent de fait toute leur importance pour un candidat réfugié.

b) L'urgence.

L'étude du contentieux de la reconduite à la frontière se dédouble. Une procédure spéciale est prévue par la loi (i), mais certains principes dégagés du contentieux « général » de l'urgence restent ouverts aux étrangers et ont pu consacrer le droit de solliciter le statut de réfugié (ii).

i. Le contentieux de la reconduite à la frontière prévu dans le CESEDA.

Les procédures d'urgence existent en droit administratif, mais sont souvent soumises à des conditions très strictes de mise en œuvre. Cependant, une procédure est expressément prévue pour les jugements en matière de reconduite à la frontière³⁹³. En effet, aux termes des articles L 512-1 à L 512-5 du *CESEDA*, le juge doit intervenir dans un délai très bref de 72 heures pour les étrangers placés en rétention administrative, et dans un délai de trois mois pour les

point sur la réforme des décisions de retrait et refus de séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français», janvier 2007, 38 p.

³⁸⁹ Décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006, *JO* du 29 décembre 2006 : Article R.775-3 du CJA.

³⁹⁰ CE, Avis, 19 octobre 2007, *M. Youssef Hammou*, n° 306821. Réponse floue, car le CE dit que l'OQTF doit être motivée, mais pas nécessairement de façon « spécifique » puisque sa motivation peut se confondre avec les deux autres décisions. Réponse tardive, car le 23 octobre 2007, la Loi « Hortefeux » était adoptée au Parlement.

³⁹¹ Art. R. 775-2 du Code de justice administrative.

³⁹² Art. R. 776-19 du Code de justice administrative.

³⁹³ L'intégralité de la réglementation sur le contentieux de la reconduite à la frontière se trouve aux articles L.776-1 à L.776-2 du Code de justice administrative.

étrangers en liberté.

Par dérogation au principe général selon lequel le recours administratif n'est pas suspensif de la décision attaquée, les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière étaient des décisions qui ne peuvent pas être exécutées avant un délai précisément fixé par le Code de justice administrative. Ce délai n'était que de 48h et il fallait agir très vite, c'est-à-dire avoir les connaissances adéquates et les contacts compétents, ce qui n'est pas souvent le cas pour les candidats réfugiés. Le nouveau dispositif de l'OQTF intervenant concomitamment à la décision de rejet du statut³⁹⁴, le délai d'exécution est désormais d'un mois, ce qui revient au même (l'APRF intervenait un mois après la dernière décision de rejet, elle-même assortie d'une IQTF). Cependant, la notification de l'APRF pouvait prendre une forme « postale », qui prorogeait jusqu'à 7 jours le délai de son exécution. La loi de 2006 a supprimé cette forme postale de notification³⁹⁵, et l'étranger est donc convoqué pour être notifié « par voie administrative » de la décision prise à son endroit.

Dispensée du ministère d'avocat, la demande d'annulation d'une mesure de reconduite à la frontière permet cependant à l'intéressé de bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office et d'un interprète. La requête est également dispensée du droit de timbre depuis un avis du Conseil d'État, du 18 février 1994, *Chatbi*³⁹⁶. L'audience est publique et se déroule sans conclusions du commissaire au gouvernement. L'étranger peut demander l'assistance d'un conseil, et si le tribunal n'accède pas à cette requête, le jugement qu'il rendra sur le fond (c'est-à-dire sur un recours contre une décision de reconduite à la frontière) pourra être annulé par le Conseil d'État³⁹⁷. La date, l'heure et le lieu de l'audience doivent absolument être communiqués aux parties, qui peuvent y présenter leurs observations. Puis, le jugement est prononcé à l'audience. En cas d'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière, les mesures de surveillance de l'étranger cessent et ce dernier bénéficie d'un titre de séjour

³⁹⁴ Notons qu'aux termes de la loi de 2006, si l'étranger se maintenait pendant un an sur le territoire malgré l'OQTF, il ne pouvait plus être placé en rétention sur le fondement de cette mesure d'éloignement. Il fallait décider d'une nouvelle OQTF, assortie d'un nouveau droit de séjour d'un mois. L'article 42 de la loi du 21 novembre 2007 revient sur l'impossibilité de prononcer un arrêté de reconduite à la frontière, et la première OQTF reste valide (art. L. 511-1).

³⁹⁵ Près de 45% des recours déférés aux tribunaux administratifs concernaient les APRF notifiés par voie postale, et leur taux d'exécution oscillait entre 1 et 3% : Thierry MARIANI, Rapport de l'Assemblée nationale n°3058, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2986), relatif à l'immigration et à l'intégration, mis en distribution le 2 mai 2006.

³⁹⁶ CE, avis du 18 février 1994, *Chatbi*, Leb. p. 79., JO du 3 Mars 1994, p. 3507.

³⁹⁷ CE, 15 octobre 2001, *M. Parker*, n° 213049, RFDA 2001, p. 1336, rubr. TERNEYRE.

provisoire jusqu'à ce que le préfet statue à nouveau sur son cas³⁹⁸.

Il faut noter que la procédure de reconduite à la frontière décidée sur la base de la *Convention Schengen* est distincte, et que le contentieux relatif à celle-ci est ordinaire (art L. 531-3 *CESEDA*). Le Conseil d'État a précisé la distinction entre les procédures de reconduite à la frontière par arrêté soumis à un régime procédural d'urgence spécial, et les reconduites d'office à la frontière en vertu de la *Convention Schengen* dans un avis du 22 mai 1996, *Lautaru*³⁹⁹.

ii. Les principes dégagés par le juge en matière de référé : le droit de solliciter le statut de réfugié.

La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a réorganisé cette branche du contentieux administratif⁴⁰⁰, et créé deux outils particulièrement utiles aux demandeurs d'asile déboutés, ou faisant l'objet d'une mesure d'éloignement : le « référé-suspension » (remplaçant le sursis à exécution) et le « référé-liberté », créé au bénéfice de tout justiciable. À ce propos, il faut distinguer la condition d'urgence posée à l'engagement de certains référés, et l'urgence imposée au juge pour se prononcer, comme nous l'avons vu avec les arrêtés de reconduite à la frontière. De nombreuses insuffisances existaient dans les mécanismes de prise compte des situations d'urgence. La loi de juin 2000 a ainsi allégé certaines des conditions posées à l'octroi du référé.

Le référé-suspension est, à peine d'irrecevabilité, introduit conjointement à une demande d'annulation au fond et vise logiquement à suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement. Le juge des référés doit procéder à deux vérifications : l'une tenant à l'existence de l'urgence, et l'autre à un moyen susceptible de créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée⁴⁰¹.

Pour satisfaire aux conditions d'urgence, la décision contestée doit être préjudiciable de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. C'est au juge des référés d'apprécier concrètement si les

³⁹⁸ CE Sect., 22 février 2002, *M. Dieng*, n° 224496 et article L. 512-4 du *CESEDA*.

³⁹⁹ CE avis, 22 mai 1996, *M. Lautaru* n° 176895, *Leb.* p.192. *AJDA* 1996, p. 703, concl. M. DENIS-LINTON. *LPA*, 22 octobre 1996, note E. AUBIN.

⁴⁰⁰ Voir Bernard PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA* sept-oct. 2000, p. 959 ; Marjolaine FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* sept-oct. 2000, p. 963 ; et le Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, *RFDA* (sept-oct. 2000) p. 94.

⁴⁰¹ Article L. 521-1 du Code de Justice administrative.

effets de la décision sont de nature à caractériser une urgence et à justifier la suspension de l'exécution de la décision⁴⁰².

Dans une ordonnance du 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Aneur*⁴⁰³, le Conseil d'État a jugé que

« la condition d'urgence sera en principe constatée dans le cas d'un refus de renouvellement du titre de séjour comme d'ailleurs d'un retrait de celui-ci ; dans les autres cas, il appartient au requérant de justifier de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à bref délai d'une mesure provisoire dans l'attente d'une décision juridictionnelle statuant sur la légalité de la décision litigieuse ».

Le référé-liberté a été la véritable innovation de la loi du 30 juin 2000. Prévu à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, il permet d'obtenir du juge des référés, dans un délai très bref (en principe, quarante-huit heures) et dans une situation justifiant l'urgence, « toutes mesures nécessaires » (notamment une mesure d'injonction ou de suspension) visant à la « sauvegarde » d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration a porté « une atteinte grave et manifestement illégale »⁴⁰⁴.

Parmi les libertés fondamentales reconnues par le Conseil d'État, le « droit constitutionnel d'asile » a rapidement été évoqué dans la décision *Hyacinthe*, première décision du juge administratif concernant le droit d'asile, dans le cadre de l'utilisation du référé-liberté⁴⁰⁵. Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que la condition d'urgence était manquante, et n'a pas jugé le référé-liberté recevable. En revanche, il a reconnu la gravité et l'illégalité manifeste des atteintes portées à une liberté fondamentale de la requérante, cette liberté fondamentale étant le « droit d'asile constitutionnel qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié », et l'atteinte grave est manifestement illégale étant le refus opposé à la requérante de demander l'asile.

Par la suite, il a confirmé le droit d'asile constitutionnel comme étant une liberté fondamentale, ainsi que « son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de sa demande »⁴⁰⁶, mais dans cette affaire, à nouveau, le référé-liberté n'a pas été jugé recevable, car l'atteinte grave et manifestement illégale faisait défaut :

⁴⁰² CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, AJDA, 20 février 2001, p.150.

⁴⁰³ CE, 14 mars 2001, *ministre de l'Intérieur c. Mme Aneur*, n° 229773, RFDA 2001, p. 673.

⁴⁰⁴ Le Conseil d'État a précisé que les conditions du référé liberté étaient bien entendu cumulatives : CE, 3 avril 2001, *Soriano*, n°232025 à 232030 ; CE, 9 avril 2001, *Belrose*, n°232208, n°232209 et n°232210 ; CE, 13 avril 2001, *Yahiaoui*, n°232542.

⁴⁰⁵ CE, 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, req n° 229039, AJDA 2001, p. 589, note J. MORRI et S. SLAMA.

⁴⁰⁶ CE, 2 mai 2001, *Min de l'intérieur c. Dziri*, n° 232997.

« l'atteinte grave et manifestement illégale ne peut résulter de la seule circonstance qu'il a été fait application de la loi de 1952 sur le droit d'asile qui exclut l'admission en France d'un demandeur d'asile lorsque l'examen de la demande relève de la compétence d'un autre État ; alors même que l'intéressé se prétend « persécuté pour son action en faveur de la liberté »

Cette interprétation du Conseil d'État a été contestée. C'est la *Convention de Dublin relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile* qui a été brandie pour refuser de se prononcer sur une demande d'asile constitutionnel. Or, la *Convention de Dublin* ne définit cette demande d'asile que par référence à la *Convention de Genève*, pas à la Constitution française⁴⁰⁷.

En revanche, le refus d'admission provisoire au séjour dont doit bénéficier le candidat au statut de réfugié qui dépose une demande a été considéré par le juge des référés (dans le cadre d'une requête en référé-liberté) comme portant par lui-même une « atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du demandeur d'asile pour que la condition d'urgence soit, sauf circonstances particulières, satisfaite »⁴⁰⁸.

De la même façon, l'atteinte grave et manifestement illégale ne fit pas défaut lors d'une affaire dans laquelle le requérant s'est vu interdire par le préfet le simple droit de déposer une demande d'asile au motif qu'il ne pouvait fournir ni passeport ni sauf-conduit. L'affaire n'est évidemment pas allée jusqu'au Conseil d'État, le tribunal administratif (Melun) saisi du référé-liberté ayant conclu très rapidement à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale: le droit d'asile, et son corollaire, le « droit de solliciter le statut de réfugié »⁴⁰⁹.

La réforme du contentieux de la reconduite à la frontière n'a pas été sans conséquence sur les procédures générales que nous venons d'évoquer. En matière de droit des étrangers, le recours pour excès de pouvoir (REP), unité de base du contentieux administratif, tend à s'effacer au profit de « recours contentieux » de plus en plus spécialisés. Cela est justifié en raison de l'urgence des situations et de l'inutilité d'un REP lorsque l'éloignement a eu lieu. Mais la volonté de désengorger les instances administratives tend à les transformer en organismes de tri, au détriment de la sauvegarde des droits procéduraux. L'une des grandes modifications de 2006 a notamment été de faciliter le recours aux « ordonnances de rejet ».

⁴⁰⁷ Voir François JULIEN-LAFERRIERE, « Le juge des référés administratifs et la Convention de Dublin relative à l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile : les limites de la notion d'atteinte grave et immédiate à une liberté fondamentale », *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence p. 3478.

⁴⁰⁸ CE, référé, 3 novembre 2003, *Kobanda Doro*, n°258322.

⁴⁰⁹ TA Melun, 22 mai 2003, *K c. Préfet de Seine et Marne*, n° 0318564.

Par un régime dérogatoire au principe de collégialité des jugements⁴¹⁰, elle permet à un juge unique de prendre une décision selon une procédure très allégée⁴¹¹, et de rejeter la requête relative à un refus de séjour, notamment lorsque celui-ci estime qu'elle manque de fondement. Le « manque de fondement », dont les contours ne sont jamais précisés, est le concept le plus dangereux pour les demandeurs d'asile. Il devient l'argument clé des refus d'entrée sur le territoire, des refus de reconnaissance de statut, et maintenant, des rejets de requêtes contentieuses. La procédure du référé-liberté est de fait gravement mise en danger par cette nouveauté législative⁴¹². C'est d'ailleurs au titre de ce référé-liberté que la France a été condamnée par la CEDH le 26 avril 2007, pour violation des stipulations combinées des articles 13 et 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* au motif qu'aucun recours suspensif (composante essentielle du recours effectif) ne peut être exercé contre un refus d'entrée sur le territoire français alors que le refoulement de l'étranger concerné peut l'exposer à un traitement prohibé par l'article 3 de la *Convention*⁴¹³. La France a donc dû se mettre en conformité avec ses engagements internationaux⁴¹⁴. Il ressort de la nouvelle disposition inscrite dans la loi « Hortefeux »⁴¹⁵ que le recours a certes été rendu suspensif (uniquement pour les demandeurs d'asile et à condition d'être déposé dans un délai de 48 heures), mais pas nécessairement plus effectif. Le recours doit prendre la forme d'une « requête motivée ». Le juge administratif doit statuer en 72 heures. L'audience se fait sans conclusion du gouvernement, et une requête mal fondée peut toujours être rejetée par ordonnance, sans audience et sans examen au fond (la pratique des ordonnances de rejet est donc maintenue).

⁴¹⁰ Dont le Conseil Constitutionnel a dit qu'il n'avait qu'une valeur législative et non constitutionnelle : CC, 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, n° 2006-539 DC, *Rec.* p. 79, *JO* du 25 juillet 2006, p. 11066.

⁴¹¹ Sans commissaire du gouvernement (R.122-12 et R.222-1 CJA), sans audience publique (R.742-6 CJA), et sans obligation de communiquer aux parties les moyens d'ordre public qu'il se propose de relever d'office (R.611-7, 2° CJA),

⁴¹² Au sujet de la réforme et pour un point de vue critique, voir Syndicat de la Juridiction administrative, « Le contentieux du refoulement des demandeurs d'asile », juin 2007, 10 p.; Serge SLAMA, « Réformes en série du contentieux: une atteinte à l'accès à la justice des plus précaires », blog droit administratif, octobre 2006, 16 p. URL : <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2006/10/22/103-reformes-en-serie-du-contentieux-une-seule-victime-les-precaires> (consultée le 15 août 2007); et Martin GALLIE, « Le contentieux de la reconduite à la frontière et le respect des droits humains », dans C. BERTRAND, *L'immigration dans l'Union européenne-Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, L'Harmattan, 2008, pp.279-327.

⁴¹³ CEDH, *Gebremedhin c/ France*, 26 avril 2007, n° 25389/05.

⁴¹⁴ Voir Cédric SENELAR-GIL, « Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire : le référé-liberté, remède ou placebo ? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007 "Gebremedhin c/ France" », 15 mai 2007, blog *Drôle d'en-Droit*, 15 p., URL : http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Senelar_Gebremedhin.pdf

⁴¹⁵ Art. 24 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, art. L. 213-9 du CESEDA.

B) Au Canada : un accès minimalement protégé.

Encadrés de façon très différente au Canada, peut-être parce que de nombreux candidats au statut de réfugié ne se trouvent pas sur le territoire canadien, les droits des demandeurs d'asile ne font pas l'objet d'une protection comparable à ce qu'offrent le droit français et les garanties juridictionnelles françaises. Au Canada, l'essentiel de la protection repose encore une fois sur l'article 7 de la *Charte*, qui prescrit le respect de la liberté, de l'égalité et de justice. Il s'agit ici de faire état des modalités de mise en œuvre du principe de l'équité procédurale (ou « justice fondamentale ») telle qu'entendue par l'article 7 de la *Charte*. À des fins comparatives⁴¹⁶, nous relèverons les grands principes dégagés par la jurisprudence canadienne relativement aux garanties procédurales constitutionnelles dont bénéficient les demandeurs d'asile, notamment le droit d'être entendu (1), et la problématique de l'appel du réexamen, et de la cassation (2). Quant aux recours contre les mesures d'éloignement, nous avons vu les grands principes constitutionnels dégagés par la Cour Suprême dans l'arrêt *Singh*. En dehors de cette applicabilité de principe de la *Charte*, les moyens de mise en œuvre sont peu convaincants en dépit d'une protection légale spécifique: l'examen des risques avant renvoi (3).

1) Le droit d'être entendu.

Ce développement est nécessairement descriptif, mais mérite d'être étudié dans le cadre des apports de la justice constitutionnelle à la mise en œuvre et à la protection des droits des réfugiés. Le droit d'être entendu sous-tend celui de pouvoir présenter des arguments et de pouvoir être représenté.

Le droit de présenter des arguments est associé à celui de disposer d'un interprète (article 14 de la *Charte*) et à une exigence d'impartialité de la part du tribunal. Dans une affaire où la Section du statut du réfugié avait fait remarquer que le récit des requérants était « inventé de toutes pièces » et qu'« aucun demandeur n'était digne de foi », la Cour Fédérale a rappelé que les demandeurs doivent pouvoir bénéficier d'un droit de réplique. Elle a également constaté qu'une « remarque préliminaire de cette nature ne [pouvait] être considérée comme une simple opinion incidente » et qu'« elle [était] le reflet d'un préjugé de la part du tribunal

⁴¹⁶ Et non pour proposer un exposé complet et intelligible des procédures contentieuses ouvertes au Canada, dont même les ressortissants s'excusent auprès des spécialistes, de ne point se livrer afin de ne pas perdre le fil du propos. François CRÉPEAU, *La condition du demandeur d'asile en droit comparé – Droit international, droit français, droit canadien et québécois*, Paris, Université de Paris I, Thèse de doctorat, 1990, p. 474.

et [donnait] lieu à un doute raisonnable de partialité. »⁴¹⁷

La situation inverse peut néanmoins se présenter et la Cour Fédérale a eu l'occasion d'accueillir la demande de contrôle judiciaire émanant du Ministre parce que la Section du statut avait accordé le statut sans tenir compte d'un élément susceptible de faire entrer le requérant dans les clauses d'exclusion prévues à l'article 1F de la *Convention de Genève*⁴¹⁸.

Dans l'arrêt *Singh*, la Cour Suprême a déclaré que si l'absence d'audience n'était pas toujours incompatible avec la justice fondamentale, l'était en revanche le fait pour un tribunal de se contenter de transcriptions écrites d'audiences antérieures, lorsqu'une question de crédibilité est en jeu. La justice fondamentale exigeant alors que cette question soit tranchée par voie d'audition. Selon le raisonnement de la cour, la « faiblesse inhérente des transcriptions » ne permet pas au revendicateur de connaître les arguments invoqués contre lui par le ministre, « mises à part les raisons sommaires que celui-ci avait décidé de lui communiquer en rejetant sa demande »⁴¹⁹.

Le droit d'être représenté par un conseil est un droit procédural « de principe » qui a dû être défini et garanti par les tribunaux.

En 1988, la Cour Fédérale a dû préciser que le requérant devait être représenté par un conseil « compétent et consciencieux »⁴²⁰. L'incompétence s'apprécie au « moyen de la norme du caractère raisonnable » et ne se pose pas en termes de représentation effective du requérant. Ce dernier doit prouver que les actes ou les omissions de son avocat « ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable »⁴²¹. Notons que si le principe selon lequel un requérant sollicitant les services d'une personne juridiquement formée a le droit de recevoir une aide qui reflètera cette expertise, la règle de preuve associée à ce droit est en tout état de cause très difficile à mettre en œuvre par un requérant réfugié.

De fait, la Section du statut, devenue Section de la protection des réfugiés en 2002, est globalement attentive aux limites de compréhension du demandeur, même s'il revient théoriquement au conseil, et non au tribunal, de s'assurer que le demandeur comprend la procédure, en demandant une « attention spéciale » ou une « mesure d'accommodement

⁴¹⁷ *Khan, Shakil Ahmed c. S.G.C.* (C.F. 1re inst., no IMM-4971-93), Dubé, le 27 septembre 1994, *RéfLex*, n° 32, 1er mars 1995.

⁴¹⁸ *M.C.I. c. Sahin, Bektas* (C.F. 1re inst., no IMM-1130-94), Rothstein, le 27 octobre 1994, *RéfLex*, n° 33, 1^{er} mai 1995.

⁴¹⁹ *Singh c. M.E.I.* [1985] 1 R.C.S. 177, pp. 213-216.

⁴²⁰ *Mathon c. M.E.I.* (1988), 9 Imm. L.R. (2d) 132 (C.F. 1re inst.)

⁴²¹ *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22.

raisonnable »⁴²².

Que le système canadien s'intéresse de façon circonstanciée à l'équité procédurale lors de l'examen de la demande de statut en première instance est un minimum. Surtout lorsque l'on sait qu'il n'y a pas de « seconde instance » possible et que les erreurs ne sont pas susceptibles d'être corrigées.

2) Appel, cassation et réexamen.

L'article 7 de la *Charte* ne garantit aucun droit d'appel⁴²³. De plus, l'exercice du droit au recours des demandeurs d'asile souffre de grandes lacunes, du fait de l'inexistence d'une procédure d'appel sur le fond des décisions de la CISR sur l'octroi du statut. Seul un recours en cassation, dont les conditions d'ouverture ne répondent pas adéquatement aux besoins de protection d'un demandeur d'asile, est possible (a). En revanche, les cas de réouverture d'enquête ou de détermination du statut sont prévus et protégés par la *Charte* (b).

a) De la décision de première instance à la cassation.

Le seul recours dont le réfugié dispose lorsque le statut ne lui est pas reconnu prend la forme d'un contrôle judiciaire auprès de la Cour Fédérale, c'est-à-dire un pourvoi en cassation de la décision de la CISR⁴²⁴. Or, ce recours nécessite deux étapes. La première est l'« étape de l'autorisation » lors de laquelle le demandeur doit démontrer que la décision faisant l'objet du contrôle contient une erreur de fait ou de droit ou qu'un principe de justice naturelle a été violé. Cette demande doit être faite dans les quinze jours qui suivent la réception de l'avis de la décision de la CISR. Elle suspend automatiquement la mesure de renvoi issue de la décision négative de la CISR. Si l'autorisation est accordée, on passe à l'étape de « la demande de contrôle judiciaire », au cours de laquelle la Cour Fédérale peut maintenir la décision de la CISR ou renvoyer l'affaire à cette dernière pour une nouvelle audience. Mais la Cour Fédérale rejette en moyenne 90 % des demandes d'autorisation dans les cas concernant des décisions sur le statut de réfugié, et environ 57% des demandes de contrôle judiciaire pourtant autorisées sont rejetées⁴²⁵.

⁴²² *Flores Beltran, David c. M.C.I.* (C.F. 1re inst., no IMM-6494-93), Rothstein, le 14 octobre 1994, *RéfLex*, n° 32, 1^{er} mars 1995.

⁴²³ *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

⁴²⁴ *Loi sur les Cours fédérales*, L.R. (1985), ch. F-7, paragraphe 18.1(4).

⁴²⁵ CCR, « L'appel des réfugiés: mais est-ce que personne n'écoute? », 31 mars 2005, p. 4.

De fait, l'enjeu du droit au recours au Canada trouvera, avec la problématique du droit à des délais raisonnables, ainsi qu'avec les garanties juridiques inscrites à l'article 10 de la *Charte*⁴²⁶, davantage sa place dans les développements relatifs à la précarisation des demandeurs d'asile.

b) Réouverture de l'enquête ou de la revendication.

La jurisprudence canadienne a généralement recours à la doctrine dite du *functus officio* (« tâche accomplie »), similaire au principe français de « l'autorité de la chose jugée » et qui consiste à ne laisser aucune obligation, ni aucune autorité résiduelle à un tribunal lorsqu'il a abouti à une décision (sauf vice de forme ou de procédure). Dans l'affaire *Chandler v. Alberta Association of Architects*⁴²⁷, la Cour Suprême du Canada a confirmé que ce principe s'appliquait aux tribunaux administratifs, donc à la CISR, donc à la Section du Statut du Réfugié (devenue Section de la protection des Réfugiés). On dit que l'organe en question est « *functus officio* »⁴²⁸. Cette doctrine s'efface pourtant parfois devant l'obligation constitutionnelle de protéger les droits procéduraux des réfugiés.

En 1987, la Cour Fédérale avait déjà admis qu'une demande de réouverture en vue d'une nouvelle détermination d'une revendication déjà tranchée était possible si le fait de ne pas procéder à cette réouverture occasionnait « une entorse à la justice naturelle »⁴²⁹. Dans ce seul cas, la Section de protection peut annuler sa propre décision et réentendre l'affaire, en dépit du principe général selon lequel un tribunal administratif n'a théoriquement pas le pouvoir d'annuler sa propre décision⁴³⁰.

En voici quelques illustrations:

En 1993, une réouverture d'enquête avait été accordée à un individu souhaitant redéposer une revendication de statut, et le Ministre avait fait appel de cette décision auprès de la Cour d'appel Fédérale. Cette dernière rejeta l'appel en donnant comme première raison que « l'arbitre était habilité à rouvrir l'enquête pour protéger les droits conférés par la Charte »⁴³¹.

⁴²⁶ Voir F. CRÉPEAU, « Le réfugié et la protection des Chartes », dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux — Aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises 1992 de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Montréal, Yvon Blais, 1993, 237-272.

⁴²⁷ *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 62 D.L.R. (4th) pp. 577 – 596, 2 RCS 848

⁴²⁸ Notamment appliquée dans *Chaudhry, Fahimuddin c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., no IMM-2528-93), Nadon, le 15 juillet 1994, *RéfLex*, n° 30, 1^{er} décembre 1994.

⁴²⁹ *Gill c. M.E.I.*, [1987] 2 C.F. 425 (C.A.)

⁴³⁰ *Lugano c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 2 C.F. 605 (C.A.)

⁴³¹ *M.E.I. et Chung, Pak Fai* (C.A.F., no A-535-91), Linden, MacGuigan, Robertson, le 21 décembre 1992,

La même année, la question de savoir si l'incompétence de l'assistance juridique (le conseil) ayant conduit à une décision défavorable était susceptible de constituer une violation des principes de justice fondamentale, et ouvrait droit à la formulation d'une nouvelle demande. Mais la Section du statut n'ayant pas conclu à l'incompétence du conseil, la réponse est restée en suspens⁴³². Le 23 mars 2006, la question de l'incompétence du conseil a été soulevée devant la Section de protection des Réfugiés, qui s'est abstenue de se prononcer sur le sujet, se contentant d'un doute raisonnable quant à la qualité de l'interprétation lors des entretiens des demandeurs d'asile. Rappelant que dans cette situation, il fallait donner le bénéfice du doute aux demandeurs d'asile, la Section a néanmoins autorisé la réouverture de la demande d'asile⁴³³.

En 1994, la Cour Fédérale a reconnu que dans les cas où les circonstances du pays d'origine avaient changé depuis la première revendication, l'interdiction faite à un demandeur d'en déposer une seconde violait l'article 7 de la *Charte*⁴³⁴. En 1994, la Cour Fédérale a autorisé la tenue d'une nouvelle audience, devant un nouveau tribunal, de la revendication d'un demandeur éconduit, en raison de la partialité de la première audience et de sa non-conformité aux principes de justice fondamentale. En l'occurrence, le conseil du demandeur n'avait pu contre-interroger des témoins présentés par le Ministre⁴³⁵.

A contrario, en 1994, la réouverture de la revendication a été refusée à un demandeur qui voulait déposer cette fois des rapports médicaux établissant un syndrome post-traumatique dont il souffrait. Pour refuser cette réouverture, la Cour s'est appuyée sur la doctrine *functus officio* et les jurisprudences *Chandler c. Alta* et *Longia c. MEI*⁴³⁶, en l'absence d'une loi autorisant expressément la réouverture d'une audience⁴³⁷. En 1994, un requérant iranien s'est également vu refuser la réouverture de sa revendication au motif qu'il était responsable du fait que, lors de sa première audience, le tribunal avait rejeté sa demande de statut sans connaître des éléments pourtant importants. Le requérant s'était en effet méfié des interprètes et avait

RéfLex, n° 18, 1^{er} mai 1993.

⁴³² SSR U91-01744, *Williams*, le 1^{er} février 1993, *RéfLex*, n° 19, 1^{er} juin 1993.

⁴³³ SPR VA3-04766 et autres, *Ross*, 23 mars 2006, *RéfLex*, n° 285, 11 mai 2006.

⁴³⁴ *Arandia Hernandez, Danilo c. SGC* (CF 1^{re} inst., no T-1875-93), Dubé, le 22 septembre 1993., *RéfLex*, n° 24, 1^{er} février 1994.

⁴³⁵ *Siad, Ali Mohammed c. SEC* (CF 1^{re} inst., no A-1060-92), Strayer, le 12 avril 1994, *RéfLex*, n° 28, 1^{er} septembre 1994.

⁴³⁶ *Chandler c. Alta. Assoc. of Architects*, [1989] 2 RCS 848; *Longia c. MEI*, [1990] 3 VOIR 288 (CA); et *Grewal c. MEI*, [1992] 1 VOIR 581 (CA).

⁴³⁷ *Camacho-Souza, Ricardo c. MEI* (CF 1^{re} inst., no IMM-406-93), Wetston, le 28 février 1994., *RéfLex*, n° 27, 1^{er} juillet 1994.

« omis » de divulguer certains faits⁴³⁸.

Le 1^{er} décembre 2003, le président de la CISR donnait une série de *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la section de la protection des réfugiés*⁴³⁹ qui ont soulevé un certain nombre de questions relatives à l'équité procédurale, et notamment à l'ordre dans lequel est conduit l'interrogatoire. Cela n'a pas manqué de soulever de nouvelles demandes de réouverture au motif que l'équité procédurale n'était pas respectée dans ces directives. Le 6 janvier 2006, la Cour Fédérale se prononce dans le sens de leur non conformité aux principes de justice naturelle. Les deux principales questions portaient sur l'inversion de l'ordre de l'interrogatoire et sa conséquence sur l'équité procédurale : privait-elle le demandeur du droit d'être entendu et entravait-elle le pouvoir discrétionnaire des commissaires? Le juge a répondu non à la première question, mais oui à la seconde⁴⁴⁰, ce qui entraînait de fait une négation de l'équité procédurale, donc une atteinte aux principes de justice naturelle, et revenait dans une certaine mesure à répondre oui à la première question. Mais le 25 mai 2007, la Cour d'appel fédérale reverse cette décision et valide les directives⁴⁴¹, ce qui restreint davantage les raisons de demander une réouverture et ce qui n'est pas vraiment opportun dans un système où l'appel n'existe pas, et où les décisions sont prises par un juge unique. Les demandes de réouverture déposées devant la SPR sur le fondement de l'iniquité des directives avaient toutes été suspendues dans l'attente de cette décision, et logiquement appelées à être rejetées par la suite⁴⁴².

Le principe d'équité procédurale inscrit dans la *Charte* est *a priori* sauf. Mais parce que la réouverture dépend d'une décision de la Cour Fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire, elle est elle-même sujette à la recevabilité d'un tel recours en cassation, et ne représente pas non plus le filet de protection digne d'un État respectueux des droits procéduraux. Seule une procédure d'appel pourra efficacement protéger le candidat réfugié des erreurs commises par la Section de protection de la CISR en première instance. Lorsqu'il a été statué (négativement) sur sa demande d'asile, le candidat ne dispose pas de moyens de recours effectif, en dépit des engagements internationaux et constitutionnels du Canada. Il fait dès lors

⁴³⁸ SSR T89-07505, *Davis*, le 30 août 1993, *Réflex*, n° 27, 1^{er} juillet 1994.

⁴³⁹ CISR, *Directives n° 7 concernant la préparation et la tenue des audiences à la section de la protection des réfugiés*, données par le Président en application de l'alinéa 159(1)h) de la *LIPR*, 1^{er} décembre 2003.

⁴⁴⁰ *Thamotharem c. MCI (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 FC 16.

⁴⁴¹ *Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Thamotharem, Daniel* (C.A.F., A-38-06) et *Restrepo Benitez, Jorge Luis c. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (C.A.F., A-164-06).

⁴⁴² SPR MA3-05512, *Arvanitakis*, 4 juillet 2007, *Réflex*, n° 314, 2 août 2007 Et SPR TA3-23894, *Dawson*, 11 juillet 2007, *Réflex*, n° 315, 30 août 2007.

face à une mesure d'éloignement.

3) Recours contre une mesure d'éloignement.

Un demandeur d'asile peut faire l'objet d'une mesure de renvoi qui reste « conditionnelle » tant que celui-ci n'est pas officiellement débouté de sa demande de statut (art. 49.2 de la *LIPR*). Lorsque celle-ci prend effet, le demandeur d'asile débouté doit partir dans les trente jours suivant la date à laquelle la décision définitive est prise à son endroit.

Le contentieux des mesures d'éloignement est, comme le processus de détermination du statut du réfugié, déséquilibré en défaveur des demandeurs d'asile. Le « retard » dans la mise en place de la Section d'appel des réfugiés les prive de garanties qui existent pourtant pour les autres immigrants (parmi lesquels les réfugiés reconnus)⁴⁴³.

La loi canadienne prévoit néanmoins, depuis 2002, un filet de protection complémentaire avec l'« examen des risques avant renvoi » (ERAR)⁴⁴⁴. Dès que la mesure de renvoi lui est notifiée, le demandeur dispose d'un délai de quinze jours pour adresser au ministre de l'immigration et de la Citoyenneté (CIC) sa demande d'ERAR. Ce dépôt suspend l'exécution de la mesure de renvoi. L'agent du CIC doit alors déterminer, de la même façon que le fait la CISR, si le demandeur répond à la définition de réfugié ou de personne à protéger, c'est-à-dire s'il court un risque en se fondant sur la définition du risque de persécution de la *Convention de Genève*, celle du risque de torture de la *Convention contre la torture*, et celle de la menace pour la vie ou de traitement ou peines cruels et inusités. On pourrait voir dans l'ERAR une sorte de substitut d'appel sur le fond de la demande d'asile. En réalité, cette demande n'est recevable que si de nouveaux renseignements sont devenus accessibles entre le rejet de la demande de statut par la CISR et l'ordonnance de renvoi du demandeur vers son pays d'origine. Les demandes d'ERAR ne donnent donc pas lieu à un examen approfondi du bien-fondé de la demande d'asile. Elles sont de plus généralement déposées par écrit, sans la tenue d'une audience, et les éléments de preuve doit être apportés par le requérant dans un délai de trente jours suivant notification de la mesure de renvoi.

En cinq ans d'existence, l'ERAR n'a pas convaincu. Sur le seul plan statistique, 97% des demandes sont rejetées. À l'issue d'une étude collective sur ses dysfonctionnements, les auteurs ont relevé un certain nombre de symptômes, et plusieurs causes susceptibles de les

⁴⁴³ La Section d'appel de l'immigration est compétente pour une mesure de renvoi émise par un agent de l'agence des services frontaliers du Canada (ASFC) ou de la Section d'immigration de la CISR.

⁴⁴⁴ Articles 112 à 116 de la *LIPR*.

expliquer⁴⁴⁵. Parmi les symptômes, les auteurs évoquent les rejets non motivés d'éléments de preuve pourtant dignes de foi, la sélection discrétionnaire des documents retenus comme preuve ou non, ou encore l'exigence de preuves spécifiques impossible à fournir, ou qui n'existent pas. Est également évoqué le fait que les agents d'ERAR ne s'émancipent pas de la décision négative de la CISR, et se fondent même plutôt sur elle, pour rejeter à nouveau la demande, ce qui vide de sens l'existence même de l'ERAR. Parmi les causes susceptibles d'expliquer ces dysfonctionnements, l'étude relève l'absence de contrôle des décisions des agents de l'ERAR. Certes, un contrôle judiciaire de la décision de l'ERAR auprès de la Cour Fédérale est possible, dans les mêmes conditions de délai, d'autorisation et de recevabilité que pour les décisions de la CISR sur la détermination du statut. Ce recours onéreux, et nécessitant les services d'un avocat, présente donc les faiblesses évoquées plus haut et ne constitue pas un contrôle efficace. Il n'est d'autre part pas automatiquement suspensif. La Cour peut décider, ou non, de surseoir à l'exécution du renvoi.

Il apparaît qu'en sus d'être inefficace, l'ERAR ne remplace pas un contrôle de légalité de la mesure de renvoi. Il ne porte que sur les conséquences de son exécution. Cette logique rejoint celle de la Cour Fédérale qui, en matière d'expulsion, a opéré une très nette distinction entre la décision et la notification d'une mesure d'éloignement d'une part (non protégé par l'article 7 de la *Charte*), et la mise à exécution de cette mesure (protégé par l'article 7 de la *Charte*)⁴⁴⁶. La jurisprudence canadienne refuse ici l'analyse de la compatibilité de *Loi sur l'immigration* avec la *Charte* pour lui préférer un examen de son application dans des cas concrets. Il n'y a pas de principe, que des cas d'espèce.

Un autre filet de protection d'origine légale existe. Il s'agit de la demande de résidence permanente pour « motifs d'ordre humanitaire », ouverte à tous y compris les demandeurs d'asile déboutés (art. 25(1) de la *LIPR*). Tous les motifs, y compris les risques associés au renvoi, peuvent être avancés. Cette demande s'effectue auprès du ministre CIC. En pratique donc, lorsque des motifs relatifs au « risque lié au renvoi » sont soulevés, c'est l'agent de l'ERAR qui étudiera la demande. La demande pour « motifs d'ordre humanitaire » ne constitue donc pas une demande distincte ou supplémentaire au bénéfice des demandeurs d'asile déboutés. Ce recours ne permet pas davantage que l'ERAR, de corriger des erreurs commises par la CISR lors de la détermination du statut.

⁴⁴⁵ Amnistie Internationale, Table de concertation des organismes au service des personnes réfugiées et immigrantes, Centre Justice et Foi, « Le processus d'examen des risques avant renvoi au Canada », Mémoire présenté au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration Chambre des communes, Ottawa, 13 février 2007, 12 p.

⁴⁴⁶ *Nguyen c. Canada (M.E.I.)*, [1993], C.F. Can., p. 708.

En ce qui concerne les droits au recours du demandeur d'asile, au regard de l'absence d'une instance d'appel et de la rareté des cas se hissant en cassation, le Canada n'est pas très protecteur. Certes, les droits fondamentaux inscrits dans la *Charte*, la *Convention contre la torture* et la *Convention de Genève* sont respectés. Mais leur accès est mal assuré.

Même si le droit interne français est encore structurellement plus protecteur que le droit canadien en matière de droit au recours pour les demandeurs d'asile, ce paragraphe révèle tout particulièrement les subtilités de la protection des réfugiés. Tant avec la dilution française des garanties procédurales relatives aux mesures d'éloignement qu'avec l'impasse canadienne sur une instance d'appel adéquate, il caractérise en effet la distanciation grandissante entre la proclamation des droits fondamentaux, et les moyens concrets de leur mise en oeuvre.

Conclusion chapitre 1:

« L'élévation du réfugié au rang de justiciable ». Un intitulé ambitieux qui au terme de ce chapitre, appelle sans doute une conclusion plus mesurée, au regard des arrangements successifs auxquels se livrent les États lorsque leur échappe la proclamation, en droit interne, d'un droit fondamental pour un réfugié. De fait, à l'instar des mécanismes du droit international des droits de l'homme qui leur ont posé des limites quand ils ne s'y attendaient pas, les cours constitutionnelles françaises et canadiennes ont également pu surprendre leurs gouvernements.

En érigeant le droit d'asile en principe constitutionnel, en redéfinissant le champ d'application d'une loi fondamentale, qui de personnel devenait territorial, en qualifiant les réfugiés au respect des valeurs qui fondent leur idéal démocratique (« vie familiale », « équité », « liberté »), les cours constitutionnelles ont incontestablement admis la condition de « semblable » du réfugié. Le relais des tribunaux des ordres inférieurs qui s'astreignent au respect des prescriptions constitutionnelles et légales, est évidemment remarquable, et donne la mesure de ce que représente l'accès à la justice pour un réfugié. La requête individuelle évoquée dans le premier titre, confirme, avec l'étude des droits internes, qu'elle est le tournant majeur de la protection.

Ce qui distingue pourtant encore le réfugié des « vrais » justiciables de droit interne (les citoyens), est le maintien, pour les mêmes droits, d'une inégalité de protection, ainsi que l'absence d'acquis dans la protection des droits fondamentaux. Il n'y a pas d'effet cliquet comme on le constate généralement envers les citoyens. À droits égaux, ceux du réfugié peuvent être remis en cause, sur le fondement de la non-citoyenneté ou sur le fondement de la sécurité de l'État (les deux étant intimement liés). Ce sérieux bémol rappelé, retenons l'apport conséquent des droits internes à la protection des réfugiés. Non seulement certains droits bénéficient en France et au Canada d'une garantie de type constitutionnel, autonome des prescriptions de la *Convention de Genève*, mais les systèmes de droits internes organisent leur mise en œuvre de façon beaucoup plus aboutie que le droit international ne peut le faire.

De fait, alors que n'a pas encore été abordée la question de la détermination du statut de réfugié, qui est l'axe principal de sa protection, les droits internes offrent déjà un catalogue de droits et de garanties. Cela constitue en soi une plus-value incontestable du droit interne sur le droit international. À cela s'ajoutent les efforts accomplis sur la reconnaissance du statut *stricto sensu*.

Chapitre 2 - La recherche dynamique d'un statut pour le réfugié.

Avec une réception humaniste de la *Convention de Genève* et grâce aux renforts d'autres fondements normatifs, l'influence des droits de l'homme/droits fondamentaux se fait sentir dans plusieurs de ses dimensions.

Nous n'évoquerons pas en exhaustivité les règles et critères de détermination du statut, mais seulement les applications de ceux-ci par les organismes internes, dans un sens *plus protecteur* pour les réfugiés. Nous prenons donc sciemment le risque de découper quelque peu artificiellement l'exposé complet de la détermination du statut⁴⁴⁷ en réservant l'analyse de ses aspects les moins protecteurs pour la seconde partie de cette recherche.

En France, le *CESEDA* donne compétence à l'OFPPRA pour reconnaître le statut de réfugié sur divers fondements : un fondement constitutionnel faisant référence aux « persécutions pour une action en faveur de la liberté », le fondement du mandat du HCR, et le fondement conventionnel proposé par l'article 1A2 de la *Convention de Genève* de 1951.⁴⁴⁸ Ce dernier est à la base de la majorité des décisions favorables et les deux autres sont de plus en plus anecdotiques. Les statuts accordés au titre du mandat du HCR ou de l'asile constitutionnel se comptent depuis quelques années sur les doigts de la main⁴⁴⁹.

Le cadre législatif canadien reprend également la définition conventionnelle du droit international dans l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que les principes inscrits dans la *Convention internationale contre la torture* afin d'accorder le statut de réfugié ou de « personne protégée » (lequel est juridiquement identique) pour les individus qui n'entreraient pas forcément dans la définition de la *Convention de Genève*. L'arrêt *Ward* de la Cour Suprême, a proposé les grandes lignes directrices sur l'interprétation de la définition du réfugié au sens conventionnel.

⁴⁴⁷ A maintes reprises exposé de façon exhaustive et limpide dans de nombreux ouvrages et articles. Voir notamment, pour un examen de la procédure de détermination française, l'étude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22 (1^{er} janvier 2004), pp. 1673-1772. Et pour la procédure canadienne, Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005.

⁴⁴⁸ L'article L. 721-2 donne compétence à l'OFPPRA et renvoie à l'article L. 711-1 qui donne le champ d'application de cette compétence.

⁴⁴⁹ Voir les rapports d'activité de l'OFPPRA depuis 2002.

Les droits internes français et canadien nous offrent ici les manifestations de leur grande capacité de protection. En exploitant les fondements de reconnaissance de statut proposés par la *Convention de Genève* (**Section 1**), et en acceptant de dépasser la lettre de celle-ci, à l'aide notamment des principes relatifs aux droits de l'homme (**Section 2**), ils contribuent à donner un contenu plus concret au statut du réfugié.

Section 1 : La recherche de souplesse et d'améliorations sur la définition du réfugié.

Cette recherche est le fruit d'un travail jurisprudentiel et législatif évolutif, essentiellement fondé sur l'article 1A2 de la *Convention de Genève*, et dans une moindre mesure, sur le statut du HCR. Aux termes de la *Convention*, est qualifiée de réfugié toute personne

« Qui, par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte ne veut y retourner. »

Pendant longtemps, la seule véritable avancée des organismes français de détermination du statut est venue de l'élargissement de la notion de groupe social. Les autres critères restaient interprétés de façon très restrictive. Mais en 2003, la législation française est revenue sur les exigences relatives à l'auteur des persécutions en supprimant l'exigence de son origine étatique, conformément aux avis répétés du HCR, et à une évolution jurisprudentielle cohérente.

Au Canada, outre les procédures classiques respectant la définition donnée par la *Convention de Genève*, la jurisprudence a élargi certaines notions relatives à la persécution, ou l'appartenance à un groupe social, afin d'accorder le statut à des personnes qui n'en auraient pas bénéficié autrement. Envers les persécutions fondées sur le sexe ou sur une situation de guerre civile, la jurisprudence canadienne est allée si loin dans l'élargissement de la notion que cela peut ressembler à la reconnaissance de nouveaux motifs de persécution.

Nous aborderons dans un premier temps, les évolutions sur les considérations relatives aux auteurs de la persécution, qui nous permettra de relever l'attitude « méthodologique » très inspirante de la jurisprudence canadienne vis-à-vis de la notion même de persécution (I),

avant d'aborder les progrès respectifs des deux pays dans leur approche du concept de groupe social (II).

I) Évolutions sur les auteurs de la persécution.

La définition donnée à l'article 1A2 de la *Convention de Genève* énonce clairement que le statut de réfugié ne peut être accordé qu'à une personne contrainte de renoncer à se prévaloir de l'État dont elle a la nationalité. De cette stipulation, les États ont déduit que seules les persécutions d'origine étatique entraînaient le refus de se prévaloir de son État d'origine, et ainsi, la possibilité de se voir accorder le statut. Dans ce développement, une mention spéciale va à la jurisprudence canadienne qui a beaucoup plus rapidement tranché la question des auteurs de la persécution dans un sens protecteur, tout en fournissant les bases d'une définition générale de la notion de persécution, elle-même élément clé dans la définition du réfugié (B). Le droit français s'est seulement contenté de corriger une interprétation restrictive (A).

A) La jurisprudence et la législation française: des auteurs de la persécution à la capacité de protection de l'État.

Il est donc des persécutions qui ne sont pas du fait de l'État. Mais en vertu d'une jurisprudence française très restrictive, la persécution fut longtemps entendue comme ne pouvant qu'être d'origine exclusivement étatique⁴⁵⁰. Or, cette déduction était fautive et largement dénoncée par le HCR et la doctrine⁴⁵¹.

De fait, que la Commission des Recours du Réfugié et le Conseil d'État aient ensuite élargi leur interprétation de la persécution à celle dont les auteurs ne sont pas des agents de l'État, à condition qu'elle soit encouragée ou même simplement tolérée par lui, n'était pas un progrès. Il ne s'agissait que de l'élargissement d'une restriction préalable.

Dès 1979, la CRR avait considéré que les mauvais traitements systématiques et répétés, organisés par la population contre une minorité constituaient une persécution au sens de la

⁴⁵⁰ Ou tolérée par elle, ou encouragée par elle, ou n'ayant pas tentée d'être empêchée par elle : CE, sect., 27 mai 1983, *Dankha, Rec.*, p. 221, concl. B. GENEVOIS.

⁴⁵¹ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, 1982, § 65 et recommandations du HCR lors de la position commune du Conseil de l'Union européenne relative à l'application harmonisée de la définition du - terme réfugié au sens de la Convention de Genève, du 4 mars 1996, et en filigrane, dans de nombreuses notes annuelles du Comité exécutif du HCR, appelées « Note sur la protection internationale ». Et pour la doctrine, Denis ALLAND et Catherine TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, PUF, collection Droit Fondamental, 2002, p. 357.

*Convention de Genève*⁴⁵². D'autre part, la passivité des autorités a très vite été une persécution reconnue par la Commission, et confirmée par le Conseil d'État, qui admit la reconnaissance du statut de réfugié lorsque

« des persécutions exercées par des particuliers organisés ou non, sont en fait encouragées ou tolérées par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de celle-ci .»⁴⁵³

Quant à la notion « d'autorité de fait », finalement plus protectrice en ce qu'elle désengage totalement l'action étatique de la reconnaissance d'une persécution, elle fut évoquée pour la première fois en 1991 concernant la situation d'un Libérien ayant subi de graves persécutions de la part d'un chef rebelle, en raison de son engagement personnel et ses liens familiaux avec le pouvoir légitime⁴⁵⁴. Depuis, l'existence des autorités de fait était présente dans de nombreuses décisions de la Commission, à l'appui d'une reconnaissance de statut. Cette notion permettait alors de reconnaître la persécution provenant de certains groupements dont les agissements n'étaient ni tolérés ni encouragés par l'appareil étatique⁴⁵⁵.

Finalement, la loi du 10 décembre 2003, pour se mettre en conformité avec une proposition de directive européenne de 2001⁴⁵⁶, a étendu le champ de la protection du statut de réfugié aux cas où les faits invoqués émanent d'une « partie substantielle du territoire de l'État, ou d'acteurs non étatiques »⁴⁵⁷ ce qui devint ainsi conforme à la doctrine du HCR.

Il convient d'apprécier ici l'influence de la doctrine du HCR sur la législation française, même si cette influence prend seulement la forme d'un rebond venant de la Commission européenne. En tout état de cause, l'interprétation qu'a toujours fait le HCR de la notion

⁴⁵² CRR, 3 avril 1979, *Duman*, req. n° 9744, TIBERGHIEU, *Le droit des réfugiés en France, Tables décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés (1988-1997)*, Paris, Economica, 2000, p. 394.

⁴⁵³ CE, 27 mai 1983, *Dankha*, Rec. p. 221, concl. B. GENEVOIS. Voir F. TIBERGHIEU, « Statut de réfugié et persécution par des agents non publics », *RFDA* 1998/2, p. 244 et J. FOUGEROUSSE et R. RICCI, « Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la commission des recours des réfugiés », *RDP*, 1998, n°1, p. 179.

⁴⁵⁴ CRR, 4 septembre 1991, *Freemans*, req. n° 163079.

⁴⁵⁵ CRR SR, *Dujic et Dezbric*, 12 février 1993, n° 230571; CRR, 7 avril 1993, *Karaica*, n° 125776 ; CRR, SR, 5 juillet 1996, *Yaacoub Anis Emile*, n° 276496 ; CRR, SR, 26 octobre 1994, *Nourestani ép. Khairzad*, n° 253902 ; Voir TIBERGHIEU, *Le droit des réfugiés en France, Tables décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés (1988-1997)*, Paris, Economica, 2000, pp. 206-207. CRR, SR, *Jama Shide*, 27 juillet 1997, Rec. CRR, p. 7 ; CRR, SR, *Kacem*, 12 octobre 2001 : « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1710.

⁴⁵⁶ Proposition de directive concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM (2001) 510 final du 12/09/2001. Devenue la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, *JOUE*, 30 septembre 2004.

⁴⁵⁷ Article L. 713-2 du *CESEDA*.

d'agents de persécution a finalement été entendue, assortie néanmoins de deux compensations considérables avec les notions d' « agent de protection » et d' « asile interne ».

Bien entendu, les motifs énumérés dans l'article 1A2 de la *Convention de Genève* sont exclusifs, notamment de motifs d'ordre privé, mais aussi des motifs d'ordre trop général. Par exemple, le statut de réfugié ne sera pas accordé à des personnes qui subissent des difficultés d'ordre familial⁴⁵⁸ ou d'ordre professionnel⁴⁵⁹.

Néanmoins, il est arrivé à la jurisprudence française de reconnaître le statut à certaines personnes dont la persécution relevait véritablement d'un motif d'ordre privé, comme pour cette ressortissante chinoise dont le mari était un dissident politique notoire⁴⁶⁰. Ou encore, et une solution contraire eut été surprenante, pour une ressortissante yougoslave dont l'époux sympathisant de l'UCK et l'enfant de trois ans avaient été assassinés par des militants serbes⁴⁶¹. Notons que vis-à-vis de ces deux cas, la persécution pour motif d'opinion politique aurait sans doute dû être admise, plutôt que de s'aventurer sur le terrain du motif d'ordre privé.

Nous allons voir par ailleurs que la jurisprudence relative aux motifs de persécution tels que l'excision, l'orientation sexuelle, les crimes d'honneurs ou les mariages forcés est une illustration fournie et intéressante de l'interprétation de la notion d'agent de persécution et de capacité de protection de l'État.

B) La jurisprudence canadienne : le tournant *Ward*.

Dans la décision *Ward* en 1993, la Cour Suprême a non seulement tranché la question des auteurs de la persécution (1), mais aussi dégagé les plus grands principes d'interprétation de « la définition du réfugié au sens de la Convention » au Canada. (2)

1) Résolution de la question des auteurs de la persécution.

Une présentation des faits en cause dans l'arrêt *Ward* est utile et les termes de la décision elle-même sont sans doute les plus appropriés :

« *L'appelant résidait en Irlande du Nord. Motivé par le besoin qu'il ressentait de «prendre position»*

⁴⁵⁸ Comme la répudiation par un époux, CRR, SE, *Cabdi Arthan*, 15 décembre 1997, étude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1716.

⁴⁵⁹ Comme la précarité professionnelle, CRR, 3 mai 1993, *Doucoure*, *Rec. CRR*, p. 109.

⁴⁶⁰ CRR, 4 mai 1994, *Zhang, épouse Cheng*, *Rec. CRR*, p. 90.

⁴⁶¹ CRR, 9 septembre 1999, *Zenel, épouse Hasani*, *Rec. CRR*, p. 35.

afin de protéger sa famille, surtout contre l'IRA, il a volontairement adhéré à l'INLA, un groupe terroriste paramilitaire voué à l'union politique de l'Ulster et de la République d'Irlande. L'appelant, qui était chargé de garder des otages innocents, leur a permis de s'évader lorsqu'il a appris qu'ils devaient être exécutés. Il a agi ainsi pour des motifs de conscience.

La police a fini par laisser savoir à un membre de l'INLA qu'un des leurs avait aidé les otages à s'enfuir. L'INLA, qui soupçonnait l'appelant, l'a détenu et torturé, pour ensuite le condamner à mort après l'avoir fait passer en conseil de guerre devant un tribunal bidon. Après avoir échappé à l'INLA, l'appelant a demandé la protection de la police et a été accusé d'avoir participé à la prise d'otage. Suite à une manœuvre préventive, l'INLA a pris en otages la femme et les enfants de l'appelant afin de l'empêcher de fournir des éléments de preuve à la police au sujet des membres et des activités de l'INLA.

L'appelant a plaidé coupable à l'accusation de séquestration et a été condamné à trois ans d'emprisonnement. Il n'a pas témoigné contre l'INLA et n'a jamais non plus reconnu publiquement avoir libéré les otages. Peu de temps avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement, l'appelant a demandé à l'aumônier de la prison de l'aider à assurer sa protection contre les membres de l'INLA. L'aumônier, avec l'aide de la police, a procuré à l'appelant un passeport de la République d'Irlande ainsi que des billets d'avion pour le Canada.

L'appelant est arrivé à Toronto en décembre 1985 et a demandé l'autorisation de séjourner au Canada à titre de visiteur. Il a fait l'objet d'une enquête en mai 1986 et il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant la crainte qu'il avait d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (l'INLA). Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a décidé que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention et ce dernier a donc déposé une demande de réexamen de sa revendication auprès de la Commission d'appel de l'immigration. La Commission a accueilli la demande de réexamen et a conclu que l'appelant était un réfugié au sens de la Convention. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande que le procureur général du Canada avait faite, en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour Fédérale, en vue d'obtenir l'annulation de la décision et a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

Les questions dont est saisie notre Cour sont les suivantes: (1) la question de savoir si la complicité de l'État est nécessaire pour justifier une revendication du statut de réfugié et la nature de l'« absence de volonté » ou de l'« incapacité » d'un demandeur de réclamer la protection de son État d'origine, (2) le sens de l'expression « groupe social », (3) la nature de la persécution en raison d'opinions politiques et la question de savoir si le fait d'avoir abandonné les rangs d'une organisation politico-militaire, pour des motifs de conscience, peut justifier une revendication pour ce motif, (4) la question de savoir si l'art. 15 de la Charte est applicable, et (5) dans les cas de nationalité multiple, la question de savoir si le demandeur doit établir l'absence de protection de la part de tous les États dont il a la nationalité. »

Décision de la Cour Suprême du 30 juin 1993
Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689

Concernant l'origine de la persécution donc, la jurisprudence canadienne n'exige pas qu'elle émane de l'État, ni même qu'elle soit le fruit de la simple participation de l'État⁴⁶². En revanche, si l'État est capable d'apporter une protection, la crainte cesse d'être considérée comme fondée. L'État doit donc être incapable de protéger la personne de la persécution et il reste un élément clé dans la définition de la persécution.

« [Si] un État est capable de protéger le demandeur, alors, objectivement, ce dernier ne craint pas avec raison d'être persécuté [...] Il est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection : c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la

⁴⁶² *Canada c. Ward* [1993] 2 R.C.S. 689, pp. 709, 717, 720-721 et *Chan c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, p. 630., propos du juge La Forest, dissident.

crainte du demandeur est justifiée, de sorte qu'il a objectivement raison de ne pas vouloir solliciter la protection de l'État dont il a la nationalité ».

C'est alors au demandeur d'apporter la preuve que l'État était incapable de le protéger, ce qui fut le cas dans l'affaire *Ward*. Pour autant, la Cour Suprême précise qu'offrir une preuve « claire et convaincante » de l'incapacité de l'État d'assurer la protection ne doit pas être une tâche impossible pour le demandeur, et encore moins le mettre en danger, ce qui « semblerait aller à l'encontre de l'objet de la protection internationale. »

En ne faisant pas de la complicité de l'État une donnée pertinente de la persécution, la Cour Suprême a gommé la distinction inscrite à l'article 1 de la *Convention de Genève* entre « ne veut » ou « ne peut ». Interprétée par Goodwin-Gill comme une distinction entre le réfugié et l'apatride⁴⁶³, cette distinction a été appréhendée par le HCR de façon différente dans les paragraphes 98 à 100 de son *Guide*. Le requérant « ne peut » se réclamer de la protection de son État d'origine pour des circonstances indépendantes de sa volonté, y compris le refus par l'État d'origine de le protéger. Lorsqu'il « ne veut » se réclamer de cette protection, c'est obligatoirement « du fait de cette crainte ». Pour la Cour Suprême qui cite par ailleurs *in extenso* ces paragraphes du *Guide* du HCR, c'est une

« interprétation tout à fait raisonnable de la définition actuelle » et que, « en ce qui concerne l'expression « ne peut », il semblerait que l'impossibilité matérielle ou littérale soit une façon de déclencher l'application de la définition, mais que ce ne soit pas la seule façon de le faire. Ainsi, la protection inefficace de l'État est visée par les volets « ne peut » et « ne veut » de la définition. »⁴⁶⁴

Dépassant la lettre de la *Convention* en se référant notamment aux prescriptions du HCR, la Cour Suprême a dans cette décision, nettement élargi le champ de la protection internationale au bénéfice du réfugié.

Par la suite, la jurisprudence canadienne a évolué sur la notion des actes criminels (non étatiques) comme origine de la persécution. Si l'on détermine dans un cas particulier, que les mauvais traitements constituent en effet de la persécution, il n'y a pas non plus de « hiérarchie » parmi leurs auteurs. Ainsi, peu importe que « les personnes qui infligent de mauvais traitements soient des écoliers ou des petits durs »⁴⁶⁵.

De même, de mauvais traitements graves infligés par des adolescents à un demandeur

⁴⁶³ G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 25.

⁴⁶⁴ *Canada c. Ward* [1993] 2 R.C.S. 689, p. 718.

⁴⁶⁵ Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, décembre 2002, addenda n° 2 - décembre 2004, à propos de la décision de la Cour Fédérale : *Bougai, Zoia (connue également sous le nom de Bougai, Zoya) c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-4966-94), Gibson, 15 juin 1995, p. 6.

mineur ne peuvent raisonnablement pas être considérés comme une simple plaisanterie ni conduire à conclure qu'il ne s'agissait que de harcèlement⁴⁶⁶.

2) Le travail de systématisation de la jurisprudence canadienne : un exemple à suivre ?

L'une des opportunités offertes par le système juridictionnel canadien, a été de permettre à la Cour Suprême, peu sollicitée pour trancher des affaires relatives au statut de réfugié, de proposer dans l'arrêt *Ward* son interprétation unanime de la définition de réfugié au sens de la *Convention* et de fournir un cadre général d'interprétation de ses principales (mais non exhaustives) composantes. Comme en France, la juridiction qui se trouve au sommet de l'appareil judiciaire formule des principes. Mais de façon plus aboutie qu'en France, elle propose aussi des grilles de lecture et d'analyse fort utiles pour l'ensemble des tribunaux qui auront à sa suite l'occasion de trancher une affaire relative au statut de réfugié (cela ne veut pas dire pour autant qu'ils y sont inextricablement liés), et fort confortable pour le juriste qui se penche sur la question de la détermination du statut de réfugié au Canada.

Sur la notion même de persécution, la Cour Suprême dans l'arrêt *Ward* a par exemple repris le critère proposé par James Hathaway, à savoir la « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne »⁴⁶⁷. Ce critère est considéré comme fondamental en ce qu'il met fin aux approximations auxquelles les juges se livraient individuellement, et offre une grille d'analyse pour déterminer quelle situation est constitutive d'une persécution⁴⁶⁸.

De plus, par droits fondamentaux, Hathaway a proposé d'entendre tous les droits non dérogeables garantis dans le *Pacte International sur les droits civils et politiques*⁴⁶⁹. Cette typologie élémentaire des droits fondamentaux, et qui peut paraître cohérente du fait qu'elle permet de distinguer la persécution du harcèlement ou de la discrimination, n'est toutefois pas reprise de façon unanime dans la jurisprudence canadienne, qui estime que la ligne de démarcation est difficile à tracer et, à juste titre, que l'accumulation d'un harcèlement ou d'une discrimination peut mener à de la persécution⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ *Ibid*, à propos de *Malchikov, Alexander c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-1673-95), Tremblay-Lamer, 18 janvier 1996, p. 8.

⁴⁶⁷ *Canada c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 à la p. 733. La citation de l'ouvrage de HATHAWAY est la suivante : James C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 104 et s.

⁴⁶⁸ François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, « Une porte encore entrouverte : l'interprétation téléologique de la définition internationale du réfugié en droit canadien », dans *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, 2001, pp. 333-334

⁴⁶⁹ James C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 104 et s.

⁴⁷⁰ F. CRÉPEAU et D. NAKACHE, « Une porte encore entrouverte : l'interprétation téléologique de la définition internationale du réfugié en droit canadien », *op.cit.*, note 468, p. 334.

Dans ce même arrêt *Ward*, la Cour Suprême a également cherché à systématiser son travail d'interprétation de la définition du réfugié en proposant des grilles de lecture claires pour les motifs de persécution, notamment les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social. Cette dernière n'ayant jusqu'alors été interprétée par la jurisprudence canadienne qu'au regard des faits des affaires présentées devant les tribunaux, et n'avait pas encore fait l'objet d'une interprétation plus générale de la catégorie⁴⁷¹.

La jurisprudence française travaille davantage par tâtonnement. Les principes relatifs à la détermination du statut de réfugié sont très éparpillés. On gagnerait peut-être à s'inspirer de la logique canadienne. Mais il faudrait pour cela remettre en cause toute la structure des décisions de justice en France, réputées pour leur concision et leur esprit de synthèse. Nous allons voir d'autre part que ce travail de systématisation envers la définition du réfugié est en cours d'élaboration au niveau des instances européennes.

II) Évolutions sur la notion de groupe social.

Selon de nombreux auteurs, la notion de groupe social fut insérée par les rédacteurs de la *Convention de Genève* dans la définition du réfugié, pour fournir une catégorie « fourre-tout » pouvant couvrir tous « les motifs et genres de persécution qu'un despote imaginatif pourrait inventer »⁴⁷².

Ces auteurs, au premier rang desquels Grahl-Madsen, ont déduit cette intention des rédacteurs de la *Convention*, du fait que la notion de « groupe social » fut ajoutée au dernier moment par la Conférence des plénipotentiaires, et prônent dès lors une interprétation très libérale de la notion :

« la notion de « groupe social » a une application plus large que les notions combinées de groupes raciaux, ethniques et religieux et, afin de combler une lacune possible, la Conférence croyait que l'on ferait aussi bien de mentionner expressément ce motif de persécution. »⁴⁷³

Pour G. Goodwin-Gill, la définition du groupe social doit comprendre

« le fait d'avoir des intérêts, des valeurs ou des antécédents communs -- des questions

⁴⁷¹ Un grand pan de cette jurisprudence antérieure à *Ward* est citée dans *Canada c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, § 62.

⁴⁷² Traduction proposée dans l'arrêt *Ward* de Arthur C. HELTON, « Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status », *Columbia Human Rights Law Review*, 1983, Vol. 15, n° 39, p. 45

⁴⁷³ Atle GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966, p. 219.

de choix combinées à d'autres questions sur lesquelles les membres du groupe n'ont aucun contrôle »⁴⁷⁴.

Mais une autre interprétation des intentions des rédacteurs a été avancée et, bien que moins séduisante, est tout aussi recevable. En effet, n'oublions pas la position de supériorité idéologique dans laquelle se sont inscrits les pays occidentaux à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Pour Daniel Compton, plus cynique, cette catégorie a été ajoutée en réponse à la guerre froide entamée, afin d'assurer un havre aux capitalistes qui fuyaient les régimes de l'Est :

« Les cas les plus connus de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social au [moment où la Convention a été rédigée] se sont produits en Europe de l'Est après l'avènement des régimes communistes. Dans des affaires subséquentes devant des tribunaux européens de nations qui étaient parties à la Convention, on a reconnu, par exemple, la « catégorie des capitalistes » ainsi que les « hommes d'affaires indépendants » et leurs familles en tant que groupes sociaux réguliers, lorsqu'il s'agissait d'accorder le statut de réfugié à des personnes qui fuyaient l'Europe de l'Est. Des exemples de ce genre sont probablement ce à quoi songeaient les Suédois. »⁴⁷⁵

La doctrine⁴⁷⁶ ne réglant pas ici la question de l'interprétation du concept, c'est à travers l'attitude des juridictions nationales que l'on trouvera à nouveau des éléments de réponse. Ici encore, la jurisprudence canadienne se distingue par la clarté des principes dégagés (**B**), tandis que la jurisprudence française propose une évolution réelle, mais plus circonscrite (**A**).

A) La jurisprudence française: des progrès circonscrits.

La notion d'appartenance à un groupe social fait l'objet d'une approche assez pragmatique de la part de l'OFPRA et de la CRR. Cette dernière a eu l'occasion d'englober dans la notion, des catégories de personnes qui n'avaient pas forcément été prévues lors de la rédaction du texte de 1951, notamment celles relatives au genre (ou « appartenance sexuelle ») (**1**) et à l'orientation sexuelle (**2**).

1) Issue positive des errements sur le genre.

En 1991, la CRR reconnaissait que l'excision pouvait constituer une persécution au sens

⁴⁷⁴ Traduction proposée par l'arrêt *Ward* de G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983 à la p. 30

⁴⁷⁵ Les Suédois étant à l'origine du rajout de l'expression « appartenance à un groupe social » dans la *Convention*. Daniel COMPTON, « Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar -- Sanchez-Trujillo v. INS, 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986) », *Washington Law Review*, 1982, n° 62, pp. 913- 925 et 926, cité et traduit dans *Canada c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 § 64.

⁴⁷⁶ Nous reprenons ici une partie de la doctrine citée dans l'arrêt *Ward*, qui représente selon nous les visions parmi les plus intéressantes envers la notion d'appartenance à un groupe social.

de la *Convention*, marquant une avancée jurisprudentielle, ainsi que les limites de ce que le monde occidental peut supporter en matière de « relativisme culturel », une notion parfois opportune permettant occasionnellement de dédouaner les agents de persécution. L'OFPRA, dans son mémoire en défense devant la Commission, a fait valoir que les femmes peuvent être considérées comme appartenant à un groupe social lorsqu'elles

« luttent contre des discriminations graves entravant la jouissance des droits fondamentaux ou qu'elles ressentent une injustice telle qu'elle les place dans une situation de crainte et justifie leur refus de se réclamer de la protection de l'État d'origine »⁴⁷⁷.

En l'occurrence, les femmes non excisées subissent de graves discriminations au Mali. D'autre part, la pratique étant étendue à l'ensemble de la gent féminine, une femme qui tente de s'y soustraire ne peut *a priori* arguer d'aucun des motifs de discrimination énoncés dans la *Convention* (race, nationalité, religion, opinion politique). Seule la notion d'appartenance à un groupe social permet l'éligibilité au statut. Jusqu'alors défini à partir de critères objectifs tels que la position sociale ou la profession⁴⁷⁸, le groupe social n'avait jamais été interprété comme pouvant inclure le seul sexe.

Pour autant, dans l'affaire, la Commission n'avait pas reconnu le statut de réfugié, concluant à l'époque à l'irrecevabilité, du fait que les persécuteurs n'étaient pas d'origine étatique et que la requérante n'avait rien fait pour se réclamer de la protection des autorités.

Mais en reconnaissant déjà que l'excision était susceptible de constituer une persécution au sens de la *Convention*, la Commission avait ouvert une brèche. Même si le statut fut en l'occurrence refusé, et même s'il n'était pas encore question d'intégrer le sexe dans la notion de groupe social. Pointait manifestement déjà l'idée que la combinaison d'un élément objectif, le sexe, avec un élément subjectif, en l'espèce le refus d'une pratique traditionnelle, permet de constater l'appartenance d'une personne à « un certain groupe social ». Mais cette reconnaissance implicite est restée isolée pendant toute une décennie.

Dix ans plus tard, la Commission a reconnu pour la première fois le statut de réfugié à une femme personnellement exposée à la mutilation⁴⁷⁹. Depuis, la jurisprudence française est constante en matière d'excision. Les femmes susceptibles d'en être les victimes, ou les couples dont les enfants filles sont susceptibles d'en être victimes se voient fréquemment

⁴⁷⁷ CRR, 18 septembre 1991, *Diop Aminata*, n° 164.078, F. TIBERGHIEN, « Chronique », *D.R.* suppl. au n°187, 20/29 juin 1992, pp. 3 et 6. Confirmée par CE, 29 juillet 1998, *Mlle Diop*, n° 131711.

⁴⁷⁸ Exemples : appartenance à la bourgeoisie en Chine (CRR, 19 septembre 1988, *Zhong*, n° 70033), ou les commerçants et industriels au Vietnam (CRR, 22 avril 1998, *Le Thoi*, n° 37156).

⁴⁷⁹ CRR, 19 mars 2001, *Mlle Kinda*, n° 366892.

accorder le statut de réfugié. Pendant longtemps, pour autant, la Commission n'a pas expressément fait référence à la notion de groupe social, préférant rester évasive en la matière⁴⁸⁰.

Enfin, dans une décision de 2004, la CRR a été très claire en accordant le statut de réfugiée à une femme camerounaise menacée d'excision. Estimant que la requérante se trouvait exposée, du fait de son refus de se soumettre à l'excision, à des violences – tolérées par les autorités – émanant des membres de la communauté, la CRR a conclu que « [...] ces conditions permettent de considérer que Mme. FE comme appartenant à un groupe social persécuté au sens de l'article 1er, A, 2 de la Convention de Genève [...] »⁴⁸¹.

De même, la CRR a accordé le statut de réfugiée à une femme nigériane devant être regardée comme

« pouvant craindre avec raison, du fait de son appartenance au groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines, d'être soumise à l'excision, qui constitue une persécution [...] »⁴⁸²

Dès 1985, le Comité exécutif du HCR avait précisé que les États pouvaient bien sûr, et dans l'exercice de leur souveraineté, entendre les femmes victimes de discrimination en raison d'un comportement contraire aux codes traditionnels de leur société, comme appartenant à un groupe social⁴⁸³. Le message est parvenu aux juridictions françaises quelque treize années plus tard. Le statut a ainsi été accordé par la CRR à un Afghane exposée de la part des talibans à de graves discriminations en tant que femme (élément objectif) en raison de son mode de vie, notamment de sa volonté de poursuivre ses études, de travailler et de son refus de pratiquer la religion (élément subjectif)⁴⁸⁴.

La CRR a également reconnu le mariage forcé comme une persécution, et les femmes qui refusaient de s'y soumettre comme constituant un

« groupe dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de la société (pakistanaise en l'occurrence), susceptibles d'être exposées à des persécutions contre lesquelles les autorités ne sont pas en mesure de les protéger [...] »⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ CRR, SR, 7 décembre 2001, *Sissoko*, n°s 361050 et 373077, et CRR, SR, 7 décembre 2001, *Mme A.*, n° 369776.

⁴⁸¹ CRR, 26 octobre 2004, *Mme F.*, n° 485427. Nous soulignons.

⁴⁸² CRR, 9 novembre 2004, *Mlle AO*, n° 479993. Nous soulignons. La même solution a été retenue envers une femme ivoirienne, une femme kenyane, etc. La jurisprudence de la CRR est constante en matière d'excision.

⁴⁸³ UN Doc, HCR/IP/2/Rev. 1986, at Conclusion n° 39 (XXXVI), § K, July 8, 1985. Nous soulignons.

⁴⁸⁴ CRR, 15 avril 1998, *Berang*, n° 334606, confirmée par CRR, 15 janvier 1997, *Daoui*, n° 302501 ; CRR, 23 novembre 1998, *Ayoubi*, Rec. CRR, p. 38 et CRR, 18 septembre 2000, *Menad*, n° 357946.

⁴⁸⁵ CRR, 15 octobre 2004, *Mlle NN*, n° 444000. Nous soulignons. Même conclusion de la CRR pour les femmes

La notion de persécution relative au genre fut depuis intégrée au *Guide* du HCR⁴⁸⁶ suite à la réunion tenue à San Remo en septembre 2001. Au sein de cette notion de persécution relative au genre, le HCR inclut l'orientation sexuelle, ainsi que l'exploitation sexuelle. Des critères que les juridictions françaises ont finalement reconnus, en dépit d'une certaine frilosité de la Commission à cet égard⁴⁸⁷.

2) Élargissement aux « comportements » sexuels.

La notion d'appartenance à un groupe social est sans aucun doute le seul critère susceptible d'être interprété en fonction de l'évolution et de l'observation des comportements sociaux. Cela est d'ailleurs énoncé comme un principe par le HCR qui précise que la notion de groupe social doit être comprise « dans un sens évolutif, ouvert à la diversité et aux changements de nature des groupes dans différentes sociétés »⁴⁸⁸. Cette ouverture, proposée par la norme internationale, a trouvé en France une réponse positive de la part des organismes de détermination du statut. Ainsi, dans une décision de mai 1998, la CRR a octroyé le statut de réfugié à un transsexuel algérien menacé par des Islamistes fondamentalistes en se fondant sur son appartenance à un groupe social :

« eu égard à la réprobation dont ils sont l'objet, aux discriminations qu'ils subissent et aux agressions dont plusieurs d'entre eux ont été impunément victimes, les transsexuels se trouvent actuellement en Algérie, en raison même des caractéristiques qui leur sont propres, exposés de la part de larges fractions de la population, à des persécutions délibérément tolérées par les autorités ; qu'ils constituent dans ces conditions un groupe social au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève. »⁴⁸⁹

Il est intéressant de noter que cette décision est un revirement jurisprudentiel imposé à la Commission, suite à une cassation du Conseil d'État⁴⁹⁰. Depuis, la Commission reconnaît plus facilement que les homosexuels et les transsexuels forment un groupe social susceptible d'être persécuté, notamment du fait de la pénalisation de ces comportements dans leur pays

turques dans une décision 4 mars 2005, *Mlle AT*, n° 489014.

⁴⁸⁶ HCR, « Gender-related persecution within the context of article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 protocol relating to the status of refugees », *Guideline on international protection*, Distr. General, HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002.

⁴⁸⁷ Le statut fut refusé à un Iranien dont le comportement était en inadéquation avec les normes sociales en vigueur (CRR, 26 février 1987, *Marand*, n° 38676), ainsi qu'à des homosexuels (CRR, 23 mai 1988, *Gungo*) et des transsexuels (CRR, 24 juillet 1990, *Gambini*) qui avaient des craintes du fait de leur orientation sexuelle. Etude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1719.

⁴⁸⁸ UNHCR, « Appartenance à un certain groupe social dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés », *Principes directeurs sur la protection internationale*, HCR/GIP/02/02, 7 mai 2002.

⁴⁸⁹ CRR, 15 mai 1998, *M. O.M.* : Quot. j 6 octobre 1998, obs. G. PELISSIER.

⁴⁹⁰ CE, 23 juin 1997, *O*, req. n°171858, Leb., p. 261

d'origine⁴⁹¹, mais pas seulement⁴⁹².

La France a ainsi accordé le statut au cas par cas, mais n'a longtemps pas reconnu officiellement l'orientation sexuelle comme constituant une appartenance à un groupe social. Dans une décision de 2004, elle se risque néanmoins à la formulation suivante:

« [...] l'intéressé qui exprime des craintes de persécution en raison de son homosexualité de la part tant de la population que des autorités de son pays d'origine peut être reconnu comme appartenant à un groupe social au sens de l'article 1er, A, 2 de la Convention de Genève [...] »⁴⁹³

Si la plupart du temps, la formulation de ses décisions évite de dire clairement que l'orientation sexuelle constitue une appartenance à un groupe social, la jurisprudence de la CRR évolue cependant dans un sens prometteur.

Pour autant, l'interprétation du Conseil d'État et de la Commission des Recours des Réfugiés est encore considérée comme restrictive par rapport aux principes posés par le HCR, notamment en ce qu'elles font de la persécution le cœur de la définition du groupe social, ce qui n'est pas dit dans la *Convention de Genève*, et est précisément exclu par le HCR. Et il est vrai que ces juridictions ne se montrent toujours pas pleinement à l'aise avec l'amplitude du concept de groupe social⁴⁹⁴.

De manière générale, il convient d'associer les élargissements d'interprétation de la jurisprudence en matière de groupe social, à la fin de l'exigence que les persécutions émanent d'une autorité étatique. De fait pendant longtemps, les situations auxquelles faisaient face les femmes victimes ou menacées d'excision, les femmes victimes ou menacées de mariage forcé, les hommes et femmes victimes de persécution du fait qu'ils étaient homosexuels ou transsexuels, relevaient de la « sphère privée ».

Avant même que la législation évolue sur les auteurs de persécution, cette notion d'affaires privées était plus que contestable. Certaines formes de violence, même prohibées par la loi, relèvent de normes (religieuses, traditionnelles, coutumières) qui constituent, tout autant sinon plus que l'appareillage législatif, le système social⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ En Algérie, CRR, SR, 12 mai 1999, *Djellal* et en Equateur CRR, 24 juin 1999, *Esteves Burneo*, Rec. CRR, p. 47. Etude « Réfugiés », *DPDE*, Feuillet 22, p. 1720. Ou encore, CRR, 2 décembre 2004, *M. ID*, n° 498166, en Mauritanie, et CRR, 2 mars 2005, *M. NH*, n° 494321, pour la Turquie.

⁴⁹² Statut reconnu sur le fondement de violences policières liées à l'homosexualité, même si celle-ci est dépenalisée dans le pays : CRR, 29 juin 2001, n° 307645, *Kulic* et CRR, 26 nov 2002, n° 402381, *Trofimov*.

⁴⁹³ CRR, 2 décembre 2004, *M. I*, n° 498166.

⁴⁹⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁴⁹⁵ GISTI, « droit d'asile et persécutions visant spécifiquement les femmes », Paris, Juillet 2005, p. 13, URL : http://www.gisti.org/doc/actions/2006/graf/graf_asile_femmes_200507.pdf (consultée le 2 mai 2006).

Désormais, ces persécutions sont plus largement reconnues et le fait que l'intéressé soit dans l'impossibilité d'attendre une quelconque protection des autorités étatiques de son pays (exigence ayant remplacé celle des auteurs de la persécution) est plus facile à constater.

La proposition de directive de la Commission européenne du 12 septembre 2001 relative à la définition du réfugié⁴⁹⁶ ouvrait encore plus nettement la notion d'appartenance à un groupe social, qui selon elle, aurait dû recouvrir (art. 12,5):

« les groupes pouvant se définir en fonction de certaines caractéristiques essentielles comme l'orientation sexuelle, l'âge et le sexe, ainsi que des groupes composés de personnes qui partagent une histoire ou une caractéristique commune à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience des membres du groupe qu'il ne doit pas être exigé de ces derniers qu'ils renoncent à leur appartenance à ce groupe pour échapper à la persécution. Cette notion recouvre également les personnes considérées comme « inférieures » aux yeux de la loi. »

Elle avait de plus précisé (art. 11,2,c) qu'il « est indifférent que le demandeur soit originaire d'un pays dans lequel de nombreuses personnes, voire toute la population, sont confrontées à un risque d'oppression généralisée ».

Ainsi, le nombre de demandeurs devait être inopposable à chacun d'eux. Les chances que cette proposition aboutît sur une législation européenne en l'état étaient minces, mais cet effort de protection juridique et d'élargissement de la définition de 1951 mérite d'être relevé. Le contenu de cette proposition se rapproche d'autre part de l'effort de systématisation présent dans la jurisprudence canadienne.

La proposition de la Commission européenne est devenue la directive du 29 avril 2004⁴⁹⁷ qui énonce à l'article 10 –1 d) :

« un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier:
— ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et
— ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante.

En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des

⁴⁹⁶ Proposition de directive du Conseil fixant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié aux termes de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et du protocole de 1967, ou de personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. COM (2001) 510 final.

⁴⁹⁷ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres. Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article; »

A été ainsi rajoutée la notion de caractéristique « innée » qui englobe probablement les éléments de la proposition relatifs à l'âge et au sexe. A été supprimée la référence à l'inopposabilité du nombre de demandeurs à chacun d'eux, protégeant ainsi la communauté européenne des « dangers » du nombre.

B) La clarté des principes dégagés par la jurisprudence canadienne.

Pour des résultats similaires, le Canada se distingue du travail jurisprudentiel français en faisant un effort de systématisation dans l'interprétation de la notion de groupe social (1). Une grille de lecture qui permet plus aisément de trancher la question de la famille (2), de l'orientation sexuelle (3) ou du genre (4) comme d'appartenance ou non à un groupe social.

1) Les principes des arrêts *Ward* et *Chan* : systématisation de l'interprétation de la notion.

Si l'on considère que l'objectif de *la Convention de Genève de 1951* visait à faire du « groupe social » un motif de persécution supplémentaire lorsque celle-ci ne serait pas couverte par des motifs religieux, politiques, raciaux ou ethniques, il a trouvé une illustration exemplaire au Canada. Il ressort de l'arrêt *Ward*, à travers les propos du juge La Forest, l'interprétation suivante de la notion de groupe social :

« le sens donné à l'expression 'groupe social' dans la Loi devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés. »

La Cour Suprême a compilé les critères élaborés dans des jurisprudences antérieures afin d'établir une « bonne règle pratique » et d'établir trois catégories possibles de groupes sociaux :

- « 1. les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable ;
2. les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association ;
3. les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique. »⁴⁹⁸

La Cour Suprême a d'autre part précisé les contenus possibles de ces trois catégories :

« La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d'être persécutées

⁴⁹⁸ *Canada c. Ward* [1993] 2 R.C.S. 689, p. 739

pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l'orientation sexuelle, alors que la deuxième comprendrait, par exemple, les défenseurs des droits de la personne. La troisième catégorie est incluse davantage à cause d'intentions historiques, quoiqu'elle se rattache également aux influences anti-discriminatoires, en ce sens que le passé d'une personne constitue une partie immuable de sa vie.»

La Cour a néanmoins indiqué que l'appartenance à l'une des trois catégories possibles de groupes sociaux n'était pas constitutive en soi d'un élément de la définition du réfugié. Si l'appartenance à un groupe social n'est pas essentielle à la dignité humaine de l'individu, elle ne constitue pas un motif de persécution⁴⁹⁹. De la même façon, c'est du fait de son appartenance à un groupe social que l'individu doit être persécuté, et non du fait de ses actes individuels.

À la suite de l'arrêt *Ward*, la notion a reçu quelques éclaircissements complémentaires, qui ont notamment permis une acception encore plus large de la notion de groupe social. L'arrêt *Chan*⁵⁰⁰ de la Cour Suprême a donné une interprétation plus poussée des trois catégories de groupes sociaux envisagées par l'arrêt *Ward*.

M. Chan, ressortissant chinois avait demandé le statut de réfugié en raison de sa crainte d'être stérilisé de force pour n'avoir pas respecté la politique chinoise de l'enfant unique. La Cour décida en l'occurrence que le demandeur n'avait pas suffisamment prouvé le fondement objectif de sa crainte de persécution et n'a donc pas traité la question de l'appartenance à un groupe social ni celle de savoir si un autre motif s'appliquait en l'espèce.

C'est dans l'opinion dissidente du juge La Forest (qui avait rédigé les motifs de l'arrêt *Ward*) que l'on trouve les précisions intéressantes sur la notion de groupe social. Or, comme dans ses propos il ne contredit pas la majorité, ses commentaires sont considérés comme reflétant « l'opinion d'un nombre important de juges de la Cour Suprême ».⁵⁰¹

Le juge La Forest rappelle que la règle énoncée dans l'arrêt *Ward* n'est « qu'une règle pratique et non une règle absolue visant à déterminer si le demandeur du statut peut être classé dans un groupe social donné » et que les « thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de lutte contre la discrimination » doivent demeurer le facteur

⁴⁹⁹ Dans l'affaire *Ward*, en l'occurrence, la Cour a affirmé, qu'une association, telle que l'Irish National Liberation Army (INLA), qui est vouée à la réalisation d'objectifs politiques précis par n'importe quel moyen, y compris la violence, ne constitue pas un groupe social, et forcer ses membres à renoncer à cet objectif « n'équivaut pas à une abdication de leur dignité humaine ».

⁵⁰⁰ *Chan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593.

⁵⁰¹ Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, Chapitre 4, décembre 2002, addenda n° 2 - décembre 2004.

primordial en vue de la détermination de l'appartenance du demandeur à un groupe social.⁵⁰² De la même façon, le juge rappelle que la distinction simplifiée énoncée dans *Ward* entre ce que le demandeur « est » et ce qu'il « fait », ne doit pas être étudiée sans tenir compte du contexte dans lequel intervient la revendication⁵⁰³. Enfin, concernant l'appartenance active de l'individu à un certain groupe social, le juge s'est prononcé en ces termes :

« Pour éviter toute confusion sur ce point, permettez-moi d'affirmer, d'une manière indéniable, que le demandeur qui dit appartenir à un groupe social n'a pas besoin d'être associé volontairement avec d'autres personnes semblables à lui ».

Selon cette logique, ce ne serait pas tellement l'appartenance volontaire, ni même établie, à un groupe social qui fonderait le motif de persécution, mais bien la croyance par l'agent persécuteur que l'individu appartient à ce groupe social.

La jurisprudence canadienne a ainsi eu l'occasion de déterminer au cas par cas plusieurs exemples de groupes sociaux, tels que les syndicats, les pauvres, ou « des enfants des policiers partisans de l'antiterrorisme »⁵⁰⁴.

2) La famille comme groupe social ?

Le concept de l'« unité de la famille » (inclus dans le *Guide* du HCR) énonce que si une personne satisfait aux critères de la définition de réfugié au sens de la *Convention*, les membres de la famille peuvent se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la *Convention*, peu importe qu'ils satisfassent ou non aux exigences de la définition. Ce concept a été rejeté dans le droit canadien⁵⁰⁵. Pour pallier cette lacune, une jurisprudence canadienne isolée a eu recours à la notion de « persécution indirecte », qui peut « revêtir plusieurs formes, dont la perte du soutien économique, ou social apporté par la victime et le traumatisme psychologique causé par la souffrance de ceux qu'on aime »⁵⁰⁶.

Cette notion avait déjà été élaborée par Grahl-Madsen qui précise que « si le chef de famille est exécuté, placé dans un camp d'internement ou privé de ses possibilités de gagner sa vie, les membres de sa famille en seront durement touchés »⁵⁰⁷.

⁵⁰² *Chan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, p. 642.

⁵⁰³ « Le fait de considérer certains incidents isolément hors de leur contexte peut conduire à des erreurs d'appréciation », *Chan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, pp. 643-644.

⁵⁰⁴ Voir Section 9.4. de Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ Propos du juge Jerome dans l'affaire *Bhatti v. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 25 Imm. L.R. (2d) 275 (1^{re} inst.), p. 278 et 279.

⁵⁰⁷ (traduction) Atle GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, Netherlands:

Mais la notion a été rejetée ensuite par l'ensemble de la jurisprudence canadienne⁵⁰⁸. Une seule question restait possible : celle de reconnaître à la famille le caractère d'un « groupe social ». La jurisprudence est plus difficile à déchiffrer. En tout état de cause, le fondement de l'appartenance à un groupe social ne peut être recevable si le membre persécuté ne l'est pas pour un des motifs énumérés dans la *Convention*⁵⁰⁹. *A contrario*, on peut penser que le fondement devient valide lorsqu'un membre de la famille est effectivement persécuté pour un motif prévu dans la *Convention*. Ainsi, très timidement, la jurisprudence canadienne envisage d'inclure la famille dans la catégorie des groupes sociaux.

3) L'orientation sexuelle.

Le HCR a pris clairement position sur la question en estimant de manière générale que

« les individus victimes d'agressions physiques, de traitements inhumains ou de discrimination grave en raison de leur homosexualité doivent être considérés comme des réfugiés si leur pays ne peut ou ne veut pas les protéger » ;

et que les homosexuels, en raison de leur appartenance à un « certain groupe social », pouvaient se voir accorder le statut de réfugié aux termes de la *Convention* dès lors qu'ils avaient des raisons de craindre d'être persécutés dans leur pays⁵¹⁰.

La jurisprudence canadienne a reconnu que les homosexuels constituaient un groupe social, à la suite de l'arrêt *Ward*, qui avait précisé que l'orientation sexuelle entrait dans la catégorie des « groupes définis par une caractéristique innée ou immuable »⁵¹¹. Cette jurisprudence est désormais constante, même si elle ne reflétait pas au départ, une conception unanime du problème⁵¹². Ainsi, lorsque les juridictions établissent d'une part l'homosexualité du demandeur, d'autre part les persécutions que les homosexuels en tant que tels subissent dans leur pays d'origine, et enfin, la crainte subjective du demandeur d'être persécuté, elles fondent la reconnaissance sur l'appartenance à un groupe social.

Les illustrations sont nombreuses. Un Russe s'est vu reconnaître le statut, car même s'il n'y a pas de loi homophobe en Russie, l'inaction des autorités pour le protéger des

Sijthoff, 1966, pp. 423-424.

⁵⁰⁸ Voir Section 9.4 du chapitre 9 Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005.

⁵⁰⁹ *Klinko, Alexander c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-2511-97), Rothstein, 30 avril 1998.

⁵¹⁰ HCR, *Protéger les réfugiés: questions et réponses*, HCR/PI/Q & A-fr1.pm5/Fév. 1996.

⁵¹¹ *Pizarro, Claudio Juan Diaz c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-2051-93), Gibson, 11 mars 1994, p. 3 et 4.

⁵¹² *X(JK)(Re)*, [1992] CRDD n° 348, décision citée dans Sarah WILSON, « Réfugié séropositif admis au Canada », *Bulletin canadien VIH/Sida et droit*, Vol.1, n°3, Avril 1995.

persécutions privées suffit à fonder le statut⁵¹³. Même solution pour un Mexicain dont l'appartenance au groupe social « homosexuel » lui fait craindre une persécution qui est avérée au Mexique, et que l'État n'est pas en mesure d'empêcher.⁵¹⁴ De nombreuses conclusions similaires ont été tirées : en Argentine⁵¹⁵, en Chine⁵¹⁶, au Sri Lanka⁵¹⁷ ou encore en Pologne où l'homosexualité est fortement condamnée par l'Eglise catholique et fait l'objet de graves discriminations sans que l'État intervienne⁵¹⁸.

Bien sûr, lorsque l'homosexualité est illégale dans le pays d'origine, la persécution est encore plus aisée à établir. C'est le cas en Jamaïque⁵¹⁹, à Singapour⁵²⁰, au Chili⁵²¹, en Malaisie où l'homosexualité est illégale à la fois selon le code pénal et selon la *Charia*⁵²², en Roumanie, où l'homosexualité a été re-criminalisée sous la pression de l'Eglise orthodoxe⁵²³, en Iran où l'homosexualité peut être sanctionnée par la mort ou la lapidation dans les cas les plus graves, le fouet ou la bastonnade dans les cas les moins graves⁵²⁴, au Pakistan où les relations « contre nature » sont interdites et sanctionnées par l'emprisonnement et/ou les coups de fouet⁵²⁵, en Mongolie⁵²⁶, en Algérie où les groupuscules fondamentalistes armés viennent accentuer l'oppression d'une loi homophobe⁵²⁷, au Nigeria où l'homosexualité est passible d'une peine d'emprisonnement de 14 ans et où la pression sociale et familiale peut s'ajouter à la persécution institutionnelle⁵²⁸, au Bélarus où l'homosexualité est clandestine, globalement considérée comme une maladie, non protégée voire combattue par les forces de

⁵¹³ SSR T95-03152, *Sachedina, Avrich-Skapinker*, 9 août 1995, *RéfLex*, n° 39, 1^{er} février 1996.

⁵¹⁴ SSR V95-01061 *Kalvin*, Clague, 1^{er} mars 1996, *RéfLex*, n° 41, 1^{er} avril 1996. Le gouvernement mexicain va jusqu'à tolérer l'homicide extrajudiciaire des homosexuels : SPR U96-02717, *Schlanger*, Silcoff, 22 juillet 1997, *RéfLex*, n° 79, 24 novembre 1997, et SPR, SPR VA6-00539, *McCool*, 16 août 2007, *RéfLex*, n° 318, 11 octobre 2007.

⁵¹⁵ SSR T95-06913, *Wolman*, Thomas (dissident), 9 octobre 1997, *RéfLex*, n° 91, 25 mai 1998

⁵¹⁶ SSR T98-04956, *Milliner*, Wakim, 30 mars 1999, *RéfLex*, n° 116, 9 juin 1999

⁵¹⁷ SPR VA5-02751, *Ross*, 16 février 2007, *RéfLex*, n° 307, 26 avril 2007.

⁵¹⁸ SSR A98-01243, *Noseworthy*, 24 juin 1998, *RéfLex*, n° 120, 18 août 1999

⁵¹⁹ SSR T95-00305, *Kelley*, Winkler, le 9 avril 1996, *RéfLex*, n° 43, 15 mai 1996. Mais inversement, si la loi n'est pas strictement appliquée, on ne peut fonder sa requête sur le seul fait d'être homosexuel dans un pays où c'est illégal. Il faut une crainte subjective d'être persécuté SSR T95-05758, *Cram*, Hilborn, le 19 décembre 1996, *RéfLex* n° 60, 17 février 1997

⁵²⁰ U95-04575, *Schlanger*, Jackson, le 18 avril 1996, *RéfLex*, n° 50, 16 septembre 1996

⁵²¹ SSR M96-03167, *Sordzi*, Doray, le 4 septembre 1996, *RéfLex*, n° 54, 13 novembre 1996

⁵²² SSR U94-03926, *Chan*, W.R. Jackson, le 29 mai 1996, *RéfLex*, n° 56, 9 décembre 1996

⁵²³ SSR T96-05722, *Eustaquio*, Evelyn, 3 novembre 1997, *RéfLex*, n° 84, 16 février 1998

⁵²⁴ SSR T97-02485, *Kelley*, Winkler, 9 décembre 1997, *RéfLex*, n° 85, 2 mars 1998 et SSR V96-02719, *Lalonde*, Robles, 10 décembre 1997, *RéfLex*, n° 86, 16 mars 1998. La « gravité » de l'homosexualité s'établit notamment au regard du statut marital de la personne concernée. Elle est « moins grave » si l'individu est célibataire.

⁵²⁵ SSR M96-09062, *Moss*, Kouri (dissident), 15 décembre 1997, *RéfLex*, n° 86, 16 mars 1998 et SSR T99-03109, *Bousfield*, 12 juillet 1999, *RéfLex*, n° 125, 27 octobre 1999.

⁵²⁶ SSR V98-01293 *et al.*, Dauns, 19 juillet 1999, *RéfLex*, n° 125, 27 octobre 1999.

⁵²⁷ SSR T99-11167, *Morrish*, Roy, 27 avril 2000, *RéfLex*, n° 142, 5 juillet 2000.

⁵²⁸ SSR T99-06098, *Wright*, Kitchener, 17 avril 2000, *RéfLex*, n° 144, 2 août 2000.

police⁵²⁹, au Liban où le code pénal prévoit des peines d'emprisonnement pour ceux qui se livrent à des activités homosexuelles⁵³⁰, ou encore en Ouganda où l'homosexualité est un crime passible d'emprisonnement⁵³¹.

La même solution est retenue pour les transsexuels⁵³² ainsi que pour les personnes séropositives et atteintes du SIDA persécutées en raison de leur état⁵³³.

A contrario, le fait de ne pas pouvoir vivre ouvertement son homosexualité n'est pas constitutif d'une persécution dans un pays où l'homosexualité est tolérée⁵³⁴ sauf si la persécution provient de sa propre famille et qu'elle est d'une gravité avérée⁵³⁵.

D'autre part, il ne suffit pas de se déclarer homosexuel, il faut être crédible. Le juge se penche alors sur la connaissance de l'individu des organismes de défense des homosexuels, des endroits de rencontre ou encore des publications homosexuelles⁵³⁶. Ce qui est très discutable, car l'association de l'homosexualité au militantisme n'a pas de fondement logique et est discriminante.

Le juge est de plus vigilant sur les déclarations d'homosexualité « opportunes » et détournées⁵³⁷. Mais également indulgent sur le fait que les candidats au statut peuvent craindre de révéler leur homosexualité, même s'ils ont quitté leur pays d'origine. Il prend ainsi en compte la dimension « tabou » de l'homosexualité⁵³⁸. De même, il prend en compte le fait que les requérants ne savent pas toujours que l'homosexualité peut fonder leur revendication⁵³⁹.

Notons que les pays européens sont très en retard sur cette prise en compte sociale et juridique de la discrimination et de la persécution que peuvent endurer les êtres humains à cause de leur orientation sexuelle. Seuls les Pays-Bas ont reconnu l'orientation sexuelle comme motif d'appartenance à un groupe social particulier au sens de la définition d'un réfugié dans la *Convention de Genève de 1951*, et prévoient l'attribution du statut dans trois

⁵²⁹ SSR TA0-17264, *Wolman*, 31 mai 2002, *RéfLex*, n° 194, 22 août 2002.

⁵³⁰ SPR MA2-06482, *Fecteau*, 7 mars 2003, *RéfLex*, n° 212, 1^{er} mai 2003.

⁵³¹ SPR TA2-19317, *Gibbs*, 8 janvier 2004, *RéfLex*, n° 235, 16 avril 2004.

⁵³² SSR M96-02939, *Sordzi*, Lamarche, le 10 septembre 1996., *RéfLex*, n° 53, 28 octobre 1996.

⁵³³ SSR U96-02717, *Schlanger*, Silcoff, 22 juillet 1997, *RéfLex*, n° 79, 24 novembre 1997 : le requérant a en l'occurrence été reconnu comme membre de deux groupes sociaux : les homosexuels et les personnes séropositives pour le VIH. Voir aussi SSR T95-07647, *Ramirez*, Zimmer (dissident), 23 octobre 1997, *RéfLex*, n° 82, 5 janvier 1998.

⁵³⁴ Au Maroc par exemple: SSR M93-10043, *Ndejuru*, Handfield, le 4 novembre 1996, n°58, 6 janvier 1997.

⁵³⁵ Brûlures de cigarettes par le père, inflexion d'une détresse psychologique aboutissant à une tentative de suicide. SSR V96-00083, *Whitehead*, 17 mars 1997, *RéfLex*, n° 66, 12 mai 1997.

⁵³⁶ SSR T95-03078, *Stanwich*, Thomas, 14 août 1997, *RéfLex*, n° 76, 14 octobre 1997.

⁵³⁷ SSR T96-04238, *Wolman*, Okhovati, 28 janvier 1998, *RéfLex*, n° 87, 30 mars 1998, et SPR TA5-08274, *Morrish*, 6 octobre 2005, *RéfLex*, n° 276, 22 décembre 2005.

⁵³⁸ SSR U98-01680, *Naqvi*, Cooke, 8 juin 1999, *RéfLex*, n° 125, 27 octobre 1999

⁵³⁹ SSR T98-10333, *Simeon*, 7 juin 2000., *RéfLex*, n° 145, 23 août 2000

situations: lorsque le demandeur est persécuté en raison de son orientation sexuelle, lorsqu'il l'exprime, ou s'il est victime d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle⁵⁴⁰.

4) Le genre.

Sur ce problème, le Canada est allé encore plus loin en « isolant » nettement le genre dans la notion de groupe social ce qui, en pratique a quasiment conduit à l'élaboration d'un sixième motif de persécution, même si en droit la législation canadienne précise que le sexe doit davantage être envisagé comme une forme de persécution.

Faisant à nouveau écho à une conclusion du HCR de 1985 dans laquelle le Comité exécutif du Haut-commissariat reconnaissait que

« les États, dans l'exercice de leur souveraineté, étaient libres d'adopter l'interprétation selon laquelle les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivaient pouvaient être considérées comme appartenant à un "certain groupe social", aux termes de l'article 1 A, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés »⁵⁴¹,

mais faisant essentiellement écho à la pression des médias et de l'« opinion » suite au rejet d'une demande d'asile de la part d'une femme d'Arabie saoudite ayant subi des violences du fait des lois (obligation du port du voile) et des pratiques des « gardiens privés de la moralité publique » (les Mutawwin'in)⁵⁴², le Canada est devenu en 1993 le premier pays à se pourvoir de directives régissant les *revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*⁵⁴³.

Mises à jour suite aux lignes directrices données par l'arrêt *Ward* sur la notion de groupe social, ces directives ont permis de justifier de très nombreuses revendications fondées sur le sexe dès lors que le lien entre le sexe, la persécution redoutée et l'un ou plusieurs motifs de la définition avait été établi par la jurisprudence.

Cette prise en compte du sexe comme groupe social a également permis de se pencher sur de nouvelles manifestations de persécution. Le sens attribué au mot « persécution » est en

⁵⁴⁰ Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, rapport, Doc. 8755, 6 juin 2000, URL : <http://www.france.qrd.org/texts/Europe/apce8755.html> (consultée le 5 octobre 2004).

⁵⁴¹ EXCOM, *Les femmes réfugiées et la protection internationale*, Conclusion n° 39 (XXXVI), 1985. Le HCR a confirmé sa position en juillet 1991, lorsque le comité exécutif a fait paraître des *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées*, EC/SCP/67 (22 juillet 1991). Voir également, la *Note sur les femmes réfugiées et la protection internationale* du comité exécutif du HCR, EC/SCP/59 (28 août 1990) à la page 5.

⁵⁴² ARDHIS, « Discriminations en raison du sexe et de l'orientation sexuelle : il faut que la France les prenne en compte », <http://ardhis.free.fr/old/asile.htm> (consultée le 2 juillet 2006)

⁵⁴³ CISR, Directives n°4, *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, Directives données par la Présidente en application du par. 65 (3) de la Loi sur l'immigration, Ottawa, 25.11.1996, 31 p.

effet globalement fondé sur l'expérience des demandeurs du sexe masculin, du fait même selon certains de la rédaction de la *Convention de Genève* qui

« ne tient pas compte de la persécution que les femmes et les filles endurent, et dont elles meurent même, parce qu'elles s'éloignent du cercle étroit des normes sociales; choisir un mari plutôt que d'accepter un mariage imposé; se faire avorter lorsque cela est illégal; devenir politiquement active dans un mouvement de femmes. Les femmes sont aussi abandonnées ou persécutées parce qu'elles ont été violées, parce qu'elles ont porté des enfants illégitimes ou qu'elles ont épousé des hommes de race différente. »⁵⁴⁴

Les lignes directrices relatives aux revendicatrices du statut ont décortiqué la problématique féminine de la persécution, et isolé quatre grandes catégories de femmes susceptibles d'en être victimes : celles qui craignent d'être persécutées pour les mêmes motifs et dans les mêmes circonstances que les hommes (race, opinion, croyance, nationalité) et qui ne font pas l'objet d'une analyse fondée sur le sexe ; celles qui craignent d'être persécutées uniquement pour des motifs de parenté ; celles qui craignent d'être persécutées à la suite d'actes de grave discrimination sexuelle ou d'actes de violence qu'ils soient d'origine étatique ou non ; celles enfin, qui craignent d'être persécutées pour avoir violé certaines coutumes, lois ou pratiques discriminatoires à l'endroit des femmes dans leur pays d'origine.

On retrouve dans ces lignes directrices les précisions élaborées par la justice administrative française, mais encore une fois ici, sous la forme d'un travail de systématisation bien plus abouti.

Voici quelques illustrations de reconnaissance de statut envers des femmes, fondée sur leur appartenance au groupe social défini par le sexe⁵⁴⁵.

Dans deux décisions, la Cour Fédérale du Canada a conclu que « les femmes victimes de violences familiales » constituaient un groupe social⁵⁴⁶. De la même façon, les « femmes forcées au mariage sans leur consentement »⁵⁴⁷, les femmes soumises à l'excision⁵⁴⁸ en particulier, et aux mutilations sexuelles en général. Mais aussi les femmes soumises à une stérilisation forcée⁵⁴⁹, les femmes soumises aux avortements forcés (comme cette Chinoise

⁵⁴⁴ L. BONNERJA, *Shaming the World: The Needs of Women Refugees*, London: Change, 1985, p. 6, cité dans les *Directives relatives aux revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, *op.cit.* note précédente, note 13 du texte.

⁵⁴⁵ Pour un état plus exhaustif de la jurisprudence fondée sur les directives « *Revendicatrices du statut de réfugiés craignant d'être persécutée en raison de leur sexe* », voir CISR, *Compendium de Décisions*, février 2003, 81 p.

⁵⁴⁶ *Narvaez c. M.C.I.*, [1995] 2 C.F. 55 (1^{er} inst) et *Diluna c. M.E.I.*, (1995), 29 Imm. L.R. (2nd) 156 [C.F. (1^{ère} inst.), IMM-3201-94], Gibson, le 14 mars 1995].

⁵⁴⁷ *Vidhani c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 60 (1^{er} inst.).

⁵⁴⁸ *Annan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 25 (1^{er} inst.)

⁵⁴⁹ *Cheung c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.).

enceinte de son deuxième enfant, arrêtée par les autorités et contrainte d'« avorter » à 8 mois de grossesse⁵⁵⁰), les femmes victimes de viol utilisé comme moyen de torture policière⁵⁵¹, les femmes victimes d'exploitation sexuelle et qui n'en sont pas protégées par leur État⁵⁵², ou encore les femmes ayant transgressé une politique ou une loi et dont la pénalité encourue est démesurément lourde⁵⁵³.

Les jurisprudences française et canadienne ne sont pas également « impliquées » dans la recherche de souplesse et d'améliorations portant sur la définition conventionnelle du réfugié. Cependant, elles progressent dans le même sens et montrent le potentiel évolutif de la *Convention de Genève*, lorsque sont utilisés les moyens et références juridiques à disposition pour élargir le champ de la protection. Si la jurisprudence canadienne semble faire la course en tête, c'est essentiellement sur le plan de la méthode de raisonnement qu'elle se démarque.

Section 2 : Des constructions juridiques protectrices autonomes du droit des réfugiés.

En dehors des prescriptions explicites de la *Convention de Genève*, mais bien entendu rattachée à l'esprit de celle-ci, la France et le Canada ont développé une attitude (essentiellement jurisprudentielle pour la France, davantage normative pour le Canada) qui a élargi le champ d'application de la protection du réfugié. *A priori* elle caractérise indéniablement une prise en compte de la vulnérabilité des réfugiés qui mérite d'être relevée. La première partie de cette section sera consacrée à la recherche de fondements jurisprudentiels nouveaux, issus des prescriptions du HCR ou de principes fondateurs du droit international des droits de l'homme. La seconde partie sera intégralement consacrée aux initiatives normatives canadiennes, également impulsées par les prescriptions du HCR et du droit international des droits de l'homme.

⁵⁵⁰ SSR VA0-00592, 21 juin 2000, *RéfLex*, n° 146, 13 septembre 2000. Dans une affaire similaire, mais dont la décision de reconnaissance de statut a été prise en 1994, avant que les arrêts *Cheung c. Canada* (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 314 (C.A.) et *Chan c. Canada* (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 3 C.F. 675 (C.A.) n'assimilent l'avortement à une stérilisation forcée constitutive de persécution, la demande de statut avait été rejetée. *Lai, Quang c. Canada* (ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.F. 1^{re} inst., IMM-307-93), McKeown, 20 mai 1994.

⁵⁵¹ SSR M99-04586 *et al.*, 21 décembre 1999, *RéfLex*, n° 133, 1^{er} mars 2000.

⁵⁵² *L.G. c. Canada* (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F. 1^{re} inst., IMM-3275-01), Lemieux, 10 juillet 2002; 2002 CFPI 766.

⁵⁵³ SSR V94-01847, 21 juin 1996, *RéfLex*, n° 133, 28 octobre 1996.

I) Des fondements jurisprudentiels nouveaux.

Si la France et le Canada se partagent la reconnaissance des motifs de « conscience » comme fondement possible à la reconnaissance du statut (A), la comparaison est sans objet pour la notion de persécution passée, qui est une exception française (B). La question de l'héritage du statut sur fond d'unité familiale est en revanche prévue dans les deux droits internes, mais seule la construction jurisprudentielle française nous intéresse ici, puisqu'au Canada la question est réglée par la question de la résidence permanente (C).

A) Statut fondé sur le motif de conscience.

Ce motif n'apparaît pas dans l'article 1A2 de la *Convention de Genève*, mais le *Guide* du HCR a encouragé les États à accorder « s'ils le désirent (...), le statut de réfugié aux personnes qui ont des objections à l'égard du service militaire pour d'authentiques raisons de conscience »⁵⁵⁴. Tant la France (1) que le Canada (2) ont accepté de dépasser la lettre de la *Convention* pour envisager ce motif.

1) En France : une certaine bienveillance idéologique.

Ce nouveau motif d'élection au statut a eu l'occasion d'être reconnu par la jurisprudence française, même s'il est évoqué le plus souvent en accompagnement d'un des cinq motifs énumérés par la *Convention de Genève*, notamment le motif des opinions politiques qui est en effet son plus proche parent.

La Commission des Recours des Réfugiés y a fait référence pour la première fois à l'occasion de la guerre en ex-Yougoslavie, concluant à propos d'un individu ayant déserté les forces militaires en présence, que le champ d'application de la Convention lui était ouvert « dès lors qu'il peut être tenu pour établi que l'attitude de celui-ci est dictée par des raisons politiques ou de conscience »⁵⁵⁵.

Selon la même logique, le statut fut accordé à un ressortissant yougoslave originaire du Monténégro, mais résidant en Croatie, qui avait refusé pour « des raisons de conscience » de combattre dans la milice croate en raison de « son origine et des liens de famille qui l'unissent

⁵⁵⁴ §§ 171 et 173 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*.

⁵⁵⁵ En l'occurrence, cette condition n'avait pas été remplie : CRR, SR, 29 janvier 1993, *Djukic, Rec. CRR*, p. 36.

encore à une importante famille monténégrine »⁵⁵⁶.

Cette jurisprudence, dont on a pensé qu'elle resterait circonscrite à la situation du conflit en ex-Yougoslavie⁵⁵⁷, fut étendue très rapidement et appliquée entre autres à un ressortissant irakien ayant déserté le conflit Irak-Koweït pour refuser de « participer à des opérations condamnées par le droit et la communauté internationale »⁵⁵⁸, à un ressortissant géorgien déserteur lors du conflit en Abkhazie⁵⁵⁹, et à un ressortissant russe insoumis lors du conflit en Tchétchénie, pour des raisons de conscience liées cette fois à ses opinions religieuses⁵⁶⁰.

Dans son attitude vis-à-vis du motif de conscience, la jurisprudence française s'émancipait de la position commune européenne (référence juridique de l'époque) qui ne l'admettait que

« si l'accomplissement de ses obligations devait avoir pour effet de conduire l'intéressé à participer à des actions relevant des clauses d'exclusion de l'article 1 F de la Convention de Genève. »⁵⁶¹

L'insertion, même timide et apparentée aux opinions politiques, d'un nouveau motif de reconnaissance, alors qu'il n'est pas présent dans la *Convention* et qu'il n'a été que suggéré par le HCR, représente une avancée certaine en la matière. Elle démontre aussi la bienveillance idéologique de l'État français envers ceux qui combattent les régimes d'oppression, et rappelle finalement son attachement historique (et constitutionnel) aux combattants de la liberté. Il s'agit sans doute de prendre en compte le réfugié dans sa fragilité, mais aussi de promouvoir la protection d'un homme pour son mérite politique.

2) Au Canada : les effets de l'objection politique.

Dans le cadre d'une analyse globale de ce que peuvent constituer des « lois d'application générales », c'est-à-dire les mesures s'appliquant à la population entière sans distinction (comme la politique de l'enfant unique, le code vestimentaire ou le service militaire), la jurisprudence canadienne a longtemps conclu que le gouvernement ne se rendait pas coupable de persécution⁵⁶². Puis, à la lumière d'une sorte de réinterprétation de sa jurisprudence, la

⁵⁵⁶ CRR, SR, 29 janvier 1993, *Dabetic*, Rec. CRR, p. 35.

⁵⁵⁷ Etude « Réfugiés », *DPDE Feuilles* 22, p. 1723.

⁵⁵⁸ CRR, 7 juin 1993, *Loay*, Rec. CRR, p. 113.

⁵⁵⁹ CRR, 20 juillet 2000, *Lomiodze*, n° 349668,

⁵⁶⁰ CRR, 23 janvier 2001, *Pirgodine*, n°342607. Ainsi que CRR, 23 juin 2005, *M. AG*, n° 492570 ; et CRR, 8 septembre 2005, *M. VS*, n° 463608.

⁵⁶¹ Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996, définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme "réfugié" au sens de l'article 1er de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JOCE L 63, 13 mars 1996, point 10.

⁵⁶² *Musial c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1982] 1 C.F. 290 (C.A.).

Cour Fédérale a affirmé que si générales soient ces lois, elles peuvent dans certaines circonstances constituer une persécution au sens de la *Convention*, notamment, mais pas seulement, par les biais des pénalités prévues à leur infraction⁵⁶³.

Ainsi, dans le cadre des objections et désertions d'ordre militaire, la jurisprudence examine si les circonstances révèlent l'existence d'un lien entre le traitement appréhendé et l'un des motifs énumérés dans la *Convention*. De fait, c'est théoriquement l'effet de l'infraction à la loi d'application générale qui est étudiée, et non les motifs pour lesquels le demandeur s'y oppose⁵⁶⁴. L'appréhension canadienne diffère ici totalement de l'attitude française.

Pour autant, l'observation de la jurisprudence canadienne ne révèle pas une application aussi limpide et très souvent, la conviction du demandeur est également prise en compte. Même dans l'arrêt de principe, *Zolfagharkhani*, la Cour a tenu compte de la conviction invoquée par le demandeur pour justifier son refus de servir dans l'armée, en l'occurrence, son refus de s'engager dans une guerre chimique contre ses patriotes kurdes. Prenant également appui sur le *Guide* du HCR, la Cour rappelle que

« lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion peut être considérée comme une persécution. Telle est la situation en l'espèce. »

En l'espèce, la Cour a accordé – à l'instar de la jurisprudence française – une grande importance au fait que la technique de combat (l'arme chimique) à laquelle s'opposait le demandeur était particulièrement condamnée par la communauté internationale, et elle a rattaché l'objection du demandeur à un acte politique.

Mais la Cour n'a pas précisé comment l'attention portée à la conviction du demandeur devait être conciliée avec le principe selon lequel les motifs de l'objection du demandeur n'étaient pas pertinents⁵⁶⁵, et il ressort de la jurisprudence subséquente la même ambiguïté⁵⁶⁶. Malgré cela, il nous est permis de conclure que la jurisprudence canadienne reconnaît le motif de conscience comme susceptible d'ouvrir droit au statut. Peu importe que ce soit en le rattachant au motif des opinions politiques.

B) Statut fondé sur la notion de persécution passée.

⁵⁶³ *Zolfagharkhani c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).

⁵⁶⁴ SPR VA6-02656, Lamont, 19 septembre 2007, *RéfLex* n° 320, 8 novembre 2007.

⁵⁶⁵ *Zolfagharkhani c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.), pp. 553-556.

⁵⁶⁶ Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005, chapitre 9.3.6.

Cette seconde considération est un peu hybride. Elle appartient en partie à l'appareil normatif de Genève, tout en s'en émancipant par une construction jurisprudentielle plus audacieuse, se rapprochant subtilement pour la France, de la notion de statut au mérite.

Tant la *Convention de Genève* que le *Statut du HCR* subordonnent l'éligibilité au statut de réfugié à l'existence de craintes de persécution future en cas de retours dans le pays d'origine. La *Convention* précise même que si les circonstances dans lesquelles un individu a été reconnu réfugié cessent d'exister, sa qualité de réfugié cesse également (Art 1C5-1).

Or, il est arrivé aux organes de détermination de statut non seulement de prendre en considération des persécutions passées pour reconnaître le statut (comme le prévoit timidement l'article 1C5-2 de la *Convention* relatif à des « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures »), mais aussi de ne pas faire cesser ce statut malgré un changement de circonstances à la suite desquelles une personne était reconnue.

Historiquement, l'article 1C5-2 posant une exception à une clause de cessation visait uniquement à protéger les réfugiés statutaires suite à l'amendement proposé par Israël pour protéger les réfugiés juifs d'origine allemande et autrichienne d'un retour en Allemagne après-guerre⁵⁶⁷. Mais rapidement, la CRR a élargi le champ d'application de cette mesure à tous les réfugiés (soit ceux répondant à la définition de l'article 1A2), sur le fondement du « principe humanitaire de caractère général » dont procèdent les stipulations de l'article 1C5-2⁵⁶⁸.

D'autre part, si cet article 1C5-2 semblait ne devoir être entendu comme ne s'appliquant qu'aux personnes déjà bénéficiaires de la qualité de réfugié⁵⁶⁹, la Commission en a toujours fait application aux personnes demandant la reconnaissance du statut au titre de l'article 1A2⁵⁷⁰.

Certainement appréciable au titre de la protection, la jurisprudence de la Commission est néanmoins critiquable sur le raisonnement juridique. Elle a du reste été censurée par le Conseil d'État qui a qualifié d'erreur de droit, le fait de se prononcer sur une demande de reconnaissance en se fondant sur une clause de cessation⁵⁷¹. Sur le plan de la protection,

⁵⁶⁷ Etude « Réfugiés », *DPDE*, Feuillet 22, p. 1734.

⁵⁶⁸ CRR, 25 janvier 1955, *Grynszpan*, n° 584, jurisprudence de la CRR, *D.* 1961, p.38.

⁵⁶⁹ CRR, 19 janvier 1980, *Beloqui Asuaga*, n°9520.

⁵⁷⁰ PCRR, 3 mars 1960, *Tillman*, n° 2909 ; CRR, 4 octobre 1990, *Munoz Domange*, n° 119696 ; CRR, 6 janvier 1994, *Pecora Ghan*, n°240939 ; CRR, 13 mars 2001, *Mohaci*, n° 350207.

⁵⁷¹ CE, 25 novembre 1998, *Ilinca*, n° 184740, *Rec. CRR* 1998, p. 72.

l'attitude de la CRR aurait été condamnable si elle subordonnait toute reconnaissance du statut à « des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures » en lieu et place de la générale « crainte de persécution ». Mais il ne ressort pas de sa jurisprudence une telle attitude. En l'occurrence, elle a transformé une exception à une clause de cessation, en clause d'inclusion. Néanmoins, nous devons reconnaître que sur le plan juridique, la CRR s'est livrée à un comportement que nous n'hésitons pas à condamner par ailleurs, à savoir l'examen des clauses de cessation, avant celui des clauses d'inclusion. D'ailleurs, la censure du Conseil d'État ne concernait pas l'article 1C2, mais l'article 1C4. Si le raisonnement est valable pour l'ensemble de l'article C, la censure n'est en l'espèce pas directement dirigée contre l'attitude de la CRR.

Si acrobatique fût-elle, cette construction juridique avait le mérite d'être protectrice. En tout état de cause, la Commission a corrigé sa jurisprudence et reconnu la qualité de réfugié sur le seul fondement de l'article 1A2, tout en continuant à tenir compte des persécutions passées si elles étaient d'une exceptionnelle gravité. Ainsi, des Albanais qui avaient fui le Kosovo, ne pouvaient théoriquement être regardés comme craignant avec raison des persécutions du fait de la protection apportée par les forces des Nations Unies, mais

« dans les circonstances de l'espèce, l'exceptionnelle gravité des persécutions subies par le requérant et les membres de sa famille [justifiait leur] refus de retourner dans [leur] pays d'origine. »⁵⁷²

Si la CRR ne fait ainsi plus référence à l'article 1C5 2, et opère un retour officiel à l'article 1A2, elle exige désormais que la persécution passée soit d'une « exceptionnelle gravité ». Une condition que la Commission devrait reconnaître relativement aisément, en raison de la multiplication des situations dans lesquelles les persécutions revêtent une « exceptionnelle gravité ». En l'occurrence, le requérant dont la maison avait été détruite, dont le père et la sœur avaient été exécutés par la police serbe, et qui gardait un grave handicap à la suite de mauvais traitements s'est vu reconnaître le statut de réfugié en dépit du fait que les circonstances avaient changé dans son pays d'origine⁵⁷³. De la même façon, une sierra-léonaise présentant d'importantes séquelles des mauvais traitements subis lors d'un emprisonnement au cours duquel elle fut de surcroît astreinte à des travaux forcés, s'est vue reconnaître le statut par la CRR⁵⁷⁴. Cette jurisprudence issue de la situation des Albanais du

⁵⁷² CRR, SR, 17 novembre 1999, *Hadzikedri*, n° 339502; CRR, SR, 17 novembre 1999, *Feka*, n° 337528; et CRR, SR, 17 novembre 1999, *Duraku*, n° 340240, *Rec. CRR*, 1999, p. 71.

⁵⁷³ CRR, SR 17 novembre 1999, *Hadzikedri*, n° 339502.

⁵⁷⁴ CRR, 8 février 2000, *Mme Bah, ép. Kabba*, n° 339190.

Kosovo a donc été étendue à d'autres ressortissants, et entre autres à un Palestinien résidant au Liban gravement torturé pour avoir refusé de participer à un commando militaire contre un officier supérieur de l'ALS⁵⁷⁵. En sus de la qualification d'exceptionnelle gravité de la persécution subie par le requérant, une certaine idée de « mérite » se dégage de cette dernière jurisprudence.

Ce Palestinien aurait tout à fait pu s'appuyer sur le fondement constitutionnel qui ouvre l'asile à « toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté », aux termes de la loi de 1998 qui a « réanimé » l'alinéa 4 du *Préambule de 1946*. D'ailleurs, les requérants qui parviennent à combiner le fondement conventionnel et le fondement constitutionnel dans une même demande ont de grandes chances de voir leurs persécutions passées prises en compte par la CRR, dont la jurisprudence semble évoluer elle-même vers la combinaison des fondements constitutionnel et conventionnel de la demande de statut⁵⁷⁶.

Ainsi, lorsque les persécutions sont avérées et si elles sont la conséquence d'une action en faveur de la liberté, la jurisprudence ne fait pas état de « craintes en cas de retours » et peut fonder sa décision de reconnaissance de statut sur les persécutions passées.

Cette évolution jurisprudentielle mérite une attention particulière parce qu'elle est issue d'une combinaison des fondements constitutionnel⁵⁷⁷ et conventionnel du droit à l'asile, qui reflète la recherche d'une complémentarité normative remarquable. Cette combinaison prend appui sur un fondement conventionnel élargi par la notion de persécutions passées. Ont ainsi obtenu le statut de réfugié, les requérants ayant subi une persécution passée du fait de leur action au sein d'un mouvement, d'une association ou d'un parti⁵⁷⁸ ; de leur action en faveur de la protection des populations contre les exactions de groupes armées⁵⁷⁹ ; de leur lutte contre l'intégrisme⁵⁸⁰ ; de leur participation à une association féministe⁵⁸¹ ; de leur défense de la culture berbère⁵⁸² ; de leur engagement dans une activité associative en faveur de l'émancipation des femmes au Bangladesh⁵⁸³ ; de leur refus de combattre dans les forces rebelles au Liberia⁵⁸⁴ ; ou encore, s'agissant d'une ressortissante algérienne, de son refus

⁵⁷⁵ « Armée du Liban Sud » ; CRR, 2 avril 2001, *Barry*, n° 371175.

⁵⁷⁶ CRR, 7 avril 2000, *Aroussi*, n° 351572, et CRR, 22 juin 2000, *Darichiev*, n° 344707.

⁵⁷⁷ En dépit du fait que la jurisprudence prend soin de se référer à la loi du 25 juillet 1952 (telle que modifiée par la loi de 1998, et désormais intégrée dans le *CESEDA*), et non au *Préambule de 1946*.

⁵⁷⁸ CRR, 22 décembre 1998, *Haddadou*, n° 328683.

⁵⁷⁹ CRR, SR, 25 juin 1999, *Zitouni*, n° 333748.

⁵⁸⁰ CRR, 25 janvier 2001, *Tati*, n° 364162.

⁵⁸¹ CRR, 7 janvier 2001, *Telfahi*, n° 356008.

⁵⁸² CRR, 27 mars 2001, *Khelifa*, n° 356227.

⁵⁸³ CRR, 24 octobre 2002, *Akhter*, n° 407759.

⁵⁸⁴ CRR, 25 avril 2005, *M. HT*, n° 509567.

d'obtempérer aux injonctions islamistes⁵⁸⁵.

La satisfaction tirée de cette consolidation de la protection du réfugié doit cependant être nuancée. Comme nous l'avons évoqué lors de nos observations sur la persécution au motif de la conscience, il ressort également de ce développement une idée de reconnaissance de statut « au mérite ». Une reconnaissance qui ne vise pas tant à affiner la protection du requérant considéré dans sa fragilité de réfugié, qu'à reconnaître comme notre méritant congénère, une personne qui correspond aux critères révolutionnaires et républicains de l'idéal français.

D'ailleurs, l'exposé des motifs de la loi de 1998 montrait sans ambiguïté en quoi le droit d'asile est réservé à ceux qui souscrivent aux valeurs de la République :

« ceux et celles qui risquent leur vie pour que prennent corps, dans leur pays, les valeurs républicaines proclamées jadis en France dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Lors de la présentation du projet de loi, le ministre de l'Intérieur avait néanmoins précisé qu'il allait de soi

« que ce combat concerne la liberté républicaine telle que nous la concevons qui lie indissolublement les libertés individuelles et la liberté politique permettant l'exercice de la citoyenneté. »⁵⁸⁶

Avec cette précision concernant l'acception française du « combattant en faveur de la liberté », les jurisprudences exposées plus haut prennent une autre dimension, dont on peut de façon encore plus significative apprécier la portée politique dans la décision *Kesri*⁵⁸⁷, dans laquelle le statut a été accordé à un ressortissant algérien professeur de français, pour son militantisme en faveur du respect des libertés individuelles et contre l'arabisation systématique de l'enseignement.

Pour ces « combattants de la liberté », notons que la jurisprudence antérieure n'a jamais posé de condition relative à l'imputation des persécutions, ou, depuis la loi de 2003, aux capacités de protection de l'État d'origine.

Ainsi, ces avancées juridiques dans la protection correspondent en tout point au cadre théorique dans lequel s'inscrit notre première partie. Celle que nous allons aborder maintenant semble néanmoins être une exception.

La jurisprudence canadienne n'est pas concernée ici. Elle utilise l'exception des « raisons

⁵⁸⁵ CRR, 25 septembre 2003, *Zouaouia Benaouda*, n° 43915.

⁵⁸⁶ *J.O.A.N.* Q, 5 décembre 1997, p. 6971, cité dans l'étude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1735.

⁵⁸⁷ CRR, *Kesri*, req. n° 398814, citée dans l'étude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1735.

impérieuses » inscrite dans la *Convention de Genève* uniquement lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur une cessation de statut (article 108(4) de la *LIPR*), mais n'en fait pas comme la France, une clause d'inclusion. Plus restrictive encore, elle n'applique cette exception à la cessation du statut, que si l'individu concerné répondait strictement à la définition du réfugié à l'époque des faits⁵⁸⁸.

C) Statut fondé sur le principe de l'unité familiale et sur la notion de dépendance : L'« héritage » du statut .

Plusieurs instruments internationaux des droits de l'homme ont affirmé le principe de l'unité familiale⁵⁸⁹. Dans le domaine spécifique des réfugiés, la *Convention de Genève* ne l'aborde que partiellement en soulignant que « les droits précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment de ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout État contractant » (art. 12). La référence la plus précise à la famille se trouve dans l'Acte final de la Conférence, dont le point IV B énonce son attachement à l'unité de la famille, et recommande aux États d'en assurer le maintien envers les réfugiés en général, et les enfants en particulier. Le comité exécutif du HCR a également souligné « l'importance du regroupement des familles » des « réfugiés séparés »⁵⁹⁰, et, encore plus clairement, le droit au statut de réfugié pour les membres de famille d'une personne en ayant obtenu le statut⁵⁹¹.

La reconnaissance « automatique » du statut de réfugié sur le fondement de l'unité familiale et/ou de la notion de personne à charge existe dans les droits internes français et canadiens qui protègent ici l'accès au statut de réfugié au-delà des prescriptions de la *Convention de Genève*. Il a cependant fallu pour la France, une construction jurisprudentielle fondée sur le principe de l'unité familiale (1) pour aboutir à l'acquisition automatique du statut (2), alors que pour le Canada, le cas ne se pose pas, ou se pose autrement.

1) Un principe général du droit des réfugiés...

Dans l'arrêt d'assemblée du 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*⁵⁹², le Conseil d'État

⁵⁸⁸ Chapitre 7.2.1 de Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005.

⁵⁸⁹ C'est notamment le cas de la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* de 1948 (art. 3 et 16) ; *Pacte des droits civils et politiques* de 1966 (art 23) ; *Convention européenne des Droits de l'Homme* de 1950 (art 8.1 et 12).

⁵⁹⁰ Conclusions du Comité exécutif, 28^e session, 1977, dans HCR, *Conclusions sur la protection internationale des réfugiés adoptées par le Comité exécutif du programme du HCR*, Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, 1991 (HCR/IP/2/Fre/REV. 1990).

⁵⁹¹ Conclusions du Comité exécutif, 32^e session, 1981.

⁵⁹² CE, Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, Leb. p. 523, concl. DENIS-LINTON. *AJDA* 1994, p. 914 et p.

consacre pour la première fois le principe d'unité familiale en matière de statut des réfugiés. La *Convention de Genève* ne s'appliquant qu'à la seule personne du réfugié, l'administration a toujours statué séparément sur les demandes de chaque conjoint. Très fréquemment, si l'un était admissible au statut, l'autre aussi. D'autre part, un étranger séjournant régulièrement en France peut, au titre du regroupement familial, faire venir sa famille⁵⁹³. Enfin l'application de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* protège les membres de la famille du réfugié d'une mesure d'expulsion non justifiée au regard du contrôle effectué par le Conseil d'État.

En revanche, le cas du conjoint d'un réfugié n'étant pas ou ne risquant pas d'être persécuté individuellement, n'est pas prévu par les textes. Le Conseil d'État, saisi par l'épouse d'un réfugié qui s'était vue refuser le statut réclamé au nom de l'unité de la famille, a dû se prononcer sur l'applicabilité d'un tel principe. Faisant appel aux « Principes Généraux du Droit » applicable aux réfugiés, c'est-à-dire à une source non écrite, mais inspirée de la *Convention de Genève*, le juge administratif a estimé qu'en vue de la pleine protection prévue en faveur du réfugié, cette qualité devait être également reconnue aux membres de sa famille proche. En l'occurrence, l'individu faisant l'objet d'une demande d'extradition par l'Espagne, avait déjà été reconnu comme réfugié⁵⁹⁴.

La décision du Conseil d'État, *Mme Agyepong*, fonde ainsi le principe général du droit selon lequel

« la qualité de réfugié doit être reconnue à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage à un réfugié à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut, ainsi qu'aux enfants mineurs de ce réfugié ».

Le juge administratif est venu consacrer – mais aussi encadrer – le principe de l'unité familiale, dont la Commission des Recours des Réfugiés avait déjà fait une application constante. L'impact de cette décision est double, car d'une part, proclame en droit interne un principe qui n'avait été jusqu'alors exprimé qu'en droit international, et d'autre part, il crée un nouveau critère d'éligibilité au statut de réfugié.

Il est intéressant d'évoquer l'évolution combinée du droit international et du droit interne dans le domaine du droit à l'unité de la famille, afin de démontrer en quoi la suggestion de

878, chron. TOUVET et STAHL. *RFDA* 1995, p. 86, concl. DENIS-LINTON.

⁵⁹³ L'article L. 411 (-1 à - 8) du *CESEDA* organise les modalités et les conditions de ce regroupement, lesquelles ont été considérablement durcies par la loi « Hortefeux ».

⁵⁹⁴ CE, Sect. 27 janvier 1995, *Mlle Gal.*, Leb. p.51. *RFDA* 1996, p. 527, concl. Denis-Linton. *AJDA* 1995, p. 399, note JULIEN-LAFERRIERE.

certaines principes – y compris dans des instruments sans valeur contraignante – peut aboutir à leur garantie dans le droit positif. Il n'est pas interdit de penser que l'existence de tels instruments, parallèlement à une jurisprudence française très attachée au respect du regroupement familial des étrangers en général, a permis d'aboutir à une reconnaissance formelle du droit au statut de réfugié, en tant que membre de la famille.

En 1945, le droit français prévoit la possibilité d'octroyer une carte de résident à l'étranger dont le conjoint a obtenu le statut de réfugié⁵⁹⁵. En 1978, le Conseil d'État consacre le droit des étrangers à mener une vie familiale normale, qu'il qualifie de principe général du droit⁵⁹⁶. En 1993, le Conseil Constitutionnel donne valeur constitutionnelle à ce même droit⁵⁹⁷. Parallèlement à cette évolution⁵⁹⁸, la Commission des Recours des Réfugiés a véritablement construit une nouvelle reconnaissance de statut, au titre du regroupement familial. En effet, dès 1957, elle a énoncé que la *Convention de Genève* « serait rendue vaine si elle ne s'étendait pas non seulement aux enfants mineurs, mais au conjoint du réfugié »⁵⁹⁹.

Par la suite, et tout en posant des contours – notamment relatifs au degré de rapprochement avec le réfugié –, la CRR a souvent accordé le statut aux membres proches d'un réfugié, notamment ses enfants mineurs⁶⁰⁰. En 1994, la CRR est allée jusqu'à fonder sa décision sur l'acte final des plénipotentiaires⁶⁰¹, développant en cela, une jurisprudence véritablement protectrice des réfugiés et de leurs familles.

Enfin, il faut noter que l'expression « principes généraux de droit applicables aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève » était déjà apparue dans l'arrêt *Bereciartua Echarri*⁶⁰². L'apparition de ce nouveau PGD a contribué à la solution du juge administratif, venu parachever la construction prétorienne de la Commission des Recours, dans l'affaire *Mme Agyepong*, en donnant clairement un fondement juridique au principe.

⁵⁹⁵ Art 15 – 10° de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Aujourd'hui: article L. 314-11 – 8° du *CESEDA*.

⁵⁹⁶ CE, 8 décembre 1978, *GISTI, D.* 1979, p. 661, note L. HAMON.

⁵⁹⁷ CC, 13 août 1993, DC n° 93-325 *relative à la maîtrise de l'immigration*.

⁵⁹⁸ Voir Denis ALLAND, « Jurisprudence française en matière de droit international public », *RGDIP*, 1995, pp. 473-503.

⁵⁹⁹ CRR, 12 mars 1957, *Baselga*, F. TIBERGHIEU, *La protection des réfugiés en France*, Economica, 2^e éd, 1988, p. 222.

⁶⁰⁰ CRR, 27 mars 1958, *Atanasio Mejias*, n° 1778.

⁶⁰¹ CRR, SR, 22 juillet 1994, *Woyakana Shako*, *Rec. CRR*, p. 67.

⁶⁰² CE, ass, 1^{er} avril 1988, *Bereciartua Echarri*, n° 85234, *Rec. Leb.*, p. 135. Dans cette affaire, le juge devait se prononcer sur la légalité d'extrader une personne auquel le statut de réfugié avait été reconnu (un basque espagnol) au regard de l'article 33-1 de la *Convention de Genève*. Le Conseil d'État devait alors d'interpréter la convention internationale, tâche pour laquelle il ne s'est reconnu compétent qu'en 1989 avec l'arrêt *Nicolo*. L'intervention d'une création normative telle que le PGD est donc cohérente.

2) ...qui fonde l'« héritage » du statut.

Grâce à cette décision, les PGD applicables aux réfugiés imposent désormais une reconnaissance du statut, sans avoir à procéder à sa détermination par les critères définis dans la *Convention de Genève*. En revanche, le juge administratif a très précisément encadré le champ d'application de ce principe en précisant qu'outre les enfants mineurs du réfugié – automatiquement éligibles –, la personne concernée devait être « de même nationalité » et unie par le mariage à un réfugié « à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut. »

Ainsi, tout en acquérant une valeur de droit positif, le principe de l'unité familiale a vu sa portée être considérablement réduite avec l'arrêt *Agyepong*. L'utilisation antérieure de ce principe par la CRR avait un champ d'application plus large, et était valable par exemple, envers les ascendants à charge⁶⁰³.

Toutefois, un lien concret peut être observé avec la *Convention de Genève*, en ce que les membres de la famille d'une personne réfugiée, ont de fortes « chances », du fait même de ce lien, de subir les mêmes persécutions.

La Commission se montre par ailleurs relativement souple lorsque les conditions posées plus haut ne sont pas strictement réunies. Ainsi, des conjoints qui ont pu être séparés longtemps, mais dont le mariage n'est pas légalement dissout, peuvent se voir appliquer le principe de l'unité de famille⁶⁰⁴. Des conjoints qui voient leur nationalité respective changer indépendamment de leur fait ou, pour reprendre les termes de la Commission « en raison de circonstances externes à leur union », ne se voient pas non plus privés du bénéfice du principe de l'unité familiale⁶⁰⁵. Un couple dont l'un des conjoints possède la double nationalité bénéficie également du principe de l'unité familiale, indépendamment du fait que le conjoint possédant la double nationalité pourrait se réclamer de la protection de l'autre pays⁶⁰⁶.

Enfin, ce PGD est appliqué par une Commission sensible aux évolutions de la société, au bénéfice d'une personne qui n'était pas mariée au réfugié, mais dont la liaison suffisamment stable et continue pour former avec lui une famille était démontrée⁶⁰⁷.

⁶⁰³ CRR, 3 décembre 1959, *Rubio*, n° 3584, F. TIBERGHEN, *La protection des Réfugiés en France*, Economica, 2^e éd, 1988, p. 223 et CRR, SR, 15 octobre 1993, *Ustek*. Cette jurisprudence a depuis été abandonnée par la Commission. Le principe ne s'applique plus aux ascendants à charge : CRR SR, 16 octobre 1995, *Nadarajah*, n°278112, confirmée par CE, 7 octobre 1998, *Kanagaratnam*, n° n° 176259.

⁶⁰⁴ CRR, 6 mars 2005, *Mme. ZSG*, n° 497280.

⁶⁰⁵ CRR, SR, 20 juillet 1993, *Zujab*, *Rec. CRR*, p. 49: partition de l'ex-Yougoslavie, ainsi que CRR, SR, 25 juin 1999, *Renburg*, *Rec. CRR*, p. 57 et CRR, 18 février 2005, *Mme. SAG*, n° 490883: dissolution de l'URSS.

⁶⁰⁶ CRR, 27 mai 2005, SR, *M. B*, n° 454056.

⁶⁰⁷ CE, 21 mai 1997, *Gomez Botero*, n° 159999, F. TIBERGHEN, *Le droit des réfugiés en France ; Tables*

Enfin, au sein de ce développement consacré à l'héritage du statut, il faut noter qu'en dehors de tout lien matrimonial ou filial, une personne incapable se trouvant sous la dépendance d'un réfugié se voit attribuer la même qualité. Il ne s'agit pas encore d'un principe général du droit, mais une évolution de ce principe vers du droit positif n'est pas à exclure. L'enfant mineur placé sous tutelle du réfugié peut ainsi obtenir le statut, mais le perd à sa majorité⁶⁰⁸. La Commission des recours des réfugiés a eu l'occasion d'affirmer que la qualité de réfugié devait être reconnue

« à la personne incapable se trouvant dépendre matériellement et moralement d'un réfugié à la double condition que cette situation particulière de dépendance ait existé dans le pays d'origine du réfugié avant l'arrivée de celui-ci en France et qu'elle ait donné lieu à une mesure de tutelle plaçant l'intéressé sous la responsabilité du réfugié. »⁶⁰⁹

L'exigence que la personne sous tutelle soit mineure disparaît ici.

Ce principe de l'unité familiale ouvre droit à une protection supérieure à celle dont peut se prévaloir un étranger ordinaire au titre du regroupement familial, car la législation en la matière est sujette aux variations des politiques migratoires. La directive européenne de 2003⁶¹⁰, ainsi que les lois « Sarkozy » de 2006 et « Hortefeux » de 2007, ont réduit à peau de chagrin la protection offerte aux étrangers en vertu du regroupement familial.

En l'occurrence, et c'est suffisamment rare – si ce n'est unique – pour être souligné, la prise en compte du réfugié dans sa particulière fragilité, a eu préséance sur sa seule condition d'étranger.

À nouveau, la jurisprudence canadienne n'offre pas de comparaison valable. Elle n'envisage l'application du principe qu'à travers la notion de persécution indirecte et dans des conditions d'application très strictes. La notion d'« unité de famille » telle qu'entendue par le HCR (si la personne directement touchée satisfait à tous les critères de la définition de réfugié au sens de la *Convention*, alors le statut de réfugié peut être accordé à un membre de sa famille qu'il satisfasse ou non aux exigences de la définition) est par ailleurs écartée pour manque de fondement en droit canadien, car il n'a pas été incorporé à la *LIPR*⁶¹¹. Mais cela est

décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés, Paris, Economica, 2000, p. 252. La jurisprudence de la CRR est constante en la matière.

⁶⁰⁸ CRR, SR, 12 mars 1993, *Kapenda*, Rec. CRR, p. 38.

⁶⁰⁹ CRR, SR, 29 octobre 1999, *Soysuren*, Rec. CRR, p.84.

⁶¹⁰ Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

⁶¹¹ Chapitre 9.4 de Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la*

en partie compensé par la possibilité, pour le conjoint d'un réfugié reconnu, de ne pas passer par l'étape « demandeur d'asile » pour s'installer au Canada. Il ne doit pas, comme en France, déposer lui-même une demande d'asile. Il est inclus, avec les enfants à charge, dans la demande de résidence permanente qui fait suite à l'octroi du statut. De plus, depuis février 2005, les conjoints peuvent demander la réunification familiale, même s'ils se trouvent déjà sur le territoire canadien, sans statut temporaire. Avant, le conjoint devait quitter le Canada afin de demander la réunification avec des membres de sa famille qui étaient au Canada⁶¹². Cette protection par ricochet du demandeur d'asile est le fruit d'une mesure purement normative et n'est pas comparable au travail d'interprétation effectué par le juge français. Nous allons voir qu'il ne s'agit pas de la seule mesure de type normatif qui touche à la reconnaissance du statut.

II) Les initiatives normatives canadiennes.

Ce développement nous permet d'observer les initiatives d'ordre interne relatives à l'octroi du statut, et constitue parallèlement l'une des illustrations les plus directes de l'interpénétration des instruments normatifs sur la scène internationale, et de la réception de certains messages en droit interne. En effet, tant la dynamique des directives de la CISR (**A**) que l'évolution protectrice impulsée par la *LIPR* en 2002 sur le risque de torture en cas de renvoi dans le pays d'origine (**B**), reflètent parfaitement le dialogue qui se crée entre le droit interne et le droit international. La cohérence et l'interpénétration des instruments internationaux de protection ont eu, au Canada, un impact manifeste sur les mesures que nous allons étudier.

A) Les directives de la Commission de l'Immigration et du Statut de Réfugié.

Nous avons déjà abordé ce sujet à propos de la jurisprudence de la détermination du statut envers les femmes considérées comme « groupe social », et la tenue des audiences, et il nous faut revenir ici sur le mécanisme des directives en tant que tel. En 1993, la *Loi sur l'immigration*, alors nouvellement entrée en vigueur, avait conféré à la CISR le pouvoir de donner des directives à l'intention des commissaires et des arbitres de la CISR, pour établir l'approche qu'ils devaient suivre dans leurs décisions. La présidente de la Commission avait à

définition de réfugié au sens de la convention, 31 décembre 2005.

⁶¹² CIC, « Bonne nouvelle pour les époux et les conjoints de fait », Communiqué du 18 février 2005.

l'époque souhaité que cela conduise à uniformiser l'interprétation de la définition du réfugié⁶¹³, et c'est pour majeure partie le résultat obtenu.

Une question est soulevée au Canada sur la valeur normative des règles administratives, considérées par la majorité des acteurs du droit (juges et juristes) comme des instruments interprétatifs n'ayant pas les effets normatifs suffisants pour être qualifiés de règles proprement juridiques⁶¹⁴. On ressent ici l'influence du paradigme positiviste dominant qui pense encore que l'on découvre le sens des choses plutôt qu'on ne le crée et que l'interprétation ne vise qu'à faire la lumière sur une norme, sans jamais la modifier⁶¹⁵. Plus encore, il s'agit d'un positivisme bancal, car l'interprétation judiciaire au Canada commence à être acceptée en tant que contribution au processus de création du droit, mais pas l'interprétation administrative⁶¹⁶. En sus du fait que nous rejetons ce paradigme, il se trouve que les directives émises par la CISR, sur habilitation légale, vont au-delà de la simple interprétation de la *LIPR* et ont de telles répercussions sur les réfugiés, qu'elles ne peuvent déceimment être considérées comme manquant d'effet normatif.

Les premières directives prises par la CISR en mars 1993 concernaient les *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Elles fondèrent les revendications fondées sur le sexe, et permirent à la jurisprudence d'interpréter, dans certains cas, le sexe comme constitutif d'un groupe social au sens de la *Convention*.

L'élaboration de ces directives a fait intervenir plusieurs acteurs extérieurs aux seuls groupes de travail de la CISR. Le HCR tout d'abord, qui dès 1985 avait encouragé les États à envisager les femmes comme appartenant à un « certain groupe social »⁶¹⁷, mais aussi des représentants de la société civile, comme le Conseil canadien pour les Réfugiés, le Conseil Consultatif Canadien sur la Situation de la Femme et le Conseil Inter-Eglises pour les Réfugiés. Le matériel juridique de référence a également été très large : la jurisprudence de la

⁶¹³ Nurjehan MAWANI, « Introduction aux directives de la CISR concernant les revendicatrices du statut de Réfugié craignant d'être persécutée en raison de le sexe », *IJRL*, 1993, Vol. 5, pp. 251-252.

⁶¹⁴ Pour une critique de cette vision : France HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, Vol. 47, 2001-2002, pp. 161-194.

⁶¹⁵ Attitude expliquée par France HOULE dans un autre article comme conforme à la théorie de l'inachèvement du droit qui sert de fondement à la théorie de l'auto-limitation du pouvoir discrétionnaire, elle-même issue de la conception kelsenienne de l'ordre juridique. France HOULE, « L'arrêt Baker : Le rôle des règles administratives dans la réception du droit international des droits de la personne », *Queen's Law Journal*, 2002, Vol. 27, n° 2, p. 531.

⁶¹⁶ F. HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, Vol. 47, 2001-2002, p. 168.

⁶¹⁷ EXCOM, *Les femmes réfugiés et la protection internationale*, Conclusion n° 39, 1985.

Cour Suprême, de la Cour Fédérale, de la CISR et de son ancêtre la Commission d'Appel de l'Immigration, les jurisprudences étrangères, le *Guide* du HCR, ou encore les travaux de doctrine d'universitaires et du HCR, et bien entendu, les conventions internationales relatives au sujet⁶¹⁸.

Dans une dynamique d'élaboration similaire, les directives relatives aux *Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile*⁶¹⁹ avaient soulevé, suite à l'observation de la jurisprudence, la difficulté de démontrer l'existence d'un lien entre la persécution redoutée et l'un ou plusieurs des motifs énoncés dans la *Convention*. Et c'est encore une fois pour tenter d'uniformiser cette jurisprudence qu'elles furent prises.

Reprenant les termes d'une communication du HCR⁶²⁰, les directives posaient comme principe général que

« Rien dans la définition de réfugié au sens de la Convention n'exclut son application aux demandeurs qui craignent de retourner dans des pays où la guerre civile fait rage. En revanche, ces personnes ne sont pas, de ce seul fait, des réfugiées au sens de la Convention. »

Pour déterminer ce qui pouvait constituer une persécution au sens de la *Convention*, les directives ont notamment fait appel aux règles de droit international humanitaire, et plus particulièrement l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève de 1949* qui impose aux combattants de traiter avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable, les personnes qui ne participent pas activement aux hostilités dans une guerre civile. Elles ont exposé de plus, qu'en dépit du fait que la Section du Statut du Réfugié (devenue Section de la Protection des réfugiés) n'était pas liée par les instruments internationaux n'ayant pas été incorporés en droit interne, elle devait néanmoins s'y rapporter pour apprécier s'il y a ou non persécution. Au nombre de ces instruments internationaux les directives nomment la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, le *Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques*, le *Pacte international relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels*, et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

⁶¹⁸ Nurjehan MAWANI, « Introduction aux directives de la CISR concernant les revendicatrices du statut de Réfugié craignant d'être persécutée en raison de le sexe », *IJRL*, 1993, Vol. 5, p. 2.

⁶¹⁹ *Directives données par la Présidente en application du paragraphe 65 (3) de la Loi sur l'immigration*, Ottawa, 7 mars 1996, 36 p. Notons que toutes les directives mentionnées dans ce paragraphe ont été maintenues après l'entrée en vigueur de la *LIPR* le 28 juin 2002.

⁶²⁰ Délégation du HCR à Ottawa, *Refugees in Civil War Situations*, Ottawa, novembre 1990, cité dans les directives.

De plus, l'arrêt *Ward* fait là encore autorité avec sa définition du terme « persécution » comme la « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l'absence de protection de l'État » ; de même que deux arrêts de la Cour d'appel Fédérale qui ont posé les principes généraux relatifs à cette forme de persécution. La revendication du civil non-combattant est ainsi recevable sous la condition que

« la crainte entretenue soit non pas celle entretenue indistinctement par tous les citoyens en raison de la guerre civile, mais celle entretenue par le requérant lui-même, par un groupe auquel il est associé ou, à la rigueur, par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition »⁶²¹,

et que les demandeurs du statut de réfugié établissent qu'ils font eux-mêmes l'objet de persécution pour un motif visé par la *Convention*, soit à titre individuel, soit en tant que membre d'un groupe⁶²².

Il ressort de ces directives qu'en tant que « victime générale » de la guerre civile, la revendication du statut de réfugié n'est pas recevable. Concrètement, font partie des « conséquences générales d'une guerre civile » le fait de mourir plus ou moins par accident en se retrouvant au cœur des combats, le fait de perdre un membre en marchant sur une mine terrestre, ou encore de manquer de nourriture et d'eau, d'électricité et de chauffage ou de traitements médicaux. N'en font pas partie en revanche, le viol systématique, la purification ethnique, l'emprisonnement concentrationnaire des belligérants ou l'exécution de civils⁶²³.

Mais l'apport de ces directives se situe essentiellement sur le plan de la méthode pour apprécier une revendication sur ce fondement. Elles prônent une méthode non comparative, c'est-à-dire qui s'intéresse au risque couru par le demandeur ou par le groupe auquel il appartient, sans le comparer aux risques courus par d'autres personnes ou d'autres groupes. Les directives rejettent donc la méthode conduisant à examiner si le demandeur court un « risque distinctif » auquel ne seraient pas exposés les autres citoyens ou groupes de son pays d'origine.

« Ce n'est pas parce que toutes les personnes appartenant à l'un ou l'autre des camps opposés dans un conflit pourraient être visées par la définition qu'un demandeur ne peut pas obtenir le statut de réfugié lorsqu'il craint avec raison d'être persécuté pour l'un des motifs énoncés dans la Convention. »

⁶²¹ *Salibian c. M.E.I.*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.) p. 258.

⁶²² *Rizkallah c. M.E.I.* (1992), 156 N.R. 1 (C.A.F.)

⁶²³ Propos de M. Joachim HENKEL, juge à la Cour Fédérale administrative allemande, au sujet de la persécution par rapport aux conséquences générales d'une guerre civile, cité et traduit dans le texte des directives.

Finalement, on retrouve ici l'idée émise en 2001 dans la proposition de directive de la Commission européenne, selon laquelle si un demandeur d'asile répond à la définition de la *Convention de Genève*, le nombre des demandeurs dans le même cas ne lui est pas opposable.

D'autres directives ne portant pas spécifiquement sur la définition du réfugié, mais plutôt sur la procédure proprement dite de détermination de ce statut ont été prises par la CISR. Sans les développer ici, il faut néanmoins les mentionner, car elles ont un impact considérable sur la protection des réfugiés. Les directives relatives aux *revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* avaient déjà soulevé les « problèmes spéciaux lors des audiences relatives à la détermination du statut de réfugié » du fait notamment que les interlocuteurs soient des femmes potentiellement victimes d'une persécution sexospécifique.

Dans les *directives relatives aux enfants qui revendiquent le statut de réfugié* ⁶²⁴ la CISR pose uniquement des règles de procédure et de preuve, de façon à ce que la tenue de l'audience soit en adéquation avec le public qu'elle touche, à savoir des enfants.

Dans une optique plus générale, la CISR a proposé en 2003, une série de directives relatives à la procédure proprement dite : *Directives concernant la transmission du FRP* (formulaire de renseignements personnels) *et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la section de la protection des réfugiés, Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la section de la protection des réfugiés*, et *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la section de la protection des réfugiés*. Et en décembre 2006, le président a adopté les *Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada* ⁶²⁵.

Si ces directives ne concernent pas directement l'axe qui nous intéresse, relatif à la définition du réfugié, elles comportent néanmoins des mesures qui se veulent protectrices pour les demandeurs d'asile puisqu'elles invitent les instances de détermination à respecter essentiellement des principes de célérité et d'équité dégagés de l'article 7 de la *Charte*. Ainsi, en application des dernières directives, et au regard de la particulière vulnérabilité d'une

⁶²⁴ CISR, *Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : questions relatives à la preuve et à la procédure, Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la loi sur l'immigration*, CISR, Ottawa, 30 septembre 1996.

⁶²⁵ Directives du Président, disponibles sur le site de la CISR, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/references/politique/directives/index_f.htm (consultée le 1er janvier 2008).

demandeuse d'asile malade mentale, la Section de la protection des réfugiés a autorisé l'ajournement de la procédure afin qu'elle expose à nouveau et correctement son dossier. Cela a permis par la suite de lui ouvrir le champ de la protection sur le fondement de son appartenance « à un groupe social en tant que femme vulnérable ayant de graves problèmes de santé mentale », et en raison « du stigmatisme associé à la maladie mentale dans ce pays. »⁶²⁶

B) La protection fondée sur les risques de torture, menace à la vie, peines ou traitements cruels ou inusités.

La création par le Canada à travers la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)* du 28 juin 2002, d'une nouvelle catégorie de personnes bénéficiant du régime de protection des réfugiés, la « personne à protéger » (1), est une excellente illustration de l'influence du droit international dans les droits internes. Fondent désormais l'octroi d'une protection équivalente au statut de réfugié, les risques de menace à la vie, traitements ou peines cruels et inusités (2), et les risques d'exposition à la torture (3).

1) La notion de personne à protéger.

Il s'agit, au sens de l'article 97 de la loi, de toute personne qui se trouve au Canada et qui serait personnellement exposée, si elle était renvoyée vers son pays d'origine, au risque « d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture » ou « à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités »⁶²⁷. Désormais, la Section de la protection des réfugiés détermine si la personne qui revendique le statut est un réfugié au sens de la *Convention de Genève*, ou une personne à protéger, au sens notamment de la *Convention internationale contre la torture*. Cette dernière occupe donc une place équivalente à la *Convention de 1951* dans les fondements de la protection des réfugiés au Canada.

Les droits issus de la qualification d'une personne à protéger sont strictement identiques à ceux issus de la qualification d'un réfugié. Il en va de même (et c'est ici une rétrogradation de la protection prévue par la *Convention contre la torture*) pour les clauses d'exclusion et de cessation de cette protection, mais aussi pour les conditions d'accès au statut telles que l'absence de protection de l'État, l'exposition personnelle au risque, et l'absence de refuge intérieur.

⁶²⁶ SPR, SPR TA5-11242, *Savage*, 9 mars 2007, *Réflex*, n° 318, 11 octobre 2007.

⁶²⁷ Le risque de menace à la vie ou traitements/peines cruels et inusités n'est pas directement lié à la Convention internationale contre la torture et s'assortit de conditions précises : Article 97-1 (b) de la *LIPR*.

Avant l'entrée en vigueur de la *LIPR*, la CISR n'avait pas compétence pour évaluer les risques de préjudices encourus par un demandeur d'asile alors qu'il ne répondait pas à la définition du réfugié au sens de la *Convention de 1951*. Seul le ministre de Citoyenneté et Immigration Canada pouvait le faire dans le cadre du programme de traitement des demandes de la « catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada ».

La nouveauté résidait essentiellement dans l'élargissement de la compétence de la CISR et dans la référence expresse à la *Convention contre la torture*, qui remplaçaient le pouvoir discrétionnaire du ministre de statuer sur l'existence de « raisons d'ordre humanitaire »⁶²⁸. A ainsi été supprimé le caractère d'exception de la protection des personnes risquant la torture en cas de renvoi. A été par ailleurs encadrée une décision qui jusqu'alors ne devait répondre à aucune condition de cohérence juridique particulière, et qui du reste ne le faisait pas⁶²⁹.

La référence expresse dans la *LIPR*, à la *Convention internationale contre la torture* participe en outre à l'inclusion de ce texte international en droit interne et au phénomène général « d'harmonisation des lois canadiennes ». La majeure partie des documents institutionnels et de doctrine relatifs à cette réforme législative porte aujourd'hui encore davantage sur les règles d'interprétation du droit international par les tribunaux canadiens, que sur l'application effective de cette nouvelle protection⁶³⁰ qui est encore assez rare depuis l'entrée en vigueur de la *LIPR*.

En observant les décisions prises par la Section de la Protection des réfugiés depuis 2002, sur le fondement des nouveaux motifs de protection prévus aux alinéas 97(1)a) et 97(1)b), il ressort que la situation des revendicateurs de la protection, lorsqu'elle est critique, porte plus souvent sur une menace à la vie que sur une menace de torture. Les décisions favorables à la qualification de « personnes à protéger » portent donc pour le moment davantage sur la notion de menace à la vie, que sur celle de menace de torture⁶³¹. De plus, lorsqu'il n'est pas question de danger de mort, la jurisprudence de la Section semble plus souvent s'orienter vers la notion

⁶²⁸ Services juridiques CISR, « Regroupement des motifs de protection dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* », 15 mai 2002, 70 p.

⁶²⁹ Rapport du vérificateur général du Canada, Chapitre 25, « Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié - Le traitement des revendications du statut de réfugié », décembre 1997. Le Bureau du vérificateur général du Canada vise à surveiller, pour les assemblées législatives, les activités du gouvernement et de lui demander de rendre compte de sa gestion des fonds publics. Plus d'information sur le site du Bureau du vérificateur général du Canada et rapports disponibles en ligne <http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/oag-bvg.nsf/html/menuf.html> (consultée le 11 juillet 2006).

⁶³⁰ Notamment Services juridiques CISR, « Regroupement des motifs de protection dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés », 15 mai 2002, 70 p., et Nicole LaVIOLETTE, « La loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture », *Revue Générale de Droit*, Vol. 34, 2004, pp. 594-595.

⁶³¹ Recueil des décisions rendues par la SPR de 2002 à 2006, *Réflex*, URL : <http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/decisions/reflex> (consultée le 11 juillet 2006).

de « traitements ou peines cruels ou inusités », que vers celle de torture dont la définition posée par la *Convention contre la torture* est plus précise, notamment au regard de l'objectif de la torture et de la participation de l'État.

En ouvrant le régime de protection aux personnes menacées de mort ou de traitements ou peines cruels et inusités, sans qu'elles correspondent à la définition posée par la *Convention de 1951*, c'est-à-dire sans qu'elles doivent établir un lien entre la persécution subie ou risquée et l'un des motifs prévus dans la *Convention de Genève*, le Canada élargit considérablement le champ juridique de protection des réfugiés, même en leur ôtant ce titre.

2) Risques de menace à la vie, traitements ou peines cruels et inusités.

Ont par exemple été reconnues depuis l'entrée en vigueur de la *LIPR*, « personnes à protéger » sur le fondement d'un risque de menace à la vie, un demandeur faisant la cible d'un assassinat dans le cadre d'une vendetta et envers lequel la SPR a reconnu la « possibilité raisonnable qu'il risque d'être tué »⁶³² : un homme d'affaire colombien victime d'extorsions qui ne pouvait être considéré comme réfugié au sens de la *Convention* puisque l'identité des extorqueurs était mise en doute, mais qui risquait d'être tué au vu des conditions dans lesquelles se font les extorsions en Colombie⁶³³ ; ou encore un Péruvien ayant, dans le cadre de son poste à la Banque de commerce, mené des enquêtes révélant la corruption de hauts fonctionnaires et qui faisait l'objet de recherches visant à l'empêcher de témoigner⁶³⁴.

Sur le fondement des risques de subir des traitements ou peines cruels ou inusités, la SPR a eu l'occasion de préciser que même si les adjectifs « cruel et inusité » ne sont pas définis dans la *LIPR*, la jurisprudence relative à l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* indique que si un traitement ou une peine « choque la conscience », il est considéré comme étant cruel et inusité, et a reconnu dans l'affaire portée devant elle que les demandeurs mineurs risquant d'être victimes d'enlèvement en Colombie étaient, avec leurs parents, des « personnes à protéger »⁶³⁵. De la même façon, la Section de la Protection des Réfugiés a pu reconnaître comme « personne à protéger », une enfant mineure menacée d'excision⁶³⁶, ou une femme chinoise victime des exactions d'un gang ayant notamment pour objectif de l'empêcher de témoigner⁶³⁷.

⁶³² SPR AA1-00163, *Noseworthy*, 5 février 2003, *RéfLex*, n° 212, 1^{er} mai 2003.

⁶³³ SPR TA1-24763, *Aulach*, 11 février 2003, *RéfLex*, n° 211, 17 avril 2003.

⁶³⁴ SPR MA2-02104, *Éthier*, 23 décembre 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶³⁵ SPR TA1-11289, *Eustaquio*, 22 août 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶³⁶ SPR MA2-10373, *Boisrond*, 30 mai 2003, *RéfLex*, n° 220, 4 septembre 2003.

⁶³⁷ SPR VA1-02181, *Ross*, 31 juillet 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

Souvent, la Section associe dans sa décision, le risque d'être tué à celui de subir des traitements ou peines cruels et inusités et reconnaît le statut de « personne à protéger » si l'un ou l'autre des risques est possible. Ainsi, un couple de chrétiens devenus débiteurs de prêteurs musulmans et ayant été menacés de mort pour cette raison ne pouvaient être reconnus réfugiés en l'absence d'un lien entre la crainte de persécution et l'un des motifs prévus dans la *Convention de Genève*, mais ont été reconnus « personnes à protéger » en raison d'une « possibilité sérieuse qu'ils risquent personnellement d'être tués ou qu'ils soient exposés à des traitements et peines cruels et inusités, en Syrie » et du fait qu'ils ne pouvaient ni bénéficier de la protection de l'État, ni d'un refuge intérieur⁶³⁸. De la même façon, un Haïtien considéré, parce qu'il revient de l'étranger, comme détenteur de richesses, ne répond pas à la définition du réfugié au sens de la *Convention de Genève*, mais est exposé au risque de traitements ou peines cruels et inusités de la part des « attachés » (forces supra-policières bénéficiant de l'appui des autorités se livrant à des actes criminels allant du vol au meurtre) s'il retournait en Haïti⁶³⁹. Un jeune adulte victime d'enlèvements répétés au Bangladesh a également été considéré comme exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou de peines cruels et inusités, s'il retournait au Bangladesh eu égard notamment à l'inefficacité et la corruption qui caractérise la police dans le pays⁶⁴⁰.

3) Risque d'exposition à la torture.

Concernant plus précisément le risque d'exposition à la torture, les décisions sont encore plus rares, mais permettent déjà de proposer un cadre d'interprétation. Outre que le risque doit être personnalisé⁶⁴¹, la jurisprudence canadienne a déjà établi une règle concernant les normes de preuve. Si la charge de la preuve d'un risque de torture pèse évidemment sur le demandeur, elle ne doit pas être plus difficile à fournir que la preuve du risque de persécution exigée envers les demandeurs du statut de réfugié. La formulation de la *LIPR* indique des « motifs sérieux de croire » le demandeur d'asile, ce que la Section de la Protection des Réfugiés a entendu comme une « possibilité sérieuse » de torture⁶⁴², et qui souvent révélée par la « preuve documentaire » relative au pays d'origine.

⁶³⁸ SPR TA1-15686 *et autres*, Brennenstuhl, 4 octobre 2002. *RéfLex*, n° 204, 23 janvier 2003.

⁶³⁹ SPR AA2-00376, *Kagedan*, 2 mars 2004, *RéfLex*, n° 236, 29 avril 2004.

⁶⁴⁰ SPR MA3-07058, *Berger*, 14 décembre 2004 *RéfLex*, n° 256, 4 mars 2005.

⁶⁴¹ SPR TA0-18614, *Berry*, 7 août 2002 et SPR MA1-01094, *Gustave*, 24 décembre 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶⁴² SPR MA2-00869, *Tshisungu*, 7 août 2002, décision désignée par la CISR comme ayant un caractère persuasif, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

Sur le fond même du risque de torture, la réponse canadienne s'articule autour de la définition internationale de la torture issue du libellé de l'article premier de la *Convention contre la torture* :

« 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large. »⁶⁴³

La doctrine a eu depuis 1984, largement l'occasion de s'interroger sur la définition internationale de la torture, d'observer entre autres la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme à ce sujet, et de développer certains points importants que la jurisprudence canadienne n'a pas encore eu l'occasion de traiter, comme la « conduite » de la torture dont on se demande si elle doit être entendue seulement comme acte concret, mais aussi comme omission, ou comme la participation de l'État dont on se demande si elle doit être directe ou indirecte, ou encore comme l'échappatoire que peut représenter l'exclusion sur le fondement de la « sanction légitime »⁶⁴⁴.

C'est pourquoi il est difficile de porter un jugement sur les résultats de cette jurisprudence, encore très rare en 2008, et c'est pourquoi il conviendra d'être vigilant sur l'interprétation de la torture par les tribunaux canadiens.

Pour l'heure, et sans se prononcer sur la définition même de la torture, la Section de la Protection des Réfugiés a ouvert le statut de « personne à protéger » fondé sur le risque de torture dans les cas suivants : après avoir subi des dommages du fait de l'explosion d'un dépotoir appartenant à l'armée, un citoyen guinéen a été puni par la police pour avoir demandé des dédommagements à l'État, au moyen d'une détention et de tortures (le demandeur fut attaché, nu, privé de nourriture et d'eau, fouetté, contraint de boire sa propre

⁶⁴³ Article 1 de la *Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1465, p. 85.

⁶⁴⁴ Nicole LaVIOLETTE, « La loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture », *Revue Générale de Droit*, Vol. 34, 2004, pp. 600-605 et Ahcene BOULESBAA, *The UN Convention on torture and the prospects for enforcement*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1999, 376 p., cité et traduit dans l'article précité de Nicole LaVIOLETTE.

urine, menacé de mort, et traîné sur le sol pendant deux semaines durant). La Section, en s'appuyant notamment sur la preuve documentaire faisant état des violences policières en Guinée lui a reconnu le statut de « personne à protéger »⁶⁴⁵, ce qui semble évident au vu d'une torture avérée dans le passé. Mais conformément à la formulation de la *LIPR*, la Section a également reconnu ce statut à des demandeurs n'ayant pas forcément déjà subi de torture, mais se trouvant exposés à « une possibilité sérieuse de torture ». Un ancien fonctionnaire argentin risquant trois ans de prison pour calomnie suite à un différend avec ses superviseurs a été reconnu « personne à protéger » au regard notamment des conditions de détention qui existent dans les prisons argentines⁶⁴⁶. Un citoyen cambodgien, embauché dans une agence qui fit plus tard l'objet d'une enquête pour avoir fraudé plus de 1000 travailleurs, craignait l'utilisation systématique de la torture par la police – corroborée par la preuve documentaire – afin d'obtenir ses aveux avant le procès, et a été reconnu « personne à protéger » en raison de son exposition à un risque de torture s'il retournait au Cambodge⁶⁴⁷. Au Myanmar, un homme ayant blessé des soldats pour protéger un membre de sa famille d'une agression sexuelle craignait de ne pas avoir un procès équitable, d'être torturé et d'être victime de persécution en tant que membre de la minorité Chin. Rejetant ce dernier argument, la SPR a néanmoins reconnu qu'il risquait d'être torturé, à l'appui d'une preuve documentaire établissant et la réalité des viols perpétrés par les soldats, et la réalité des brutalités menant parfois à la mort subies par les détenus au Myanmar, et l'impossibilité pour le demandeur de prétendre avec succès qu'il a agi en légitime défense. Le demandeur d'asile fut donc qualifié de personne à protéger⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ SPR MA2-00336, *Tshisungu*, 28 août 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶⁴⁶ SPR, MA2-01726, *Éthier*, 18 septembre 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶⁴⁷ SPR AA1-01492, *Harker*, 30 décembre 2002, *RéfLex*, n° 207, 21 février 2003.

⁶⁴⁸ SPR VA2 03033, *Dauns*, 23 juillet 2003. *RéfLex*, n° 223, 16 octobre 2003. La seule décision favorable depuis a été, SPR VA6-00539, *McCool*, 16 août 2007, *RéfLex*, n° 318, 11 octobre 2007.

Conclusion chapitre 2 :

Au moyen d'un travail dynamique d'interprétation et de compréhension de la définition du réfugié que propose le droit international, les droits internes concrétisent l'entrée du réfugié dans le monde du droit. Deux influences ressortent nettement de cet examen : celle du droit international naturellement, au sein de laquelle quelques subtilités se glissent, et celle des valeurs propres aux sociétés d'accueil.

L'influence du droit international se joue au niveau de ce que les États sont « forcés » d'écouter, c'est-à-dire la *Convention de Genève*, mais aussi au niveau de ce que les États sont « invités » à entendre. Il s'agit notamment de ce qui est dit autour de la seule *Convention de Genève*, et de ce qui est dit dans les autres branches de droit international.

Au sein de ce qui est dit « autour de la *Convention* », le discours du HCR est sans doute le plus fort. Il est présent dans toutes les évolutions jurisprudentielles et/ou normatives favorables au réfugié : l'abandon de la théorie des auteurs de la persécution, les progrès relatifs à la notion de groupe social, et même, alors qu'il ne l'avait que suggéré, la question des motifs de conscience. Rappelons enfin qu'une jurisprudence française est allée jusqu'à fonder sa décision sur l'Acte final des plénipotentiaires, qui n'a pas de valeur juridiquement contraignante. Les États sont donc capables d'utiliser les indices laissés autour de la *Convention*, à des fins de protection.

Le rôle des autres branches du droit international s'illustre particulièrement avec la *Convention contre la torture*, et l'activité de son organe de contrôle, qui a conduit à une réforme normative en Europe et au Canada ouvrant la protection au-delà du champ d'application de la *Convention de Genève*. Mais le droit international a également pu être utilisé pour faire *entrer* un demandeur dans ce champ d'application de la *Convention de Genève*. Nous avons vu qu'au détour d'une jurisprudence, la France et le Canada ont fait appel aux principes du droit international humanitaire pour affiner la position du demandeur et qualifier celui-ci à la définition de réfugié. Son objection à combattre a été « politisée » par les juridictions, du fait que le combat qu'il refusait impliquait l'utilisation d'armes chimiques, vivement condamnée par le droit international humanitaire.

Il ne faut donc sous-estimer le pouvoir d'incidence d'aucun instrument ni d'aucun acteur sur la scène internationale.

L'influence des valeurs portées par une société d'accueil en évolution est également

notable (quoique plus ténue), notamment à l'occasion des progrès réalisés autour de la notion de « groupe social », et plus particulièrement autour des questions de l'orientation sexuelle et du genre. La « bienveillance » croissante de la France et du Canada envers les homosexuels correspond à la sensibilisation de ces États au sujet du traitement juridique et politique des citoyens homosexuels. Le Canada s'illustre particulièrement dans ce domaine. Ainsi, les jurisprudences et les élargissements considérables de statut au bénéfice des femmes persécutées en tant que femmes montrent bien la démonstration de constructions sociales typiquement nationales appliquées au droit international. En l'occurrence, la société canadienne est très engagée dans la protection et la promotion des femmes, au-delà parfois du principe d'égalité, de même qu'elle est favorable à la reconnaissance des unions de fait et par extension, à la garantie des droits des homosexuels.

Pourtant, ni l'homosexualité ni les femmes ne sont choses nouvelles dans l'histoire de l'humanité. La persécution des homosexuels et des femmes préexistait à la *Convention de Genève*. Pourquoi n'avoir envisagé l'orientation sexuelle ou le genre comme constitutifs d'une appartenance à un groupe social, susceptible d'être persécuté en tant que tel, si tard ? Peut-être parce que les États d'accueil ont longtemps contribué eux-mêmes à l'homophobie et à la supériorité des hommes sur leur propre territoire. Et comme ils corrigent (tendent à corriger) cela, les réfugiés concernés entrent par prolongement, dans le cadre des préoccupations et valeurs de leur société, et se qualifient au statut.

Si ces observations révèlent accessoirement que les modèles de démocratie et « patries des droits de l'homme » sont eux-mêmes perfectibles, elles montrent également la sympathie spontanée des États d'accueil envers les réfugiés qui « nous ressemblent le plus ». C'est lorsque l'influence des valeurs propres aux sociétés d'accueil se dégage, que le rapprochement du réfugié avec le « semblable » est le plus net.

Ce chapitre révèle tous les enjeux de la définition du réfugié et de son interprétation. Il nous enseigne aussi que la *Convention de Genève* n'a pas vocation à être dans un carcan. Elle n'est privée ni d'évolution, ni d'élargissement, ni d'ouverture, mais ce sont les droits internes qui détiennent les clés de ses progrès.

Conclusion Titre 2 :

Le réfugié cesse d'être une abstraction lorsqu'il passe d'objet du droit à sujet du droit. Il devient sujet actif du droit quand il peut faire entendre sa cause et contester les décisions qui le concernent. Il ne peut faire cela que lorsqu'on donne à la *Convention de Genève* une « substance » en droit interne, et que lorsqu'elle n'est pas le seul outil référent. C'est-à-dire schématiquement lorsque le réfugié est 1. pris en compte dans sa vulnérabilité, 2. considéré comme un créancier des droits de l'homme, et 3. autorisé à se prévaloir de droits originellement prévus pour les citoyens.

Les États ont la clé de la *Convention de Genève*, la clé du droit international des droits de l'homme, et bien entendu, la clé de leur propre droit interne. Lorsque les portes sont communicantes, le résultat peut constituer pour le réfugié une protection véritablement accrue. Les droits internes disposent en effet de tous les moyens juridiques nécessaires à l'atteinte de cet objectif, grâce essentiellement, à la seule existence d'une loi fondamentale.

Celle-ci fonde à la fois le respect et la mise en œuvre des engagements internationaux, et le respect et la mise en œuvre des droits fondamentaux qu'elle proclame. Deux dimensions au service d'une même protection, orchestrée par la « garantie juridictionnelle de la constitution »⁶⁴⁹, qui repose elle-même sur le travail des tribunaux.

Le modèle français montre de nombreuses forces, que l'on retrouve par la suite dans l'application de la *Convention de Genève* : l'attachement constitutionnel au « droit d'asile » issu des idéaux révolutionnaires, la *doxa* de la famille comme institution⁶⁵⁰, la protection des droits de la défense, la préservation de la liberté individuelle, et en toile de fond, les aspirations à une certaine « solidarité sociale ».

En dépit de l'absence d'attachement constitutionnel au droit d'asile, le modèle canadien montre des forces similaires, avec les plus-values suivantes : un attachement plus fort à la notion d'accueil et d'intégration des nouveaux arrivants, la mise en place de parrainages privés, un contrôle de constitutionnalité par voie d'action, et une grande lisibilité jurisprudentielle.

⁶⁴⁹ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-285.

⁶⁵⁰ Qui, comme toutes les constructions sociales se discute, mais dont on ne peut nier la portée symbolique, politique et juridique en France. Voir Pierre Bourdieu, « À propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 100, décembre 1993, pp. 32-47.

À l'occasion de la détermination du statut, et lorsque les tribunaux s'autorisent à exploiter la complémentarité normative dont ils disposent, ces droits viennent renforcer la protection du réfugié. Ainsi en France, le statut de réfugié a été accordé sur la justification des persécutions passées, par combinaison des fondements constitutionnel et conventionnel. Ou encore, le Conseil d'État est allé chercher un « principe général de droit » pour fonder l'octroi du statut sur le principe de l'unité familiale. Au Canada, les grosses lacunes en matière d'appel sont en partie maîtrisées par la vigilance de la Cour Fédérale et les messages positifs envoyés par la Cour Suprême. La CISR encadre quant à elle la détermination du statut d'un ensemble de règles et de jurisprudences concourant à une compréhension dynamique et affinée de la *Loi* et de la *Convention*, généralement au bénéfice de la protection des réfugiés.

Deux éléments ressortent néanmoins de l'ensemble des développements du présent titre. La prise en compte de la vulnérabilité particulière du réfugié semble être l'objectif le plus difficile à atteindre. Les normes et les jurisprudences internes n'en font que très sporadiquement cas, et c'est souvent davantage sur les droits de l'homme/fondamentaux plutôt que sur la *Convention de Genève*, que le sort des réfugiés se joue. De fait, et c'est le deuxième élément révélé, le « droit des réfugiés » conserve une dimension très individualiste, essentielle à sa protection, mais qui n'est pas toujours rendue compatible avec le caractère collectif de certains mouvements de réfugiés.

Conclusion Partie 1 :

Au sein de la sphère internationale, un dialogue constructif centré sur la promotion et la protection de l'être humain est désormais durablement installé. Il redéfinit constamment les enjeux de cette protection et apporte les promesses d'une complémentarité normative susceptible de bénéficier aux réfugiés. On peut ensuite véritablement constater la réception en droit interne, non seulement de ce qui est consacré dans la sphère internationale, mais aussi de ce qui est simplement « dit ». Cette réception s'alimente de plus des principes constitutionnels déjà définis dans l'ordre interne, qui concourent à consolider la protection du réfugié.

Les dialogues normatifs et juridictionnels sont aussi nombreux qu'ils s'entrecroisent et qu'ils se subdivisent. Des échanges peuvent être repérés entre le droit des réfugiés et les droits de l'homme, entre le droit international et les droits internes, entre le droit des réfugiés et le droit d'asile, ainsi qu'entre les droits des réfugiés et les droits fondamentaux inscrits dans les ordres internes. Dans chacune de ces interactions, de nouveaux niveaux de discussion s'organisent : entre juridictions notamment (au sein des juridictions internes, au sein des juridictions internationales et entre juridictions internes et juridictions internationales), mais aussi entre juridictions et législations, sans oublier l'intervention des autres acteurs de la scène internationale (HCR notamment) et nationale (GISTI, Conseil canadien pour les Réfugiés, etc.), qui jouent un rôle proactif dans l'élaboration d'un statut protecteur pour le réfugié.

Nous avons déjà évoqué ce qui ressort le plus nettement de l'étude de ces divers points de rencontre : le réfugié est davantage protégé en tant qu'être humain qu'en tant que réfugié, et toutes ces interactions ne prennent sens que lorsque le réfugié accède à la justice.

Cela se faisant sur fond d'identification aux victimes, de protection de notre semblable, ces deux dimensions sont encore trop partielles et ne prennent pas suffisamment en compte la fragilité et la particularité du réfugié. Certainement parce que les États sont frileux, et peut-être parce que la *Convention de Genève* ne participe pas à imposer le réfugié comme un justiciable de droit interne. Sans doute aussi parce que l'interaction des fondements internationaux et constitutionnels qui améliore considérablement la justiciabilité du réfugié n'est pas pleinement aboutie. Le dialogue existe indéniablement, mais il est précaire. Il est basé sur la compétence et la bonne volonté des interlocuteurs. À peine fragilisé (par une variation sémantique, une importance trop grande donnée à un événement, un changement dans l'agenda politique, etc.), il peut se ralentir voir s'éteindre. La protection du réfugié

comme notre semblable peut dès lors basculer vers le rejet du réfugié comme figure de l'autre, et l'identification aux victimes qui permet l'accueil fait place à la différenciation qui permet l'exclusion. C'est ce ralentissement du dialogue qui permet le passage d'une situation à l'autre, que nous allons étudier maintenant.

PARTIE 2 : LA FRAGILISATION DU RÉFUGIÉ.

UN DIALOGUE EN PANNE SUR LA CONVENTION DE GENÈVE.

Lorsque le réfugié prend sa dimension de réfugié, c'est-à-dire de personne vulnérable que les États se sont engagés à mettre à l'abri, il marque sa différence au sein de la communauté des « êtres humains », et vient perturber les équilibres prétendument établis dans les sociétés d'accueil.

Howard Adelman explique que les États sont en constante recherche de stabilité et que dans le domaine de la population, les réfugiés sont l'élément déstabilisateur de cette recherche d'équilibre. Ils proviennent d'un chaos qui prend précisément source dans un manque de stabilité de l'État d'origine. Et il revient aux États d'accueil de recevoir ce chaos sans que cela affecte leur propre équilibre. Selon Adelman, la recherche de cet équilibre participe au chaos plus qu'autre chose, et c'est au contraire l'instabilité (« non equilibrium »), entendue ici comme « souplesse », qui peut transformer le chaos en ordre. Il faut voir l'État d'accueil comme mouvant, « instable », et non pas comme un équilibre atteint et parfait qu'il ne faut plus déranger. Il faut voir les humains avec leur potentiel d'humains, libérés du poids de l'hérédité, capables d'apprendre et de s'adapter à leur environnement et à leurs expériences. Ils ne doivent pas se réduire eux-mêmes à des animaux dans la cage d'un zoo, heureux de la stabilité et de la protection que fournit la cage, et protégés par elle de la horde de visiteurs qui les envahissent chaque week-end⁶⁵¹.

La métaphore est sans doute un peu cinglante, mais demeure pertinente. Celui qui migre impressionne et dérange ceux qui sont installés. Et lorsque celui qui migre le fait dans le dénuement et la vulnérabilité qui caractérise un réfugié, le malaise grandit. L'État suppose non seulement qu'il ne va rien apporter, si ce n'est le chaos dont il vient, mais qu'il va falloir en plus le supporter. Tout cela en étant juridiquement et moralement plus ou moins obligé de le faire.

⁶⁵¹ Howard ADELMAN, « Canadian Refugee Policy in the Postwar Period: an analysis », « Canadian Refugee Policy in the Postwar Period: an analysis », in Howard ADELMAN (dir), *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, pp. 176-178.

Pour contourner ce malaise, et parce que les droits de l'homme/fondamentaux protègent le réfugié malgré tout et qu'il n'est pas question de frontalement l'en priver, les États d'« accueil » vont s'attaquer à sa spécificité: l'instrument qui le protège spécialement, et les concepts qui le définissent.

De la même façon que les droits internes sont capables d'exploiter les interactions normatives et juridictionnelles internes et internationales susceptibles d'accroître la protection des réfugiés, ils peuvent choisir de les ignorer, et plus encore, de les exploiter dans un objectif opposé.

Ce cheminement commence par dévoyer la *Convention de Genève* et ôter au statut de réfugié, cette substance difficilement acquise. En transformant en blocages les espaces d'interprétation laissés par la *Convention*, en renonçant à les dépasser, puis en les exploitant, les États aboutissent à rendre le statut juridique du réfugié inconsistant. D'abord en privant le réfugié d'accéder à sa propre définition (**Titre 1**), puis en dressant des obstacles à la protection, incompatibles avec la vulnérabilité du réfugié (**Titre 2**).

TITRE 1 : EN PANNE SUR LA DÉFINITION DU RÉFUGIÉ.

À l'exact opposé de ce que nous avons développé en première partie de ce travail, la protection du réfugié souffre ici de la coexistence/cohabitation du droit international et du droit interne, parce que le second dénature le premier au lieu de lui donner de la substance. La pratique témoigne en effet que la réception du droit international par les États est davantage propice aux détours et aux interprétations libres, qu'à la recherche d'un cadre de protection.

Il est délicat de trouver au droit international des effets directement négatifs sur les droits internes, mais il est possible de lui reprocher quelques réductions juridiques, et de nombreuses lacunes *per se*. C'est en effet la relative faiblesse du droit international des réfugiés qui permet aux États de n'en faire qu'une relative application, prenant appui sur des normes réputées peu effectives, pour mieux les contourner. Le droit international des réfugiés incarné par la *Convention de Genève* est le socle incontesté de leur protection juridique. La possibilité qu'ont les États de ne pas l'appliquer fidèlement est rendue inévitable par l'absence de « protection » d'un droit international qui ne dispose pas de moyens visant à garantir son application, et à le protéger des États réticents. Il est donc d'autant plus difficile pour le droit international, de permettre à un individu, un réfugié de surcroît, l'accès à une protection juridictionnelle internationale. La véritable et incontestable faiblesse du droit international des réfugiés est structurelle. Mais d'autres failles émergent.

L'absence de cadre pour l'éligibilité au statut en fait partie et nous en faisons mention ici. Au-delà du fait que la *Convention* propose une définition très précise et par ailleurs très mal encadrée du réfugié, qui peut réduire la portée d'une définition donnée par une norme interne (c'est l'objet du présent titre), elle n'a pas internationalisé l'éligibilité à la qualité du réfugié, qui reste une prérogative étatique⁶⁵². On peut ainsi trouver autant de procédures d'éligibilité que d'États membres à la *Convention de Genève*.

La décision d'éligibilité est la décision prise par un État de reconnaître, ou non que telle

⁶⁵² Ou plutôt « redevient » une prérogative étatique, après l'expérience de l'Organisation internationale des Réfugiés (OIR), créée en 1946, entrée en fonctionnement en 1948 et remplacée en 1950 par le HCR, et qui fut le seul organisme de l'histoire du droit des réfugiés bénéficiant d'un système d'éligibilité au statut. AGNU, Résolution n° 62 (1) du 15 décembre 1946, relative à la *Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés et à l'Accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées*.

personne est réfugiée, parce qu'elle correspond à la définition donnée par la *Convention*. Avant l'élaboration de la *Convention* et du Statut du HCR, les différentes organisations internationales protectrices des réfugiés fournissaient, dans leur statut, une procédure d'éligibilité au statut, que les États respectaient. Aujourd'hui, les États ne sont tenus qu'au respect de la *Convention*, et les critères d'éligibilité proposés par le *Guide* du HCR n'ont aucune force obligatoire. Pourtant, il est nécessaire que les États déterminent à qui vont bénéficier les normes de la *Convention de 1951*, à laquelle ils sont tenus. C'est ainsi qu'ils vont élaborer, en toute liberté, des normes permettant d'établir une telle procédure. La *Convention* n'indique aucun critère de procédure d'éligibilité, pas même un minimum obligatoire, et cela représente une grosse lacune, puisqu'il est établi que les États sont de plus en plus réticents à accueillir.

En effet, même si cette décision d'éligibilité est purement administrative, et purement déclaratoire (on reconnaît que telle personne correspond à la définition du réfugié selon la *Convention*), elle peut se transformer en obstacle à la protection du réfugié, pour des raisons aussi matérielles que la complexité de la procédure, ou sa longueur. À un *fait* (une personne se trouve en dehors de son pays d'origine parce qu'elle craint avec raison des persécutions pour l'un des cinq motifs énumérés), il faut ajouter une *reconnaissance*.

Considéré comme très positif par son unique valeur déclarative, le principe de reconnaissance est vu comme une obligation de constater un *fait* qui n'appartient pas aux États, et sur lequel ils ne peuvent pas négocier. Mais, si cette notion peut représenter un plus, en ce que le principe de reconnaissance devient obligatoire lorsque la situation de fait est établie, elle laisse cependant place à une liberté de manœuvre administrative qui peut aller dans un sens tout à fait favorable à l'État qui ne souhaite pas accueillir. Le délai de cette reconnaissance paraît être le point le plus important en la matière. La procédure est parfois d'une complexité telle, que le statut est accordé très tardivement, et que le demandeur d'asile attend dans le vide juridique. L'exemple des zones d'attente en aéroports est assez probant, et une riche littérature a largement démontré le caractère contestable et parfois illicite de telles pratiques⁶⁵³. En fait, le principe de reconnaissance est double. Soit, il est considéré comme immédiat et subjectivement reconnu dès lors qu'une personne correspond à la définition du

⁶⁵³ Francis KPATINDE, « Zones de transit ou centre de détention », *Réfugiés*, n° 101, III, 1995 ; D. BIGO (dir.), « Circuler, enfermer, éloigner ; Zones d'attente et centres de rétention des démocraties occidentales », *Culture et Conflits*, n°23, automne 1996, 185 p. ; Sylvia ZAPPI, « Un rapport qualifie d' « horreur de la République » les zones d'attentes pour étrangers », *Le Monde*, 16 novembre 2000.

réfugié, soit il est considéré comme conditionné à une déclaration juridique formelle, qui peut exiger un certain délai. Au niveau théorique, il correspond à la première définition, et repose essentiellement sur le principe de bonne foi (de la part des États, *et* de la part du candidat). Au niveau pratique, il est apparenté à la seconde définition, et repose sur le principe de souveraineté des États.

Il s'agit ici d'un aspect très négatif qui n'a pas toujours existé dans les instruments internationaux relatifs au statut de réfugié. Avant la *Convention de 1951*, les États déléguaient cette procédure aux organisations internationales compétentes. C'était notamment le rôle de l'OIR qui avait la charge « de l'identification, de l'inscription et du classement des personnes relevant de sa compétence (...) », ⁶⁵⁴ mais la définition du réfugié d'alors était d'une telle complexité que, non seulement, elle a été recadrée, mais la compétence en matière d'éligibilité a été retirée à l'organisation concernée (en l'occurrence devenue le HCR). Cette compétence étant revenue aux États, cela leur a permis de mettre en place de véritables politiques d'accueil, à travers des normes internes qui ne sont, d'ailleurs pas homogènes. Ainsi, rares sont les États comme la France, qui disposent d'une autorité administrative « réservée » aux réfugiés. Dans de nombreux autres pays, la décision d'éligibilité appartient plus généralement au ministère des Affaires étrangères (Luxembourg), au ministère de l'Intérieur (Espagne et Portugal), ou au ministère de la Justice (Irlande, Royaume-Uni et Pays-Bas). D'autres États ont des institutions plus ciblées, mais encore trop larges, qui ont compétence pour les « étrangers ». C'est le cas du Danemark (Office des étrangers) ou de la Grèce (Département des étrangers) ⁶⁵⁵. Or, il est dans l'intérêt premier des réfugiés, et dans l'intérêt du droit international des réfugiés que l'amalgame ne soit pas fait, et que « réfugié » ne devienne pas simplement le synonyme d'« étranger ».

Cette réflexion relève directement de notre cadre théorique. Si dans le discours, les normes et les institutions internes n'insistent pas elles-mêmes sur la dissociation qui doit être faite entre réfugiés et étrangers, l'« opinion publique » ⁶⁵⁶, méfiante, ne contribuera pas à une politique accueillante des réfugiés. Or, si l'« opinion publique » se ferme, les normes internes la suivront, et par extension, la décision d'éligibilité au statut de réfugié se fera de plus en

⁶⁵⁴ Art. 2.1 de la *Convention de New York du 15 décembre 1946 portant constitution de l'Organisation Internationale pour les réfugiés et accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées* : AGNU, Résolution n° 62 (I), *Réfugiés et personnes déplacées*, du 15 décembre 1946.

⁶⁵⁵ « La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile », Actes de la journée d'études du 21 avril 1989, Collection de droit international, Université Libre de Bruxelles, éd. Bruylant, 1990, p. 239.

⁶⁵⁶ Si tant est qu'elle existe et n'est pas un autre instrument inventé par ceux qui s'en servent. Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

plus délicate. Un obstacle que la délégation de la procédure à l'OIR contournait.

La rédaction même de la *Convention de Genève* est porteuse d'un certain nombre de brèches ou d'insuffisances relatives à la définition même du réfugié. Certaines sont bien réelles, d'autres sont simplement imputées à des fins stratégiques. Ce n'est pas la première fois que surgit la question de la faiblesse de la *Convention de Genève*. Dans la première partie de cette thèse, elle n'a pas été longuement évoquée afin de privilégier la mise en avant des moyens constructifs utilisés pour les surmonter. Ici, nous revenons plus en détail sur ces failles. Puisque le sort d'un réfugié dépend souvent de l'interprétation de la *Convention de Genève*, il n'est pas injustifié de reprocher à celle-ci son manque de précision, notamment et surtout pour ce qui est d'inclure un individu dans son champ d'application⁶⁵⁷. Afin de montrer ensuite que par une utilisation de ces failles, les États ont largement altéré le sens et l'objectif de la *Convention de Genève*, rendant difficile pour le réfugié l'accès à sa définition conventionnelle (**chapitre 1**).

Parallèlement, la construction normative et discursive d'un amalgame entre asile et immigration a non seulement contribué à sortir le réfugié de sa définition, mais à le faire entrer dans une autre, de plus en plus éloignée de l'esprit de la *Convention de Genève* (**chapitre 2**).

⁶⁵⁷ L'exclusion et la cessation du statut, non dénuées d'enjeux juridiques, portent sur un nombre finalement assez résiduel de cas concrets, et ne seront pas abordées ici.

Chapitre 1 - Ne pas faire entrer le réfugié dans sa définition conventionnelle.

Le paradoxe de Genève est d'avoir fourni une définition trop rigide pour un cadre trop souple, puisque l'éligibilité au statut n'a pas été prévue. À cela s'ajoute un second paradoxe, en ce que la liste de critères établie dans la *Convention* ne s'accompagne pas des précisions sur le contenu de ces critères (**Section 1**). Ces paradoxes ont laissé une marge de manœuvre trop grande aux États, qui ont restreint le champ de compréhension et d'application de ces critères (**Section 2**).

Section 1) Les failles de Genève : une définition rigide et lacunaire.

La difficulté à dépasser une définition dont la *Convention de Genève* est la seule dépositaire (**I**) aggrave les lacunes et les limites de celle-ci (**II**).

I) Le monopole juridique de la Convention de Genève: une définition dépassée.

Par un excès de précision, expliquée par le contexte de l'élaboration de la *Convention de 1951* (c'est-à-dire la bipolarité du monde, et les enjeux politiques de la *Convention*), la définition du réfugié, inscrite à l'article 1 entraîne des considérations extrêmement conditionnées, et porte en elle des limites à la protection de la personne. Avant 1951, la définition du réfugié a toujours été construite en fonction de groupes de personnes qui devaient être protégées. À chaque étape historique et à chaque nouvelle situation provoquant un mouvement de réfugié, la définition devenait inadaptée et la convention obsolète. La *Convention de 1951*, pourtant élaborée au sein des Nations Unies, avec comme objectif une véritable universalisation du droit, n'a pas échappé à la désuétude de la définition du réfugié. Il est rapidement devenu nécessaire de la modifier, avec le *Protocole de New York* de 1967 qui élargit, non pas le système de protection ou les droits accordés, mais la définition temporelle du réfugié⁶⁵⁸. Il paraît évident que la *Convention de 1951* était datée et inscrite dans un contexte international très particulier, et qu'elle devait ainsi évoluer avec les

⁶⁵⁸ Il est généralement dit que les deux limites ont été supprimées en 1967 par ce protocole de New York, mais formellement, seule la limite temporelle a été supprimée. La faculté de maintenir la limitation géographique fut laissée aux États signataires de la *Convention*.

changements de situations dans les rapports internationaux. D'ailleurs, dès son élaboration, certains États se sont rendus compte que l'article 1 avait une portée limitée. C'est ainsi que dans l'Acte final de la Conférence, on peut lire :

« La Conférence,
Exprime l'espoir que la Convention relative au statut des réfugiés aura valeur d'exemple, en plus de sa portée contractuelle, et qu'elle incitera tous les États à accorder dans toute la mesure du possible aux personnes se trouvant sur leur territoire en tant que réfugiés et qui ne seraient pas couvertes par les dispositions de la Convention, le traitement prévu par cette Convention. »

Or, cette évolution, qui passe essentiellement par la définition du réfugié, a cessé en 1967. Plus de trente ans plus tard, la grille de lecture internationale orientée dans une verticale Est-Ouest est complètement dépassée, et le texte de Genève semble ne plus correspondre aux nouvelles données internationales. Elle s'est révélée si peu adéquate dans les rapports Nord-Sud, puis Sud-Sud, que l'Afrique et l'Amérique latine ont dû élaborer leurs propres définitions du réfugié dans des conventions spéciales, plus conformes à certaines réalités de l'exil⁶⁵⁹.

Cependant, elle reste le seul instrument universel, et conserve la primauté des critères applicables à la détermination du statut. Le « monopole » de la définition du réfugié lui appartient donc, et nous allons voir que cette définition n'est pas la panacée. Elle laisse une trop grande marge de manœuvre aux instances internes de détermination du statut, qui en font un usage opportuniste.

II) Précision superflue et définitions fondamentales manquantes.

Le point de départ de la définition du réfugié est la « crainte » de persécution. Or, la crainte est un concept très personnel et subjectif, difficile à cerner, que certains supprimeraient volontiers de la définition du réfugié (A). La notion de « persécution », n'est par ailleurs pas du tout précisée (B).

A) Une crainte difficile à définir.

Cette conjugaison d'éléments subjectif (crainte) et objectif (raisonnable) est une première étape primordiale, et exclut par exemple toute personne dont la crainte ne peut être « objectivée » par un élément concret. La menace est-elle un élément objectif ? Ou faut-il une mise à exécution de cette menace ? L'exemple d'une persécution envers une autre personne se

⁶⁵⁹ Notamment en ce qui concerne les victimes civiles d'une guerre et de troubles politiques internes.

trouvant dans une situation similaire est-il un élément qui rend la crainte raisonnable ? Au contraire, la notion de crainte est-elle pertinente, ou la seule existence d'éléments objectifs ne suffit-elle pas à prouver un danger certain ? Selon James Hathaway, l'élément subjectif - la crainte - devrait être supprimé de la définition. Il affirme que la crainte est un sentiment beaucoup trop subjectif pour en faire dépendre l'accès à la qualité de réfugié. Mais surtout, la crainte est, pour lui, un sentiment d'anticipation, et sur ce fondement, les instances internes de détermination du statut peuvent, à loisir, mettre la crédibilité du demandeur d'asile en cause et lui refuser le statut⁶⁶⁰. Hypothèse rare, mais envisageable, il est fort possible qu'une personne n'ait pas conscience du danger encouru si elle retourne chez elle, et qu'elle ne manifeste, pour des raisons psychologiques particulières et ne relevant certainement pas du droit, aucune crainte, alors que la situation objective ne laisse aucun doute sur les persécutions que va subir cette personne. Dans un tel cas, le pays d'accueil ne peut le contraindre à rester, car il lui faudra la combinaison des éléments subjectif et objectif, pour lui donner le statut de réfugié. D'un autre côté, il serait injuste de refuser le statut à une personne qui a fui un pays considéré, de manière générale, comme démocratique. Aucun État ne devrait être considéré comme étant à l'abri de produire des réfugiés, et c'est alors grâce à une étude de la crainte de la personne concernée, que le statut pourra être accordé ou non. En fait, tant le sentiment (subjectif) que la situation (objective) doivent pouvoir être pris en compte, mais ils devraient parfois l'être, de façon autonome, sans pour autant devoir associer l'un à l'autre. Ce critère dualiste devrait, dans certains cas, pouvoir être un critère alternatif.

B) Une persécution sans contenu.

Il n'existe aucune définition universellement acceptée du terme. Qu'est-ce que la persécution? Que fonde la reconnaissance de la persécution? Sa nature, son caractère général, son intensité, ses motifs?

Le terme de « violation flagrante ou systématique des droits fondamentaux » eut été mieux approprié. C'est une définition semblable que propose James Hathaway, qui décrit la persécution comme une violation durable ou systémique des droits fondamentaux de la personne résultant de l'absence d'une protection étatique effective⁶⁶¹. Cette définition permettrait de faire un « classement » des droits violés (distinction entre droits civils et

⁶⁶⁰ James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 66-75. Et James HATHAWAY et Williams S. HICKS, « Is there a subjective element in the refugee Convention's requirement of « well-founded fear »? », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26, 2004-2005, pp. 505-562.

⁶⁶¹ James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 101-134.

politiques, et droits économiques, sociaux et culturels et distinction, au sein de tous ces droits, des droits indérogeables et des droits dérogeables), et permettrait de « mesurer » le risque de persécution, selon des critères reconnus par tous.

En l'occurrence, la *Convention* a fourni comme seul indice, l'énumération de cinq motifs précis. Il s'agit de la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques et l'appartenance à un groupe social. En prenant l'exemple de la religion, il est évident qu'entre menacer physiquement ou priver de liberté une personne en raison de son appartenance religieuse, et l'interdiction faite aux parents de transmettre leur croyance à leurs enfants, le degré de persécution n'est pas le même selon l'observateur. Pour la première, il s'agit d'une atteinte à un droit civil et politique (atteinte à la vie ou à la liberté), pour la seconde, il s'agit d'une atteinte à un droit culturel (liberté de culte). Mais dans les deux cas, le motif est le même. La persécution peut être interprétée de manière beaucoup plus restrictive, et se limiter à la violation des droits civils et politiques. Dès lors, une atteinte aux droits économiques – comme l'empêchement systématique d'accéder au travail –, ou aux droits culturels – comme l'obligation de s'habiller de telle façon et l'interdiction de pratiquer un culte – ne constituerait pas forcément une persécution. La distinction s'opacifie.

La position commune du Conseil de l'Union européenne du 4 mars 1996⁶⁶² par laquelle la France était liée jusqu'à la directive « qualification » d'avril 2004, avait énoncé que la persécution devait être appréciée au regard de l'intensité et la répétition des atteintes, et a précisé au point 4 que

« l'addition d'événements qui, chacun en lui-même, ne constituent pas une persécution peut, selon les circonstances, résulter en une persécution effective ou être regardée comme un motif sérieux de craintes de persécution. »

La directive « qualification » du 29 avril 2004 a repris timidement l'idée en évoquant une « accumulation de diverses mesures [...] qui soit suffisamment grave », mais sans littéralement préciser que les diverses mesures en question peuvent ne pas être isolément entendues comme de la persécution⁶⁶³.

Reste l'énumération des motifs, que ni la position commune ni la directive

⁶⁶² Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996, définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, *concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1^{er} de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés*, JOCE n° L 63 du 13 mars 1996, pp. 2-7.

⁶⁶³ Article 9 de la directive 2004/83/CE du Conseil *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, du 29 avril 2004, JOUE, n° L 304/12 du 30 septembre 2004.

« qualification » n'ont remise en cause, et qui n'est peut-être pas aussi pertinente qu'on pourrait le penser, même avec la notion de groupe social, dont on sait qu'elle est pourtant extensible.

Ainsi les motifs ne sont parfois pas applicables à certains États, notamment la France qui ne reconnaît pas les minorités, et qui n'en fait pas, par exemple, un groupe social déterminé. Il serait donc, par phénomène de ricochet, impossible de prouver une législation française de persécution ou même de discrimination, envers des minorités, des groupes sociaux particuliers, et donc, envers une race ou une religion. De plus, il n'existe pas de consensus international sur la définition du terme « minorité nationale » puisque tous les instruments internationaux qui en font mention ⁶⁶⁴ont évité d'en fournir une définition. Dès 1935, la Cour permanente de justice internationale avait d'ailleurs soulevé l'évidence du problème en constatant que « l'existence d'une minorité est une matière de fait et non une question de droit »⁶⁶⁵. Ainsi, aucune définition juridique de la notion n'est opposable à la France par le biais du droit international sur le sujet des minorités, et si cet État se livrait à une persécution « de fait » envers des minorités « de fait », cela ne serait pas reconnu juridiquement.

Pour Ivor C. Jackson au contraire, c'est le fait de ne pas avoir donné de contenu à la notion de persécution qui fait que ce critère ne peut jamais être inadéquat et qui rend de ce fait la *Convention* toujours valide. Il explique que le terme est apparu dans les travaux préparatoires de la *Constitution de l'Organisation Internationale des Réfugiés* pour définir les objections valables que pouvait soulever un réfugié à un retour dans son pays d'origine. Si par la suite, le terme a été introduit sans être discuté dans la *Convention de 1951*, il ne s'agit pas pour lui d'une malice visant à restreindre la protection du réfugié, mais d'un consensus de bonne foi autour d'un terme qui, selon les États, donnait le cadre légal le plus adéquat pour ce qui était généralement entendu vis-à-vis du réfugié politique⁶⁶⁶.

Il n'en demeure pas moins, intention de restriction ou non, que la notion de persécution

⁶⁶⁴ Comme la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, AGNU, Résolution n°47/135 du 18 décembre 1992, ou la *Convention-Cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales* du 1er septembre 1995, STE n° 157. Seule la Recommandation 1201 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe *relative à un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme sur les droits des minorités nationales*, du 1er février 1993, disponible en ligne sur le site de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe <http://assembly.coe.int/DefaultF.asp>, s'est risquée à donner une définition du terme.

⁶⁶⁵ CPJI, avis consultatif du 6 avril 1935 *sur les écoles minoritaires en Albanie*, série A/B, n° 64, 19.

⁶⁶⁶ Ivor C. JACKSON, « The 1951 Convention relating to the Status of Refugee : A Universal Basis for Protection », *IJRL*, Vol. 3, n° 3, 1991, pp. 405-406.

manque de contenu et offre aux États une marge d'interprétation trop grande.

Reprenant en partie la position d'Hathaway, François Crépeau suggère de distinguer trois cas de figure pour élargir la définition de la persécution : 1) celle-ci serait avérée sans difficulté en cas de violation systématique des droits civils et politiques non dérogeables ; 2) en cas de violation systématique des droits civils et politiques « dérogeables », il s'agirait de persécution dès lors que l'État manque à ses obligations de mise en œuvre des droits en cause ; 3) enfin, en cas de violation systématique des droits économiques et sociaux, il s'agirait de persécution si l'État mettait en œuvre une politique discriminatoire⁶⁶⁷.

Enfin, il faut noter qu'outre les personnes déplacées, qui ne sont pas du tout prises en compte par la *Convention*, cette définition du réfugié exclut du bénéfice du statut les réfugiés fuyant la misère, ou une catastrophe naturelle qui conduirait à la misère. Ces deux fléaux mériteraient d'être amplement développés⁶⁶⁸, mais ce ne sera pas dans le cadre de cette étude.

Section 2) Les réponses des États : une interprétation réductrice des clauses d'inclusion

La *Convention* est donc assez lacunaire sur l'étendue de toutes les notions abordées⁶⁶⁹, et il est revenu aux HCR d'établir un guide de procédure, que les États n'ont aucune obligation de respecter. Il en ressort que de la définition même du « réfugié », aux notions de « crainte de persécutions », d'« agent de persécution » et de « groupe social », les interprétations données par les législations et jurisprudences nationales vont parfois dans un sens plus restrictif que ne propose le *Guide* du HCR.

Il est inutile de s'étendre sur la définition des « réfugiés statutaires » qui n'ont jamais réellement posé de problème d'interprétation, et qui sont de moins en moins amenés à en poser. Il s'agit des personnes considérées comme réfugiées en application des instruments juridiques internationaux antérieurs à la *Convention de 1951*, que le premier paragraphe de l'article 1A intègre dans la définition du terme réfugié. Si des réfugiés statutaires sont pour

⁶⁶⁷ T. CLARK et F. CRÉPEAU, « Mainstreaming refugee rights ; The 1951 refugee convention and international human rights law », *Netherlands Human Rights Quarterly*, 1999, Vol. 17, p. 399.

⁶⁶⁸ Ils font d'ailleurs l'objet de réflexions et de revendications en ce sens. Voir David ADAM, « 50 million environmental refugees by end of decade, UN warns », *The Guardian*, 12 octobre 2005. Voir également les actes de la Journée d'étude du GISTI, *Quel statut pour les réfugiés environnementaux?*, 14 décembre 2007, et Christel COURNIL, « Vers la reconnaissance du 'réfugié écologique' ? Quelle(s) protections, Quel(s) statuts? », *RDP*, juillet-août 2006, n° 4, pp. 1035-1066.

⁶⁶⁹ Voir notamment James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 6-9.

certaines encore vivants, le problème de leur accès au statut à ce titre est réglé depuis longtemps.

Rappelons que la définition générale du réfugié est donnée en ces termes par la *Convention de Genève* dans le paragraphe 2:

« qui, par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et 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, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne vaut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne vaut y retourner».

La notion d' « événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 » ne soulève pas non plus d'interrogation majeure, puisqu'elle a été précisée par le *Protocole de New York* de 1967, qui a supprimé cette limite temporelle.

Les éléments de la définition du réfugié faisant l'objet d'une interprétation restrictive de la part des États (de la France surtout) sont essentiellement la notion de crainte raisonnable (I), et les motifs de persécution, particulièrement la notion de groupe social (II). La notion d'agent de persécution est une difficulté interprétative créée à la marge de la *Convention* (III). Des restrictions directement permises par la rédaction même du texte de 1951, qui a laissé les acteurs de ce droit dans le flou avec pour seuls outils leurs convictions personnelles et politiques, et pour seuls repères, les rapports de force⁶⁷⁰. Quant à la persécution, nous avons vu que sa définition, complètement absente de la *Convention de Genève*, fait l'objet de nombreuses propositions de la doctrine, ainsi que d'une directive européenne qui lie la France. L'analyse de la jurisprudence canadienne reprend quant à elle la proposition d'Hathaway et donne à la persécution la définition suivante : « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l'absence de protection de l'État »⁶⁷¹. Nous ne réservons pas de développement distinct à l'interprétation de la notion de persécution, car elle n'est finalement reconnue qu'associée aux motifs énumérés dans la *Convention*, et apparaît en filigrane dans les développements qui suivent.

I) Débats sur les critères de la crainte.

La France et le Canada exploitent de la même façon le critère dualiste autorisé par la

⁶⁷⁰ Voir Jérôme VALLUY, « La fiction juridique de l'asile », *Plein Droit* n° 63, décembre 2004.

⁶⁷¹ L'arrêt *Ward* fixe le principe de prendre la définition d'HATHAWAY comme repère : *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; 20 Imm. L.R. (2d) 85, p. 108.

Convention de Genève, et la crainte doit, selon ces deux États, impérativement être raisonnable (A). Elle sera de préférence personnelle pour la France (B).

A) Une crainte impérativement raisonnable : convergence interprétative de la France et du Canada.

Nous avons vu que la coexistence des termes « craignant » et « avec raison » suggère la prise en compte d'un élément subjectif, la crainte, combiné à un élément objectif, la raison. La lettre de la *Convention* est ici assez problématique puisqu'elle se borne à évoquer la simultanéité de ces deux éléments, sans donner un seul indice sur leur valeur hiérarchique, et sur l'ordre dans lequel ils doivent être abordés par les États. Le HCR lui-même, dans son *Guide des procédures*, ne semble pas répondre à la question, même s'il insiste sur la prise en compte de la psychologie des individus. James Hathaway préconise lui, l'interprétation de la crainte dans un sens non subjectif, avec une approche prospective de la situation⁶⁷². Atle Grahl-Madsen pense également que l'élément subjectif n'a pas d'importance face à un risque fondé, c'est-à-dire quand l'élément objectif est suffisamment probant⁶⁷³. Il est évident qu'une situation politique d'un État en conflit, ou en régime de dictature est un élément objectif suffisamment concluant pour pouvoir éventuellement faire l'économie de la recherche de l'élément subjectif. Mais le danger de la coexistence des termes « crainte » et « avec raison » vient surtout d'une interprétation dualiste de ceux-ci. Si les États optent pour une interprétation dualiste, ils peuvent, au nom de la *Convention*, refuser un demandeur d'asile qui ne satisfait qu'à l'existence d'un seul élément. Ainsi, dans le cas *Saïd c/ Canada*⁶⁷⁴, un Kenyan ayant ouvertement manifesté devant l'ambassade du Kenya fut expulsé en raison d'un manque évident de crainte. En France, le « militantisme de circonstances » a également tendance à exclure l'intéressé du statut. La jurisprudence est sévère envers les comportements des demandeurs qui, par des actes délibérés, créent eux-mêmes un risque en cas de retour, cherchant ainsi à entrer dans la catégorie des « réfugiés sur place ». Ce fut le cas pour un requérant qui avait délibérément surmédiatisé sa demande d'asile⁶⁷⁵.

Mais à situation objective identique, deux comportements psychologiques opposés peuvent se présenter, sans pour autant remettre en cause l'existence d'une réelle persécution

⁶⁷² James HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 66-75.

⁶⁷³ Atle GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966, p. 174.

⁶⁷⁴ *Saïd, Mohamed Ahmed c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., 90-T-638), Teitelbaum, 1^{er} mai 1990.

⁶⁷⁵ CRR, 2 juillet 1990, *Laumba*, Doc. Réfugiés n° 145, 28 avril-7 mai 1991, Chron. F. TIBERGHEN.

qui menacerait de la même façon ces deux personnes. Avoir une peur telle de retourner dans son pays que l'on s'assure maladroitement de la reconnaissance du statut en exagérant ou en provoquant la situation est dans le domaine du possible. Inversement, afficher une sérénité apparente vis-à-vis de la situation peut aussi être en fait le fruit d'un choc, ou simplement de la façon d'être de l'individu. Déduire d'un comportement atypique, le sort des réfugiés est source d'erreur⁶⁷⁶.

Le déduire de la (délicate) position politique dans lequel il met l'État d'accueil est encore plus discutable. Ainsi, le statut a été reconnu à un réfugié kurde manifestant devant le siège de la Cour européenne des droits de l'Homme⁶⁷⁷, mais refusé à un réfugié manifestant devant le secrétariat d'État français à l'action humanitaire pour les massacres ayant eu lieu en Turquie⁶⁷⁸. Dans le premier cas, les institutions européennes étaient apostrophées et la France n'était pas directement en cause. Dans le second cas, le comportement du réfugié a été assimilé à une pression directe sur le gouvernement français et sa politique à l'égard de la Turquie.

Si les États optent pour une interprétation alternative, ils peuvent se fonder sur l'existence d'un seul élément pour reconnaître le risque de persécution. Mais de façon générale, les politiques canadienne et française d'examen des demandes d'asile correspondent à une interprétation dualiste des termes de la *Convention*, qui est imputée aux rédacteurs de cette dernière.

Les juges canadiens ont eu l'occasion d'affirmer très clairement que :

« L'absence de preuve quant à l'élément subjectif de la revendication constitue une lacune fatale qui justifie à elle seule le rejet de la revendication puisque les deux éléments de la définition de réfugié, subjectif et objectif, doivent être rencontrés. »⁶⁷⁹

Lors d'une décision de la Cour Fédérale, qui n'a pas été suivie par les jurisprudences postérieures, le juge avait pourtant trouvé « discutable » de rejeter une demande de statut pour le motif qu'il n'existe pas de crainte subjective, malgré le fondement objectif de celle-ci, et avait déclaré la chose suivante :

« En effet je conçois difficilement dans quelles circonstances on pourrait affirmer qu'une personne qui, par définition, n'oublions pas, revendique le statut de réfugié, puisse avoir raison de craindre d'être persécutée et se voir quand même refusée parce que l'on

⁶⁷⁶ La jurisprudence canadienne a reconnu cependant que l'état mental du demandeur ne devrait pas normalement être invoqué pour faire valoir que ce dernier ne peut établir l'existence d'une crainte subjective : *Rosales, Carlos Guillermo Cabrera c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., A-750-92), Rothstein, 26 novembre 1993.

⁶⁷⁷ CRR, 26 mars 1991, *Oruk*, Doc. Réfugiés n°175, 21 fev-2 mars 1992, Chron. F. TIBERGHIE

⁶⁷⁸ CRR, SR, 9 décembre 1994, *Blacin*, Rec. CRR, p. 79

⁶⁷⁹ *Kamana, Jimmy c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-5998-98), Tremblay-Lamer, 24 septembre 1999.

prétend que cette crainte n'existe réellement pas dans son for intérieur. »⁶⁸⁰

En dépit de cet épisode, la jurisprudence canadienne a préféré se référer à l'arrêt *Ward*, qui indiquait clairement que le respect des deux volets du critère était requis⁶⁸¹, et pose comme « erreur fatale », l'insuffisance de la preuve touchant l'aspect subjectif de la demande d'asile⁶⁸².

La jurisprudence française a toujours apprécié les deux éléments de la crainte et jamais reconnu le statut sur le fondement d'un seul des deux critères. L'énergie que mettent les juridictions dans la recherche du caractère fondé de la crainte ne doit pas laisser croire que l'élément subjectif n'est pas décisif. La jurisprudence française ne règle pas la question de l'objectivation de la crainte, elle l'a contourné avec une politique de la preuve très stricte.

« La décision de reconnaître la qualité de réfugié repose, in fine, sur l'« intime conviction » du bureaucrate (soit l'officier de protection, soit les membres de la commission de recours). Pour l'emporter, le demandeur doit faire tout son possible pour *matérialiser* la raison de sa crainte dans son récit, il doit *rendre visible* la « vérité ». La production de l'officiel, écrit Gérard Noiriel [...] repose sur le principe que l'individu est un *demandeur*, c'est lui qui doit prouver son bon droit, mais ce sont les pouvoirs publics qui établissent la nature et le nombre de preuves à fournir. »⁶⁸³

La France est aujourd'hui liée par une législation européenne avec la directive du 29 avril 2004, qui élargit encore la marge de manœuvre, pourtant déjà confortable, des États vis-à-vis de la *Convention de Genève*.

C'est ainsi qu'inversement, la supposée disparition de l'élément objectif pour le futur peut désormais suffire à l'exclusion du statut. Selon les termes de la directive,

« Le fait qu'un demandeur a déjà été persécuté ou a déjà subi des atteintes graves ou a déjà fait l'objet de menaces directes d'une telle persécution ou de telles atteintes est un indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas. »⁶⁸⁴

La directive prive dès lors d'effet la reconnaissance du statut de réfugié pour des persécutions passées, ainsi que l'article 1C5-2 de la *Convention de Genève*, qui admet sous

⁶⁸⁰ *Yusuf c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 629 (C.A.), p. 632.

⁶⁸¹ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85, p. 712.

⁶⁸² *Geron, Fernando Bilos c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-4951-01), Blanchard, 22 novembre 2002; 2002 CFPI 1204, § 16.

⁶⁸³ Carolina KOBELINSKY, « Le jugement quotidien des demandeurs d'asile », *TERRA-Ed., Coll. "Esquisses"*, fev. 2007, URL : <http://terra.rezo.net/article559.html> (consultée le 5 septembre 2007).

⁶⁸⁴ Nous soulignons. Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, JOUE n° L 304, du 30 septembre 2004.

certaines conditions que des persécutions passées préservent le droit à la qualité de réfugié au-delà des changements politiques dans le pays d'origine.

B) Divergences sur la notion de crainte personnelle.

Vis-à-vis de celle-ci, les attitudes française et canadienne diffèrent, car l'une est liée par la législation européenne, l'autre non.

La position commune du 4 mars 1996 adoptée par le Conseil de l'Union européenne à laquelle la France fut longtemps liée renforçait l'exigence posée par la *Convention de Genève* que la crainte soit *personnelle*⁶⁸⁵. La directive dite « qualification » d'avril 2004, à laquelle la France est désormais liée, fait expressément sortir du champ d'application du statut de réfugié toute situation relative à une violence généralisée. Désormais, seule la protection subsidiaire sera éventuellement offerte au demandeur, à condition de surcroît que sa crainte de subir des « atteintes graves » soit également « individuelle »⁶⁸⁶.

On trouvait déjà cette précision dans le *Guide des procédures* du HCR au paragraphe 164. Il ressort de cette interprétation que dans les cas de situations d'insécurité globale – comme la guerre ou une législation générale – le demandeur sera généralement débouté s'il ne prouve pas une persécution individuelle.

Pour les situations de guerre, les organismes français appliquent depuis longtemps le principe de l'exclusion du statut⁶⁸⁷. La jurisprudence est depuis constante sur la considération que « les faits liés à l'état de guerre, quel que soit le caractère de gravité, ne constituent pas des risques de persécution au sens de la Convention »⁶⁸⁸.

S'il est arrivé à la jurisprudence française de néanmoins accorder le statut à des individus risquant de subir une mesure législative générale dans leur pays⁶⁸⁹, la tendance vise à leur

⁶⁸⁵ Point 6 de la Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996 *concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1^{er} de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés*, JOCE n° L 63 du 13 mars 1996, pp. 2-7.

⁶⁸⁶ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*.

⁶⁸⁷ CRR, 13 juillet 1976, *Nadjarian*, n° 8436, à propos de la guerre civile au Liban. Etude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1717.

⁶⁸⁸ CRR, 21 novembre 1985, *Nazet*, n° 35657.

⁶⁸⁹ Caractère « disproportionné » de la peine encourue, CRR, 6 janvier 1993, *Cuberac*, *Rec.* p. 97, notamment lorsqu'elle concerne des insoumis ou des déserteurs : CRR, SR, 29 janvier 1993, *Dabetic*, *Rec.* p. 35 et CRR, SR, 15 juillet 1996, *Yaacoub*, *Rec.* p. 57.

refuser. Ainsi, le statut est refusé aux femmes chinoises victimes de la législation sur le contrôle des naissances, cette dernière étant trop générale pour donner lieu à une crainte personnalisée, même si les sanctions encourues sont sévères et extrêmement condamnables⁶⁹⁰. Enfin, notons qu'un requérant ayant des craintes fondées de subir les effets d'une catastrophe nucléaire n'est pas non plus éligible, au motif que la situation est trop « générale »⁶⁹¹.

On constate que la marge d'appréciation laissée aux organes de détermination du statut permet de stéréotyper les demandes. La proposition de directive de la Commission européenne⁶⁹² avait énoncé dans son article 11 que le « risque d'oppression généralisée » concernant l'ensemble de la population ne pouvait pas être opposable au demandeur d'asile. Mais cette recommandation n'a pas été suivie et n'apparaît pas dans la directive du 29 avril 2004⁶⁹³.

Nous pouvons regretter que la détermination collective soit impossible dans le cas d'une reconnaissance de statut, mais que dans une logique exactement inverse, les États décrètent qu'il y a des pays d'origine sûrs, dans lesquels la législation générale est considérée comme suffisamment démocratique pour ne pas ouvrir le droit au statut.

L'importance du choix de l'interprétation est ici flagrante. S'il y a une chose dont on peut dire qu'elle est objective et vraie, c'est que la violence subie par une victime, quel que soit le contexte, est toujours très personnelle.

La jurisprudence canadienne, qui n'est pas liée par la législation européenne, semble justement plus souple sur le point des « lois d'application générale ». En 1993, la Cour Fédérale rejetait l'idée que,

« tant et aussi longtemps que la mesure prise par un gouvernement à l'égard d'un demandeur d'asile consiste simplement à appliquer « une loi ordinaire d'application générale », le gouvernement exerce nécessairement des poursuites et non de la persécution »,

⁶⁹⁰ CRR, SR, 8 juin 1993, *Mme Zhang*; CE, 29 décembre 1993, *Cheng*, Rec. p. 20 ; CRR, SR, 28 février 2003, *Wang*. Dans ce dernier cas, la crainte de persécution n'a pas été reconnue pour de jeunes filles nées en Chine, en infraction de la législation. Jurisprudence citée dans l'étude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, p. 1711.

⁶⁹¹ CRR, 15 mars 2000, *Drannikova*, Rec. p. 10.

⁶⁹² Proposition de directive du Conseil fixant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié aux termes de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et du protocole de 1967, ou de personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. Com (2001) 510 final, 12 décembre 2001, article 11-2-c.

⁶⁹³ Directive 2004/83/CE du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, du 29 avril 2004.

et précisait au contraire que « dans un pays dictatorial ou totalitaire, une loi ordinaire d'application générale peut très bien constituer un acte d'oppression politique »⁶⁹⁴.

Nous l'avons vu avec la politique chinoise de l'enfant unique, lorsque la punition ou le traitement imposé (en l'occurrence stérilisation forcée / avortement forcé) est disproportionné, l'existence d'une persécution est reconnue⁶⁹⁵. Rappelons néanmoins que l'appréhension des « lois d'application générale » est très prudente dans les jurisprudences canadiennes, qui se gardent de porter un jugement sur les objectifs des lois, et se concentre sur les effets potentiellement source de persécution de celles-ci, c'est-à-dire les moyens mis en œuvre et la gravité de la punition en cas d'infraction. Les indices de proportionnalité donnés par la Cour Fédérale⁶⁹⁶ et la Cour Suprême⁶⁹⁷ ne sont par ailleurs pas toujours unanimement suivis par les tribunaux inférieurs, qui ont pu notamment avancer que

« la sécurité nationale et l'ordre public sont des objectifs sociaux valides pour tout État, et le non-respect temporaire des droits civils dans une situation d'urgence ne constitue pas nécessairement de la persécution. »⁶⁹⁸

II) Les motifs de la persécution : une crispation essentiellement française.

Les persécutions en raison de la nationalité, la race, et la religion ne posent pas de problème majeur d'interprétation. Encore qu'à nouveau, la seule appartenance à un groupe ethnique ou religieux, si manifestement persécuté soit-il, ne suffit pas à se voir reconnaître le statut. La crainte doit être personnalisée et il n'y a aucune présomption qu'elle le soit.

Pour la persécution en raison des opinions politiques, l'interprétation diffère parfois d'un État à un autre. Les jurisprudences françaises exigent généralement qu'elles se soient exprimées au travers d'une action politique⁶⁹⁹. Le simple fait d'être opposant au régime politique en place ne constituant pas forcément un statut de victime. L'opinion n'est pas palpable, les actions oui, même si la Convention de Genève évoque des « opinions politiques » et non des comportements. Le plus souvent, le statut n'est pas reconnu à un

⁶⁹⁴ *Zolfagharkhani c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).

⁶⁹⁵ *Chan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593.

⁶⁹⁶ *Cheung c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.).

⁶⁹⁷ *Chan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593.

⁶⁹⁸ Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005, chapitre 9, p. 13, citant par exemple, *Manihani, Saravjit Singh c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., A-753-92), Noël, 3 septembre 1993, p. 3; *Naguleswaran, Pathmasilosini (Naguleswaran) c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-1116-94), Muldoon, 19 avril 1995.

⁶⁹⁹ Cette action pouvant également être passive ou négative. CRR, 7 juin 1993, *Loay, Rec.*, p. 113 CRR, SR, 25 avril 1997, *Memetti, Rec.*, p. 33.

réfugié persécuté pour des opinions qu'il n'aura jamais manifestées, même si elles lui auront été imputées par les agents persécuteurs⁷⁰⁰. Or, il est évident que ces agents n'attendent pas toujours la preuve tangible d'une opinion politique pour se livrer à la persécution. Les individus concernés ne sont donc pas protégés.

Le Canada a pris une position plus claire et plus souple sur le sujet des opinions politiques imputées. Dans un arrêt de la Cour Fédérale de 1979, le juge insistait déjà sur la perception du persécuteur plutôt que sur le véritable engagement politique du requérant⁷⁰¹. Cette jurisprudence a été reprise par la suite⁷⁰².

Ayant établi que l'énumération des motifs de persécution est source de rigidité, il faut néanmoins s'accommoder de son existence, et reconnaître dès lors que la présence du motif « appartenance à un groupe social » est une mention intéressante à tout point de vue. Elle est suffisamment large pour ouvrir le champ de la protection à de nombreux réfugiés qui ne sauraient être pris en compte au titre de la race, de la nationalité, de la religion ou des opinions politiques. Les enjeux et controverses sur la notion sont particulièrement intéressants (A). Elle est également suffisamment floue pour laisser aux organismes de détermination du statut, une marge de manœuvre confortable pour l'élargir. La France est à ce sujet beaucoup plus frileuse que le Canada (B).

A) Enjeux et controverses sur la notion de groupe social.

La notion d'appartenance à un groupe social est l'élément le plus controversé des causes de persécutions envisagées par la *Convention* et bien qu'abordée dans notre première partie, il nous faut revenir dessus ici, cette fois sous un angle plus négatif. Si la notion de groupe social a été intégrée au texte, la logique voudrait que ce motif de persécution soit indépendant de l'appartenance à un groupe racial, religieux ou national, qui sont expressément listés dans la *Convention*. L'appartenance à un groupe social doit donc englober toutes les situations d'appartenance différentes de la race, de la religion ou de la nationalité. Cela peut notamment être le cas des membres de la famille d'un opposant politique actif qui est la cible de persécutions. Tout comme celui des communautés homosexuelles, des séropositifs ou des

⁷⁰⁰ Cependant que l'imputation des opinions politiques est prise en compte par la jurisprudence française bien que quasiment toujours assortie du constat d'une action politique de la part du requérant: CE, 27 avril 1998, *Beltaïfa*, Leb. p. 183. *RFDA*, 1998, p. 649, rubr. TERNEYRE.

⁷⁰¹ *Inzunza Orellana, Ricardo Andres c. M.E.I.* (C.A.F., A-9-79), Heald, Ryan, Kelly, 25 juillet 1979.

⁷⁰² *Hilo, Hamdi c. M.E.I.* (C.A.F., A-260-90), Heald, Stone, Linden, 15 mars 1991.

handicapés, qui peuvent, dans certains pays, faire l'objet de discriminations particulièrement injustes, allant jusqu'à des persécutions ciblées. Et c'est bien sûr le cas des femmes.

Le HCR a précisé la distinction des termes « appartenance sexuelle » et « sexe » afin de comprendre la nature de la persécution qui y est liée:

« La première définition fait référence aux relations entre les hommes et les femmes basées sur des identités définies ou construites socialement ou culturellement, sur des fonctions, des rôles et des responsabilités qui sont attribués aux hommes et aux femmes, tandis que l'autre définition du terme "sexe" est d'ordre biologique. Ainsi, le sexe, dans sa première définition, n'est pas statique ou inné, mais acquiert, au fil du temps, une signification construite socialement et culturellement. »⁷⁰³

Par cette distinction, le HCR entend ne pas exclure les hommes qui pourraient présenter une demande liée à l'appartenance sexuelle⁷⁰⁴, mais surtout ne pas associer toutes les demandes d'asile présentées par des femmes, à leur seule appartenance au sexe féminin. Plus concrètement, le HCR a précisé que les demandes liées à l'appartenance sexuelle comprennent, entre autres, les actes de violence sexuelle, les violences familiales, la planification familiale imposée, les mutilations génitales féminines, les sanctions pour transgression des normes sociales, et la discrimination envers les homosexuels.

Nicole LaViolette s'interroge également sur le cadre d'analyse sexospécifique dans la détermination du statut de réfugié (en l'occurrence pratiquée par la CISR) et soulève la question des persécutions sexospécifiques faites à certains hommes, comme le viol, le service militaire obligatoire ou les applications violentes des lois condamnant l'adultère ou les relations hors mariage. Selon elle, la persécution fondée sur le sexe ne dépend pas du sexe biologique des victimes, mais des rapports de force qui sous-tendent la persécution. D'autre part, elle précise que s'

« il ne fait aucun doute que les normes et les rôles sexospécifiques désavantagent les femmes de manière accablante et disproportionnée. Cependant nous soutenons que les hommes aussi peuvent craindre d'être persécutés pour avoir transgressé des rôles sociaux. »⁷⁰⁵

Nous ne saurions trop nous féliciter de la distinction sémantique proposée par le HCR, qui évite de classer les individus dans des cases « naturelles », « biologiques », et pourquoi pas « génétiques », en même temps qu'elle dénonce le caractère socialement construit de ce qui

⁷⁰³ HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, « Persécution fondée sur l'appartenance sexuelle » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002.

⁷⁰⁴ Nicole LAVIOLETTE, « Les revendications du statut de réfugié fondées sur le sexe : constat et orientations nouvelles », *Canadian Journal of Women and Law*, Vol. 13, 2001, pp. 285-325

⁷⁰⁵ HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, « Persécution fondée sur l'appartenance sexuelle », HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002.

fonde les discriminations et violences envers les femmes (surtout) et les homosexuels (pour partie). Précisions que la question de ceux que l'on nomme « bisexuels » doit selon nous être englobée dans l'approche relative à l'homosexualité, puisque l'enjeu est le même : celui de l'« orientation sexuelle ». La question de la transsexualité, qui pose des questions de genre, trouve tout autant sa place dans le cadre de l'analyse ci-dessus.

La *Convention* est certes vieille de plus de cinquante ans, mais l'histoire avait déjà été témoin à l'époque, de l'existence de politiques d'épuration des handicapés, qui n'étaient pas persécutés en raison de leur race, religion, nationalité ni même de leur opinion politique, mais bien en raison de leur handicap physique ou mental, ou de leur situation médicale. La *Convention de Genève* mérite à maints égards d'être taxée d'obsolescence, mais sur ce point, elle pourrait tout à fait être utilisée dans un sens évolutif. Or, cette appartenance à un groupe social reste souvent à l'écart des considérations des États, probablement trop réticents à voir étendre l'applicabilité de la *Convention* à tous les groupes sociaux potentiellement victimes de persécutions à travers le monde. Le HCR lui-même, dans son *Guide des procédures* à appliquer pour déterminer le statut de réfugié, est très évasif sur la notion, et ne lui reconnaît pas la valeur qu'elle mériterait, en précisant (paragraphe 79) que « normalement, la simple appartenance à un groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut ». Si le but de cette précision est d'entendre qu'il faut bien sûr associer à cette appartenance la réalité d'une persécution envers le groupe social, elle est tout à fait logique, mais fort inutile. Il en va de même pour toute appartenance à une race, une religion, ou une nationalité.

Cependant, on trouve dans ses *Principes directeurs sur la protection internationale* : « Appartenance à un groupe social » la précision suivante :

« un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits de l'homme. »⁷⁰⁶

Cette définition permet selon le HCR d'identifier les éléments suivants: le groupe social n'est pas défini par la persécution ou la crainte d'être persécuté ni par sa dimension, et son existence n'est pas soumise à une exigence de cohésion du groupe. La seule exigence est celle d'un lien causal entre le groupe et la persécution, ou la crainte d'être persécuté.

⁷⁰⁶ UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale : « Appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, HCR/GIP/02/02, 7 mai 2002.

Dans les Lignes directrices du HCR sur la protection des femmes réfugiées l'éventualité selon laquelle

« les femmes qui craignent d'être persécutées ou sévèrement discriminées sur la base de leur sexe doivent être considérées comme membre d'un groupe spécial dans le but de déterminer le statut de réfugié »⁷⁰⁷,

le HCR précisait encore très spécifiquement en quoi la violence sexuelle envers les femmes ne pouvait être comprise comme de la persécution, que dans une optique intimidante et punitive, du fait même des autorités étatiques, ou de leur absence volontaire de protection⁷⁰⁸.

Le HCR affirmait dans ces mêmes lignes directrices que l'appartenance sexuelle est parfois une caractéristique commune suffisant à identifier le « groupe social » notamment dans les pays qui mettent manifestement en place un traitement inégal entre hommes et femmes, et dans lesquels la condition féminine est particulièrement mauvaise.

*

À ces enjeux et controverses s'ajoute une interrogation extrêmement pertinente vis-à-vis des femmes persécutées parce qu'elles transgressent des normes sociales. En effet, la violence qu'elles subissent du fait de cette transgression (évidemment subversive dans les pays d'origine) ne relève-t-elle pas de la persécution pour motif politique ? Voire de la persécution pour leur « action en faveur de la liberté » ? Les femmes ne semblent pas encore avoir accès au noble statut de combattants politiques⁷⁰⁹, et les législations et jurisprudences occidentales sont encore bien éloignées d'une telle reconnaissance. Ce qui contraint à se féliciter de leur qualification ponctuelle à une « appartenance à un groupe social ».

B) Prolongements canadiens et resserrements français.

Certains États occidentaux ont eu une appréhension intéressante du *genre* comme groupe social. Nous l'avons vu, le juge administratif français fut le premier à aborder la réflexion en 1991, dans une décision au terme de laquelle les mutilations génitales doivent être considérées comme une forme de persécution, et comme une menace suffisante à la reconnaissance du statut de réfugiée. Mais le Canada fut le premier État à appliquer et maintenir sa jurisprudence

⁷⁰⁷ HCR, *Lignes Directrices pour la Protection des Femmes Réfugiées*, EC/SCP/67, Genève, 1991, 67 p.

⁷⁰⁸ Voir HCR, « Memorandum : Female Genital Mutilation », Genève, Division de la protection internationale, SUS/HCR/011, § 7, 10 mai 1994.

⁷⁰⁹ Voir Lucie BROCARD, Haoua LAMINE et Morgane GUEGUEN, « Droit d'asile ou victimisation ? », *Plein droit*, n°75, décembre 2007.

en la matière.

Dès 1993, le Canada a pris des mesures visant à faciliter l'obtention du statut de réfugié pour les femmes persécutées en raison de leur sexe. Dans une décision du 9 mars 1993, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a délimité deux nouvelles catégories de réfugiées. La première comprend « *les femmes qui craignent la persécution résultant de circonstances de grave discrimination sur la base du sexe ou d'actes de violence soit par les autorités publiques ou aux mains de citoyens privés contre lesquels l'État ne veut pas ou ne peut pas protéger de façon adéquate les personnes concernées* », tandis que la seconde catégorie comprend « *les femmes qui craignent la persécution suite à un refus de se conformer à/ou pour avoir transgressé certaines lois ou pratiques religieuses ou coutumières sexuellement discriminatoires dans leur pays d'origine* ».

À ce sujet, la France fera donc seule figure de mauvais élève, malgré des évolutions jurisprudentielles remarquables relevées à propos de la notion de groupe social. La reconnaissance des persécutions spécifiques contre les femmes à laquelle certaines décisions récentes de l'OFPRA et de la CRR se sont livrées témoigne d'un net assouplissement, mais n'est pas suffisante pour une protection effective des femmes persécutées en tant que femmes.

En identifiant particulièrement le « groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines » et le « groupe social des femmes refusant des mariages imposés », la CRR n'a identifié le groupe social que par référence à la nature et au motif des persécutions subies. Et non par référence à l'appartenance sexuelle.

Plus généralement, dans l'arrêt *O.* de 1997, le Conseil d'État a réduit la définition du groupe social donné par le HCR aux « caractéristiques communes inhérentes » de ses membres « qui peuvent tenir au passé, au mode de vie ou au statut social » et fait du risque de persécution, un élément clé de la définition du groupe social⁷¹⁰.

Or, comme le HCR l'a précisé, il n'est pas question dans la *Convention de Genève* que la notion de groupe social s'apprécie au regard des risques de persécution que ce groupe encourt. Il n'est pas non plus question d'une exigence de cohésion du groupe, que laisse entendre le Conseil d'État.

La CRR, encore plus frileuse, définit le groupe social comme « un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable »⁷¹¹, induisant ainsi une dimension limitative du

⁷¹⁰ CE, 23 juin 1997, *O.*, n°171858, Leb., p. 261.

⁷¹¹ CRR, 20 décembre 2004, *Mlle H.*, n° 433535.

groupe, absente de la *Convention de Genève* et de la définition donnée par le HCR.

Ce bémol montrant que les juridictions françaises observent encore un recul vis-à-vis de ce que préconisent la *Convention de Genève* et le HCR devait être rappelé, même si les avancées jurisprudentielles des juridictions françaises en matière de groupe social méritent d'être relevées et félicitées.

À l'heure où la Communauté internationale reconnaît le viol systématique comme crime contre l'humanité⁷¹², il semble en effet opportun de considérer l'appartenance au sexe féminin comme appartenance à un groupe social susceptible d'être persécuté de ce seul fait. En revanche, cette même communauté internationale s'interroge également sur la brèche qu'une telle reconnaissance est susceptible d'ouvrir, et craint une déferlante de femmes arguant d'avoir été battues, frappées, ou mariées contre leur gré, pour obtenir facilement l'asile. Certains auteurs critiquent même cette reconnaissance, en remettant en cause l'universalité des droits de l'homme face au « relativisme culturel ». Les féministes se sont vues accusées de vouloir imposer des stéréotypes occidentaux, dans une culture radicalement différente⁷¹³. Selon nous, des valeurs reconnues comme normes universelles tels le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants ne peuvent en aucun cas être relatives à un contexte culturel donné. Les directives de la CISR ont permis à la jurisprudence canadienne de trancher rapidement dans ce sens⁷¹⁴ et à la présidente de la CISR, en 1999, de rappeler les questionnements qui avaient émergé six ans auparavant lorsque les directives furent prises :

« On craignait que notre approche ouvrirait les vannes, et on se demandait si nous n'élargissions pas unilatéralement la définition. On se demandait également si nous ne tentions pas d'imposer des normes culturelles occidentales à d'autres pays, ce qu'on appelle couramment de l'« impérialisme culturel »⁷¹⁵.

Sa réponse fut négative sur tous les points soulevés et la directrice se félicitait particulièrement du chemin parcouru par la jurisprudence canadienne « depuis l'époque à

⁷¹² Jugement de la Chambre de 1ère instance du TPIY, du 22 février 2001, *Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1. ; « Le TPIY qualifie le viol en temps de guerre de "crime contre l'humanité" », *Le Monde*, 23 février 2001.

⁷¹³ Voir Sylviane DIOUF-KAMARA, « Canada, États-Unis : un droit d'asile au féminin », *Hommes et Migrations*, n° 98-99, mai-juin 1996, pp. 37-39.

⁷¹⁴ SSR, T93-12198, *Ramirez, McCaffrey*, 10 mai 1994. Première décision rendue où il était question de mutilation génitale.

⁷¹⁵ Nurjehan MAWANI, « Les droits des femmes dans le droit des réfugiés : la réalité », Société de droit international, *Les femmes et le droit*, Université McGill, Montréal (Québec), le 17 février 1999, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/media/discours/1999/ila_f.htm (consultée le 5 septembre 2007).

laquelle on n'attribuait au « relativisme culturel » les excuses pour ne pas condamner une violation de droits fondamentaux. »

III) Glissements de perspective : agent de persécution / agent de protection.

Ni la *Convention de Genève* de 1951 ni les travaux préparatoires ne sont suffisamment explicites pour identifier une liste exhaustive des sources de persécution que le réfugié peut craindre. La tendance générale s'orientait vers une persécution exclusivement du fait des autorités étatiques, mais les situations sur le terrain ont trop souvent montré que la persécution pouvait également être le fait d'agents non-étatiques. La phraséologie de l'article 1, « qui ne peut [...], ou ne veut se réclamer de la protection de ce pays », a permis aux États de s'entendre sur deux situations possibles, ouvrant droit au statut. La première est la persécution du fait de l'État, et ne pose pas de problème particulier. La seconde est la persécution du fait d'agents non-étatiques, qui fait alors intervenir quatre comportements différents de l'État : 1) il tolère la persécution et n'intervient délibérément pas (la pratique des États est alors uniforme, et ils octroient le statut de réfugié) ; 2) la persécution est le fait de quasi-États, ou d'autorités *de facto* qui ont pris le contrôle de tout ou partie du territoire (les critères diffèrent alors dans l'interprétation des tribunaux internes, mais la persécution est généralement attribuée à des agents étatiques) ; 3) l'État est incapable, de bonne foi, d'y mettre un terme (la pratique des États n'est ici pas uniforme) ; 4) le gouvernement légal a complètement été renversé, et il n'existe plus d'autorités étatiques pour intervenir de quelque manière que ce soit (certains tribunaux arguent alors qu'il ne peut y avoir de persécution en l'absence d'un État, tandis que d'autres l'admettent et accordent le statut dans ce genre de situation)⁷¹⁶.

Les interrogations soulevées par la notion d'agent de persécution sont, selon Hathaway, une conséquence classique du caractère « eurocentrique » de la *Convention de Genève*. La *Convention de l'OUA*, plus récente, et plus adaptée à la situation géopolitique de l'Afrique prévoit en effet que

« le terme « réfugié » s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublants gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité. »⁷¹⁷

⁷¹⁶ ECRE, « Research Paper on Non-State Agents of Persecution », September 2000, URL : <http://www.ecre.org/research/nsagents.shtml> (consultée le 27 octobre 2006).

⁷¹⁷ Article I. 2. de la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine* (OUA) du 10 septembre 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, signée à Addis-Abeba, entrée en vigueur le 20 juin

De la même façon, la *déclaration de Carthagène* adoptée par les pays d'Amérique latine⁷¹⁸ précise, en faisant notamment référence à la *Convention de l'OUA*, que la protection doit s'étendre aux

« personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme, ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public ».

Enfin, la position du HCR va dans le sens de l'extension de la notion d'agent de persécution, en rappelant que si

« on entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. »⁷¹⁹

Mais les États occidentaux, dont le Canada jusqu'en 1993, n'ont pas adopté cette définition globale, et ont restreint l'octroi du statut aux situations dans lesquelles l'agent de persécution était l'État, ou dans lesquelles les persécutions du fait d'un tiers étaient cautionnées ou encouragées par l'État⁷²⁰. Cette interprétation restrictive fut d'ailleurs établie dans la position commune des États européens du 4 mars 1996, dans son point 5.2⁷²¹. Cette position avait une force non-contraignante et fut révisée par la suite, mais elle témoigne des volontés réductrices des États européens face à une interprétation de la *Convention de Genève*. Il est intéressant de noter que ces mêmes États, s'inquiétant de réduire la portée de la notion d'« agent de persécution », sont également parties à une convention qui ne fait pas la différence. En effet, la *Convention européenne des droits de l'homme*, dans son article 3 relatif aux traitements inhumains et dégradants, interdit toute expulsion d'un individu vers un pays où il risquerait de subir des traitements inhumains et dégradants, sans s'inquiéter de la source, étatique ou non, de ces traitements. La Cour a eu d'ailleurs, à cet égard, une jurisprudence constante⁷²².

1974, RTNU n°14691 ; HCR, Recueil des traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés, Genève, 1982.

⁷¹⁸ *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, entre le Belize, la Colombie, le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, Panama et le Vénézuéla, à Cartagena de Indias* (Colombie), le 22 novembre 1984.

⁷¹⁹ § 65 du Guide du HCR.

⁷²⁰ Rupert COLVILLE, « Les multiples visages de la persécution », *Refugiés*, 101, III – 1995.

⁷²¹ Position largement condamnée par le HCR : « UNHCR expresses reservation over E.U. asylum policy », 27 November 1995.

⁷²² CEDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c. Autriche*, req. n°71/1995/577/663; CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c. France*, req. n° 11/1996/630/813 ; CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, req. n° 146/1996/767/964.

Nous l'avons vu, pour rendre sa législation conforme à la proposition de directive du 12 septembre 2001, la France a finalement renoncé à sa théorie de l'agent de persécution, en ouvrant le statut et la protection subsidiaire aux victimes de persécution dont les auteurs ne sont pas nécessairement des agents étatiques⁷²³. Concession facilitée par l'élaboration d'une mesure compensatoire, avec la notion d'« agent de protection », basée sur le raisonnement que si l'État n'est pas le seul persécuteur possible, il n'est logiquement pas le seul protecteur possible. La recherche, discutable, d'une telle symétrie, laisse à craindre qu'au terme d'une interprétation stratégique de la notion, toutes les organisations non-étatiques ayant un vague caractère humanitaire seront propulsées au rang d'agent de protection. À ce titre, le Conseil Constitutionnel a décidé qu'il « appartenait à l'OFPRA de déterminer si ces organisations offrent au demandeur une protection effective »⁷²⁴.

Derrière une petite amélioration de la protection se cache une brèche considérable, susceptible de priver de la qualité de réfugié, un grand nombre de candidats dont la France considérera qu'ils bénéficient d'une « protection chez eux », c'est-à-dire, d'un « asile interne ». En contrepartie d'un petit élargissement des clauses d'inclusion émerge la création de toutes pièces d'une nouvelle clause d'exclusion.

Jusqu'en 1993, la jurisprudence canadienne n'était pas concluante. Puis, avec l'arrêt *Ward*, la Cour a clairement affirmé qu'il n'était pas nécessaire que l'État soit l'auteur des persécutions, ou qu'il y participe, ou qu'il en soit le complice silencieux, mais simplement qu'il ne puisse pas offrir une protection efficace⁷²⁵. Les tribunaux canadiens ont cependant également reconnu le principe d'asile interne, bien que de façon moins large qu'en France. Avec prudence, le juge fédéral n'avait pas exclu

« la possibilité qu'il y ait, dans un même pays, plusieurs autorités établies qui soient chacune en mesure, sur une partie qu'elles contrôlent du territoire, de fournir une protection qui, sans être nécessairement parfaite, soit adéquate. »⁷²⁶

La possibilité d'un refuge intérieur a explicitement été reconnue par la jurisprudence pour rejeter une demande de statut⁷²⁷. Néanmoins, les critères de reconnaissance de cette possibilité

⁷²³ Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003, *modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, JO n° 286 du 11 décembre 2003, p. 21080, adoptée conformément à la proposition de directive, et par anticipation de la directive dite « qualification », du 29 avril 2004.

⁷²⁴ CC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, n° 2003-485 DC, considérant 16, JO du 11 décembre 2003.

⁷²⁵ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, § 98 à 100.

⁷²⁶ *Zalzali c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.), p. 615

⁷²⁷ Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Rasaratnam c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1992] 1 C.F. 706., la possibilité d'un refuge interne fait partie intégrante de la définition de

sont très stricts dans la jurisprudence⁷²⁸, qui se base notamment sur la coexistence de plusieurs autorités dans le pays d'origine et garde une certaine réserve sur l'existence éventuelle d'une protection d'origine non étatique⁷²⁹. Cela nous amène à faire une précision importante : la notion d'« alternative de protection interne » n'est pas neuve. Le HCR l'avait très prudemment envisagé au paragraphe 91 de son *Guide*, et elle peut de plus être conforme aux dispositions de la *Convention de Genève*, dans le cadre toutefois d'une « analyse complète de l'ensemble des circonstances de chaque cas et du caractère raisonnable de la réinstallation dans une zone proposée à l'intérieur du pays d'origine »⁷³⁰. Sur ce point, la jurisprudence canadienne est rigoureuse.

En revanche, la jurisprudence au sujet des agents de protection est encore assez floue. S'il n'y a ni législation ni jurisprudence établie aussi clairement qu'en France, les tribunaux canadiens se réservent toutefois une marge de manœuvre assez libre en la matière. La Section de première instance de la Cour Fédérale a ainsi reconnu, dans un certain nombre de décisions, que la possibilité d'obtenir la protection de sources non étatiques pouvait constituer un élément pertinent au regard du fondement objectif à la demande de statut⁷³¹.

réfugié. Il est vrai qu'il incombe à la requérante de démontrer qu'elle ne peut trouver refuge ailleurs dans son pays. Dans le même sens *Thirunavukkarasu c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.).

⁷²⁸ Voir Services juridiques – Section de la protection des réfugiés – CISR, *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la convention*, 31 décembre 2005, chapitre 8, « Possibilité de refuge intérieur ».

⁷²⁹ *Thakur, Ramesh Chander c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., 92-T-1665), Dubé, 18 juin 1993.

⁷³⁰ James HATHAWAY (dir), *Les recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne*, 9-11 avril 1999, 7 p., URL : <http://www.refugeecaselaw.org/frenchGuidelines.pdf> (consultée le 20 septembre 2007). Et HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale* : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/03/04, 23 juillet 2003, 9 p. La citation ci-dessus est tirée de ces derniers principes directeurs.

⁷³¹ Voir par exemple *Fernandez, Laura c. M.E.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-4591-93), Wetston, 19 juillet 1994, p. 2; *Contreras, Carlos Fabian Vassallo c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-2555-94), MacKay, 19 mai 1995 et *Sandy, Theresa Charmaine c. M.C.I.* (C.F. 1^{re} inst., IMM-22-95), Reed, 30 juin 1995.

Conclusion Chapitre 1 :

Nous avons fait le choix d'un chapitre qui peut paraître étonnamment bref alors qu'un grand pan de la doctrine porte intégralement sur son contenu, et met la définition du réfugié au cœur de toute la problématique du droit des réfugiés. Ce choix se justifie précisément pour cela. Les analyses ne manquent pas sur le sujet et une approche exhaustive de notre part n'aurait fait qu'allonger le propos sans l'enrichir. De plus, ce que font les États de la définition conventionnelle du réfugié n'est, selon nous, qu'un avatar du processus global visant à son rejet.

Il ne s'agissait donc pas de relever l'intégralité des éléments de la définition et de leur application par les États, mais d'identifier les éléments problématiques, et d'isoler les manifestations caractéristiques de la difficulté qu'ont les États à faire entrer le réfugié dans sa propre définition. La liberté laissée par la *Convention de Genève* aux États a sans doute nui à son objectif. Le *Guide* du HCR et les multiples pistes d'interprétations offertes par la doctrine n'ont pas suffi à orienter l'application du texte vers une protection plus affinée.

En réalité, ces remarques valent surtout pour la France, où le dialogue constructif évoqué en première partie semble avoir calé plus vite qu'au Canada, et où il ressort que beaucoup de décisions ont vocation à l'anticipation. Il ne faut pas « ouvrir les vannes ».

Les principes forts qui ont pu être dégagés au Canada se maintiennent. Les jurisprudences *Ward* et *Chan* de la Cour Suprême ont en effet imposé des standards élargis de la notion de groupe social, qui résistent dans le débat sur la définition du réfugié. D'autre part, l'ouverture du champ d'application du statut aux femmes craignant d'être persécutées en raison de leur sexe n'a ouvert aucune « vanne ». Dans le communiqué-bilan de 1999, soit six ans après l'entrée en vigueur des directives, on peut lire :

« Depuis l'entrée en vigueur des *Directives concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, le Canada n'a pas noté de hausse notable du nombre de revendications présentées par des femmes. Les revendications fondées sur le sexe ont constamment représenté moins de 2 % des revendications déférées chaque année à la Commission. »⁷³²

Ni « appel d'air » ni « déferlement de femmes battues » donc. L'hostilité française à élargir l'interprétation de la définition du réfugié semble encore moins justifiée. Les raisons des différences franco-canadiennes dans leurs approches de la persécution et de la notion de

⁷³² CISR, « Directives concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe », Communiqué du 27 juillet 1999.

groupe social tiennent beaucoup selon nous, à la transparence des débats d'experts dans les tribunaux du Canada, l'oreille tendue vers la doctrine et l'ensemble des normes disponibles, bref, la place laissée au dialogue dans le système judiciaire. Ce qui tranche avec l'opacité du système français. Par ailleurs, il conviendrait de s'interroger sur l'approche « féminine » du droit des réfugiés au Canada, qui trouve très certainement des fondements que la France ne partage pas.

Ce que la France et le Canada partagent en revanche, est l'impératif d'une crainte objectivée et la lourdeur de la charge de la preuve qui l'accompagne. On veut bien vous croire, réfugiés, mais pas sur parole. La politique de la preuve est la plus grande marge de liberté utilisée par les États, et il est difficile pour un candidat de prouver qu'il est un réfugié. Inversement, une simple présomption qu'il peut ne pas l'être suffit parfois, et c'est à nouveau au candidat de prouver le contraire.

Chapitre 2 - Écarter le réfugié de sa qualité.

À plusieurs reprises, nous avons eu l'occasion d'employer le terme « opinion publique », en le protégeant de guillemets ou en mettant en doute son existence. Il est temps ici de s'en expliquer. Il n'est pas question de résumer en quelques lignes ce qui fait l'objet de recherches approfondies en sociologie, mais puisqu'elle apparaît dans les développements qui suivent, il faut néanmoins justifier l'attitude circonspecte dans laquelle nous plonge la notion. Attitude incontestablement liée au cadre théorique qui affirme que certaines réalités sont socialement construites plutôt qu'elles n'existent.

Théoriquement, elle n'est mesurée que par les sondages d'opinion. Toutefois, les références à l'« opinion publique » dans certains discours politiques ne prennent pas toujours la peine d'être assorties de résultats statistiques, à considérer qu'ils sont valables, lorsqu'ils prétendent savoir ce que « les Français », « les Canadiens », l'« opinion publique », attendent, souhaitent, désirent, craignent. Un exposé de Pierre Bourdieu - « L'opinion publique n'existe pas » - répond d'emblée à notre question. Selon lui, l'exercice des sondages d'opinion part de postulats, issus de l'idéal démocratique, mais tous erronés, selon lesquels tout le monde peut avoir une opinion, toutes les opinions se valent, et il peut exister un consensus sur les questions posées. Il précise en outre que les formulations des questions sont biaisées, car stratégiques, en vue d'obtenir un certain résultat⁷³³.

Bourdieu conclut que l'opinion publique est un « artefact pur et simple » dont la problématique répond à une demande précise, et dont la fonction est d'accompagner le discours de légitimation de force de celui qui l'exerce. « L'homme politique est celui qui dit: Dieu est avec nous. L'équivalent de « Dieu est avec nous » c'est aujourd'hui « l'opinion publique est avec nous » ».

Patrick Champagne reprend et poursuit la démonstration avec ses mises en application concrète⁷³⁴, à l'issue desquelles il conclut lui aussi que l'expression de l'« opinion publique » est une affaire de compétence politique, de spécialistes. Elle n'est en rien une manifestation de la démocratie, mais en revêt insidieusement le costume en prétendant faire parler le peuple.

L'« opinion publique » n'existe pas, car elle ne prend pas acte d'une réalité. Ce sont les

⁷³³ Pierre BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, n° 318, janvier 1973, pp. 1292-1309, repris in *Questions de sociologie*, Les éditions de Minuit, 1980, pp. 222-235.

⁷³⁴ Patrick CHAMPAGNE, *Faire l'opinion*, Paris, Les éditions de Minuit, 1990, 314 p. Tout comme pour le propos de Pierre Bourdieu, nous ne pouvons retranscrire en quelques lignes les moyens de cette démonstration et nous contentons d'en présenter les résultats.

procédés techniques qui prétendent la mesurer scientifiquement, ainsi que les discours qui la brandissent, qui lui donnent une existence. Elle se transforme en « chose », en « réalité », et finit ainsi par « exister », devenant un instrument de légitimation politique quasi-indiscutable.

Ensuite, cette construction sociale qu'est l'« opinion publique » est alimentée et uniformisée par ce qu'on appelle « l'information ». Au diable la redondance de guillemets, ils sont là aussi nécessaires. Jacques Ellul disait d'elle que « même lorsqu'on la veut honnête et exacte, [elle est] un puissant instrument d'uniformisation de l'opinion »⁷³⁵.

En témoigne l'empathie des populations occidentales envers les boat-people dans les années soixante-dix dont la détresse a été largement diffusée, tant en mots qu'en images. En témoigne la « bienveillance » avec laquelle les persécutés sont vus dans les pays en guerre ou autre situation de crise, tant que les caméras de CNN sont sur place⁷³⁶. Dès lors, quand l'information est particulièrement malhonnête et vicieuse, et qu'elle dénonce « les parasites, les mendiants et les truands » qui cherchent à atteindre « notre généreux système d'aides » ou lorsqu'elle affirme que les demandes d'asiles frauduleuses sont une « menace pour notre futur »⁷³⁷, l'image et le sort des réfugiés sont particulièrement ébranlés. Ces amalgames et diabolisations se retrouvent dans le droit, même si leurs formulations apparaissent beaucoup moins violentes.

La situation actuelle semble être réduite à la constatation d'une « crise de l'asile politique ». Or, la crise ne se situe pas tant sur le plan de la théorie juridique du droit d'asile, que dans son application matérielle.

Apparaissent des raisonnements faussés sur les flux migratoires. La lutte contre les filières clandestines, alimentée par les faits divers tragiques dont les États européens ont été témoins, est devenue le *credo* des ministres de l'Intérieur, et obtient toute l'attention de « l'opinion publique », alors que le problème est peut-être inversé. La clandestinité n'est pas essentiellement la résultante d'une politique d'asile trop « laxiste », mais aussi la conséquence d'une fermeture inexorable des frontières. D'autre part, les discours nationaux, parfois « nationalistes », ne tardent pas à récupérer ces données ponctuelles, dans une optique de propagande d'exclusion. Nous voyons dans cette dérive, le moyen de gommer la situation de

⁷³⁵ Jacques ELLUL, « Opinion publique et démocraties », *Le Monde*, 20 février 1958.

⁷³⁶ Josée HANSEN, « Des flots de mots », *d'Land*, 12 avril 2002. Hebdomadaire Luxembourgeois disponible en ligne à l'adresse <http://www.land.lu/index2.html> (consultée le 1er janvier 2008)

⁷³⁷ Le tabloïd anglais *The sun*, tiré à 3 200 000 exemplaires et dont le lectorat quotidien est estimé à 8 500 000 lecteurs, écrivait le 7 mars 2001 « ...We resent the scroungers, beggars and crooks who are prepared to cross every country in Europe to reach our generous benefits system » ; Le 4 mars 2001, les journalistes du *Mail on Sunday* s'inquiétaient : « asylum cheats are a threat to our future » : Josée HANSEN, « Des flots de mots », *d'Land*, 12 avril 2002.

détresse des réfugiés et de ne montrer que l'image de ceux qui viennent sans invitation, voire sans raison. À terme, l'alimentation des amalgames conduit à nier au réfugié sa qualité de réfugié. Il devient globalement un immigrant à maîtriser (**Section 1**) et plus particulièrement, un fraudeur potentiellement dangereux (**Section 2**).

Section 1) Le réfugié, un immigrant à maîtriser

L'immigration est un sujet dit « sensible ». À l'instar de l'expression « opinion publique », ce qualificatif laisse perplexe. Qu'est-ce qui contribue à faire d'un sujet donné, une question sensible? S'interrogeant précisément sur la sensibilité de la question de l'immigration Danièle Lochak a déjà répondu à cette interrogation⁷³⁸.

Partant qu'une question sensible est « une question qu'il faut aborder et traiter avec précaution, parce qu'elle est délicate », elle rejette des critères explicatifs trop « simples »: une question n'est pas sensible parce qu'elle est difficile à régler, ni parce qu'elle est objectivement complexe, ni parce qu'elle ne peut recevoir de réponse simple.

Plusieurs hypothèses non exclusives l'une de l'autre font que, selon l'auteur, une question peut être considérée comme sensible:

« en premier lieu, parce qu'elle est potentiellement explosive, parce qu'elle est susceptible d'entraîner des emportements incontrôlés, de susciter des mobilisations, voire de déboucher sur une crise politique. Elle peut aussi être sensible en raison de ses retombées électorales prévisibles et/ou redoutées. Elle peut enfin être sensible en raison du fort investissement idéologique dont elle fait l'objet, de sorte qu'elle risque de donner lieu à des affrontements dangereux pour la cohésion nationale en suscitant des dérives par rapport aux valeurs « républicaines » sur lesquels le consensus s'est forgé. »

Il n'y a donc pas de question « objectivement » sensible. En fait, encore une fois, une question est construite comme sensible.

Participe de la même logique le fait d'ériger en premier lieu l'immigration en « problème » social. Terme également réfuté par Murray Edelman qui affirme qu'un « problème social n'est pas une entité vérifiable, mais une construction suivant des intérêts idéologiques » et que « les problèmes sont créés dans le dessein précis de faire accepter les rationalisations particulières à l'opinion publique »⁷³⁹. Pour la France surtout, l'immigration est donc présentée avant tout comme un « problème », aggravé par son caractère « sensible ».

⁷³⁸ Danièle LOCHAK, « L'immigration, une question trop sensible », *Questions sensibles*, CURAPP, PUF, 1998. Voir également Patrick LEHINGUE, « L'immigration comme enjeu politique; les contresens des réponses à une « demande sociale » », dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par), *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d'humeur en l'Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 129-134

⁷³⁹ Murray EDELMAN, *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Le seuil, 1991, p. 34.

La France et le Canada proposent ici deux modèles très opposés qui s'expliquent par des approches historiques et politiques de l'immigration fondamentalement différentes. La France est un ancien pays colonial qui n'a jamais établi clairement de politique d'immigration et dont la législation a été une construction chaotique, opérant sur l'immigré un contrôle *a posteriori*, et globalement dominée par une absence de véritable choix politique. Le Canada est une terre d'immigration qui a très tôt mis en œuvre une véritable politique d'immigration visant à recruter ses citoyens, et à contrôler *a priori* l'immigré dans un objectif de sélection. En 1991, à l'occasion de la sortie de l'ouvrage de Patrick Weil, *La France et ses étrangers : L'aventure d'une politique de l'immigration*, François Crépeau esquissait justement une analyse comparative entre la France et le Canada et posait le problème en des termes que nous lui empruntons pour partie⁷⁴⁰. La France n'a qu'une politique de l'immigration (A), tandis que le Canada a une politique d'immigration (B).

I) En France: L'asile dans l'engrenage d'une politique de l'immigration.

Ce développement chronologique commence au moment où l'immigration émerge en France comme un problème, une « question sensible ». La dissuasion et la répression de l'immigration interviennent à la fin des années soixante et a un impact immédiat sur le droit d'asile (A). Bien cultivé, le terrain discursif et normatif devient rapidement favorable aux amalgames entre clandestinité, asile et immigration (B).

A) 1970-1990 : Construction d'une connexité entre immigration et asile.

À la fin des années soixante, alors que la croissance économique était constante depuis vingt ans, un ralentissement s'opère puis se transforme en crise à la suite du choc pétrolier de 1973. L'augmentation du chômage est instantanée, de même que l'extrême sensibilité de l'« opinion publique » vis-à-vis de la présence d'étrangers en France, associés, bien plus que le choc pétrolier, à cette dégradation de la situation de l'emploi.

De 1970 à 1990, les mesures politiques et policières vont se succéder afin de « maîtriser les flux », c'est-à-dire concrètement stopper toute immigration de travailleurs et contraindre

⁷⁴⁰ François CRÉPEAU, « Politique d'immigration ? Politique de l'immigration ? », *Can. J. L. & Soc.*, n° 227, 1992, pp. 227-236. François Julien-Laferrière utilise d'autres expressions : « ... depuis une trentaine d'années, la France [a] une « politique de non-immigration », mais pas de politique de l'immigration » : Travaux de la Commission d'enquête sur l'immigration, audition du 13 décembre 2005. Un propos que l'auteur tenait déjà dix ans plus tôt : F. JULIEN-LAFERRIERE, « Débattre autrement sur l'immigration », *Le Monde*, 2 mai 1996.

au départ les étrangers qui sont entrés et séjournent irrégulièrement sur le territoire. Au moyen de cet objectif : une surveillance renforcée sur les frontières, et des contrôles d'identité sur l'ensemble du territoire⁷⁴¹. Ces contrôles, particulièrement visibles, ont contribué à « désigner l'ensemble des étrangers comme objet de suspicion à l'opinion publique »⁷⁴². L'idéologie sécuritaire commence à se développer.

Parallèlement, plusieurs mouvements de réfugiés ont lieu. En 1973, une première vague spontanée de réfugiés Chiliens fait suite au coup d'État de Pinochet. Deux ans plus tard, la chute des régimes de Saïgon, Vientiane et Phnom-Penh produit elle aussi un large mouvement de réfugiés. Plutôt bien accueillis à l'époque par une opinion nouvellement sensibilisée au phénomène des réfugiés, ces derniers furent les premiers à ne pas être d'origine européenne. À leur suite, les réfugiés d'origine africaine et asiatique se portèrent également candidats, mais le caractère suspect de leur démarche, considérée comme davantage économique que politique, annonça le début des difficultés de traitement des demandes d'asile, et le début des confusions relatives aux réfugiés. À partir de 1974, le nombre de demandes d'asile a augmenté, tandis que les délais d'instruction ont quadruplé, et que le taux d'admission a commencé à diminuer inexorablement.

B) 1990-2000 : Construction normative et alimentation discursive de l'amalgame entre asile et immigration.

Alors que la problématique du droit des réfugiés est théoriquement étrangère à toute considération relative à l'immigration, on observe à la fin des années quatre-vingt un recadrement corrélatif de ce droit. La demande d'asile devient l'un des rares moyens légaux d'être accueilli en France, le nombre de demandeurs augmente. D'autre part, la construction juridique de la problématique « demandeur d'asile » est en plein essor. Elle crée une « sous-étape » pendant laquelle les demandeurs-d'asile-pas-encore-reconnus-comme-réfugiés sont potentiellement des immigrants « économiques », qu'il va s'agir de repérer. Ce nouveau statut des demandeurs d'asile n'est abordé et défini à l'époque qu'à travers la pratique administrative et les circulaires ministérielles. Elles sont sans valeur juridique et souvent inaccessible, car non publiées.

⁷⁴¹ Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite « Bonnet », relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance du 2 novembre 1945, JO 11 janvier 1980, p. 71. ; Loi n°81-82 du 2 février 1981 dite « Peyrefitte » renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, JO 3 février 1981, p. 415. Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 dite « Pasqua », relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO 12 septembre, p. 11035.

⁷⁴² Danièle LOCHAK, « La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers », dans *Les lois de l'inhospitalité*, ed. La Découverte, 1997.

Toute la dissuasion législative mise en œuvre entre 1990 et 1997 par les lois « Pasqua » et « Debré », a très concrètement abouti à un fort amalgame entre asile et immigration. Le programme avancé dans l'exposé des motifs du projet de loi « Pasqua » était clairement, « dans un contexte d'accroissement de la pression migratoire », de « lutter efficacement contre les détournements des procédures d'admission au séjour des étrangers », au moyen entre autres, d'une « légifération » sur le droit d'asile et l'admission en France des demandeurs d'asile⁷⁴³. Une partie du programme de la loi « Debré » était de ficher les étrangers entrés ou séjournant irrégulièrement en France – en particulier les « demandeurs d'asile déboutés » – au moyen de leurs empreintes digitales. Ces dispositions ont dû respectivement être assouplies (suite à une vague de protestation lancée par des associations et relayée par une pétition d'envergure suffisante)⁷⁴⁴ et abandonnées (suite à une invalidation du Conseil Constitutionnel)⁷⁴⁵, le contexte général de la loi n'abordait l'immigration que comme une fraude⁷⁴⁶, en y incluant le droit d'asile.

La « réforme de l'asile » instituée par la loi « Chevènement » du 11 mai 1998 a donné l'illusion de rétablir la distinction en modifiant, mais aussi en se contentant de transférer certaines dispositions « Pasqua » de l'ordonnance de 1945, à la loi du 25 juillet 1952 rebaptisée « loi relative au droit d'asile ». Dans les faits, aucune modification ne fut apportée quant à la situation des demandeurs d'asile à l'égard de l'entrée en France et de l'admission au séjour.

Les lois « Sarkozy » du 26 novembre 2003, et « Villepin » du 10 décembre 2003 ont formellement maintenu la distinction amorcée par la loi « Chevènement », en portant exclusivement sur l'immigration pour la première, et exclusivement sur le droit d'asile pour la seconde⁷⁴⁷. Notons qu'en dépit de cette distinction droit d'asile (loi de 1952) / droit de l'immigration (ordonnance de 1945), la confusion s'est maintenue parfois de façon troublante lorsqu'une directive européenne portant sur le droit d'asile a été transposée dans

⁷⁴³ « ABC droit des étrangers », *DPDE*, Feuilles 18, p.161

⁷⁴⁴ GISTI, « Contre la délivrance des certificats d'hébergement définie par le projet de loi Debré- Appel à une campagne de désobéissance civile », Communiqué, 17 décembre 1996.

⁷⁴⁵ CC, 22 avril 1997, *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, n°97-389 DC, *JO* 25 avril 1997.

⁷⁴⁶ Voir Charlotte LESSANA, « Loi Debré: la fabrique de l'immigré », *Culture et Conflits*, n°29-30, 1998, pp. 125-141

⁷⁴⁷ Ces deux réformes, particulièrement vastes vis-à-vis des modifications antérieures, ont lancé le processus d'une grande refonte de l'ordonnance de 1945 et de la loi de 1952. Processus qui aboutira en 2005 sur la création du *CESEDA*.

l'ordonnance de 1945 plutôt que dans la loi de 1952 où elle aurait davantage sa place, si les gouvernants tenaient véritablement à distinguer les deux notions. La loi du 26 novembre 2003 a en effet modifié l'article 32 de l'ordonnance de 1945 afin de transposer en droit interne la directive de 2001 sur la protection temporaire, au lieu de la transposer dans la loi de 1952 « relative à l'asile »⁷⁴⁸. De la même façon, le régime du séjour des réfugiés statutaires et des membres de leur famille n'a jamais été déplacé dans la loi de 1952, et se trouvait toujours dans l'ordonnance de 1945 jusqu'à l'entrée en vigueur du *CESEDA*. Ceci n'est plus d'actualité avec le *CESEDA* qui a formellement isolé l'asile du reste des mesures relatives à l'immigration. On peut cependant s'interroger sur la formelle mise à l'écart de la section « protection temporaire » dans un livre distinct de celui relatif au droit d'asile. Elle semble institutionnaliser la séparation de la problématique des « afflux massifs », de celle du droit des réfugiés, affranchissant la première des obligations conventionnelles et constitutionnelles qui sont assorties à la seconde.

En 2006, le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, a voulu instaurer pour la France une immigration « choisie », à laquelle il oppose l'immigration « subie », en évoquant les procédures de regroupement familial et de l'asile, pour illustrer cette dernière⁷⁴⁹. Relevons à nouveau le poids du discours, qui pose le pays d'accueil⁷⁵⁰ en victime et les migrants, au nombre desquels les réfugiés en coupables.

Sa loi de 2003 en avait déjà posé les prémices. Légèrement plus adoucie que le projet de loi initial, la loi dite « Sarkozy II »⁷⁵¹ abroge la régularisation de plein droit des « clandestins » présents sur le territoire depuis plus de 10 ans. Elle durcit la procédure du regroupement familial, désormais lié à des conditions de ressources et de logement, et porte de deux à trois ans le délai d'attribution au conjoint de Français de la carte de résident de dix

⁷⁴⁸ Cette disposition se trouve aujourd'hui dans le livre VIII du *CESEDA* intitulé « dispositions communes et dispositions diverses » et plus précisément dans le titre premier consacré à la protection temporaire, aux articles L. 811-1, L. 811-2, L. 811-6 et L. 811-7.

⁷⁴⁹ Il a très clairement fait la distinction entre une « immigration que nous subissons, comme le regroupement familial et les demandeurs d'asile » et l'« immigration choisie [...] en fonction des besoins de notre économie et de nos capacités d'intégration ». Danièle LOCHAK, « Le tri des étrangers, un discours récurrent », *Plein Droit*, n° 69, juillet 2006.

⁷⁵⁰ Notons que les chiffres utilisés par Nicolas Sarkozy pour défendre son projet portaient aux alentours de 200 000 le nombre de clandestins sur le territoire français. Or, 100 000 de ces clandestins seraient présents sur les DOM-TOM. C'est l'argument DOM-TOM, jugés bien trop perméables, qui est à l'initiative d'un resserrement législatif parfaitement inadapté tant pour la métropole que pour les régions concernées. Voir « L'Outre-mer – Laboratoire de la lutte contre « l'immigration clandestine » », 30 septembre 2006, 14 p. URL : http://www.contreimmigrationjetable.org/IMG/pdf/analyse_2006-07-24_outre-mer.pdf (consultée le 29 novembre 2006).

⁷⁵¹ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO n° 170, 25 juillet 2006.

ans. La notion de reconduite à la frontière est juridiquement assortie et précédée de l'« obligation de quitter le territoire ». En ce qui concerne les candidats réfugiés, ils se voient imposer un délai d'un mois maximum pour porter un recours d'une décision de l'OFPRA devant la CRR, à peine d'irrecevabilité.

En mai 2007 est créé le ministère de « l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement », incidemment chargé de « mettre en œuvre la politique du gouvernement en matière d'asile »⁷⁵².

La loi « Hortefeux » de novembre 2007 durcit encore davantage le régime du regroupement familial, prolonge la durée de la détention des demandeurs d'asile en zone d'attente, réduit le délai de recours devant la CRR à quinze jours, et place cette dernière et l'OFPRA, sous tutelle du ministère précité.

Troisième législation sur l'immigration en quatre ans, création d'un ministère *ad hoc*, et un nouveau projet de loi annoncé pour 2009⁷⁵³. La France se dirigerait-elle vers une politique d'immigration ? En l'absence d'un véritable pendant « citoyenneté »⁷⁵⁴ à la restriction de l'immigration, et d'une distinction plus nette de celle-ci avec l'asile, il est permis d'en douter.

II) Au Canada: L'asile dans la dynamique d'une politique d'immigration.

La politique canadienne d'immigration est davantage sous contrôle qu'en France, donc moins sujette à crispation sur sa « maîtrise » (A). Ce qui n'empêche pas les amalgames (B).

A) Une politique sous contrôle.

La politique d'immigration du Canada est avant tout une politique démographique. Pour atteindre ses objectifs nationaux, le Canada utilise les taux d'immigration comme seul outil de

⁷⁵² Décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 *relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement*, JO n° 125, 1^{er} juin 2007, p. 9964, et Décret n° 2007-1891 du 26 décembre 2007 *portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement*, JO n° 303, 30 décembre 2007.

⁷⁵³ *Projet de loi programme 2009-2012 pluriannuel avec des objectifs chiffrés sur l'immigration*, annoncé début juillet 2008 : AFP, « Immigration: Hortefeux poursuit son chemin, la commission Mazeaud contre les quotas », 11 juillet 2008.

⁷⁵⁴ Certes, le décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 *relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement*, JORF n° 125, 1^{er} juin 2007, p. 9964 semble expliquer la branche « identité nationale » comme une politique « de la mémoire et [de] promotion de la citoyenneté et des principes et valeurs de la République », mais cela n'est pas si clair. La présentation des missions du ministère, sur Internet, est en revanche plus transparente. Le mot « citoyenneté » n'est pas mentionné, et l'identité nationale est présentée comme « une réponse aux communautarismes » et comme visant « à préserver l'équilibre de notre Nation », Missions et rôle, URL : http://www.premier-ministre.gouv.fr/iminidco/ministere_830/missions_role_56625.html (consultée le 1er janvier 2008).

réglementation, puisque ne peuvent évidemment pas être contrôlées la natalité, la mortalité et l'émigration. De fait, la politique canadienne, parce que clairement définie en termes d'objectifs (et non des « quotas ») annuels et de critères de sélection des futurs citoyens, est beaucoup plus transparente que la politique française. D'autre part, le discours politique qui l'accompagne est beaucoup moins celui de l'inquiétude. Les données statistiques sont disponibles pour le grand public, le site du ministère *ad hoc* est largement fourni en informations, les textes législatifs et réglementaires sont publiés, etc.

Historiquement, la politique d'immigration du Canada n'a pas été exempte d'épisodes de sélection purement utilitaristes et racistes (cas de l'immigration chinoise avant la 1^{re} guerre mondiale⁷⁵⁵). Elle a été restrictive et discriminatoire jusque dans les années cinquante, avec des conséquences dramatiques sur les populations japonaises et juives⁷⁵⁶.

Elle a été à nouveau consentie dans les années cinquante, sur fond de parrainage très sélectif, puis légèrement assouplie en 1962⁷⁵⁷, pour fonctionner ensuite par ouverture et fermeture du « robinet » en fonction des besoins démographiques et économiques immédiats, indépendamment de critères ethniques, religieux, de classe ou de sexe, mais fondée sur un système de points à acquérir pour être qualifié à l'immigration. Les points étaient attribués en fonction du niveau d'éducation, des aptitudes professionnelles et des langues parlées, on peut s'interroger sur la réalité pratique de l'abandon des critères précités⁷⁵⁸.

Depuis le milieu des années quatre-vingt, cette politique du robinet a été remplacée par une politique à plus long terme. Mais les modalités de celles-ci sont encore remises en question et sujettes à débat. Les opinions s'affrontent sur tous les plans : l'enjeu démographique, le coût, l'impact sur le marché du travail et même les conséquences environnementales de l'immigration⁷⁵⁹.

Au terme d'une succession de réflexions et de modifications de la législation de 1976, le Canada dispose aujourd'hui d'un programme d'immigration qui s'articule autour de trois objectifs, inscrits dans la *LIPR* : l'axe « social », visant à garantir la réunification des familles et qui repose intégralement sur le système de parrainage (L'objectif 3(1)d) de la Loi est de

⁷⁵⁵ Voir Vivienne POY, « L'histoire des Chinois au Canada », interpellation à la séance du Sénat du 2 février 1999, 1^e Session, 36^e Législature, Vol. 137, n° 105.

⁷⁵⁶ Marc PARENT, « Les politiques d'immigration du Canada : stratégies, enjeux et perspectives », *Les études du CERI*, n° 80, octobre 2001, p. 3.

⁷⁵⁷ Denise HELLY, « Les politiques d'immigration au Canada ; de 1867 à nos jours », *Hommes & Migrations*, n° 1200, juillet 1996, pp.6-14.

⁷⁵⁸ Pour un survol de l'histoire de l'immigration au Canada, voir Valerie KNOWLES, *Les artisans de notre patrimoine – La citoyenneté et l'immigration au Canada de 1900 à 1977*, octobre 2000, 103 p.

⁷⁵⁹ Benjamin DOLIN et Margaret YOUNG, *Le programme canadien d'immigration*, Etude générale, octobre 2004, Librairie du Parlement, BP-190F, 60 p.

« veiller à la réunification des familles au Canada ») ; l'axe « humanitaire » visant à accueillir réfugiés et personnes à protéger (Les objectifs 3(2)*b*) et *d*) de la Loi); et l'axe « économique », visant à accueillir des travailleurs qualifiés et des gens d'affaires immigrants (L'objectif 3(1)*c*) est « de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada [...]».

La grille de sélection selon un système de points est maintenue, mais renouvelée. Établi en 1967, le système de points exigeait alors un minimum de 50 points sur 100 pour être admis au Canada. Le 1^{er} janvier 1986, le nombre minimal de points a été augmenté de façon à atteindre 70. Dans la version du Règlement publiée avant l'adoption de la *LIPR*, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration avait demandé que soit augmentée cette « note de passage » à 80 points, mais cela a déclenché de nombreuses réactions de protestation, et dans la version finale, ce minimum n'était augmenté que de 5 points⁷⁶⁰. Les critiques n'ont pas cessé. À 75 points, le minimum restait trop difficile à atteindre pour de nombreux candidats, et consistait concrètement à écarter ceux qui ne parlaient pas une langue officielle (un critère qui remporte beaucoup de points). En décembre 2003, la note de passage est finalement ramenée à 67 points⁷⁶¹.

La nouvelle grille de sélection accorde des points pour les études (25 points maximum), la compétence dans les langues officielles du Canada (20 points maximum), l'expérience (21 points maximum), l'âge (10 points maximum), l'exercice d'un emploi réservé (10 points maximum) et la capacité d'adaptation (10 points maximum)⁷⁶². Cette dernière remplace l'évaluation subjective des « qualités personnelles » jusqu'alors en place, par un groupe de cinq facteurs objectifs.

Bien entendu, les objectifs chiffrés d'immigration fixés annuellement par le gouvernement sont opposables.

Derrière le pragmatisme et le caractère arithmétique de cette grille, la sélection sur fond de critères de « classe » ou d'origine culturelle apparaît très nettement. Le Canada s'engage aujourd'hui dans un programme d'immigration à long terme, privilégiant les intellectuels, les investisseurs et les gens financièrement autonomes. Il ne s'agit plus de recruter de la main-d'œuvre de construction. Pourtant, cette main-d'œuvre étrangère n'a pas disparu du Canada. Elle est seulement devenue « clandestine ». Aucun chiffre fiable n'est disponible et les

⁷⁶⁰ Erin TOLLEY, « Catégorie des travailleurs qualifiés - Critères de sélection de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés », *Métropolis*, janvier 2003, pp. 1-8.

⁷⁶¹ Article 85-3 du *Règlement sur l'Immigration et la protection des réfugiés* (DORS/2002-227).

⁷⁶² Articles 76 à 83 du *RIPR*.

estimations avancées lors des débats en Chambre des communes, vont de 200 000 à 500 000 personnes concernées sur le territoire canadien⁷⁶³. Cette main-d'œuvre est également occasionnellement recrutée, à travers des programmes de « travailleurs invités », souvent des Mexicains⁷⁶⁴, qui lient les travailleurs à un employeur, et leur interdisent de chercher un autre emploi, évoquant ainsi une situation de « main-d'œuvre captive »⁷⁶⁵. Ces travailleurs n'ont pas non plus le droit de demander la citoyenneté, quel que soit le temps passé au Canada.

B) Une politique qui n'empêche pas les amalgames.

Notons qu'entre le dépôt du projet de loi et l'adoption de la *LIPR*, les attentats du 11 septembre sont venus cristalliser certaines questions relatives à la sécurité. Le Canada résiste davantage que la Canada à l'amalgame entre les réfugiés et les migrants économiques, mais sa politique d'immigration, si volontariste et définie soit-elle, n'est pas exempte de certains amalgames. Les attentats ont en effet ouvert une brèche dans le discours politique, jusqu'alors plus mesuré qu'en Europe. La pression américaine, entre autres⁷⁶⁶, fait que les enjeux sécuritaires sont avancés sur la scène politique, et les réfugiés sont, au pire, pris dans les mêmes filets que les immigrants indésirables sur le sol canadien, au mieux, laissés de côté.

En novembre 2000, en préparation de la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, le Conseil canadien pour les Réfugiés (CCR) avait étudié la présentation publique du projet de loi C-31 (qui allait aboutir sur le *LIPR*) et relevé l'objectif affiché du gouvernement de fermer « la porte aux clandestins », afin de pouvoir ouvrir toute grande la porte. La préoccupation sécuritaire était prégnante et le CCR s'était livré au décompte suivant : le terme « sécurité » apparaissait 22 fois, les termes « fraudes » et « fausses déclarations » 6 fois, « crimes » et « criminels » 22 fois, ainsi que « danger pour la société canadienne » 2 fois, et « abus » 3 fois. Seulement dix occurrences au besoin de protection des réfugiés étaient en revanche relevées.

« En présentant un programme de mesures plus sévères contre les criminels et les

⁷⁶³ Voir Louise BOIVIN, « La régularisation des sans-papiers au Canada – Aperçu historique », *Vivre ensemble*, vol. 14, n° 50, printemps-été 2007, pp. 1-6 et Benjamin DOLIN et Margaret YOUNG, *Le programme canadien d'immigration*, Etude générale, octobre 2004, Librairie du Parlement, BP-190F, pp. 21-22.

⁷⁶⁴ Le programme de travailleurs agricoles par exemple, fait entrer 18 000 travailleurs dont 10 000 Mexicains. Voir Alison CROSBY, « Les frontières de l'appartenance : Réflexions sur les politiques migratoires en ce début de XXIe siècle », *Inter Pares*, n°7, juin 2006, p. 5.

⁷⁶⁵ Tanya BASOK, *Tortillas and Tomatoes: Transmigrant Mexican Harvesters in Canada*, McGill-Queen's University press, Montreal et Kingston, 2003, 192 p., citée dans Alison CROSBY, « Les frontières de l'appartenance : Réflexions sur les politiques migratoires en ce début de XXIe siècle », *op.cit.*, note précédente, note infrapaginale n° 23.

⁷⁶⁶ Joël PLOUFFE et Élisabeth VALLET, « Que le Canada ne sombre pas dans la dérive paranoïaque », *Le Soleil*, lundi 25 septembre 2006, p. 21.

personnes abusives, le gouvernement rend légitime l'inquiétude du public sur la soi-disant menace causée par les nouveaux arrivants. »⁷⁶⁷

Nous verrons plus loin l'impact sur les réfugiés, des préoccupations sécuritaires insérées dans l'appareil législatif, ainsi que la criminalisation des mêmes réfugiés dans le discours des autorités canadiennes. Nous relèverons également que les attentats du 11 septembre n'ont été qu'un catalyseur de ces préoccupations conduisant aux amalgames, et non un déclencheur. Ainsi, le CCR rapporte qu'en mai 1998, alors qu'il était question de réinstaller au Canada certains réfugiés du Moyen-Orient emprisonné en Israël, le Premier ministre de l'Ontario commentait que le Canada avait accepté plus qu'assez de criminels venant d'autres pays et qu'il devait peut-être commencer à envisager d'envoyer quelques-uns des siens à l'étranger⁷⁶⁸. Le CCR précise que

« Ces réfugiés avaient été reconnus par le HCR. Le fait de les caractériser comme criminels uniquement parce qu'ils étaient détenus est une façon de promouvoir la distorsion d'information, la xénophobie et les préjugés anti-réfugiés. »⁷⁶⁹

Section 2) Le demandeur d'asile, un fraudeur à démasquer et un enjeu sécuritaire.

Le demandeur d'asile partage avec l'immigrant illégal l'absence de statut juridique. Il n'est pas titulaire du statut de réfugié et plus grave encore, il est de moins en moins titulaire du droit de demander ce statut. Il est « l'étranger absolu »⁷⁷⁰.

Dans un premier temps suspectés d'être des imposteurs (I), les demandeurs d'asile sont ensuite entraînés dans la spirale sécuritaire qui fait d'eux des criminels potentiels (II).

I) Des illégaux et des fraudeurs : une rhétorique d'auto-justification.

Dans le cadre de la coopération européenne et nord-américaine, nous aurons l'occasion de revenir en détail sur la fabrication de la « demande manifestement infondée », devenue norme de droit, par ce qui ressemble à une opération de blanchiment de concept. Dans ce

⁷⁶⁷ CCR, « Rapport sur le racisme systémique et la discrimination dans les politiques canadiennes sur l'immigration et les réfugiés », 1er novembre 2000.

⁷⁶⁸ Propos de Mike Harris traduits et rapportés de l'édition du 21 mai 1998 du *Saskatoon Star Phoenix*, par le Conseil canadien pour les Réfugiés.

⁷⁶⁹ CCR, « Rapport sur le racisme systémique et la discrimination dans les politiques canadiennes sur l'immigration et les réfugiés », 1^{er} novembre 2000.

⁷⁷⁰ François CRÉPEAU, « Le réfugié et la protection des chartes », dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux — Aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises 1992 de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Montréal, Yvon Blais, 1993, p. 241.

développement, nous abordons le contexte, la philosophie et le discours de la fraude qui ont abouti à la consécration juridique de l'idée du « faux » réfugié.

Partant du principe que les réfugiés entrent dans la catégorie des migrants non choisis, ils sont assimilés aux « illégaux ». Ce qui est déjà une erreur de droit.

Assez révélateur de cette logique est le fait que dans l'ensemble des procédures relatives à la reconnaissance, la cessation ou l'exclusion du statut, les États aient renversé la preuve en la mettant à la charge du requérant. Avant même d'être demandeur, il est débiteur du système.

Le vocabulaire emprunté au monde du crime transforme la demande d'asile comme droit humain en problème de gestion d'indésirables. En désignant les réfugiés par le vocabulaire de la menace, les autorités construisent cette menace, et s'octroient *ipso facto* les moyens d'y remédier.

Dans un article allant dans ce sens et portant précisément sur le poids des mots, Didier Fassin démontre en quoi les étrangers en général sont privés du vocabulaire de l'exclusion (ce qui est pourtant leur cas), au profit de celui des hors-la-loi, qu'il va dès lors s'agir de « punir ».

« En désignant comme « clandestins » les étrangers en situation irrégulière [...] on les classe [...] et justifie les mesures – pour prévenir et réprimer cet état de fait – [...] Dès lors, la caractéristique première de l'irrégularité – à savoir qu'elle est le produit des lois et de leur application – [...] – ne peut pas être appréhendée. Parce qu'il est désigné comme celui qui s'est délibérément mis hors-la-loi. Parce qu'il est un « clandestin », il n'y a pas lieu de le considérer comme un « exclu », en l'occurrence du droit, puisque ce terme trouve sa place dans un autre référentiel de l'action publique, celui du chômage et des banlieues. »⁷⁷¹

Schématiquement, le pays dit d'accueil s'exonère d'appliquer le droit à des individus qui sont considérés comme s'en écartant d'eux-mêmes, même si ce n'est pas le cas.

Concernant les demandeurs d'asile plus précisément, Jérôme Valluy insiste sur la circularité du processus de rejet rhétorique et du processus de rejet pratique de ces derniers. Selon lui en revanche, c'est le rejet pratique qui a précédé le rejet rhétorique, venu ensuite en soutien pour justifier et accentuer le premier⁷⁷². D'où la circularité. Il est intéressant de relever que selon cette logique, le processus de rejet des demandes d'asile a démarré sans « raison », et que ce n'est qu'après sa mise en place que les mythes de la pression migratoire, de l'immigration économique déguisée, et de la fraude sont apparus. La spirale du rejet qui s'est

⁷⁷¹ Didier FASSIN, « « Clandestins » ou « exclus », quand les mots font la politique », *Politix*, 1996, vol 9, n° 34, pp. 77-86. Dans son article « L'exil, l'épreuve et le défi », dans *Langues, blancs, pouvoirs, inconscient*; in : *Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique*, Le CIEPHUM, 1997, P. DERAMAIX relève la même mise hors-la-loi des étrangers et des exilés à des fins de marquage et de contrôle policier.

⁷⁷² Jérôme VALLUY, « La nouvelle Europe politique des camps d'exilés : genèse d'une source élitaire de phobie et de répression des étrangers », dans *Cultures & Conflits, L'Europe des camps*, n° 57, avril 2005.

installée manquerait donc de base.

Quoiqu'il en soit, l'incrédulité, la suspicion, le manque de fondement sont désormais prééminents dans l'approche qu'ont les États d'accueil des demandeurs d'asile. Et ces concepts sont relayés par les autorités qui s'adressent au pays, les médias bien sûr⁷⁷³, mais aussi certains juristes qui, bien que mesurant leur propos et en distinguant les destinataires, écrivent:

« L'afflux en France d'un nombre de plus en plus grand d'étrangers [...]. Cet accroissement ne correspond pas à une multiplication, dans une proportion comparable, des atteintes aux droits de l'homme dans le monde [...]. En réalité, de nombreuses demandes sont présentées dans la seule perspective de tourner les règles qui limitent la venue et l'établissement en France des étrangers et dissimulent derrière des récits de persécutions imaginaires, souvent mis en forme par des tiers et étayés par de fausses pièces administratives, des raisons principalement économique. Ce phénomène de dérivation assez anormale des circuits d'immigration, dont les « vrais » réfugiés sont les premiers à pâtir [...] [La commission] élabore parfois, pour des motifs aisément compréhensibles en opportunité, des raisonnements juridiquement fragiles. »⁷⁷⁴

Sur le mensonge justement, permettons-nous une légère digression.

Un problème majeur doit être soulevé, celui du mensonge stratégique: qu'il faille finalement mentir et exagérer pour passer les mailles du filet de rejet. Mentir et exagérer alors que l'exposition des faits devrait suffire. Selon Cécile Rousseau, psychiatre ayant conduit des entretiens avec des ex-commissaires de la CISR, tout cela n'a d'ailleurs pas d'importance, car ce qui fait entrer un réfugié dans le statut, c'est une histoire-clé, produite par son passeur, son avocat ou lui-même, qui aura le pouvoir d'amener une position positive du tribunal. On confond l'authenticité de l'expérience avec la véracité de l'histoire racontée.

Elle soulève une différence fondamentale et pourtant source de confusion, entre le doute (issu d'un processus scientifique de validation ou d'invalidation d'hypothèse) et le soupçon (qui relève de la croyance). Elle soulève également un autre mythe : celui de l'expertise, c'est-à-dire le mythe de la faculté qu'ont les décideurs, de détecter le vrai du faux. Elle rappelle enfin, et rejoint en cela tous les développements faisant de la rhétorique du mensonge un moyen d'auto-justification du rejet, que la construction des réfugiés comme menteurs permet de rester fidèle à la *Convention de Genève*. Les États s'exonèrent. Ils ne la violent pas. Ils

⁷⁷³ A tel point que l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a jugé nécessaire de produire une recommandation à ce sujet : Recommandation n°1768 (2006), *L'image des demandeurs d'asile, des migrants et des réfugiés véhiculée par les médias*, 5 octobre 2006.

⁷⁷⁴ AZIBERT et BOISDEFFRE, chronique sous CE, 12 décembre 1986, *Tshibangu* et CE 19 décembre 1986, *Aramburu Garmendia*, *AJDA* 1987, p. 86.

l'appliquent au contraire⁷⁷⁵.

Les résultats concrets de cette construction discursive sont le fichage, l'enfermement dans des camps⁷⁷⁶, le fait que les agents de l'OFPRA ne doivent plus se justifier d'un refus, mais d'une reconnaissance de statut⁷⁷⁷, ou encore le fait que des décisions de rejet soient prises en aval par des autorités non habilitées à le faire, tels les transporteurs par exemple. Le mythe du mensonge est connoté moralement pour ne pas dire religieusement. Il désigne le péché, la faute intentionnelle, une mauvaise personne. Du mensonge au crime, il n'y a dès lors qu'un pas.

II) Des criminels et des terroristes.

Les réfugiés portent d'une part le fardeau d'une criminalité qui, soit n'en est pas réellement, soit n'est pas la leur (A). Et ils subissent d'autre part directement, la montée des mesures anti-terroristes (B).

A) Déplacement de la notion de criminalité.

L'immigration clandestine, prétendument nourrie des mensonges des demandeurs d'asile, est par définition illégale. Le problème vient du fait que les termes illégalité et criminalité tendent à se confondre. Le problème est aussi, que pour arriver dans le pays d'accueil, les immigrants dont des candidats réfugiés, se soumettent au jeu d'une véritable criminalité cette fois, celle des passeurs. Un marché déjà estimé en 1994 entre 5 et 7 milliards de dollars⁷⁷⁸.

Il est évident que cette criminalité doit être activement combattue. Il est non moins évident qu'elle ne serait pas aussi prospère si les réfugiés pouvaient véritablement exercer leur droit à demander l'asile. Certains observateurs soulèvent cependant un point très délicat : le fait que les réseaux de passeurs aient pu sauver, et sauvent encore des vies. Faire passer une frontière ne consiste pas seulement à faire entrer des individus sur un territoire, mais aussi à les faire sortir d'un pays où ils sont en danger. L'Histoire est riche d'exemples avec les Juifs fuyant l'Allemagne nazie, les républicains espagnols traversant les Pyrénées, les Européens

⁷⁷⁵ Cécile ROUSSEAU et Patricia FOXEN, « Le mythe du réfugié menteur : un mensonge indispensable », Quatrième séminaire de l'équipe de recherche sur le processus de détermination du statut de réfugié au Canada, Université de Montréal, 18 juin 2004, 47 p.

⁷⁷⁶ Charlotte LESSANA, « La fabrique de l'immigré », *Culture et conflits*, n°31-32, 1998, pp. 141-158.

⁷⁷⁷ Voir le témoignage de Catherine LE GALL, agent démissionnaire de l'OFPRA : Jaqueline REMI et Catherine LE GALL, « Je ne veux plus trier les réfugiés », *L'express*, 19 janvier 2006.

⁷⁷⁸ John MORRISON et Beth CROSLAND, « The trafficking and smuggling of refugees – The endgame of Europe asylum policy », UNHCR, Working Paper n°39, avril 2001, 93 p.

de l'est traversant le rideau de fer, les Vietnamiens embarquant sur des bateaux, etc. Tous ayant monnayé leur fuite⁷⁷⁹. Aujourd'hui encore, des milliers de réfugiés doivent leur vie à un passeur. Des milliers la perdent également, noyés dans le détroit de Gibraltar, asphyxiés dans des camions réfrigérés, gelés dans le train d'atterrissage des avions, etc.⁷⁸⁰ Les enjeux sont plus compliqués que ce que la seule inquiétude sécuritaire ne les présente.

Selon une certaine lecture des instruments mis en œuvre dans ce domaine, il ressort que l'objectif poursuivi est davantage le durcissement d'une stratégie de gestion migratoire que la véritable traque des criminels. Tout en qualifiant les migrants de « victimes » des trafiquants, les instruments ne leur accordent aucune véritable mesure d'assistance et de protection théoriquement due à une victime⁷⁸¹. L'identification des victimes et leur dissociation des criminels sont dans ce domaine encore trop confuses, car la protection de la personne n'est pas au centre des politiques⁷⁸².

Il ressort au contraire de la préoccupation grandissante de la communauté internationale sur cette criminalité, que les réfugiés qui n'ont pas d'autres choix que de jouer le jeu des passeurs sont eux-mêmes estampillés criminels. Les « mal arrivés » sont systématiquement détenus comme des criminels, et parfois refoulés sans autre forme de procès.

En sus de cette criminalité particulière, source de confusion, le terrorisme ou plus précisément les mesures antiterroristes et les discours qui l'accompagnent, viennent également directement incriminer les migrants.

B) Dans le collimateur des mesures anti-terroristes.

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 ont fourni à la fois l'opportunité de sortir la préoccupation sécuritaire de l'ombre et la légitimation nécessaire pour la renforcer. Faisant croître formidablement l'effet dénoncé depuis longtemps par Didier Bigo, qui démontre que

⁷⁷⁹ François CRÉPEAU, « The protocol against the smuggling of migrants : the crowning of an intense cooperation on migration containment », Canadian Council on International Law (eds), *Globalism : People, Profits and Progress*, Kluwer Law International, 2002, pp. 125-133.

⁷⁸⁰ Philippe RIVIERE, « « Bavures » aux frontières de l'Europe – 58 morts à Douvres, Combien ailleurs ? », *Le Monde diplomatique*, 23 juin 2000.

⁷⁸¹ François CRÉPEAU notamment, à propos du Protocole de Palerme de décembre 2000 *contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des nations unies contre la criminalité transnationale organisée* : François CRÉPEAU, « The protocol against the smuggling of migrants : the crowning of an intense cooperation on migration containment », *op.cit.*, note 779.

⁷⁸² Voir CCR, « Migrant smuggling and trafficking in persons », 20 février 2000, URL <http://www.web.net/ccr/traffick.htm> (consultée le 1er janvier 2008), ainsi que la campagne du HCR mettant en garde contre une « fraude à la réinstallation », orchestrée par des réseaux de passeurs très bien structurés <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/news/opendoc.htm?tbl=NEWS&id=4379f8974> (consultée le 15 janvier 2006)

plus on parle de sécurité, plus on développe l'insécurisation, et que plus on discourt sur l'insécurité, moins on prend en compte ceux qui se sont déjà révélés être une menace, et plus on établit des « profils » (sans valeur scientifique) sur ceux qui seront, pourront, être une menace⁷⁸³. De fait, et cela se vérifie, les immigrants illégaux et les réfugiés sont victimes du contre-terrorisme alors que ce ne sont ni des immigrants illégaux ni des réfugiés qui ont jamais été les auteurs d'attentats⁷⁸⁴. À des fins d'activités terroristes, il est d'ailleurs beaucoup plus facile, et légal de surcroît, d'entrer au Canada ou en France par le biais d'un visa étudiant ou de touriste.

Si plusieurs observateurs, au premier rang desquels le HCR, établissent que les gouvernements qui se concentrent essentiellement sur la sécurité depuis les attaques du 11 septembre participent directement à l'érosion globale du droit d'asile⁷⁸⁵, cela est particulièrement vrai pour les États-Unis évidemment, et par phénomène de ricochet pour le Canada (1). Le durcissement est très net en Europe aussi (et donc en France), et porte tout autant atteinte au concept de l'asile (2).

1) Au Canada.

Ce dernier ayant subit les pressions politiques de son voisin qui, en mal de responsables, l'a notamment accusé d'être une « passoire »⁷⁸⁶, et qui dans la foulée des attentats a consolidé et signé avec lui l'entente sur « la frontière intelligente », et particulièrement l'*Entente relative aux tiers pays sûrs*, avatar américain de la politique européenne, pionnière en la matière, qui permet le renvoi vers un pays non-sûr, des candidats réfugiés ayant transité par les États-Unis.

Outre le renvoi vers les États-Unis, le nouveau « plan antiterroriste » auquel a été alloué un imposant budget⁷⁸⁷ et qui comprend la loi antiterroriste⁷⁸⁸ a ouvertement fait entrer les réfugiés et candidats au statut dans les préoccupations liées au terrorisme. La loi comporte différents objectifs stratégiques, dont l'enquête sécuritaire préliminaire pour les demandeurs

⁷⁸³ Didier BIGO « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », *Culture et Conflits*, n° 31-32, Automne-hiver 1998.

⁷⁸⁴ Voir Conseil Canadien pour les Réfugiés, « Questions sur les mesures de sécurité au Canada...et leur impact les réfugiés et immigrants », URL : <http://www.web.net/ccr/securiteq.html> (consultée le 16 janvier 2007).

⁷⁸⁵ HCR, « Les dix principales préoccupations sur la protection des réfugiés suite aux attentats du 11 septembre », communiqué de presse du 23 octobre 2001 et HCR, *Rapport global 2003*, p. 18.

⁷⁸⁶ Joël PLOUFFE et Élisabeth VALLET, « Que le Canada ne sombre pas dans la dérive paranoïaque », *Le Soleil*, lundi 25 septembre 2006.

⁷⁸⁷ 180 millions de dollars américains : « Plan antiterroriste du Canada », plaquette publiée par le ministère des affaires étrangères et du Commerce international, URL : http://www.hc-sc.gc.ca/ed-ud/alt_formats/hecs-sesc/pdf/event-incident/radiolog/info/terror_f.pdf (consultée le 1er janvier 2008).

⁷⁸⁸ Projet de loi C-36, devenu *Loi antiterroriste*, [2001. Ch. 41]

du statut de réfugié, l'augmentation de la capacité de détention ou encore l'augmentation des activités relatives à la déportation⁷⁸⁹.

De plus, les « certificats de sécurité » remodelés par la *LIPR* en 2002⁷⁹⁰ donnent désormais aux autorités ministérielles⁷⁹¹, en dehors de tout contrôle judiciaire, la compétence de détenir indéfiniment et d'expulser des individus, si elles ont un « motif raisonnable de soupçonner »⁷⁹² que ces derniers représentent un danger pour la sécurité du pays.

En ce qui concerne directement les candidats réfugiés, le contrôle sécuritaire est donc désormais entrepris au moment du dépôt de la demande, alors qu'auparavant, les contrôles sécuritaires étaient entrepris lorsque le demandeur déposait une demande de résidence permanente⁷⁹³. Les candidats à l'asile sont ainsi officiellement assimilés à une menace potentielle. Les réfugiés ayant obtenu le statut aussi d'ailleurs, ce qui accentue deux mythes présents au Canada : le fait que les réfugiés sont des criminels⁷⁹⁴, et le fait que le Canada accorde le statut trop facilement. Citons ici le cas d'Hassan Almrei, réfugié syrien ayant obtenu le statut en 2000, mais qui a fait l'objet d'un certificat de sécurité en 2001, car considéré comme une menace à la sécurité (pour des raisons gardées secrètes) et détenu depuis, sans aucun droit de défense, dans des conditions inhumaines, et sous la menace quasi quotidienne d'une déportation vers la Syrie, dans ce que les canadiens appellent le « Guantanamo nord », une prison de six cellules bâtie spécialement pour les personnes détenues en vertu d'un « certificat de sécurité »⁷⁹⁵.

Que le nombre de certificats de sécurité émis soit assez faible ne doit pas occulter leur potentiel liberticide et leur iniquité puisqu'ils sont produits de façon complètement

⁷⁸⁹ Voir « Les quatre revendications de solidarité sans frontière », juin 2005, URL : <http://solidarityacrossborders.org/fr/demands> (consultée le 1er janvier 2008), et Thomas GABOR, « La loi antiterroriste et ses effets ; point de vue d'universitaires canadiens », 31 mars 2004, URL : http://www.justice.gc.ca/fr/ps/rs/rep/2005/rr05-1/rr05-1_a_08_01.html (consultée 1er janvier 2008).

⁷⁹⁰ Ils existent en fait depuis 1978 et ont fait l'objet d'une utilisation plutôt prudente depuis : 27 cas entre 1991 et 2005. Voir Agence des services frontaliers du Canada, « Certificats de sécurité selon la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* », Document d'information, avril 2005.

⁷⁹¹ Le ministère Citoyenneté et Immigration et le tout nouvellement créé « Ministère de la sécurité publique et de la protection civile », [Crée le 12 décembre 2003. Loi sur le – 2005., ch 10] pendant canadien du département américain « Homeland security » créé en novembre 2002, en réaction directe aux attentats du 11 septembre.

⁷⁹² Et non plus de « croire », voir Jennifer STODDART, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, « Position sur la loi antiterroriste », Présentation du Commissariat à la protection de la vie du Canada au Comité spécial du Sénat sur la *Loi antiterroriste*, 9 mai 2005.

⁷⁹³ Benjamin R. DOLIN, Margaret YOUNG, *Le régime canadien de protection des réfugiés*, juillet 1993, révisé en 2002, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaire, BP-185F, 36 p.

⁷⁹⁴ Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing « terrorists » : Refugees, national security and Canadian law », *Refuge*, Vol 19, n° 3, 2002, pp. 116-133.

⁷⁹⁵ Sharryn AIKEN, « Interdiction and the post 9/11 Security Agenda : À Canadian perspective », communication du 6 mars 2006, Séminaire transdisciplinaire, *La complexe dynamique des migrations internationales*, URL : <http://cdim.cerium.ca/article1932.html> (consultée le 1er janvier 2008).

discrétionnaire, sans aucun contrôle judiciaire et ne proposent aucune protection contre l'erreur⁷⁹⁶. Le fait que les demandeurs d'asile soient concernés de manière indiscriminée, et notamment concernés parce qu'ils entrent sur le territoire canadien avec de faux papiers, est qui plus est très inquiétant lorsqu'on sait qu'ils sont nombreux à ne pas disposer de papiers en règle.

Enfin en décembre 2003, le gouvernement avait annoncé le transfert de compétence de l'Examen des Risques Avant Renvoi (ERAR) de la CISR vers l'Agence des Services frontaliers, respectivement sous tutelle du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration et du ministère de la Sécurité Publique et de la Protection Civile. Transférant ainsi très publiquement l'enjeu que représentent les réfugiés, d'une problématique de protection à une problématique de sécurité. Mais le 8 octobre 2004, le gouvernement annonçait le retour de la compétence des ERAR au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration⁷⁹⁷. Même si rapidement corrigé, il nous fallait relever ici à quel point le sursaut sécuritaire a été fort.

2) En Europe et en France.

L'Europe n'est pas en reste et la situation y est encore moins nouvelle. Dès les années soixante-dix, les réflexions intergouvernementales ont associé les problèmes de terrorisme et d'asile au sein de groupes de travail communs. Les attentats du 11 septembre n'ont donc, comme pour l'Amérique du Nord, pas amorcé, mais renforcé la prévention et la confusion entre les problématiques migratoires, la grande criminalité et le terrorisme. Par exemple, une semaine après les attentats, deux projets de décisions-cadres étaient déposés par la Commission devant le Conseil, l'un relatif au terrorisme, l'autre au mandat d'arrêt européen⁷⁹⁸. Ils préexistaient forcément aux événements du 11 septembre, mais ces derniers ont sans doute contribué à les promouvoir dans les priorités de l'ordre du jour.

⁷⁹⁶ La Cour Suprême du Canada s'est prononcée le 23 février 2007 sur les enjeux des certificats de sécurité et a validé leur légitimité ainsi que le caractère indéfini des durées de détentions associées à la procédure. Néanmoins, elle a conclu unanimement à l'inconstitutionnalité du secret entourant la procédure, qui viole les principes de justice fondamentale inscrits à l'article 7 de la *Charte* : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9. En réponse, la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2008, ch. 3. Parlement du Canada, LEGISinfo, 39e législature - 2e session, (16 oct. 2007-) a été rapidement votée. Mais sa constitutionnalité reste sujette à caution selon certains observateurs : CCR, « Le Parlement adopte le projet de loi C-3 sur les certificats de sécurité », *La Chronique du Conseil canadien pour les réfugiés*, Vol. 2 n° 11, 4 mars 2008 ; Maude Barlow, Roch Tassé, Sameer Zuberi, « Rushing injustice through the Senate », *The Star*, 11 february 2008, URL : <http://www.thestar.com/comment/article/302914> (consultée le 27 mai 2008).

⁷⁹⁷ Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *RPP 2005-2006, Citoyenneté et Immigration Canada*, Section 1.

⁷⁹⁸ *Décisions-cadres relatives à la lutte contre le terrorisme et au mandat d'arrêt européen*, Textes E 1828 et E 1829, COM (2001) 521 final et COM (2001) 522 final.

Parmi l'accroissement des mesures relatives à la lutte contre le terrorisme, le fichage intensif et techniquement de plus en plus perfectionné des migrants est une illustration frappante. L'Europe passe du risque migratoire présenté comme débordement du potentiel d'accueil, au risque migratoire présenté comme mise en danger physique. Nous verrons cela dans la troisième partie de ce travail.

La France dispose d'une législation antiterroriste propre depuis 1986⁷⁹⁹ et comme dans la plupart des États occidentaux, on assiste à un très net durcissement depuis 2001. Tout d'abord avec une loi sur « la sécurité quotidienne » adoptée dès le mois de novembre 2001⁸⁰⁰, puis – en réaction cette fois aux attentats de Londres – une nouvelle loi est adoptée en 2006⁸⁰¹. Toutes ont élargi progressivement le champ des actes entrant sous le coup de la législation, et toutes ont autorisé de plus en plus largement les régimes d'exception, soit en donnant des compétences policières à des organes qui n'en ont pas l'autorité (pouvoirs accordés aux agents de sécurité d'opérer des contrôles et des palpations sur les individus, surveillance et accès aux données téléphoniques et à Internet...), soit en exonérant de plus en plus d'activités policières de tout contrôle judiciaire, permettant ainsi la multiplication des mesures arbitraires et discriminatoires.

La nouvelle loi de 2006 établit ouvertement le lien entre terrorisme et demandeurs d'asile en autorisant « pour les besoins de la prévention et de la répression des actes de terrorisme », les autorités habilitées à avoir accès aux fichiers d'empreintes des demandeurs d'asile (article 9).

Alors que tout droit pénal est à même de réprimer un acte de terrorisme, se munir d'une loi spécifiquement antiterroriste vise à la prévention et tend à la généralisation des procédures d'exception, tant au niveau de la surveillance, du contrôle, des enquêtes policières, que de l'enfermement. Le danger avec l'anticipation est qu'à nouveau, sont créés/construits/inventés des profils de menaces. Or, ces profils sont toujours les mêmes. Les premiers à être stigmatisés sont donc les immigrés et les demandeurs d'asile⁸⁰².

⁷⁹⁹ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986, loi dite Chalandon, *sur les repentis relative a la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État* et loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986, *modifiant le code de procédure pénale et complétant la loi 861020 du 09-09-1986 relative a la lutte contre le terrorisme*.

⁸⁰⁰ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, *relative à la sécurité quotidienne*, *JORF* du 16 novembre 2001.

⁸⁰¹ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *JORF* du 24 janvier 2006.

⁸⁰² Voir l'édito de *Au nom de l'insécurité*, *Plein Droit*, n° 59-60, mars 2004.

Conclusion chapitre 2 :

Le rôle déstabilisateur du réfugié apparaît nettement. Dans un contexte où les États sont sensibilisés par une régression économique ou un attentat terroriste, et veulent se protéger des nouveaux arrivants, en affirmant avec force leur souveraineté en la matière, le réfugié pose problème. Il doit théoriquement être protégé et épargné des considérations sur l'immigration, mais au même titre que les autres, les États ne veulent pas le voir venir.

Ce n'est donc qu'en masquant ou lui ôtant ses caractéristiques de réfugié, que les États parviendront à se dégager des obligations qui pèsent sur eux. À moyen terme donc, la négation de la « réfugitude » est un objectif à atteindre. En appelant précisément à la *Convention de Genève*, en disant que le réfugié n'entre pas dans son champ d'application, mais constitue un immigrant à maîtriser comme les autres, les États récupèrent leur souveraineté et s'exonèrent de leurs engagements envers le principe de l'asile.

Le chapitre que nous venons de développer dégage les moyens discursifs et normatifs mis en œuvre à cette fin.

Dans un article intitulé « Fin des immigrants, création des réfugiés. Fin de l'État-nation, création du nettoyage ethnique », Marion O'Callaghan annonce d'emblée que la définition du réfugié est élaborée en fonction de la société qui accorde l'asile, et que les critères à remplir ne dépendent pas des conditions propres au pays d'origine, « pas plus que cela ne dépend de critères objectivement déterminés »⁸⁰³, mais de la nature du pays d'accueil. Cela rejoint les critiques d'Hathaway sur la nature partisane et datée de la définition du réfugié, mais va au-delà, en évoquant l'idée que cette définition ne pourrait jamais être autrement que partisane, même réécrite, même actualisée.

Pré-construite pour et par le pays d'accueil, la définition du réfugié est d'autant plus modulable, et il est d'autant plus aisé d'en faire sortir le réfugié. En cristallisant sur ce que le candidat réfugié est susceptible d'être : un migrant économique ou un criminel, les États s'assurent qu'on ne se concentre pas sur ce qu'il prétend être : un réfugié.

⁸⁰³ Marion O'CALLAGHAN, « Fin des immigrants, création des réfugiés. Fin de l'État-nation, création du nettoyage ethnique », dans CALOZ-TSCHOPP Marie-Claire, CLEVENOT Axel, TSCHOPP Maria-Pia (eds), *Asile-violence-exclusion en Europe : histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des sciences de l'éducation de l'Univ. de Genève, Genève, 1994, pp. 179-191.

Conclusion Titre 1

Les États peuvent prendre certaines libertés sur la lettre de la *Convention* et notamment sur la chronologie qu'elle impose en matière d'examen des demandes de reconnaissance de statut. Si ces libertés ne sont pas aussi spectaculaires que les développements qui suivent, relatifs à la quasi mise sous silence de la *Convention*, elles représentent néanmoins une étape clé dans le processus de dénaturation complète du droit des réfugiés évoquée dans l'ensemble de cette seconde partie.

Le droit international des réfugiés, incarné par la *Convention de Genève* est sans doute en l'état du droit positif, le « meilleur » instrument de cette protection, mais il a sa part de responsabilité dans la faiblesse de la protection accordée aux réfugiés.

Si par leurs législations internes, les États aboutissent à réduire la portée de la protection prévue dans la norme internationale, sans pour autant se rendre coupables d'une négation absolue de cette dernière, c'est par le biais de concepts visant spécifiquement à la détourner. Ce processus de détournement passe en premier lieu par une interprétation restrictive de la *Convention*. Il se poursuit par une application faussée de celle-ci, et finit par emprunter des notions totalement étrangères au droit d'asile, pour noyer leurs obligations dans un flot de préoccupations fort distinctes de celles qui sont normalement relatives aux réfugiés. L'interprétation opportune de l'instrument normatif *ad hoc* ne suffisant plus à gérer le « problème des réfugiés », il a fallu s'en émanciper. Et à cette fin, revisiter entièrement les concepts qui le dominent.

Au-delà du texte, une entreprise de dénaturation des concepts fondateurs du droit des réfugiés a ainsi ouvert la voie aux amalgames. En refusant aux réfugiés leur « réfugitude » (c'est-à-dire la caractéristique essentielle qui les distingue de l'immigrant en général), les États les privent du peu de statut résiduel. À l'atrophie du statut succède sa négation. Nous allons voir que nier sa vulnérabilité, en réfutant sa faiblesse juridique et sociale, procède de la même démarche.

TITRE 2 : EN PANNE SUR LA VULNÉRABILITÉ DU RÉFUGIÉ.

L'évolution du problème des flux migratoires a abouti également à ce que l'institution de l'asile se scinde en deux perspectives très particulières. Selon que l'on se place du côté des autorités administratives ou du réfugié, il y a des *étapes* de procédures ou des *obstacles* successifs à l'octroi d'une véritable protection. Pour un réfugié, il faut aujourd'hui passer outre le problème de l'accès au territoire, puis obtenir l'asile lié à une demande de reconnaissance du statut. Par une précarisation croissante du demandeur d'asile et du réfugié, même reconnu, les États aboutissent à nier le concept de personne vulnérable.

Ce titre porte sur un glissement d'appréhension majeur entre la philosophie de départ du droit des réfugiés consistant à mettre à l'abri les personnes vulnérables, et la situation d'arrivée, qui consiste à vulnérabiliser davantage encore les réfugiés en les soumettant à des règles de procédures très strictes et en précarisant leur situation dans le pays d'accueil. À terme, cela vise à les dissuader de venir et se conjugue avec le dernier développement de la présente recherche, relatif à la mise en place d'instruments spécifiques visant à empêcher les réfugiés de venir.

Si le droit de demander l'asile est tout à fait proclamé, l'accès concret à ce droit est semé d'embûches, ce qui permet de nier le droit d'asile, sans dénoncer son adoption en droit international, et sans toucher aux droits fondamentaux inscrits dans les chartes (**Chapitre 1**). De plus, la vie d'un réfugié, et surtout d'un candidat au statut, est rendue de plus en plus difficile et précaire. Ici, la « déclaration des droits » de la *Convention de Genève* applicable aux « demandeurs d'asile » en tant que « réfugiés en général » et en tant que « réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire » est négligée, autant par le Canada que par la France. Et dans le traitement des « demandeurs d'asile », la France s'illustre particulièrement en appliquant très minimalement la directive européenne de 2003 dite « accueil », qui a pourtant posé des règles de traitement peu contraignantes pour les États⁸⁰⁴ (**Chapitre 2**).

⁸⁰⁴ Voir *infra*, Partie 3, Titre 1, Chapitre 2, « La directive accueil » .

Chapitre 1 - La course à la demande d'asile.

Il ressort des pratiques étudiées que ce qui est pour le demandeur d'asile une véritable course d'obstacles (parfois doublée d'une course contre la montre), constitue pour les gouvernements un opportun processus de tri. Ils visent à filtrer qualitativement et quantitativement, non seulement qui sera réfugié, mais en amont, qui sera digne d'en faire la demande. Sur ce point, jamais les objectifs français (**Section 1**) et canadien (**Section 2**) ne nous ont paru aussi similaires, en dépit de leurs différences de méthodes.

Section 1) En France : un filtre de tri.

Un candidat au statut de réfugié en France doit être admis sur le territoire, ce qui n'est jamais acquis, voire de moins en moins possible (**I**). Il doit par la suite être admis au séjour afin de déposer sa demande d'asile, ce qui est de plus en plus incertain (**II**). Enfin, il doit subir le test de l'OFPRA, qui ressemble de plus en plus à un écrémage (**III**).

1) L'excès de zèle de l'admission sur le territoire.

Si le demandeur d'asile arrive sans document (la plupart des cas) dans un aéroport, port ou gare ferroviaire ouvert(e) au trafic international, il est immédiatement placé en zone d'attente⁸⁰⁵. Durant cette attente qui ne doit théoriquement pas excéder 26 jours⁸⁰⁶, les autorités se prononcent sur son admission sur le territoire. Ces autorités sont les dix agents de protection (seulement dix) qui composent la « Division de l'Asile à la Frontière » (DAF), une structure de l'OFPRA relevant jusqu'alors du ministère de l'Intérieur, mais désormais du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement. Pour l'heure, aucun des éléments qui suivent n'ont vocation à changer avec la passation de tutelle, mais les informations recueillies sont tirées de la pratique du ministère de l'Intérieur.

Ces agents sont essentiellement postés à Roissy où plus de 90% des demandes d'asile sont déposées. Le cas échéant, ils se déplacent, notamment à Orly, mais les entretiens peuvent

⁸⁰⁵ Le régime de la zone d'attente sera spécifiquement étudié plus loin, dans le cadre de la problématique de « non-entrée ». Voir *infra*, Partie 3, Titre 2, Chapitre 2. Dans ce développement, nous relevons seulement sa dimension d'« étape vers le statut ».

⁸⁰⁶ La loi « Hortefeux » a porté ce maximum possible de 20 à 26 jours : art. L. 221-3, L. 222-1 et L. 222-2 du CESEDA.

également se dérouler par voie téléphonique⁸⁰⁷. La DAF transmet ses conclusions au ministre qui prend très rapidement une décision sur l'admissibilité du demandeur sur le territoire français. L'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Etrangers (Anafé)⁸⁰⁸ affirme que le ministère se borne à suivre l'avis émis par la DAF. En pratique, les autorités qui examinent la question de l'admission sur le territoire sont des agents de police et de douane qui transmettent ensuite les informations qui vont transiter par la DAF et remonter au ministère. D'autre part, l'entretien de l'agent de la DAF avec le requérant n'est pas systématique⁸⁰⁹. L'Anafé dénonce par ailleurs de nombreux refus d'enregistrement de demandes d'asile et, étant régulièrement empêchée d'accéder aux zones d'attente, s'inquiète que les nombres dont elle dispose soient très sérieusement sous-évalués⁸¹⁰. Or, le refus ou le retard⁸¹¹ d'enregistrement de la demande d'asile est théoriquement constitutif d'une voie de fait⁸¹². Ces violations⁸¹³ ne sont pas pourtant nécessaires pour empêcher les réfugiés de déposer une demande d'asile, car le droit suffit amplement à restreindre cette possibilité.

L'admission du demandeur d'asile en France peut en effet être refusée, en vertu de la loi (art. L. 741-4 du *CESEDA*), si elle est manifestement infondée, c'est-à-dire pour les motifs suivants :

1. l'examen de sa demande relève d'un autre État⁸¹⁴ c'est-à-dire qu'il a transité par un pays européen, ce qui est fréquemment le cas.

2. Son admission peut aussi être refusée s'il vient d'un « pays d'origine sûr », c'est-à-dire un pays qui se trouve sur une liste établie par chaque État (en attendant harmonisation européenne). Pour y figurer, un pays doit veiller « au respect des principes de liberté, de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »⁸¹⁵. Pour la France, cette liste comprend pour le moment 15 États. La liste

⁸⁰⁷ Informations données par la présentation officielle de la DAF par l'OFPPA, voir http://www.ofpra.gouv.fr/index.html?xml_id=236&dtd_id=10 (consultée le 29 janvier 2007).

⁸⁰⁸ Collectif d'associations fondé en 1989 afin d'apporter une aide à caractère juridique et humanitaire aux étrangers en difficulté à la frontière, et qui publie notamment chaque année un rapport de ses observations.

⁸⁰⁹ Etude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, 18 janvier 2005, § 8, p. 575.

⁸¹⁰ Anafé, *Bilan 2005, Observation associative dans la zone d'attente de Roissy*, juillet 2006, 40 p.

⁸¹¹ Le délai est de trois jours après le placement en zone d'attente.

⁸¹² CA, Paris, ord., 29 décembre 2001, *Diallo*, req. n° 2402Q01.

⁸¹³ Anafé, *La roulette russe de l'asile à la frontière – Zone d'attente, qui détourne la procédure ?*, novembre 2003, 46 p.

⁸¹⁴ Règlement CE n°343/2003 du 18 février 2003, *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres pas un ressortissant d'un pays tiers*, dit règlement « Dublin II », *JOUE* n° L 50, 25 févr.

⁸¹⁵ Article L. 741-4 du *CESEDA*. Notons que la directive européenne propose une définition plus précise : Annexe II de la Directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005, *relative à des normes minimales concernant la*

établie en 2005 avait été validée par le Conseil d'État⁸¹⁶, mais en février 2008, le même Conseil d'État faisait retirer de la liste l'Albanie et le Niger⁸¹⁷. Restent « sûrs », les États suivants : le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Croatie, la Georgie, le Ghana, l'Inde, Madagascar, le Mali, la Macédoine, l'île Maurice, la Mongolie, le Sénégal, la Tanzanie, et l'Ukraine. De manière générale, le pays sûr n'étant pas défini sur la base d'une obligation de résultat, mais de moyens, cela vide de sens la garantie prétendument offerte au demandeur d'asile.

3. Le réfugié ne sera pas non plus admis si sa présence constitue une « menace pour l'ordre public », c'est-à-dire une menace discrétionnairement appréciée par une poignée d'agents de l'État postés à la frontière.

4. Enfin, l'admission sera refusée pour « fraude délibérée », « recours abusif aux procédures d'asile » ou si la demande est déposée afin de « faire échec à une mesure d'éloignement imminente ».

Sans procédure contradictoire et, jusqu'à la loi « Hortefeux », sans recours suspensif⁸¹⁸, une non-admission au séjour signifiait très souvent un refoulement imminent. Il ressort qu'en quelques minutes, une décision sur le fond pouvait être prise au sujet de la demande d'asile, avant même que celle-ci ait eu le temps d'être déposée, et il n'était pas rare que des requérants soient réexpédiés dans leur pays de départ dans les heures qui suivaient leur arrivée (en dépit du fait que le droit impose un délai d'un jour franc avant renvoi. Un droit qui, depuis la loi du 26 novembre 2003, n'est respecté que si l'étranger a coché la case prévue à cet effet sur la feuille de notification de droits qu'il doit signer, ce qui suppose qu'il comprenne le document). Nous employons ici l'imparfait, du fait du changement apporté par la loi de novembre 2007, instituant pour les demandeurs d'asile un recours suspensif, mais cela ne présage pas de son application effective⁸¹⁹. Notons cependant que la Cour de cassation a sanctionné, en mai 2008, l'inconventionnalité du recours ouvert aux demandeurs d'asile entre

procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, dite « directive procédure », JOUE du 13 décembre 2005.

⁸¹⁶ CE, 5 avril 2006, *GISTI et autres*, n° 284706

⁸¹⁷ CE, 13 février 2008, *Forum Réfugiés*, n° 295443. Et Circulaire du MIIINC, 7 mars 2008, *Conséquences de l'arrêt du Conseil d'État en date du 13 février 2006. Albanie et Niger exclus de la liste des pays sûrs*. NOR : IMI/A/08/00024/C.

⁸¹⁸ D'où la condamnation par la CEDH (CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, req. n° 25389/05), de la procédure française de l'asile à la frontière. Un recours est désormais possible dans les 48h, au terme de l'article L. 213-9 du *CESEDA*.

⁸¹⁹ Voir dans ce sens ANAFE, *Une France inaccessible*, Rapport de visites en aéroports, Zone d'attente de Roissy-Charles de Gaulle, décembre 2007, 38 p.

la décision *Gebremedhin* et la loi du 20 novembre 2007⁸²⁰.

Cet ensemble de règles relatives à l'admission sur le territoire manque à la fois de sens et d'efficacité et en définitive, ne conduit qu'au non-respect des règles du droit d'asile. Ainsi, tous les motifs de refus d'entrée ne font théoriquement pas obstacle à ce que l'État accorde souverainement l'asile. Comment accorder l'asile à quelqu'un à qui on refuse de le demander ? D'autre part les droits dont dispose le demandeur d'asile à qui l'entrée a été refusée sont extrêmement difficiles à mettre en œuvre. Il peut avertir la personne chez qui il devait se rendre (mais la grande majorité arrive sans aucun point de chute) ; il peut avertir son consulat (incompatible avec la situation d'un demandeur d'asile) ; il peut avertir le « conseil de son choix » (encore faut-il connaître avocats et associations susceptibles de l'être). Et pour tout cela, il dispose d'un délai d'un jour franc. De plus, la CRR a été déclarée incompétente pour connaître des décisions de refus d'entrée, car celles-ci concernent des étrangers qui n'ont pas la qualité de réfugiés et qui n'entrent pas dans le champ sa compétence⁸²¹.

Enfin, le recours ouvert par le nouvel article L. 213-9 du *CESEDA* n'est pas aisé à mettre en œuvre. Exclusif de tout autre recours, il doit être déposé dans les 48h suivant la notification du refus d'entrée, doit être dûment motivé, et peut faire l'objet d'une ordonnance de rejet par le magistrat, pour manque de fondement. La mise à disposition d'un conseil juridique et d'un interprète est prévue par la loi, mais la pratique devra être observée. Un appel, non suspensif, du jugement issu de cette procédure est possible devant la Cour administrative d'appel, dans un délai de quinze jours.

Tout cela ressemble fort à une simulation de garanties juridiques. Elles sont proclamées, mais leur mise en œuvre est empêchée. L'écrémage des demandes d'asile réalisé au stade de la zone d'attente est en moyenne de 80%. Il est de plus exécuté par des autorités relevant du ministère de l'Immigration à qui l'on demande de se prononcer sur le caractère fondé de la demande d'asile alors que celle-ci n'est pas encore déposée, et relève normalement de l'OFPRA. Enfin, la zone d'attente est un échec politique, car 90% des demandeurs refusés parviennent à entrer sur le territoire. La zone d'attente est donc inefficace et alimente très fortement les filières clandestines⁸²².

Ce n'est pas un abus de langage de qualifier de « chanceux » ceux qui sont dûment

⁸²⁰ C.cass, 28 mai 2008, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c. X.*, n° 598.

⁸²¹ CE, 28 juillet 1995, *Bayemy*, n° 149067, *D.* 1996, somm., p. 108, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE.

⁸²² Antoine DECOURCELLE, « Asile : administration de la preuve », *Vacarme*, n° 18, hiver 2002.

autorisés à formuler leur demande de statut⁸²³. S'il est chanceux donc, le demandeur d'asile dispose d'un « sauf-conduit » (ou visa de régularisation) dont la durée varie de 48h à sept jours, pour aller déposer sa demande d'asile en préfecture.

II) La demande d'admission au séjour et la discrétion des préfectures.

Pour les rescapés de la zone d'attente et les rares qui n'y sont pas confrontés, l'étape de la préfecture constitue respectivement le second et le premier obstacle préalable et condition *sine qua non* à la demande d'asile à l'OFPRA.

Ce second filtrage vise à écarter les requérants selon les mêmes critères que pour l'admission sur le territoire (ceux qui sortent de zone d'attente sont donc doublement contrôlés), et à distinguer ceux qui seront admis au séjour pour demander l'asile, de ceux à qui sera appliquée la « procédure prioritaire ».

Dès leur demande d'admission, les demandeurs doivent recevoir « le guide du demandeur d'asile », un document d'information sur leurs droits et obligations ainsi que sur les organisations qui assurent une assistance juridique spécifique et celles susceptibles de l'aider ou de l'informer sur les conditions d'accueil dont il peut bénéficier, y compris les soins médicaux.

Tous les demandeurs d'asile doivent rassembler un certain nombre de pièces et d'informations prévues par les textes, mais qui peuvent varier d'une préfecture à une autre⁸²⁴. L'article 14 du décret du 30 juin 1946 modifié exige les documents établissant l'état civil ou à défaut les seules déclarations du requérant, les documents de voyage ou les indications portant sur les conditions d'arrivée et l'itinéraire emprunté, quatre photos d'identité, et l'indication d'une adresse postale⁸²⁵. Outre la nécessité d'attester d'une domiciliation (qui est très souvent celle d'une association d'entraide ou d'une connaissance, car rares sont les demandeurs d'asile pouvant justifier d'un domicile), ces conditions sont relativement souples.

Or à ce stade, indépendamment du fait que les files d'attente peuvent durer plusieurs jours, beaucoup de préfectures rendent la réunion de ces conditions très difficile et en exigent davantage. Certaines exigent la production de pièces d'identité, d'état civil ou de voyage, parfois originales et parfois accompagnées d'une traduction en français alors que le décret

⁸²³ Anafé, *La roulette russe de l'asile à la frontière - Zone d'attente, qui détourne la procédure ?*, nov. 2003, 46 p.

⁸²⁴ Amnesty International, *Guide de l'asile en France*, septembre 2006, 74 p.

⁸²⁵ Décret n°46-1574 du 30 juin 1946 modifié par le décret du 14 août 2004 portant *réglementation des conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers*.

exige seulement des « indications ». Certaines exigent un justificatif de domicile alors que le décret demande simplement une adresse postale. Certaines préfectures vont même jusqu'à subordonner l'accès au séjour à un hébergement effectif. Enfin, certaines préfectures exigent des informations et des motivations sur le fond de la demande d'asile, ce qui est du ressort de l'OFPRA et en aucun cas des agents de préfecture⁸²⁶.

Les préfectures instaurent également à loisir des règles qui sortent de la législation. Ainsi, au cours de l'été 2001, la préfecture de Lille avait installé un système de tirage au sort pour l'accès au guichet, faisant de la demande d'asile une loterie⁸²⁷.

Surviennent ensuite un certain nombre de vérifications qui ne figurent ni dans le *CESEDA*, ni dans le décret du 30 juin 1946, mais dans des circulaires non publiées du ministre de l'Intérieur. Les services de préfecture consultent le fichier des étrangers et des personnes recherchées, consultent le fichier de l'OFPRA et le fichier Eurodac institué en application de la *Convention de Dublin* pour déterminer si le demandeur relève ou non d'un autre État⁸²⁸, et enfin, procèdent au relevé des empreintes digitales qui sont « transmises sans délai à l'OFPRA [...] afin de prévenir et lutter contre certaines fraudes constatées en matière d'asile »⁸²⁹.

Les demandeurs qui ont réussi à réunir les pièces exigées et qui ont passé le test des fichiers peuvent ensuite faire l'objet d'un entretien, dit « entretien Dublin », afin de déterminer leur itinéraire pour arriver en France, et renvoyer le cas échéant la responsabilité de leur demande à l'État désigné par la *Convention de Dublin*, à qui sera remis les requérants⁸³⁰.

Se pose ensuite l'éventualité de la « procédure prioritaire ». La préfecture peut refuser l'accès au séjour si elle justifie que la situation de la personne correspond à l'une des exceptions prévues par les textes⁸³¹. Mais l'accès à la demande d'asile étant un droit tant

⁸²⁶ Confédération Française pour le droit d'asile (CFDA), « Décrets et circulaires sur l'asile - Vos informations sur les problèmes d'application », *Fiche*, 6 avril 2005. Amnesty International dénonce la même chose dans son action « Accéder à la procédure d'asile en France », dont le contenu est disponible sur le site <http://www.amnesty.fr>

⁸²⁷ Antoine DECOURCELLE, « Asile : administration de la preuve », *Vacarme*, n° 18, hiver 2002.

⁸²⁸ Règlement CE n°2725/2000 du 11 décembre 2000, *concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin*, JOCE n° L 316, 15 déc.

⁸²⁹ Circulaire du 8 février 1994, d'application de la loi Pasqua du 24 août 1993, *BO. Int. 1/94*, informations tirées de l'étude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, § 37, p. 582.

⁸³⁰ Voir *infra*, Partie 3, Titre 1, Chapitre 1.

⁸³¹ Clause de cessation et pays d'origine sûr, menace grave pour l'ordre public, recours abusif, frauduleux ou dilatoire à la procédure. Ces motifs sont énumérés à l'article L.741-4, 2° à 4° du *CESEDA*.

conventionnel que constitutionnel (sauf pour les « dublinés »⁸³²), un refus d'accès au séjour ne doit pas priver le requérant de faire sa demande devant l'OFPRA. La procédure prioritaire leur est donc appliquée et l'OFPRA doit traiter leur demande dans un délai réduit (15 jours, voire 96 heures en rétention)⁸³³. Cette procédure vise à accélérer le tri des demandeurs d'asile. Et bien que les textes rappellent qu'elle ne doit ni revêtir un caractère systématique, ni revêtir un caractère collectif, ni résulter en aucune manière du contenu de la demande d'asile, elle connaît une augmentation spectaculaire ces dernières années⁸³⁴ pour toucher 31% des demandeurs d'asile en 2006⁸³⁵. Son utilisation par les préfectures ne respecte pas toujours les règles énoncées ci-dessus. Pour la majorité, le placement en procédure prioritaire serait même la règle. La Préfecture de Seine Saint-Denis pousse l'illégalité jusqu'à informer par courrier qu'elle va refuser le séjour, sans préciser que l'intéressé peut saisir l'OFPRA⁸³⁶. Pour illustrer les disparités qui frappent les préfectures, relevons que la « demande tardive » figure parmi les demandes dites « frauduleuses » susceptibles de mettre en œuvre la procédure prioritaire. Or, comme aucun texte, pas même la *Convention de Genève*, ne fixe de délai après l'entrée en France pour formuler une demande d'asile⁸³⁷, les préfectures considèrent comme tardive et donc frauduleuse, une demande qui interviendra au-delà de 6 mois (Paris), 1 mois (Lille), ou seulement quelques jours (Calais)⁸³⁸.

Notons de surcroît que pour la procédure prioritaire, le recours devant la CRR n'est pas suspensif.

Aux demandeurs d'asile ayant surmonté tous ces obstacles, la préfecture délivre une autorisation provisoire de séjour (APS) d'une durée de validité d'un mois, portant la mention « en vue de démarches auprès de l'OFPRA », ainsi que le formulaire de demande d'asile, dit « formulaire OFPRA ».

⁸³² Barbarisme utilisé pour désigner les individus tombant sous le coup de la *Convention de Dublin* et devant être renvoyés vers le pays de premier asile.

⁸³³ Article L. 713-1 du *CESEDA* et circulaire du 22 avril 2005, INT/D/05/00051/C, ministère de l'intérieur.

⁸³⁴ Le pourcentage de mise en œuvre de la procédure prioritaire est passé de 2,75% en 1996 à 23% des demandes en 2005 : CFDA, « Les demandeurs d'asile sans papier – Les procédures Dublin II et prioritaires », avril 2006, 28 p.

⁸³⁵ Elsa BOUSQUET, « Le droit d'asile en France, politiques et réalités », UNHCR, research paper n° 138, décembre 2006, p. 8.

⁸³⁶ *Ibid.*, et CFDA, « Les demandeurs d'asile sans papier – Les procédures Dublin II et prioritaires », avril 2006, p. 12.

⁸³⁷ L'article 31 de la *Convention de Genève* précise seulement que le réfugié en situation irrégulière doit se présenter sans délai et donner une raison valable.

⁸³⁸ CFDA, « Les demandeurs d'asile sans papier – Les procédures Dublin II et prioritaires », avril 2006, p. 15.

III) La demande d'asile à l'OFPRA, le tri des réfugiés et l' « octroi » du statut.

Nous utilisons à dessein le terme d'« octroi », car l'observation de la législation et de sa mise en œuvre démontre qu'il s'agit bien d'une concession, très éloignée du principe conventionnel de reconnaissance.

Après la délivrance de l'APS, le demandeur dispose d'un délai de 21 jours pour déposer sa requête devant l'OFPRA. Il était d'un mois avant la loi de 2003. Sa demande doit obligatoirement être écrite en français et rédigée sur le questionnaire fourni par la préfecture. Le demandeur doit à nouveau fournir un certain nombre de pièces purement administratives, et on lui remet une lettre d'enregistrement de sa demande d'asile, ainsi qu'une autorisation provisoire de séjour appelée « récépissé constatant le dépôt d'une demande d'asile ». Valable trois mois, il est renouvelé en préfecture jusqu'à ce qu'une décision soit prise par l'OFPRA⁸³⁹. Le dossier doit être absolument complet. Si elle ne remplit pas toutes ces conditions, la demande peut être rejetée. La loi ne prévoit ni conseil juridique ni interprétariat gratuit pour les requérants. De fait, si le demandeur d'asile ne bénéficie pas de l'aide du milieu associatif, il ne pourra pas déposer sa demande.

L'OFPRA, et le cas échéant la CRR, remplissent alors leur rôle, qui a évolué d'organisme d'accueil et de protection, à organisme de tri, pour ne pas dire de refoulement. L'OFPRA a développé une activité consistant essentiellement à trier les bons et les mauvais dossiers. Le directeur de l'OFPRA disait en 1998 :

« Métier difficile, qui demande rigueur et motivation, et qui s'apparente à celui d'orpailleur : dans le flux que charrie la rivière, chercher inlassablement les pépites d'or de la Convention de Genève, les réfugiés politiques. »⁸⁴⁰

La métaphore mérite d'être relevée, tant pour sa symbolique dérangeante sur le flux charrié par la rivière, que pour sa portée concrète. Elle fait éclater au grand jour ce que nous évoquons depuis le début, c'est-à-dire que le réfugié doit être précieux. Il doit plus exactement *nous* être précieux. Il doit correspondre aux aspirations et aux valeurs de la société d'accueil. Concrètement, cette image fait par ailleurs appel à une perception collective et populaire selon laquelle l'occurrence des pépites d'or est infinitésimale. En construisant ce

⁸³⁹ France Terre d'asile, « Demander l'asile en France », URL : <http://www.france-terre-asile.org> (consultée le 3 février 2007).

⁸⁴⁰ M. Terral, directeur de l'OFPRA de 1997 à 2000, dans *Echanges, Santé, Social*, n°91, septembre 1998, cité dans A. DECOURCELLE, « Asile : administration de la preuve *Vacarme*, n° 18, hiver 2002.

parallèle, elle aboutit adroitement à légitimer la rareté des statuts reconnus.

L'OFPPRA est l'étape la plus inquisitoriale et la plus déstabilisante pour les demandeurs d'asile. Le bénéfice du doute semble ne pas avoir sa place. La moindre faille dans les déclarations semble conduire au rejet de la demande. Reconnaître un « faux réfugié » semble être considéré comme plus grave que rejeter un « vrai réfugié »⁸⁴¹. C'est en tous cas ce dont témoigne l'article de Catherine Le Gall, agent démissionnaire de l'OFPPRA⁸⁴². Selon elle, son rôle était de faire du chiffre et d'être rapide. Un bon nombre de dossiers étaient pré-étudiés par un « collègue expérimenté », qui décidait que la demande était trop peu crédible pour procéder à un entretien avec le demandeur⁸⁴³. Les agents sont transférés d'une division géographique à une autre avec pour seule information une « fiche pays », insuffisante pour se faire une idée des enjeux politiques, culturels et religieux sur le pays d'origine. Elle dénonce d'autre part le manque de formation et la précarité même des agents de protection, embauchés pour un an renouvelable tant qu'ils remplissent certains objectifs de chiffre. En novembre 2006, une autre officière de protection démissionnaire publie à son tour un témoignage tout à fait concordant, et semble révéler que le passage à l'OFPPRA transforme le droit d'asile en une sorte de loterie⁸⁴⁴.

Le résultat est chiffré. Environ 15% seulement des demandes d'asile entraînent une reconnaissance de statut. Pour s'en justifier, les autorités directrices et de tutelle de l'OFPPRA (et de la CRR) brandissent mensonge et détournements de procédure, pression migratoire et capacité d'accueil. Et en annonçant chaque année que près de 85% des demandeurs sont des fraudeurs, elles ferment la boucle du discours restrictif et répressif⁸⁴⁵.

La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) dénonce la même chose et relève que parallèlement au fonctionnement même de l'OFPPRA, l'inflation législative et la complexité du système ont renforcé la difficulté d'accès au droit et accentué l'insécurité juridique⁸⁴⁶. L'introduction de la notion d'« asile interne » y a nettement

⁸⁴¹ A. DECOURCELLE, « Asile : administration de la preuve », *Vacarme*, n° 18, hiver 2002.

⁸⁴² Jaqueline REMI et Catherine LE GALL, « Je ne veux plus trier les réfugiés », *L'express*, 19 janvier 2006.

⁸⁴³ 35% des demandeurs d'asile ne sont pas convoqués en entretien selon Elsa BOUSQUET, « Le droit d'asile en France, politiques et réalités », UNHCR, research paper n° 138, décembre 2006, p. 9.

⁸⁴⁴ Clémence ARNAUD, *Droit d'asile au NON de quoi ?*, Paris, ed. *Toute latitude*, 2006, 256 p.

⁸⁴⁵ Selon Antoine Decourcelle, « la procédure de d'obtention du statut de réfugié n'a pas été élaborée pour repérer les « vrais » réfugiés. Elle sert à autre chose. », Antoine DECOURCELLE, « Asile : administration de la preuve », *Vacarme*, n° 18, hiver 2002.

⁸⁴⁶ Une insécurité et un risque d'arbitraire soulignés par le Conseil d'État dans son Rapport public 2006 selon CNCDH, « Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France », 29 juin 2006.

contribué. La mise en danger du caractère suspensif du recours devant la CRR aussi. Le rattachement de cette dernière au ministère de l'Immigration et sa dépendance vis-à-vis de l'OFPRA, alors qu'elle est théoriquement sous le contrôle du Conseil d'État seulement, aussi.

La demande d'asile est en France, symptomatique d'une attitude visant à proclamer des droits et confirmer leur caractère constitutionnel ou fondamental, tout en restreignant leur accès. Les grands principes ne sont ni remis en cause ni mis en œuvre.

Section 2) Au Canada : un filtre aléatoire.

Au Canada, même si les obstacles peuvent initialement paraître moins infranchissables et peut-être moins arbitraires qu'en France, la demande d'asile est également un parcours long et semé d'embûches (I). De la même façon, l'« octroi » du statut, camouflé derrière un taux de reconnaissance assez haut, devient de plus en plus une loterie (II). Nous réservons volontairement pour un développement ultérieur les effets concrets des accords passés avec les États-Unis sur le sort de la demande d'asile, quitte à sacrifier à une vision d'ensemble de celle-ci.

1) L'allongement des étapes de la demande d'asile.

Ces étapes sont très clairement présentées par la CISR⁸⁴⁷. Un réfugié qui arrive au Canada – quel que soit son point d'entrée – doit se présenter à un agent d'immigration, dans un centre d'Immigration Canada ou dans un bureau de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Cet agent procédera à un entretien à l'issue duquel il décidera que la demande est recevable et transmissible à la Section de la Protection des Réfugiés (SPR) de la CISR. Lors de cet entretien, l'agent d'immigration au point d'entrée consigne les informations fournies par le demandeur d'asile dans des « notes de point d'entrée » et lui confisque ses documents de voyage et d'identité. Cela place le demandeur d'asile dans une situation d'« inadmissibilité pendante » jusqu'à ce que la CISR se prononce sur sa qualité de réfugié, et porte sur l'ensemble des réfugiés, un regard d'emblée négatif⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ CISR, « Processus d'octroi de l'asile », mai 2007, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/references/procedures/processus/spr/rpd_f.htm (consultée le 1er janvier 2008).

⁸⁴⁸ Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », *Refuge*, vol. 22, n°1, p. 73.

Cette étape peut se comparer à celles des zones d'attente et de la préfecture, à la différence qu'elle est alternative et non pas cumulative. Le demandeur d'asile se présente soit à un agent frontalier, soit à un agent d'immigration. L'agent peut déclarer irrecevable toute demande émanant : 1. d'une personne qui aurait déjà obtenu l'asile au Canada ou ailleurs ; 2. d'une personne à qui l'asile a déjà été refusé au Canada ; 3. d'une personne venant d'un « tiers pays sûr désigné où elle aurait pu demander l'asile » ; et 4. d'une personne représentant un « risque pour la sécurité », qui « a violé des droits de l'homme ou des droits internationaux, ou a commis un crime grave ou a participé à des activités de crime organisé »⁸⁴⁹.

Ici s'estompent déjà les similitudes avec la pratique française. La notion de demande d'asile infondée est absente des décisions d'irrecevabilité, ce qui est nettement plus cohérent puisqu'aucun agent de l'immigration ne devrait être habilité à se prononcer sur le fond de la demande d'asile. Et la procédure Dublin ne semble pas trouver d'équivalent. On trouve en revanche les références au pays tiers sûr et à la menace pour la sécurité du public, fournissant toutes deux des éléments de restriction très modulables, que nous avons évoqués plus haut.

Toute demande jugée recevable est directement transmise à la CISR, sans passer par une étape équivalente à l'étape préfectorale. De plus, si l'agent ne prend pas de décision dans les trois jours ouvrables qui suivent la réception de la demande d'asile, celle-ci sera automatiquement déferée à la CISR afin d'être examinée.

Enfin, pour l'ensemble de ces questions, il est très clairement précisé que le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur d'asile qui doit donc démontrer la recevabilité de sa demande.

Plusieurs commentaires s'imposent, car la présentation de la procédure d'asile proposée par le site de la CISR omet d'évoquer certains éléments qui ont pourtant un impact considérable sur le parcours de la demande d'asile. Ainsi, non seulement la procédure Dublin connaît bel et bien un équivalent au Canada⁸⁵⁰, mais le parcours de la demande d'asile connaît depuis 2002 une étape supplémentaire (**A**), et la décision portant sur la recevabilité technique de la demande d'asile s'oriente de plus en plus vers une enquête sur le fond de cette demande (**B**). De plus, la détention des demandeurs d'asile se systématisse pour des raisons et pour une durée de plus en plus aléatoires (**C**).

A) Le filtrage sécuritaire.

⁸⁴⁹ CISR, « Processus d'octroi de l'asile », mai 2007.

⁸⁵⁰ Voir *infra*, Partie 3, Titre 1, Chapitre 2, développement au cours duquel sera également étudiée la mise en œuvre du concept de pays tiers et d'origine sûr.

Le « filtrage sécuritaire » mis en place en 2002 permet l'intervention d'agents de la Direction générale du filtrage de sécurité du *Service canadien du Renseignement de Sécurité* (SCRS). Cette mesure gouvernementale vise à procéder à un contrôle de sécurité sur les réfugiés dès leur demande d'asile, et non comme c'était le cas avant, lors de leur demande de résidence permanente. Selon les termes du SCRS, les problématiques de l'asile et de l'insécurité sont désormais clairement liées :

« Le gouvernement du Canada en est venu à la conclusion que la gestion des demandes du statut de réfugié compromettait la sécurité du pays. Pour tenter de remédier à la situation, il a adopté le programme de filtrage des demandes du statut de réfugié. Celui-ci doit permettre de repérer le plus tôt possible les demandeurs du statut de réfugié susceptibles de représenter une menace pour la sécurité ou d'être des criminels et de procéder aux vérifications nécessaires et, ce faisant, d'accroître l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié et la sécurité publique. »⁸⁵¹

Le processus d'enquête n'est pas transparent, car s'il consiste essentiellement en un entretien avec le demandeur, il se fait également à partir des « fichiers du Service canadien du renseignement de sécurité et de la Gendarmerie Royale du Canada », eux-mêmes classés « confidentiels », « secrets », ou « très secrets »⁸⁵². La longue liste des motifs interdisant l'accès des demandeurs d'asile à la procédure de détermination pour raison de sécurité est établie aux articles 34 à 38 de la *LIPR*.

Ce contrôle de sécurité vient en renfort d'un objectif affiché par le gouvernement canadien avec une honnêteté presque candide, celui de « décourager, par divers moyens, l'arrivée de nouveaux revendicateurs au Canada »⁸⁵³.

Les conclusions de l'enquête de la Direction générale du filtrage de sécurité sont ensuite transmises au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui décide discrétionnairement d'accéder ou non à la demande.

B) Les aléas de la décision de recevabilité de la demande d'asile.

À l'occasion d'un rapport de recherche établi à l'intention du ministère de la Justice, et soulevant la question de la représentation juridique des immigrants et des demandeurs de statut de réfugié⁸⁵⁴, des chercheurs ont relevé un certain nombre d'éléments susceptibles

⁸⁵¹ Service canadien du Renseignement de Sécurité, « Filtrage des demandes de statut de réfugié », février 2004, URL : <http://www.csis-scrs.gc.ca/fr/newsroom/backgrounders/backgrounder15.asp> (consultée le 16 février 2007).

⁸⁵² Service Canadien du renseignement de sécurité, « Filtrage de sécurité », aperçu n° 9, novembre 2004, URL : <http://www.csis.gc.ca/fr/newsroom/backgrounders/backgrounder09.asp> (consultée le 19 février 2007).

⁸⁵³ Benjamin R. DOLIN, Margaret YOUNG, *Régime canadien de protection des réfugiés*, 2002, Bibliothèque du Parlement, BP-185F, 36 p.

⁸⁵⁴ John FRECKER, Pierre DUQUETTE, Donald GALLOWAY, Fernand GAUTHIER, William JACKSON et

d'engendrer des aléas dans la demande d'asile.

Pendant toute l'enquête sur l'admissibilité et la recevabilité de la demande, il n'est pas prévu que l'individu pourra être représenté par un conseil juridique, car la Cour Suprême considère que les entrevues aux points d'entrée ne constituent pas des audiences⁸⁵⁵. Or les notes prises par les agents d'immigration lors des entrevues font partie des éléments de preuve établis au cours des procédures ultérieures. Et d'après les résultats du rapport de recherche, ni la durée ni le contenu des questions posées lors de l'entrevue ne sont uniformes sur le territoire canadien.

Pour les partisans d'une représentation des demandeurs d'asile, les préoccupations liées à cet enjeu ont été accentuées depuis le 11 septembre 2001. De fait, la charge de la sécurité des frontières pèse plus lourdement sur les agents d'immigration qui doivent ainsi multiplier les entrevues. Or, « vu le grand nombre de demandes, des agents qui ont reçu une formation minimale doivent improviser et, au début du moins, ils interrogent les demandeurs sur toute leur histoire ». Très pragmatiquement, un avocat déclare par ailleurs que « depuis le 11 septembre, on parle beaucoup du fondement de la revendication ». Et que « tant que celle-ci fera l'objet d'une enquête aussi poussée, la représentation sera nécessaire. Les clients ne peuvent pas raconter toute leur histoire sans aide ». De nombreux autres témoignages concordent vers le fait que les questions posées à l'entrevue touchent de plus en plus au fondement de la revendication⁸⁵⁶. Certains témoignages font même état d'hostilité, et d'attitudes accusatrices, intimidantes et parfois menaçantes, de la part des agents d'immigration envers les demandeurs d'asile. Le rapport fait aussi état d'observations très positives, tant sur la courtoisie des agents d'immigration, que sur le déroulement et le contenu des questions posées. Il ne s'agit pas ici de stigmatiser la décision de recevabilité de la demande d'asile au Canada, mais de soulever suffisamment de disparités pour rompre l'égalité des chances des réfugiés d'une part, et de rappeler que le spectre du 11 septembre 2001 frappe encore une fois sans distinction les personnes en quête de protection.

La possibilité pour le demandeur d'asile d'être placé en détention procède de la même logique.

Gregory JAMES, « Représentation des immigrants et des demandeurs du statut de réfugié », Rapport final de l'étude, Octobre 2002, Gouvernement du Canada, 2006.

⁸⁵⁵ *Dehghani v. MEI*, [1992] 1 R.C.S. 1053.

⁸⁵⁶ John FRECKER, Pierre DUQUETTE, Donald GALLOWAY, Fernand GAUTHIER, William JACKSON et Gregory JAMES, « Représentation des immigrants et des demandeurs du statut de réfugié », Rapport final de l'étude, Octobre 2002, Gouvernement du Canada, 2006, chapitre 3.1.

C) La systématisation de la détention.

La détention des demandeurs d'asile est autorisée par le droit canadien depuis la *Loi sur l'immigration de 1976*, mais dans ce domaine aussi, le tournant de 2001 a fait évoluer la pratique.

La détention des demandeurs d'asile repose en partie au Canada, comme en France, sur un vice logique insurmontable : l'absence de papiers permettant de vérifier l'identité et la régularité du voyage.

En effet la *LIPR* donne aux agents d'immigration le pouvoir discrétionnaire de détenir les demandeurs d'asile s'ils ne sont pas satisfaits de leur identité, s'ils craignent que ces derniers ne se présentent pas à leur audience ou encore, pour des raisons de sécurité (art. 55.2). Très fréquemment dénoncée par l'organisme Action Réfugiés Montréal qui visite les centres de détention, la situation ubuesque dans laquelle se trouvent les demandeurs d'asile qui ne peuvent précisément pas s'adresser aux organes consulaires et diplomatiques de son pays d'origine ne trouve pas de solution⁸⁵⁷. Et si la *LIPR* n'oblige pas strictement les demandeurs d'asile à faire appel à ses autorités d'origine pour établir son identité, elle donne aux agents d'immigration la possibilité d'en tirer des conclusions sur la volonté des demandeurs d'asile à coopérer, ce qui revient au même (art. 58 (1d)). Évaluer la coopération d'un demandeur d'asile, sans prendre en compte sa situation de réfugié potentiellement angoissé et effrayé, et sans prendre en compte le danger dans lequel il peut éventuellement mettre ses proches restés dans le pays d'origine est impossible, ou du moins devrait l'être⁸⁵⁸.

De 2001 à 2004, les chiffres de la détention ont été en augmentation constante, et bien qu'ayant observé une très légère baisse en 2005⁸⁵⁹, ils caractérisaient un recours trop facilité et trop arbitraire à cette mesure⁸⁶⁰. Tous motifs de détention confondus, on peut estimer que 43%

⁸⁵⁷ Catherine GAUVREAU et Glynis WILLIAMS, « Detention in Canada : are we on the slippery slope ? », *Refuge*, Vol. 20, n°3, pp. 68-70; Catherine GAUVREAU, « La détention des étrangers au Canada », *Vivre ensemble*, Vol. 13, n°44, Hiver-Printemps 2005, pp. 13-15, ainsi que le plaidoyer préventif (mais vain) au projet de législation, de François CRÉPEAU et France HOULE, « La détention des demandeurs d'asile au point d'entrée, mesure déraisonnable et inutile », 1^{er} avril 1998, *Mémoire déposé auprès du comité permanent de la chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration lors des consultations sur la détention et le renvoi*, 22 p.

⁸⁵⁸ François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, « Controlling irregular migration in Canada, Reconciling security concerns with Human Rights protection », *IRRP Choices*, Vol 12, n°1, February 2006, p. 16. Et Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, 285 p.

⁸⁵⁹ François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, « Controlling irregular migration in Canada, Reconciling security concerns with Human Rights protection », *op.cit.*, note précédente, et Catherine GAUVREAU, « La détention des étrangers au Canada », *Vivre ensemble*, Vol. 13, n°44, Hiver-Printemps 2005, pp. 13-15.

⁸⁶⁰ L'inertie dans la mise à disposition des chiffres nous contraint à en rester à l'année 2005.

des détenus sont des demandeurs d'asile, et 10% des « déboutés », et on observe de plus une grande disparité régionale dans l'utilisation de la détention. Une disparité qui ne correspond pas au taux de reconnaissance des demandes d'asile dans les provinces respectives⁸⁶¹.

De plus, la durée de la détention est très variable et dans l'impasse d'une solution visant par exemple à établir l'identité d'un individu, elle peut se révéler très longue, parfois plusieurs mois. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la détention n'est pas utilisée en dernier recours, qu'elle est dominée par l'arbitraire, et qu'elle prive les réfugiés des ressources et des informations nécessaires pour déposer convenablement leur demande d'asile. Car s'ils peuvent, en droit, la déposer, ils ont dans les faits de grandes chances de voir leur demande d'asile ne pas aboutir, du fait notamment que le délai de dépôt leur est opposable et qu'ils n'ont majoritairement pas accès à l'assistance d'un avocat.

Si le réfugié est admis à déposer sa demande d'asile, il reçoit de l'agent d'immigration compétent, un Formulaire de Renseignements Personnels (FRP), qu'il doit remplir et transmettre dans un délai de 28 jours à la CISR. Ce délai est considéré par un nombre important d'observateurs comme trop court pour réunir tous les renseignements exigés⁸⁶². Ce formulaire doit impérativement être rempli en français ou en anglais, mais le demandeur peut demander l'assistance d'un interprète. Le fond de la demande d'asile doit y être très clairement détaillé⁸⁶³.

II) Les insécurités juridiques de la reconnaissance du statut.

Le Canada affiche un taux de reconnaissance du statut de 40 à 50%⁸⁶⁴. Le lecteur ne doit pas se laisser impressionner par ce chiffre, qui marque comme partout ailleurs une baisse considérable sur le taux des années quatre-vingt⁸⁶⁵, et qui ne rend pas compte du faible

⁸⁶¹ CCR, « Submission of the Canadian Council for Refugees On the occasion of the visit to Canada of the UN Working Group on Arbitrary Detention », 8 June 2005.

⁸⁶² Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne, « Table ronde sur le système canadien de détermination du statut de réfugié », Rapport sommaire, Université d'Ottawa, 12 et 13 mars 2004, 30 p.

⁸⁶³ CISR, *Règles de la Section de la Protection des Réfugiés*, DORS/2002-228, avril 2006.

⁸⁶⁴ La CISR annonce 42%, mais le dernier chiffre établi par le HCR est exactement de 50.4%. HCR, *Réfugiés – Tendances mondiales en 2005, Panorama statistique des populations de réfugiés, de demandeurs d'asile, de personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, d'apatrides et autres personnes relevant de la compétence du HCR*, Genève, 9 juin 2006, p. 56.

⁸⁶⁵ Ce taux affichait 84 % en 1989, 77% en 1990, 69% en 1991, 60% en 1992, 46% en 1993, 60% en 1994, 57% en 1995, 44% en 1996, 40% en 1997, 46% en 1999, 48% en 2000 et 47% en 2001. Chiffres produits en Annexe 1 de Benjamin R. DOLIN, Margaret YOUNG, *Le régime canadien de protection des réfugiés*, 2002, Bibliothèque du Parlement, BP-185F, 36 p.

nombre de demandeurs d'asile parvenant à présenter une requête au Canada⁸⁶⁶.

Après réception du FRP, la CISR examine chaque demande d'asile à l'aide de trois processus différents : le processus accéléré, le processus de la voie rapide, ou l'audition complète. Les deux premiers visent à pouvoir recevoir favorablement les demandes d'asile qui ne soulèvent pas de doute, notamment au regard de la situation dans le pays d'origine. Ils consistent concrètement à repérer les demandes d'asile « manifestement fondées »⁸⁶⁷. Une démarche positive qui mérite d'être relevée. Si le moindre doute survient lors d'un processus accéléré ou de la voie rapide, le demandeur d'asile est alors acheminé vers un processus d'audience complète, mais certainement pas disqualifié du statut.

Notons que le concept de la demande manifestement infondée a officiellement existé entre 1989 et 1993. Le demandeur d'asile devait passer par une étape préliminaire dans laquelle il devait démontrer que sa demande présentait un « minimum de fondement » (a credible basis). Mais les taux de passage au fond se situaient aux alentours de 95%. De plus, des poursuites étaient possibles en vertu de la *Charte* si la procédure était menée par des agents d'immigration (ce qui aurait été plus rapide)⁸⁶⁸. Cette étape a donc été supprimée lors de la réforme de 1993, et désormais, tous les demandeurs ont accès directement à une entrevue/audience au fond.

Les audiences complètes sont prévues pour les demandes d'asile qui soulèvent plus de deux questions et qui peuvent être complexes. Théoriquement, tous ces processus sont de nature non contradictoire. La demande d'asile n'est pas contre-argumentée, et seules sont posées les questions susceptibles de préciser et d'établir la véracité du récit⁸⁶⁹.

Les deux problèmes les plus fréquemment soulevés dans le domaine de la procédure de détermination du statut de réfugié au Canada ont trait à la compétence des décideurs et à l'absence d'appel de la décision de première instance. Ces deux éléments sont ceux qui mettent le plus en péril la sécurité juridique des demandeurs d'asile et qui rendent aléatoire la reconnaissance du statut. Le premier marque la distance multi-dimensionnelle qui sépare la personne qui accueille de celle qui demande un refuge (A). Le second décline juridiquement

⁸⁶⁶ 45000 en 2001 contre 20 000 en 2005 : CCR, « Les demandeurs d'asile au Canada : certains faits », communiqué, 9 octobre 2007. Le HCR donne le chiffre de 22 900 pour l'année 2005 : UNHCR, *2006 Statistical Yearbook*, juin 2006, p. 46.

⁸⁶⁷ CISR, Direction générale des opérations, « Politique de la voie rapide : processus accéléré », politique n° 2005-02, 14 mars 2005, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/references/politique/politiques/exprocess_f.htm (consultée le 20 février 2007).

⁸⁶⁸ Mickael BARUTCISKI et François CRÉPEAU, « Refugee Rights in Canada and the 1951 Geneva Convention », *Symposium on the human rights of refugees*, JRS, Vol. 7, n° 2/3, 1994, p. 241.

⁸⁶⁹ CISR, « Processus d'octroi de l'asile », mai 2007.

le réfugié au statut de « sous-justiciable » (B).

A) La compétence des décideurs.

En 1998, François Crépeau et France Houle constataient que l'autorité de feu la Section du Statut du Réfugié à la CISR était en partie minée par des critiques constamment renouvelées tant sur la compétence que sur l'indépendance de ses membres⁸⁷⁰. Fondées ou non, les critiques sur la compétence ont eu un impact très négatif sur la crédibilité de l'institution. Il apparaissait également que le critère de nomination des commissaires répondait plus aux jeux des accointances politiques qu'aux exigences éthiques liées à leur poste.

Nous évoquons ce point pour saluer l'effort de réflexion et de recul opéré par les auteurs et les institutions canadiennes dans le domaine de la détermination du statut, et pour rappeler avec eux que ce travail de décision est particulièrement difficile à réaliser. Une liste non exhaustive des difficultés rencontrées a été établie par les auteurs du rapport précité : le nombre de dossiers est extrêmement élevé, le caractère décentralisé du tribunal accentue les difficultés de coordination des décisions, le décideur doit maîtriser une panoplie de connaissances juridiques et politiques, les questions sur le sens de la vie humaine et le respect de la souveraineté de l'État s'entrechoquent quotidiennement, le décideur doit connaître l'impact des décisions sur les droits fondamentaux des personnes et le rôle de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le décideur doit supporter la charge émotive des récits des réfugiés et entendre leur souffrance sans « tomber dans l'empathie crédule comme dans le cynisme insensible », le décideur doit avoir les ressources psychologiques et les qualités humaines nécessaires à toute interaction avec des personnes fragilisées par des expériences traumatisantes.

En 2002, les mêmes auteurs se sont associés avec des chercheuses en anthropologie et en psychiatrie pour conduire une enquête et proposer une analyse pluridisciplinaire sur le processus de détermination du statut de réfugié à la CISR⁸⁷¹. À nouveau, le manque de compétence, et le manque de critères spécifiques et adéquats à la nomination des

⁸⁷⁰ François CRÉPEAU et France HOULE, « La sécurité des réfugiés et la compétence des commissaires de la CISR : les silences inopportuns du projet de loi C-11 » / « The security of refugees and the abilities of IRB members : the inappropriate silence of bill C-11 », Mémoire déposé auprès du Comité permanent de la Chambre des Communes sur la citoyenneté et l'immigration lors des audiences sur le projet de loi C-11, 2001.03.12, 14 p.

⁸⁷¹ Enquête réalisée à partir d'un important échantillon de décisions. Cécile ROUSSEAU, Patricia FOXEN, François CRÉPEAU et France HOULE, « The complexity of Determining Refugeehood : A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board », *JRS*, Vol. 15, n°1, 2002, pp. 43-69.

commissaires ont été soulevés.

Très dense et très évocatrice de nombreux problèmes de distanciation entre celui qui demande protection et celui qui est en position de l'accorder (« eux » et « nous »), cette recherche soulève un certain nombre de points qu'il nous semble important de relever tant les conséquences sur le sort des réfugiés sont tangibles. Les résultats qualitatifs de la recherche s'articulent autour de l'analyse de trois champs : juridique, psychologique et culturel.

La recherche psychologique démontre que le traumatisme est présent pendant toute la procédure, chez le demandeur d'asile bien sûr, sous forme de syndrome post-traumatique, mais aussi chez le décideur, qui l'absorbe et le vit par procuration. Concrètement, le syndrome post-traumatique du demandeur d'asile peut se matérialiser dans son récit par une distorsion des événements dans le temps et dans l'espace, par des omissions importantes et parfois volontaires (le viol est souvent passé sous silence), ou par des confusions dans les détails. Chez le décideur, le traumatisme par procuration conduit à une attitude d'évitement qui prend plusieurs formes : refus d'entendre le témoignage, déni des souffrances exposées, banalisation de l'horreur conduisant au cynisme, réactions de colère et d'hostilité envers le réfugié, ou encore, mise en place d'une distance psychologique tellement éloignée de l'intensité émotionnelle produite par le récit, que le décideur devient complètement incapable d'empathie. Tous ces éléments conduisent le plus souvent à conclure à un manque de crédibilité de la part du réfugié.

La recherche culturelle dénonce bien sûr les lacunes dans les connaissances géopolitiques des décideurs, mais aussi les incompréhensions et les erreurs d'interprétation basées à la fois sur la supposition que la logique canadienne est universelle, et sur des stéréotypes concernant les autres cultures. Concrètement, cela se traduit chez les décideurs par une vision manichéenne des situations de conflits qui amène chez eux la confusion dès qu'une situation sort des schémas classiques d'opposition entre deux clans bien définis, aux rôles et aux comportements bien déterminés. Ils ont parfois une conception complètement erronée du quotidien des gens dans une situation de guerre, de conflit larvé, ou de persécutions. Ils ne parviennent pas à assimiler que les autorités étatiques peuvent parfois avoir un comportement arbitraire. Ils ne mesurent pas toujours les répercussions culturelles et sociales du viol utilisé comme arme politique. Ils ne connaissent pas les codes sociaux susceptibles d'expliquer le comportement passé ou présent du réfugié. Tous ces décalages d'interprétation, de conception et de communication aboutissent à la frustration et, à nouveau, à la conclusion expéditive que

le récit manque de crédibilité.

La recherche juridique enfin révèle de nombreuses fautes de droit, parfois expliquées par les facteurs psychologiques et culturels présentement évoqués, parfois autonomes, mais toutes ayant des effets très négatifs sur la sécurité juridique des demandeurs d'asile. Concrètement, il apparaît que les décideurs ne suivent pas les principes généraux de procédure établis par la Cour Fédérale, relatifs notamment à l'administration de la preuve et à la conduite des audiences. Parmi les erreurs relevées par l'enquête sur l'administration de la preuve, la prise en compte partielle et opportune des trois éléments fournis (FRP, récit oral et preuves documentaires) revient souvent. Cela se traduit notamment par le rejet des rapports d'experts (psychologiques et culturels) soit en les méconnaissant simplement, soit en les discréditant⁸⁷². Quant à la conduite de l'audience, il ressort de la recherche qu'un certain nombre de contradictions ayant abouti au rejet de la demande pour manque de crédibilité auraient pu être facilement levées si les questions appropriées avaient été posées. Il ressort également que la nature non-contradictoire de l'audience est très souvent malmenée dès lors que les décideurs se laissent guider par leurs émotions. Enfin, l'enquête révèle que les conclusions du tribunal sont souvent mal formulées, expéditives, et sans mention des preuves présentées, c'est-à-dire en contradiction avec les règles essentielles de procédure qu'un tribunal d'une telle envergure et dont les décisions ont de telles répercussions sur la vie et la sécurité des gens, se devrait absolument de respecter.

Les résultats quantitatifs de cette enquête ont mis en évidence que plus de 50% des cas étudiés présentaient des problèmes dans les trois champs de recherche. Cette imbrication juridico-psycho-culturelle démontre donc que la moindre lacune dans l'un des trois domaines est susceptible d'avoir des conséquences graves sur la décision finale du tribunal.

Une réflexion s'est donc mise en place au sein de la CISR, et en 2004, une réforme des processus de nomination et d'évaluation pour les commissaires, désormais principalement fondés sur le « mérite », a été mise en œuvre⁸⁷³. Pratiquement, si la nomination relevait toujours au final de la compétence du Gouverneur en Conseil, la CISR était beaucoup plus

⁸⁷² Voir France HOULE, « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la Protection des réfugiés », *Revue Juridique Thémis*, n° 38-2, 2004, pp. 263-358.

⁸⁷³ Citoyenneté et Immigration Canada, « la ministre Sgro annonce une réforme du processus de nomination des commissaires de la commission de l'immigration et du statut de réfugié », Communiqué, 16 mars 2004.

impliquée dans les étapes préalables de sélection⁸⁷⁴. Dès l'annonce de la réforme, François Crépeau et France Houle avaient fait part de leurs doutes concernant la prétendue fin du patronage, et avaient dénoncé un glissement du problème en soulevant notamment que les experts chargés de valider la compétence des futurs commissaires, étaient eux-mêmes incompetents pour cette tâche⁸⁷⁵.

Le nouveau processus de sélection comprenait cinq étapes : la présélection, un examen écrit, un premier examen par le comité consultatif, une entrevue par le jury de sélection et la vérification des références. Ces références reposant sur les normes de compétence suivantes : la communication, le raisonnement conceptuel, la prise de décisions, la recherche d'information, le jugement/raisonnement analytique, le souci de l'organisation, l'orientation vers les résultats, la maîtrise de soi et le savoir-faire culturel⁸⁷⁶. Si les contours de la notion de mérite étaient ici relativement bien définis, il est vrai que l'enjeu se déplaçait sur la composition du jury de sélection, qui devait lui-même rassembler l'ensemble des compétences exigées chez les recrutés. S'ajoutait enfin au problème, un véritable déficit quantitatif dans la nomination des commissaires et la reconduction des mandats. En septembre 2006, le Conseil canadien pour les Réfugiés avait déjà calculé qu'il manquait 22% de l'effectif complet de la CISR, et avait projeté pour mars 2007, la nécessité de renouveler 41% de l'effectif. Le *rapport sur les plans et priorités 2007-2008* de la CISR annonce un retard dans les nominations et renouvellements de mandats, et confirme la pénurie de personnel⁸⁷⁷. L'aggravation de l'arriéré dans le traitement des dossiers est une conséquence inévitable de ce déficit de personnel. Et les raisons évoquées pour expliquer les réticences à reconduire des commissaires dans leur fonction, ou en nommer d'autres ne sont pas rassurantes sur la prétendue indépendance politique recherchée.

Selon Peter Showler, président de la CISR de 1999 à 2002 ,

« le gouvernement a refusé de reconduire le mandat de plusieurs excellents commissaires à cause de leurs liens supposés avec l'ancien gouvernement libéral, même si dans certains cas cette perception est fautive. »⁸⁷⁸

Le parti conservateur du Canada avait précisément (et à juste titre) critiqué, dans son

⁸⁷⁴ CISR, *Rapport sur les plans et priorités 2006-2007*, Secrétariat du Conseil du Trésor 26 septembre 2006.

⁸⁷⁵ France HOULE, François CRÉPEAU, « La proposition Sgro ne mettra pas fin au patronage », *Le Devoir*, 4 avril 2004.

⁸⁷⁶ CISR, « Profil de compétences des personnes nommées par décret à la CISR », Communiqué, 16 mars 2004, et Discours de Jean-Guy FLEURY, président de la CISR, lors de la consultation de printemps du Conseil canadien pour les Réfugiés, 28 mai 2004.

⁸⁷⁷ CISR, *Rapport sur les plans et priorités 2007-2008*, Secrétariat du Conseil du Trésor, mars 2007.

⁸⁷⁸ Janet DENCH, Directrice du CCR, « Les réfugiés souffrent des manquements du gouvernement en matière de nominations », Communiqué, 21 septembre 2006.

programme électoral de 2006, les pratiques de nominations partisans de personnes non qualifiées. Mais en refusant de reconduire des personnes qualifiées à cause de liens politiques supposés, il contribue à empêcher l'indépendance des commissaires⁸⁷⁹.

Le 9 juillet 2007, faisant suite aux recommandations contenues dans le rapport du secrétariat de la Commission des nominations publiques, transmis en janvier 2007, la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada annonçait de nouveaux changements au processus de sélection des commissaires nommés par décret à la CISR⁸⁸⁰.

Concrètement, la procédure de recrutement reste identique, avec pour les candidats commissaires, le maintien des mêmes exigences et critères de compétence. Le principal changement vient de la fusion du Comité consultatif et du Jury de sélection en un nouveau « Comité consultatif de sélection », dont la composition tend à faire échapper le processus de nomination aux critiques évoquées plus haut⁸⁸¹. Il conviendra d'analyser les résultats d'une telle réforme, mais il est d'ores et déjà possible d'observer qu'elle ne règle pas activement le problème du déficit de commissaires. Les réformes apportées par le gouvernement dans ce processus de nomination étaient annoncées comme susceptibles de créer un retard dans les nominations et reconductions de mandat de commissaires⁸⁸². Cela a été très vite confirmé, et en avril 2008, il y avait effectivement 58 sièges de commissaires vacants⁸⁸³. Dans le rapport sur les *plans et priorités de la CISR* devant le secrétariat du Conseil du Trésor pour l'année 2008-2009, le président de la CISR rappelle que l'effectif des décideurs est « nettement insuffisant », notamment à la Section de la protection des réfugiés, et qu'il va entraîner un accroissement des cas en instance, « ce qui débouchera sur le plus gros arriéré de l'histoire de la CISR ». Les statistiques présentées par la CISR indiquent que le traitement d'une demande d'asile pourrait s'élever à 16,5 mois⁸⁸⁴ contre 11,7 mois deux ans auparavant⁸⁸⁵. Un problème aggravé par l'augmentation des demandes d'asile en 2007, qui a porté à 42 000 le nombre de demandes pendantes devant la Commission pour cette même année, et qui porte à 62 000 le

⁸⁷⁹ CCR, « Consternation des organismes par la politisation des nominations à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié », Communiqué du 27 février 2007.

⁸⁸⁰ CIC, « La ministre Finley annonce le nouveau processus de sélection pour les nominations à la CISR », Communiqué, 9 juillet 2007.

⁸⁸¹ Voir CISR, « Processus de sélection des personnes nommées par décret à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada », Janvier 2008, URL : <http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/communiques/2007/2007-07-09.asp> (consultée le 1er janvier 2008).

⁸⁸² CISR, *Rapport sur les plans et priorités 2007-2008*, Secrétariat du Conseil du Trésor, mars 2007.

⁸⁸³ CBC news Canada, « Tories grilled over refugee board vacancies », 8 avril 2008.

⁸⁸⁴ CISR, *Rapport sur les plans et les priorités de 2008-2009*, Secrétariat du Conseil du Trésor, février 2008, URL : <http://www.tbs-sct.gc.ca/rpp/2008-2009/index-fra.asp> (consultée le 31 mai 2008).

⁸⁸⁵ CCR, « Le manque de nominations à la CISR contribue à l'augmentation de l'arriéré des demandes d'asile », *Chronique du Conseil canadien pour les réfugiés*, Vol. 2 n°11, 1^{er} avril 2008

nombre attendu d'affaires pendantes pour 2008. Et qui s'aggravera encore « étant donné que 32 décideurs arriveront au terme de leur mandat au cours du prochain exercice »⁸⁸⁶. Cette situation, imputée aux conservateurs par les libéraux, aggrave la précarisation des demandeurs d'asile, dont on sait qu'ils n'ont pas véritablement de statut protecteur au Canada (en termes de détention, d'allocation, d'accès au travail ou aux soins).

B) L'absence de procédure d'appel.

Nous l'avons déjà dit, la Section d'Appel des Réfugiés (SAR) prévue par la *LIPR* en 2001 n'a toujours pas été mise en place. En 2008, le projet avance, mais rien ne comble l'immense plaie juridique laissée béante par l'absence d'appel au fond. De fait, ni le contrôle judiciaire à la Cour Fédérale qui est conditionné à une autorisation de la Cour (refusée sans motif neuf fois sur dix), ni l'examen des risques avant renvoi (ERAR) qui ne permet pas de corriger les erreurs initiales, mais seulement d'apporter de nouveaux éléments de preuve (rejetés à 97%⁸⁸⁷), ni les demandes d'admission pour des raisons d'ordre humanitaire qui restent une mesure discrétionnaire sans garantie contre l'expulsion, ne constituent un recours utile pour les réfugiés dont la demande a été rejetée à tort en première instance⁸⁸⁸.

En revanche, la contrepartie prévue par la loi à la création de la SAR a bel et bien été mise en œuvre et le nombre de commissaires chargés d'entendre le demandeur d'asile est passé de deux à un. Une seule personne donc, avec les éventuels problèmes de compétence que nous avons soulevés, décide du sort des demandeurs d'asile, qui plus est, sans appel.

Les plus vives critiques sont faites à ce sujet, notamment par les instances internationales telles que la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui a rappelé lors de ses commentaires sur le système canadien de reconnaissance du statut de réfugié :

« Puisque même les meilleurs des décideurs peuvent se tromper en rendant leur jugement, et compte tenu des dangers potentiels pour la vie des personnes qui résultent de telles erreurs, un appel sur le bien-fondé d'une détermination négative constitue un élément nécessaire de la protection internationale. »⁸⁸⁹

Le HCR a également montré son inquiétude lors des premières annonces repoussant

⁸⁸⁶ CISR, *Rapport sur les plans et les priorités de 2008-2009*, Secrétariat du Conseil du Trésor, février 2008.

⁸⁸⁷ Amnistie Internationale, Table de concertation des organismes au service des personnes réfugiées et immigrantes, Centre Justice et Foi, « Le processus d'examen des risques avant renvoi au Canada », Mémoire présenté au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration Chambre des communes, Ottawa, 13 février 2007, 12 p.

⁸⁸⁸ Conseil canadien pour les Réfugiés, « L'appel des réfugiés : mais est-ce que personne n'écoute ? », 31 mars 2005, 10 p.

⁸⁸⁹ Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, « Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le système canadien de détermination du statut de réfugié », OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., février 2000.

l'étude d'un projet de loi de mise en œuvre de la SAR⁸⁹⁰ et le Comité contre la torture a tranché lors de l'examen d'une requête individuelle d'une personne dont la demande de statut avait été rejetée, que le système canadien de détermination du statut de réfugié était incapable de corriger une mauvaise décision⁸⁹¹.

Les raisons avancées par le gouvernement se succèdent et tournent essentiellement autour du coût représenté, et de l'arriéré trop important de dossiers⁸⁹². En février 2005, le ministre faisait allusion à des questions de ressources et d'efficience et concluait : « À cette étape-ci du jeu, pour être honnête avec vous, de ce que j'ai pu voir jusqu'ici, je ne suis pas sûr que le fait de créer une section d'appel des réfugiés accélérera le processus. »⁸⁹³ Encore aujourd'hui, la page consacrée à la Section d'appel des Réfugiés sur le site Internet du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration propose en conclusion que sa

« mise en place [...] à ce moment-ci aurait des effets négatifs sur le caractère exhaustif et équilibré de la démarche entreprise par le gouvernement pour perfectionner le système canadien d'octroi de l'asile. »⁸⁹⁴

Le projet de loi C-280 exigeant la mise en œuvre immédiate de la Section d'appel était déposé en avril 2006. Deux ans plus tard, après deux lectures à la Chambre des communes, deux lectures au Sénat, un passage devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, une troisième lecture à la Chambre des communes, le projet de loi C- 280 a été adopté en deuxième lecture au Sénat le 4 mars 2008, avant d'être envoyé au Comité sénatorial permanent des droits de la personne⁸⁹⁵, puis de revenir pour une troisième lecture au Sénat. Le 18 juin 2008, ce dernier a adopté le projet, mais proposé deux amendements : que le projet n'entre pas en vigueur moins d'un an après qu'il ait reçu sanction royale, et que seuls les demandeurs d'asile rejetés après la mise en oeuvre de la Section d'appel des réfugiés y aient accès. Du fait de ces amendements, le projet est de retour sur le bureau de la Chambre des communes et n'a pas pu être adopté avant les vacances parlementaires. Ainsi, malgré un état

⁸⁹⁰ CRR, « Le HCR est déçu par la décision de reporter la création de la Section d'appel des réfugiés », Communiqué, 29 avril 2002, et lettre de Judith Kumin du HCR au ministre concernant la non-mise sur pied de la SAR le 9 mai 2002, URL : <http://www.ccrweb.ca/unhcrRAD.html> (consultée le 21 décembre 2007).

⁸⁹¹ Comité contre la torture, *Falcon Rios c. Canada*, 17 décembre 2004, Communication n° 133/1999, CAT/C/33/D/133/1999.

⁸⁹² CIC, Denis CODERRE, « La mise sur pied de la Section d'appel des Réfugiés est retardée », communiqué du 29 avril 2002.

⁸⁹³ Joseph VOLPE, en réponse à une question du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, qui lui demandait s'il allait mettre en place la SAR : Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le 24 février 2005, CIMM, n° 23, 1^{re} session, 38^e législature, p. 16.

⁸⁹⁴ CIC, « Section d'appel des réfugiés, Documents d'informations », décembre 2006, 14 p.

⁸⁹⁵ Comité permanent des droits de la personne, 39^e législature, 2^e session, (16 octobre 2007 -), *Fascicule n° 4, le 7 avril, le 14 avril et le 28 avril 2008*, URL : http://www.parl.gc.ca/39/2/parlbus/commbus/senate/Com-f/huma-f/04cv-f.htm?Language=F&Parl=39&Ses=2&comm_id=77 (consultée le 21 mai 2008).

d'avancement évident, la Section d'appel des Réfugiés n'est toujours pas mise en place, et ne le sera pas avant fin 2009.

L'incongruité juridique est effarante. Ici, le statut de sous-justiciable réservé au réfugié prend toute sa dimension. La plus petite infraction criminelle susceptible d'entraîner une sanction est contestable sur le fond en droit canadien. Mais se voir refuser une protection et subir une décision qui peut concrètement entraîner la mort, non.

Ainsi, pour un réfugié dont on pourrait croire qu'il a « fait le plus dur » en arrivant à fuir son pays d'origine, tout est obstacle. Sa demande d'asile est difficile à déposer et elle est mal entendue. Tout pose problème : tant le refus du statut de réfugié, que le traitement infligé à ceux qui le demandent, ce que nous allons voir maintenant, en observant une précarisation aiguë, des demandeurs d'asile surtout, mais aussi des réfugiés reconnus.

Chapitre 2 - Précarisation de la situation des demandeurs d'asile et des réfugiés.

La fragilisation sociale, économique et politique des demandeurs d'asile et des réfugiés est considérée à juste titre comme un ensemble de mesures dissuasives, qui viennent s'ajouter aux dispositions que nous venons d'évoquer. Ce phénomène s'observe tant en France qu'au Canada, mais de façon très différente. Nous proposons d'en relever les points les plus saillants pour chacun d'eux. Pour les fragiliser, la France tend à stigmatiser les demandeurs d'asile et les réfugiés (**Section 1**), tandis que le Canada tend à « ignorer » les demandeurs d'asile et stopper toute protection particulière des réfugiés, sitôt qu'ils sont reconnus (**Section 2**).

Section 1) En France : un recul dissuasif de l'assistance.

À bien des égards meilleur qu'ailleurs, le système français de prise en charge des demandeurs d'asile observe un très net recul avec une paupérisation et une stigmatisation croissantes des demandeurs d'asile.

En France, un demandeur d'asile peut rester dans cette situation pendant des mois voire des années⁸⁹⁶, avant de se voir reconnaître le statut de réfugié, le régime de la protection subsidiaire, ou de se voir expulser. Et nous n'évoquons ici que le cas de ces « privilégiés » auxquels le droit au séjour a été accordé. Les demandeurs d'asile doivent donc, pendant l'examen de leur demande, pouvoir subvenir à leurs besoins essentiels (et souvent ceux de leur famille) comme se loger (**I**), disposer d'un revenu pour financer la procédure et manger (**II**), et l'accès aux soins (**III**). Aucun de ces droits ne leur est garanti malgré un effort notoire de la France comparé à l'ensemble des États occidentaux.

I) L'hébergement.

L'originalité française est de proposer un choix au demandeur d'asile : soit un hébergement individuel auquel est assortie une Allocation Temporaire d'Attente (ATA), soit

⁸⁹⁶ Elsa BOUSQUET, « Le droit d'asile en France, politiques et réalités », UNHCR, research paper n° 138, décembre 2006. Les dernières réformes de 2005-2006 ont en moyenne, et selon le gouvernement, ramené la durée des procédures à 9 mois. Ministère de l'emploi de la cohésion sociale et du logement, direction de la population est des migrations, *Rapport d'activité 2005*, décembre 2006, p. 20.

un hébergement collectif en Centre d'Accueil des Demandeurs d'Asile (CADA)⁸⁹⁷. Or, ce choix inscrit dans le droit n'est en pratique pas accessible en raison du manque de place dans les CADA et de l'insuffisance de l'allocation financière en cas de logement individuel⁸⁹⁸. En outre, les interdits de droit au séjour qui feront l'objet d'une procédure prioritaire devant l'OFPRA n'ont droit à rien pendant 15 jours, ce qui est en contradiction avec la norme européenne inscrite dans la *directive relative aux conditions minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile*, adoptée le 27 janvier 2003, et qui place les individus et leurs familles dans un état de dénuement le plus total. C'est-à-dire très concrètement « à la rue », tributaires du relais associatif et bénévole, ou hébergés d'urgence par l'État dans des hôtels de très basse catégorie, souvent insalubres et dangereux, parfois mortels⁸⁹⁹. Les demandeurs d'asile admis provisoirement au séjour qui ne peuvent bénéficier d'une place en CADA ou trouver logement individuel se retrouvent dans la même situation.

La loi du 24 juillet 2006 a d'autre part accentué le côté illusoire du choix laissé au demandeur d'asile. Si ce dernier se voit accorder une place en CADA et qu'il la refuse, il ne pourra pas prétendre à l'ATA. Ses décrets d'applications ont de plus placé les CADA sous l'autorité du préfet et sous le contrôle des agents de l'ASSEDIC qui auront accès en toute liberté aux données confidentielles des hébergés⁹⁰⁰. La volonté de parquer les demandeurs d'asile dans les CADA, et de pister les futurs déboutés en transformant un dispositif d'accueil en dispositif de surveillance n'avance même pas masquée puisqu'elle a fait l'objet d'une circulaire du ministère de l'Intérieur⁹⁰¹. Une circulaire validée par le Conseil d'État,⁹⁰² mais dont l'application a été sanctionnée plus tard par la Cour de cassation qui a estimée contraire à

⁸⁹⁷ Deux autres hébergements d'urgence existent, mais sont relativement résiduels : le Centre Provisoire d'Hébergement (CPH) davantage destiné aux réfugiés ayant obtenu le statut, et l'Accueil d'Urgence des Demandeurs d'Asile (AUDA).

⁸⁹⁸ 10,22€/jour selon le décret n° 2007-32 du 8 janvier 2007 *portant revalorisation de l'allocation de revenu minimum d'insertion, de l'allocation d'insertion, de l'allocation temporaire d'attente, de l'allocation de solidarité spécifique, de l'allocation équivalent retraite et du revenu de solidarité dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon et attribution d'une aide exceptionnelle de fin d'année à certains bénéficiaires*.

⁸⁹⁹ Le dernier drame marquant est l'incendie de l'hôtel Opéra à Paris en avril 2005, qui a causé la mort de 25 demandeurs d'asile, dont 11 enfants : Tonino SERAFINI, «Le rêve d'une HLM s'est réalisé sans ma fille et ma femme », *Libération*, 15 avril 2005.

⁹⁰⁰ Décret n° 2006-1380 du 13 novembre 2006 *relatif à l'allocation temporaire d'attente et modifiant le code du travail et le code de l'action sociale et des familles (parties réglementaires)* et CFDA, « Triste anniversaire : trois ans après la loi du 10 décembre 2003, le gouvernement se félicite de la baisse des demandes d'asile. », communiqué du 12 décembre 2006.

⁹⁰¹ Circulaire du ministre de l'Intérieur, du 21 février 2006 *sur les conditions d'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponse pénale*, NOR : JUSD0630020C & CRIM.06.5/EI-21.02.2006..

⁹⁰² CE, 7 février 2007, *Ligue des droits de l'homme*, req. n°292607.

l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, l'interpellation d'un étranger lors d'une convocation à la préfecture⁹⁰³.

Néanmoins, les CADA, structures d'accueil instituées par la circulaire du 19 décembre 1991⁹⁰⁴, fournissent entre autres un accueil et un hébergement, assurent une prise en charge sociale, fournissent un accompagnement juridique, assurent un suivi médical et sanitaire, assurent la scolarisation et développent la formation. Les CADA sont donc un élément clé de la protection du demandeur d'asile et il faut se féliciter de leur existence tout en dénonçant les transformations qu'on leur impose.

Se pose notamment avec persistance le problème de leur capacité d'accueil. À la fin de l'année 2005, 17470 places étaient disponibles en CADA pour près de 49 733 demandeurs d'asile⁹⁰⁵. Les choses tendent cependant à s'« améliorer », du fait de la baisse du nombre de demandes d'asile. À la fin de l'année 2006, 19710 places étaient disponibles pour un nombre de demandeurs d'asile en baisse de 25%⁹⁰⁶. Pour l'année 2008, Brice Hortefeux annonçait 20700 places, avec un budget équivalent à l'année précédente⁹⁰⁷.

De plus, de nombreuses places sont occupées par des réfugiés ayant obtenu le statut, mais n'ayant pas les moyens de quitter le centre d'accueil. En une petite décennie, la durée du séjour en CADA a doublé, passant de 300 jours en 1994 à 600 jours en 2002⁹⁰⁸.

Au sujet des CADA, les décrets et circulaires se succèdent plus vite que nous écrivons⁹⁰⁹. En mars 2007, un décret renforçait l'autorité du Préfet et fixait la durée maximale du séjour en CADA pour un demandeur d'asile envers qui une décision définitive était intervenue à trois mois, le cas échéant renouvelables⁹¹⁰. En avril 2007, une circulaire tirait de « la

⁹⁰³ C.Cass, 6 février 2007, *M. Mohand X c. Préfet de Seine-Saint-Denis*, arrêt n° 160, 05-10.880.

⁹⁰⁴ Circulaire n° 91-22 DPM (direction de la population et des migrations) du 19 décembre 1991 *relative à la réorganisation du dispositif national d'accueil*.

⁹⁰⁵ Chiffres donnés par la direction de la population et des migrations du ministère de l'emploi de la cohésion sociale et du logement, *Rapport d'activité 2005*, décembre 2006, p. 20.

⁹⁰⁶ Voir Béatrice PAVY, rapport sur le projet de loi de finances 2007, « Accueil des étrangers et intégration », Rapport n°3363, annexe n°34.

⁹⁰⁷ Ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement, « L'intégration, un effort national sur le long terme », communiqué du 26 décembre 2007.

⁹⁰⁸ Elsa BOUSQUET, « Le droit d'asile en France, politiques et réalités », UNHCR, research paper n° 138, décembre 2006, p. 16. Voir également au sujet des CADA et notamment de leur gestion, Audrey VAN ERKELENS, « Comment est géré un Centre d'Accueil de Demandeurs d'Asile lorsqu'il donne lieu à une convention entre l'État et une association ou une entreprise ? », note de synthèse, 2006, URL : <http://terra.rezo.net/article442.html> (consultée le 8 février 2007), et Jérôme VALLUY, « L'accueil étatisé des demandeurs d'asile : de l'enrôlement dans les politiques publiques à l'affaiblissement des mobilisations de soutien aux exilés. », *TERRA-Ed., Coll. "Esquisses"*, fev. 2007, URL : <http://terra.rezo.net/article556.html> (consultée le 1er janvier 2008).

⁹⁰⁹ Voir CFDA, *La réforme du droit d'asile, Un bilan critique après trois années*, mars 2007, pp. 10-14.

⁹¹⁰ Décret n° 2007-399 du 23 mars 2007 *relatif aux centres d'accueil pour demandeurs d'asile, aux dispositions*

diminution constatée des flux de demandeurs d'asile primo arrivants », mais aussi de « l'augmentation significative des capacités de prise en charge en centres d'accueil pour demandeurs d'asile »⁹¹¹, la justification d'une réduction des enveloppes de crédits pour le programme⁹¹². Augmentation « relative » peut-être (puisque selon le ministère, l'objectif retenu pour 2007 était d'atteindre une capacité d'hébergement de 20 000 places)⁹¹³, « significative » et suffisante, sûrement pas. En mai 2007, une nouvelle circulaire accentuait l'organisation déconcentrée des CADA et renforçait à nouveau les pouvoirs du préfet, tant en matière d'entrée dans les centres qu'en matière de sortie, notamment dans le cadre de l'échange d'informations relatives aux demandeurs d'asile⁹¹⁴. En août 2007, un décret entérinait ces évolutions⁹¹⁵.

Il ressort enfin de leur existence et de leur fonctionnement qu'un demandeur d'asile titulaire d'une place en CADA aura plus de chance de voir sa reconnaissance de statut aboutir qu'un autre. Ce qui montre encore une fois que le critère d'attribution du statut de réfugié se déplace du fond de la demande d'asile, au seul accès à la procédure de reconnaissance.

II) Un revenu.

Deux enjeux se posent de façon aiguë : l'insuffisance des aides financières (A) et l'accès au marché du travail (A)

A) Les aides financières.

Il s'agit nous l'avons vu, de l'allocation temporaire d'attente, qui atteint environ 304 euros par adulte et environ 106 euros par enfant de moins de seize ans, et qui est conditionnée à la possession du certificat de dépôt de dossier à l'OFPRA, ainsi qu'à l'absence de refus du

financières applicables aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, et modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire), NOR : SOCN0710518D, J.O n° 71 du 24 mars 2007, p. 5467

⁹¹¹ Nous soulignons.

⁹¹² Circulaire du Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, n° DPM/ACI3/2007/124 du 2 avril 2007 *relative à l'utilisation des crédits d'hébergement d'urgence inscrits au programme 104 « Accueil des étrangers et intégration » (crédits déconcentrés)*.

⁹¹³ Hélène FURNON-PETRESCU, « La prise en charge sociale des demandeurs d'asile et des réfugiés dans le cadre de la réforme du droit d'asile », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, 2004, pp. 199-203.

⁹¹⁴ Avec la DDASS, l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM) et l'OFPRA. Circulaire du Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, du Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, et du Ministère délégué à la cohésion sociale et à la parité DPM/CI3/2007 du 3 mai 2007 *relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile, aux modalités d'admission dans ces centres et de sortie de ces centres et au pilotage du dispositif national d'accueil*, NOR : SANN0730317C.

⁹¹⁵ Décret n° 2007-1300 du 31 août 2007 *relatif aux conventions conclues entre les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et l'État et aux relations avec les usagers, modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire)*, JO n° 203, 2 septembre 2007, p. 14512.

demandeur d'être placé en CADA. Depuis le 1^{er} janvier 2007, elle absorbe l'« allocation d'insertion », qui existait parallèlement,⁹¹⁶ mais n'était de toute façon pas cumulable avec la première⁹¹⁷.

Le CADA verse l'Allocation Sociale Globale (ASG) à ses habitants pendant toute la procédure de la demande d'asile. Elle est d'un montant équivalent à la moitié d'un RMI, et minorée des diverses prestations fournies par le CADA, notamment la restauration. Elle est également dégressive et calculée en fonction du nombre de personnes de la même famille.⁹¹⁸ Son montant va de 200 euros à 500 euros. Le CADA peut également verser une aide ponctuelle à l'arrivée et une « aide vestimentaire ».

B) L'accès du marché au travail.

En 1985, la circulaire Fabius consacrait l'autorisation de travailler au bénéfice des demandeurs d'asile titulaires du récépissé préfectoral et en attente d'une décision de l'OFPRA⁹¹⁹. L'augmentation des demandes d'asile entre 1981 et 1989 avait alors été imputée à ces conditions d'accueil jugées trop attractives. Et en 1991, la circulaire Edith Cresson⁹²⁰ supprime le régime dérogatoire des demandeurs d'asile en matière de droit au travail, et les soumet au régime de droit commun applicable aux travailleurs étrangers, la situation de l'emploi leur étant opposable, ce qui se traduit par le principe de la préférence nationale⁹²¹. Notons donc au passage qu'en aucun cas, un demandeur d'asile n'a les moyens légaux de « voler nos emplois ».

La législation française est aujourd'hui minimalement conforme à ce qu'exige la directive européenne relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile qui prévoit que ces derniers accèdent au marché du travail au plus tard un an après le dépôt de leur demande si aucune décision n'a été prise en première instance, à condition toutefois que les États membres n'accordent pas la priorité aux ressortissants de l'Union et des États membres

⁹¹⁶ Instituée par le Code du travail et n'étant donc pas spécifique aux demandeurs d'asile. Les demandeurs placés en CADA ou centre d'hébergement provisoire ne pouvaient y prétendre. Et le montant échu était inférieur à celui accordé par l'ATA.

⁹¹⁷ Article 2 du décret n° 2006-1380 du 13 novembre 2006 *relatif à l'allocation temporaire d'attente et modifiant le code du travail et le code de l'action sociale et des familles*.

⁹¹⁸ Circulaire MES/DPM n° 2000-170 du 29 mars 2000 *relative aux missions des centres d'accueil des demandeurs d'asile*, texte non paru au JO.

⁹¹⁹ Circulaire du Premier ministre du 17 mai 1985 *relative aux demandeurs d'asile*, JO, 23 mai 1985.

⁹²⁰ Circulaire du Premier ministre 26 septembre 1991 *relative à la situation des demandeurs d'asile au regard du marché du travail*, JO, 27 septembre 1991.

⁹²¹ Etude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, 18 janvier 2005, §95, p. 597.

de l'accord sur l'Espace Economique Européen, ce qu'ils sont en droit de faire⁹²².

La CNCDH suggère que « l'accès au marché de l'emploi devrait être accordé à tout demandeur d'asile au plus tard six mois après la date du dépôt de sa demande et non un an » et par ailleurs, que « l'accès aux dispositifs de formation professionnelle devrait être possible dès la délivrance de l'autorisation provisoire de séjour »⁹²³, là où il n'est prévu qu'à partir de la délivrance du récépissé préfectoral.

L'un des effets de cette disposition est « un boulevard pour le travail au noir »,⁹²⁴ car il est strictement impossible de vivre en France avec 300 euros par mois.

III) L'accès aux soins.

À ce sujet, nous avons observé une négation générale des besoins spécifiques des demandeurs d'asile (A) et l'émergence menaçante d'une transposition de l'« asile interne » au niveau sanitaire (B).

A) La négation de besoins spécifiques.

Théoriquement, les demandeurs d'asile peuvent s'immatriculer auprès de la Sécurité Sociale et accéder aux soins pris en charge par la Couverture de Maladie universelle (CMU). Cet accès est conditionné à la détention d'un titre de séjour, dont le récépissé préfectoral ou le certificat d'enregistrement de l'OFPRA peuvent tenir lieu, et à une domiciliation sinon une résidence. Mais contrairement aux « autres » étrangers, le demandeur d'asile ne se voit pas exiger une durée préalable de séjour en France d'au moins 3 mois. Une étude réalisée par Médecins du Monde, dans le cadre de la gestion de leurs Centres d'Accueil, de Soins, et d'Orientation (CASO), montre à ce stade un fossé entre la théorie et la pratique. L'association dénonce que dans

« certaines villes, les demandeurs d'asile n'obtiennent même pas de papier indiquant qu'ils auront rendez-vous (parfois dans plusieurs mois) pour déposer leur demande d'asile : rien n'indique alors qu'ils sont demandeurs d'asile, en dehors de leur parole, les rendant ainsi clandestins et les privant entre autres de l'accès immédiat à la CMU à laquelle ils ont droit. »

Elle fournit à l'appui de cette critique, les données suivantes : les demandeurs d'asile sont plus souvent des SDF que l'ensemble de la population reçue par les CASO (27,1% contre 17,6%); ils sont encore plus nombreux à n'avoir aucune ressource : 93,2% (contre 87%) ; ils

⁹²² Article 11 de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003, *relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres*, JOUE n° L 31, 6 février 2003.

⁹²³ CNCDH, « Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France », 29 juin 2006.

⁹²⁴ Claire RODIER et Élise VALLOIS, « Quel asile en France ? (un guide) », *Vacarme*, n°25, automne 2003.

ont encore moins de droits ouverts à la couverture maladie : 90,1% (contre 81,3%) ; ils ne sont pas informés de leurs droits à la couverture maladie pour 27,7% (contre 25,7%) ; la barrière linguistique est citée parmi les obstacles à l'accès aux soins pour 12,4% (contre 8%) ; la souffrance psychique est plus souvent exprimée ou constatée chez les demandeurs d'asile (6,1%) que chez l'ensemble des patients (5,2%)⁹²⁵.

Si des personnes vivant en France sont exclues de la CMU, l'Aide Médicale de l'État (AME) leur est alors destinée lorsque leurs ressources sont inférieures à un plafond de 598,23€ par mois⁹²⁶. L'accès aux soins des étrangers sans titre de séjour dépend donc exclusivement de l'AME. Les demandeurs d'asile ne devraient pas bénéficier de l'AME car ils ne devraient pas être exclus de la CMU. Pourtant dans son rapport d'observation 2005, l'association observait que dans les faits :

« 81% des demandeurs d'asile ayant déjà déposé leur demande ne bénéficiaient d'aucune couverture maladie lorsqu'ils se sont présentés à Médecins du Monde » et « qu'une petite partie des demandeurs d'asile disposant d'une couverture maladie est couverte au titre de l'AME alors même qu'ils devraient bénéficier de la CMU. »⁹²⁷

Notons également que les demandeurs d'asile qui arrivent sont pour la plupart déjà en carence de soins, et se trouvent parfois porteurs de signes très évocateurs de souffrances physiques passées ou de troubles psychiatriques prononcés⁹²⁸. Beaucoup fuient un risque de persécution, mais nombreux sont ceux qui fuient une persécution avérée et en portent les séquelles. Dans ces deux situations, les demandeurs d'asile vivent plusieurs traumatismes : celui de devoir partir, celui de migrer, et en définitive, celui de se voir dénier leur histoire, leur vécu.

« Ils doivent en effet raconter en détail à l'Ofpra des événements traumatiques qu'ils n'ont parfois jamais pu évoquer ; l'acceptation de leur dossier en dépend. Lorsque des troubles de la mémoire ou des reviviscences traumatiques les empêchent de donner des détails précis, on leur répond qu'on ne les croit pas et ils sont déboutés. »⁹²⁹

Sans perdre de vue que le système de santé français en général est l'un des plus protecteurs et des plus gratuits au monde, et sans perdre de vue que la globalité du système d'accueil des demandeurs d'asile en France est également l'un des plus protecteurs au monde,

⁹²⁵ Médecins du Monde, *12 propositions de Médecins du Monde - pour un accès aux soins pour tous en France*, Thématique, n°10 – « Pour un véritable accueil des demandeurs d'asile arrivés en France », août 2005, 26 p.

⁹²⁶ Plafond évalué tous les ans, au 1^{er} juillet. Chiffres au 1^{er} juillet 2006, disponibles sur le site de l'Assurance Maladie, URL : <http://www.ameli.fr/assures/index.php>

⁹²⁷ Médecins du Monde, *Rapport 2005 de l'Observatoire de l'Accès aux Soins de la Mission France de Médecins du Monde*, août 2006, p. 103.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 104, tableau n° 81.

⁹²⁹ T. BAUDET (et al.), « Traumas psychiques chez les demandeurs d'asile en France : des spécificités cliniques et thérapeutiques », *Le journal de victimologie*, avril 2004, cité dans Médecins du Monde, *Rapport 2005 de l'Observatoire de l'Accès aux Soins de la Mission France de Médecins du Monde*, août 2006, p. 104.

nous dénonçons néanmoins une dégradation constante de ces conditions d'accueil depuis quelques années⁹³⁰ et toutes les mesures prises aujourd'hui et pour l'avenir afin de les rendre encore plus hasardeuses, et qui visent à la marginalisation sociale⁹³¹ et à la dissuasion. De fait, la politique d'accueil est directement liée et conforme à la politique d'asile⁹³². L'idée qu'un réfugié n'a pas à être ici s'accompagne logiquement des mesures dégradant ses conditions d'accueil. Le sort réservé à l'individu « dublinisé » en est une illustration frappante. Il peut rester en France, sans aucun statut, même pas celui de demandeur d'asile, le temps que la France saisisse le pays européen désigné responsable de sa demande (délai de 3 mois maximum), le temps que celui-ci réponde (2 mois maximum), et le temps que la préfecture procède à la remise effective du demandeur (6 mois maximum, au-delà desquels la France devient responsable de la demande d'asile). Soit, si tous les délais sont optimalement utilisés, 11 mois sans aucun statut. Aucune couverture. Aucun hébergement. Aucune aide.

B) La menace d'un « asile interne sanitaire »

Évoquons ici la dernière alerte particulièrement dissuasive projetée par les ministères de l'Intérieur, de la Santé et de la Cohésion Sociale, qui veulent limiter les régularisations d'étrangers malades, ce qui pourrait avoir un impact direct sur les réfugiés. Le projet vise à resserrer l'un des critères d'admission au séjour en France : pouvoir y rester et y être soigné lorsque c'est impossible dans le pays d'origine. Un critère déjà utilisé par les juridictions administratives pour reconnaître le statut de réfugié à un individu.

Le projet de circulaire considère que si un traitement existe dans la capitale ou dans au moins une ville de pays d'origine, le malade ne devrait plus être régularisé, quels que soient le prix du médicament, sa disponibilité ou son accessibilité géographique⁹³³. Concrètement, ce projet organise la violation du secret médical par l'administration, établit une liste de pays d'origine « sûrs » d'un point de vue sanitaire, et donne aux autorités préfectorales, le pouvoir

⁹³⁰ Olivier BRACHET, « La dégradation des conditions d'accueil des réfugiés en France », dans *Le droit d'asile en question, Problèmes politiques et sociaux*, n° 880, 13 septembre 2002, p. 53, et « La condition du réfugié dans la tourmente de la politique d'asile », dans *Les frontières du droit d'asile, Hommes et migrations*, n° 1238, juillet-août 2002, pp. 52-56.

⁹³¹ Gilles FRIGOLI, « Le demandeur d'asile : un « exclu » parmi d'autres ? La demande d'asile à l'épreuve des logiques de l'assistance », *REMI*, Vol. 20, n° 2, 2004..

⁹³² Sur ce propos, Sylvie Da LOMBA, « Les conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'Union européenne : une atteinte à la dignité humaine ? », Vingt-deuxième séance du Séminaire transdisciplinaire annuel de la Chaire de recherche du Canada en droit international des migrations sur « La complexe dynamique des migrations internationales », communication du mardi 6 juin 2006, URL : <http://cdim.cerium.ca/article2460.html> (consultée le 8 février 2007).

⁹³³ Carine FOUTEAU, « L'Intérieur veut limiter la régularisation des étrangers malades », *Les échos*, 8 novembre 2006.

de refuser et de renvoyer les individus qui seraient concernés. La liste des pays sûrs (réalisée à partir d'un questionnaire renvoyé par les ambassades françaises) est croisée avec une liste de pathologies. Si un État offre des soins pour la « très grande majorité des pathologies », l'individu devra y retourner, même si sa pathologie n'est pas couverte. Même solution si l'État n'offre de soins que dans la capitale ou une grande ville. Nous assistons ici à une transposition de l'« asile interne » au niveau sanitaire. Le secret médical est violé par l'échange d'informations entre préfetures et médecins. Et enfin, la possibilité reste donnée au préfet de ne pas tenir compte de l'avis du médecin. Abandonné en novembre 2006⁹³⁴, ce projet n'en est pas moins devenu une réalité concrète⁹³⁵, laquelle a été incidemment validée par la CEDH en mai 2008⁹³⁶.

En partie permise par la rédaction même de la *Convention de Genève* qui autorise une différence de traitement (étranger en général, national, ou étranger le plus favorisé) en fonction de la situation du réfugié dans le pays d'accueil (se trouvant, se trouvant régulièrement, ou résidant régulièrement sur le territoire), la précarisation des réfugiés reconnus est également croissante.

Il faut le rappeler ici, ce n'est pas tant du fait de leur statut de réfugié que du fait de leur statut d'étranger, que leurs conditions de vie des réfugiés en France sont difficiles. L'accès à l'emploi et au logement sont à nouveau deux points clés dans le constat de la précarité. Le point clé de la *précarisation* prend quant à lui, la forme d'une entreprise globale de fragilisation des titres de séjour qui touche l'immigration et déteint sur les réfugiés. La multiplication des sous-statuts et le refus de l'intégration sur place en sont la manifestation (voir troisième partie).

Section 2) Au Canada : un manque initial d'assistance.

⁹³⁴ Observatoire du Droit à la Santé des Etrangers (ODSE), « Projet de circulaire sur les malades étrangers », Analyse, 10 novembre 2006, URL http://www.odse.eu.org/article.php3?id_article=39 (consultée le 8 février 2007), et texte du projet de circulaire : http://www.odse.eu.org/IMG/pdf/projet_circulaire_nov06.pdf (consultée le 8 février 2007).

⁹³⁵ ODCE, « Expulsions des malades étrangers : l'Intérieur méprise l'avis des médecins de l'administration », Communiqué, 14 février 2007, et ODSE, « Peut-on renvoyer des malades mourir dans leur pays ? », Pétition, dimanche 29 avril 2007.

⁹³⁶ CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, n° 26565/05. Voir Caroline LANTERO, « La Cour européenne des droits de l'homme et les étrangers malades : le ton se durcit », *Chronique du Cérium*, juin 2008, URL : <http://www.cerium.ca/La-Cour-europeenne-des-droits-de-1,7451> (consultée le 15 juillet 2008).

Il ressort de notre recherche documentaire que la précarisation des demandeurs d'asile au Canada n'est pas aussi facilement observable qu'en France. Leur statut dépend essentiellement des législations provinciales et les aides dont ils peuvent bénéficier sont en grande partie issues du milieu associatif. La précarisation progressive du demandeur d'asile n'est donc pas aussi « normativement » visible qu'en France. C'est au contraire l'inexistence d'une prise en compte spécifique de leur vulnérabilité qui peut contribuer à les affaiblir, à peine arrivés (I). La même remarque s'impose pour les réfugiés reconnus, qui sont assimilés aux étrangers, pour qui l'avenir s'assombrit au Canada (II).

I) Le manque de prise en compte spécifique du demandeur d'asile.

Le Canada étant un pays d'immigration, le concept d'intégration y est beaucoup moins mou et porteur d'idéologies qu'en France. Ainsi, dans une démarche pragmatique, un concept préalable à celui d'intégration a émergé dans la réflexion canadienne: le concept de l'établissement. Le Conseil canadien pour les Réfugiés en donne la définition suivante :

« L'accommodation et l'adaptation des individus à son premier stade, lorsque les nouveaux arrivants effectuent les premiers ajustements de base dans un nouveau pays. Cela comprend la recherche d'un logement, commencer à apprendre la langue locale, trouver un emploi et apprendre à trouver leur voie au sein d'une société inconnue. »

L'intégration est par ailleurs définie comme :

« Un processus à long terme et à double sens, au cours duquel les immigrants et les réfugiés accomplissent leur participation à tous les aspects de la vie canadienne d'une part, et où la société canadienne tire pleinement avantage du potentiel des nouveaux arrivants d'autre part. »⁹³⁷

L'idée générale est que pour parvenir à l'intégration, il faut réussir l'acclimatation, puis l'adaptation des nouveaux venus. Celle-ci est donc facilitée, mais le système est loin d'être infaillible.

Les besoins des demandeurs d'asile, en situation de particulière vulnérabilité, sont bien conceptualisés par certains acteurs, mais pas vraiment par l'État. L'État fédéral est en effet très désengagé vis-à-vis de ces questions⁹³⁸, et on observe une grande disparité des services à

⁹³⁷ Conseil canadien pour les Réfugiés, « Cadre des normes nationales canadiennes en matière de services d'établissement », mai 2000.

⁹³⁸ Sur le plan pratique, le gouvernement canadien participe activement au financement des organismes d'aide aux immigrants par le biais du *Programme d'établissement et d'adaptation des Immigrants*. Voir le site du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration : <http://www.cic.gc.ca/francais/nouveaux/peai-fs.asp> (consultée le 1er janvier 2008).

l'établissement offerts par les provinces, les municipalités, et les différents organismes associatifs⁹³⁹.

Ainsi, au Canada, l'hébergement des demandeurs d'asile est totalement absent de la législation fédérale et repose sur les provinces ou les initiatives privées et communautaires. Les pratiques manquent de transparence et d'homogénéité. Au Québec, depuis l'entente Canada-Québec de 1991 qui accorde à la province le contrôle de l'utilisation des paiements de transferts fédéraux pour l'installation des immigrants, les services aux demandeurs d'asile ont subi des coupures, tant budgétaires qu'en personnel. Le seul service offert aux demandeurs d'asile qui soit financé par le gouvernement est celui de la recherche de logement. Mais ce service est restreint du fait de manque de personnel, de manque de budget et de la surcharge des cas à traiter.

« Ceux qui travaillent au sein des organismes chargés du logement sont trop occupés pour visiter les appartements en personne et ne peuvent offrir que des listes de logement. De plus, les appartements disponibles répondent rarement aux caractéristiques d'un mode de vie décent. Il n'existe pour les demandeurs d'asile aucun autre service social financé par le gouvernement, ce qui signifie qu'ils sont, pour résoudre leurs problèmes, laissés à eux-mêmes. »⁹⁴⁰

De façon plus uniforme en revanche, et même si cela ressort également de la compétence des provinces et non du fédéral, tout réfugié dans l'attente d'une décision sur la reconnaissance de son statut dispose au Canada d'un accès à un revenu (aide publique ou emploi), d'un accès à l'éducation, et d'un accès aux soins.

L'aide publique est difficilement chiffrable, car décidée au niveau des provinces, en fonction de facteurs très variables⁹⁴¹. Dans le domaine de l'accès à la protection sociale, le Conseil canadien pour les Réfugiés et le Comité inter-Eglises pour les Réfugiés ont soulevé certains problèmes de discrimination envers les demandeurs d'asile, notamment lorsqu'on exige qu'ils présentent des documents (par exemple relatifs à l'éligibilité de leur demande d'asile) qu'ils n'obtiennent parfois qu'à l'issue d'un long délai. Le rapport souligne également des inégalités d'une province à l'autre, ainsi que les liens de conditionnalité qui peuvent exister entre la protection sociale et la situation de l'emploi et qui sont particulièrement iniques lorsque le demandeur d'asile n'a pas le droit de travailler⁹⁴².

⁹³⁹ CCR, « Cadre des normes nationales canadiennes en matière de services d'établissement », mai 2000.

⁹⁴⁰ Marie LACROIX, « L'expérience des demandeurs d'asile : vers l'élaboration de nouvelles pratiques sociales », *Nouvelles pratiques sociales*, Vol. 16, n°2, 2003, pp. 187-188.

⁹⁴¹ Voir Mickael BARUTCISKI et François CRÉPEAU, « Refugee Rights in Canada and the 1951 Geneva Convention », *JRS*, Vol. 7, n° 2/3, 1994, p. 243.

⁹⁴² Canadian Council for Refugees and Inter-Church Committee for Refugees, « Non-Discrimination in Economic and Social Rights for Uprooted People - Submission with Respect to the Examination of Canada,

L'accès à l'emploi est en fait une autorisation de travail que seuls « les demandeurs ne pouvant subsister sans l'assistance publique » et qui ont « réussi l'examen médical »⁹⁴³ peuvent se voir accorder. Cette autorisation a des effets concrets par ailleurs très limités, car les employeurs potentiels sont réticents à embaucher quelqu'un dont l'avenir est incertain au Canada⁹⁴⁴.

L'accès aux soins peut en revanche être assuré par le fédéral, à travers le Programme fédéral de santé intérimaire (PFSI), jusqu'à ce que les réfugiés soient couverts par le régime d'assurance-maladie de leur province de résidence⁹⁴⁵. Mais ce programme couvre nettement moins bien les besoins pris en charge par les régimes provinciaux, et les professionnels de santé eux-mêmes ne sont pas toujours à l'aise avec ce système, ce qui les pousse à refuser de soigner les demandeurs d'asile. D'autre part, certains demandeurs d'asile n'ont dans les faits pas accès au PFSI⁹⁴⁶.

L'accès à l'éducation est théoriquement automatique pour les enfants mineurs, et les adultes peuvent demander une autorisation d'études. En réalité, on a pu observer que les autorisations d'études étaient souvent refusées, et que les enfants mineurs de demandeurs d'asile en attente de reconnaissance ou déboutés se voyaient refuser l'accès à l'école par les autorités locales⁹⁴⁷.

Il est difficile de dresser en quelques lignes une vision générale de la situation des demandeurs d'asile comme nous avons pu le faire pour la France, tant leur prise en charge ressort d'initiatives multiples. Si on peut s'accommoder du désengagement de l'État dès lors qu'il est compensé par un effort plus local, plus privé, ou plus communautaire, on peut cependant regretter l'absence de prise en compte normative générale de la situation spécifique des demandeurs d'asile, qui ne sont pas de nouveaux immigrants comme les autres, et portent

November 1998 », July 1998, URL: <http://www.web.net/~ccr/escrrep.htm> (consultée le 23 février 2007).

⁹⁴³ Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, « Pour mieux connaître...l'immigration et la citoyenneté – La protection des réfugiés », novembre 2005.

⁹⁴⁴ Jean RENAUD, « Les réfugiés au Canada: des professionnels et des universitaires condamnés à l'aide sociale », *Forum Université de Montréal*, Vol. 33, n° 8, 26 octobre 1998, et Canadian Council for Refugees and Inter-Church Committee for Refugees, « Non-Discrimination in Economic and Social Rights for Uprooted People - Submission with Respect to the Examination of Canada, November 1998 », July 1998.

⁹⁴⁵ CIC, Guide 5568, « Demande d'admissibilité au PFSI », et Programme Fédéral de Santé Intérimaire, *Manuel d'information pour les professionnels de la santé*, FAS Benefit Administrators Ltd, Novembre 2006, 41 p.

⁹⁴⁶ Canadian Council for Refugees and Inter-Church Committee for Refugees, « Non-Discrimination in Economic and Social Rights for Uprooted People - Submission with Respect to the Examination of Canada, November 1998 », July 1998.

⁹⁴⁷ Canadian Council for Refugees and Inter-Church Committee for Refugees, « Non-Discrimination in Economic and Social Rights for Uprooted People - Submission with Respect to the Examination of Canada, November 1998 », July 1998.

notamment les traumatismes de l'exil.

II) Le réfugié reconnu: accessibilité difficile à la résidence permanente.

Une fois le statut reconnu, la personne réfugiée n'a pas au Canada, de « statut de réfugié », puisqu'elle a vocation à obtenir la résidence permanente. Même si la *LIPR* a pu, à certains égards, améliorer l'accès des réfugiés à la résidence permanente, il n'est pas très logique qu'elle ne soit encore pas automatiquement accordée au réfugié reconnu. Les délais qui séparent la demande de statut de réfugié, et l'obtention du droit d'établissement – lui-même condition préalable à l'acquisition de la résidence permanente – sont de plus en plus longs (ils dépassent parfois trois années)⁹⁴⁸. Globalement, dans le processus d'attribution de la résidence permanente, les réfugiés ne bénéficient pas de considération spécifique à leur statut, et sont traités comme de simples immigrants. Le Conseil canadien pour les Réfugiés regrette d'ailleurs que les demandes de résidence permanente par les réfugiés ne soient pas couvertes dans la seconde partie de la *LIPR* relative à la protection des réfugiés, mais dans la première partie, soit la partie relative à « l'immigration au Canada ». Il regrette également que l'accès à la résidence permanente ne soit pas automatique pour les réfugiés et les personnes protégées⁹⁴⁹.

Le déséquilibre qui s'installe en faveur de la sécurité de l'État contre la protection du réfugié vient de plus aggraver la difficulté d'accéder à la résidence permanente. En effet, l'admissibilité à la résidence permanente peut être remise en cause pour des « motifs de sécurité ou de criminalité grave », des critères dont le Canada use plus volontiers depuis le 11 septembre 2001. Ainsi, une personne pourtant déclarée « protégée » par la CISR, pourra se heurter à un refus de résidence permanente (art 21.2 de la *LIPR*) si elle représente un risque pour la sécurité, c'est-à-dire qu'elle tombe sous le coup de la liste élargie des motifs d'interdiction du territoire énoncés aux articles 34 à 38 de la *LIPR*. L'inadmissibilité à la résidence permanente pourra, le cas échéant, entraîner renvoi. Dans le cas contraire, la personne protégée se trouvera dans un vide juridique, sans véritable statut au Canada, et cela pendant de longues années. Cette enquête de sécurité est exactement la même que celle qui constitue désormais un filtre préalable au dépôt de la demande d'asile. Elle ne cesse pas

⁹⁴⁸ En 2004, le Conseil canadien rapportait des délais d'environ un an pour les « cas ordinaires ». Pour les cas « difficiles », des délais bien plus longs étaient constatés (jusqu'à 6 ans) : CCR, « Plus qu'un cauchemar : Les retards dans la réunification des familles de réfugiés », novembre 2004, 19 p.

⁹⁴⁹ Regrets exprimés lors de l'examen du projet de loi C-11 qui a abouti à la *LIPR* : CCR, « Mémoire sur le projet de loi C-11 », 21 mars 2001.

d'exister dans le processus de la résidence permanente sous prétexte qu'elle a été déplacée en aval de la demande d'asile. Elle est en fait doublée.

Enfin, les effets du vide juridique provoqué par l'attente ou le refus de ce statut sont graves pour la population réfugiée. Sans résidence permanente, les réfugiés ne peuvent pas bénéficier du regroupement familial, même si le demandeur peut faire inclure les membres de sa famille dans sa demande de résidence permanente, y compris ceux qui se trouvent en dehors du Canada. Sans résidence permanente, un réfugié n'a pas de droit au travail. Il doit demander une autorisation d'emploi et dispose d'un numéro de sécurité sociale qui rend distinct auprès des employeurs le caractère précaire de son séjour au Canada. Il souffre donc, comme les demandeurs d'asile, d'une véritable discrimination dans l'accès à l'emploi⁹⁵⁰. De la même façon, un réfugié reconnu souffre de discrimination en matière d'accès à l'éducation supérieure (pas de bourses, pas de prêts, et frais de scolarité plus élevés que pour les résidents et citoyens). Un réfugié reconnu n'a pas non plus accès aux prêts bancaires et se voit parfois refuser la simple détention d'une carte bancaire⁹⁵¹. De plus, il va de soi que, sans résidence permanente, l'accès à la citoyenneté est encore plus éloigné et prive le réfugié de toute participation politique à la vie du pays dans lequel il a pourtant vocation à s'installer. Le Conseil canadien pour les Réfugiés observe que pour un individu qui a subi l'incapacité de protection de son pays d'origine et qui se retrouve, légalement ou dans les faits, citoyen de nulle part, l'acquisition de la citoyenneté est un élément crucial de protection.

Tous ces empêchements créent précisément de l'insécurité pour le réfugié.

Il ressort des dernières mesures prises par le Canada en matière d'immigration une précarisation croissante du statut de résident permanent. Ce dernier a théoriquement un statut intermédiaire entre l'étranger et le citoyen, mais l'évolution récente, cernée de préoccupations sécuritaires, a tendance à le déclasser au simple rang « d'étranger », susceptible de représenter un danger pour le Canada et d'être « invité » à en partir. Ainsi, un réfugié reconnu ou même un réfugié ayant obtenu la résidence permanente n'est pas à l'abri d'être frappé par un « certificat de sécurité », et d'être placé en détention indéfinie jusqu'à une éventuelle expulsion vers un pays où il risque la torture, la persécution ou la mort.

⁹⁵⁰ Voir l'article de Michèle RIVET, « Le travailleur étranger au Canada : à l'avant-poste de la précarité », *McGill Law Journal*, Vol. 43, 1998, pp. 181-210, qui propose un écho très intéressant au texte publié par Alain MORICE, « Dans les laboratoires de l'exploitation : les travailleurs étrangers aux avants-postes de la précarité » *Le Monde diplomatique*, janvier 1997, p. 18.

⁹⁵¹ Canadian Council for Refugees, « Refugees and Security », February 2003, p. 6.

Conclusion chapitre 2 :

Le réfugié doit faire ses classes et faire ses preuves, apprendre les rouages et les arcanes du pays d'accueil et surtout ne jamais faillir, sous peine de porter les fautes d'un système qui ne veut pas de lui, et d'en être sanctionné. Pour Cyril Wolmark, ce qui caractérise l'étranger et le distingue le plus nettement du citoyen, est le fait que pour obtenir un droit, il s'expose à l'éventualité d'une sanction. L'auteur parle d'une « mise à nu de l'étranger », et ses propos sont encore plus évocateurs lorsqu'on les transpose à la situation du réfugié. Les dispositions des droits internes exigent du réfugié qu'il dévoile de larges pans de son intimité s'il veut obtenir une admission sur le territoire, une admission au séjour ou le statut de réfugié. Si le réfugié ne se plie pas à ces exigences, il n'obtient aucun droit. S'il s'y plie, qu'il « se dévoile, se met à nu », il peut arriver qu'il « soit sanctionné de s'être ainsi exposé au regard de l'État »⁹⁵². De fait, au regard des pratiques, le réfugié prend statistiquement plus de risque d'être rejeté, que d'obtenir le droit qu'il demande.

La disparition du droit d'asile est entérinée, et c'est au tour du droit de demander l'asile de devenir hypothétique. Parallèlement, on nie la vulnérabilité du réfugié, on rejette son statut de « faible » et on l'accentue avec de nouvelles épreuves. Ce sont ici les concepts fondateurs du droit des réfugiés qui disparaissent.

Mesures dissuasives? C'est globalement l'objectif affiché, mais au regard des observations tirées de ce chapitre, on se demande si c'est le « faux réfugié » que l'on traque, ou le « vrai ». En tout état de cause, la seule dissuasion qu'il faut logiquement attendre de cela, est celle de passer par les voies légales, certainement pas celle de tenter sa chance à la survie.

⁹⁵² Cyril WOLMARK, « La mise à nu de l'étranger », dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par), *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d'humeur en l'Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 155-159.

Conclusion Titre 2 :

Les États ont créé une nouvelle catégorie discursive et normative : le réfugié-immigrant-fraudeur-criminel-terroriste. Encore imputés aux supposées faiblesses – irréversibles de surcroît – de la *Convention de Genève*, les détournements de procédures dont on accuse ces réfugiés-immigrants-fraudeurs-criminels-terroristes tiennent une place centrale dans les préoccupations gouvernementales.

Pourtant, la *Convention de Genève* n'est pas responsable pour le 11 septembre, pas plus qu'elle ne porte les germes d'autres 11 septembre.

En réalité, en rendant les fraudeurs plus visibles qu'ils ne sont nombreux, l'évocation de ces « détournements de l'asile » visent à occulter les détournements de concepts, bien réels, auxquels se livrent les États vis-à-vis du droit des réfugiés. Le mouvement opéré de la lutte contre l'immigration illégale vers la dissuasion de la demande d'asile, ressemble depuis 2001, davantage à un dérapage, ou une sortie de route, qu'à un glissement. La confusion initiale entre asile et immigration s'est mue en opportunité de nier, à la fois le fait que les réfugiés ne sont pas de « simples migrants » (ni même constitutifs d'un sous-groupe au sein des « migrants »⁹⁵³), et le fait que les réfugiés ont besoin de protection. Désormais, la tendance s'inverse et le réfugié ne doit plus prouver qu'il *l'est*, mais prouver qu'il *n'est pas* un migrant-fraudeur-criminel-terroriste.

En dénaturant ainsi les concepts fondateurs du droit des réfugiés, en niant au réfugié son statut, les États ont créé le pré-requis nécessaire à l'étape suivante : la négation de l'individu réfugié et le rejet de l'autre.

⁹⁵³ En ce sens Erika FELLER, « Refugees are not migrants », *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 24, n° 4, 2005, pp. 27-35.

Conclusion Partie 2:

La *Convention de Genève* montre certainement quelques limites. Le fait qu'elle ne soit adaptée qu'à une réalité occidentale, laissant en suspens toute la problématique africaine, asiatique et latino-américaine de l'asile est une première limite de fond. Le fait qu'elle n'ait pas rapidement fait l'objet d'une refonte globale souligne le processus de déresponsabilisation des États occidentaux face aux problèmes qui ne les touchent pas vraiment, et qui préfèrent laisser à l'Afrique, l'Asie et l'Amérique latine le soin de rechercher des solutions juridiques⁹⁵⁴.

Le fait que le discours s'oriente vers l'idée qu'il puisse y avoir principalement de « faux réfugiés », conjugué au fait que toute question sur l'asile est désormais systématiquement associée aux questions sur l'immigration (que l'on marie de force avec celles de la sécurité), montre peut-être les limites du droit des réfugiés originel.

Le fait que cette nouvelle attitude des États occidentaux n'ait pas abouti à l'abandon pur et simple du système de Genève, notamment à travers la construction européenne et la réflexion autour d'une politique d'asile commune, pourrait paraître surprenant. Au contraire, comme nous l'avons vu, l'intérêt de conserver et de proclamer son attachement à la *Convention de Genève* a permis d'en exploiter toutes les failles et toutes les faiblesses, et d'en contourner au maximum l'application tout en conservant un certain crédit moral. La *Convention de Genève* est là et reste une référence, mais on fait mentir sa lettre et son esprit, on la contourne.

Le dialogue instauré entre elle, le droit international des droits de l'homme, les droits fondamentaux des constitutions de droits internes, le HCR, et les tribunaux est comme en panne. Calé sur l'insécurité.

La deuxième étape, ou plutôt, le processus parallèle que les États occidentaux s'efforcent de réaliser vise désormais à mettre en œuvre tous les moyens possibles pour ne pas avoir à accueillir les réfugiés. Il ne s'agit plus de se dégager des obligations internationales, mais bien d'en consolider de nouvelles, d'une tout autre nature.

Cela se caractérise d'abord par une politique de fermeture globale des frontières, puis par la mise en œuvre de tous les moyens possibles pour circonscrire les mouvements de réfugiés dans leur épiceutre, et lorsque ni l'une ni l'autre de ces mesures n'a pu empêcher l'arrivée de ces exilés, repousser l'accès à la procédure de reconnaissance (d'« octroi ») du statut.

⁹⁵⁴ Claire RODIER, « La construction d'une politique européenne d'asile : entre discours et pratiques », *Hommes et Migrations*, n° 1240, nov-déc 2002, pp. 81-93.

PARTIE 3 : LE REJET DE L'AUTRE.

UN DIALOGUE CONFISQUE HORS LA CONVENTION DE GENÈVE

Bien amorcé par les détournements de concepts évoqués plus haut, le rejet du réfugié, au même titre que « n'importe quel migrant », est, pour les États, la dernière étape de dissolution de son statut. Après avoir refusé la protection aux réfugiés, les États s'en protègent, ce qui se concrétise par une évasion de la *Convention de Genève*.

L'irruption des normes supra-nationales dans le débat a parasité le dialogue, pour finalement le confisquer en occupant une très grande partie de l'espace de discussion qu'il y avait entre la *Convention de Genève* et les droits internes. Ces normes supra-nationales sont issues d'un processus de « coopération », terme dont le sens initialement affiché était celui d'une concertation et d'une mise en commun de moyens visant à la protection des réfugiés. Mais la lettre des instruments mis en place – politiques d'abord, juridiques ensuite – révèle plutôt une mise en commun de mesures visant à prévenir les mouvements de réfugiés, et contrôler de près leur accueil. Cet objectif est désormais clairement assumé par les États et n'avance même plus masqué. Cette situation résulte en fait d'un enchaînement d'événements, qui ont parfois servi à justifier certaines déviations ou ajustements faits au droit international des réfugiés, mais qui ont surtout eu pour conséquence de construire des remparts successifs, et de fermer les portes du monde occidental. L'Europe est particulièrement engagée dans ce processus, et ses moyens de juguler l'entrée des réfugiés sur son territoire sont beaucoup plus institutionnalisés qu'en Amérique du Nord. Cependant, la voie que suivent le Canada et les États-Unis se rapproche, voire dépasse le modèle européen. La coopération ayant abouti aux normes-supranationales en cause a d'abord servi à dépasser la *Convention de Genève* pour logiquement exclure le réfugié de la protection qui lui est théoriquement accordée (**Titre 1**).

Mais cette normativité supra-nationale n'est qu'un moyen de confiscation du dialogue parmi d'autres. Elle s'inscrit dans un objectif encore plus large visant à se débarrasser du « problème des réfugiés », en se libérant des réfugiés, en les rendant invisibles aux pays désignés pour les accueillir. Elle a ainsi validé les pratiques pré-existantes qui allaient dans ce sens, comme la prolifération des visas, les interceptions de réfugiés, ou la détention systématique. Elle a encouragé ou confirmé les politiques de sous-statuts, de protection

temporaire ou encore, de délocalisation de l'asile à la périphérie des continents concernés. Ces efforts multiples ont abouti à distancer la *Convention de Genève* pour rendre le réfugié invisible (**Titre 2**).

TITRE 1 : DÉPASSER LA CONVENTION DE GENÈVE POUR EXCLURE LE RÉFUGIÉ.

Tout comparatif du système nord-américain avec le système européen est délicat, au regard des différences démographiques, économiques, politiques, historiques et structurelles des deux continents. Il est pourtant singulier de constater chez les uns et chez les autres, des cheminements opposés pour atteindre un objectif commun de contrôle des déplacements. L'Europe en tant qu'agrégation de - désormais 27 - États aux politiques migratoires inégales, concentre ses efforts sur une communautarisation de celles-ci, en y confondant l'asile et l'immigration. L'Amérique du Nord concerne « seulement » le Canada et les États-Unis (la place du Mexique est très résiduelle) et commence seulement à mettre en place une coopération sur la gestion de l'immigration, au sein de laquelle l'asile vient se greffer. Les bases sont différentes puisque l'Amérique du Nord part avec l'« avance » d'une politique migratoire déjà sélective, mais le résultat est le même et consiste en une prévention-sécurisation des flux migratoires, au sein de laquelle une politique d'asile trouve sa place.

L'intervention d'un troisième degré juridique venant s'intercaler entre la *Convention de Genève* et les États n'est pas forcément négative, s'il s'agit de faire gagner la première en effectivité, d'en combler les lacunes ou de l'adapter aux évolutions du monde. Ce fut le cas des réflexions conduites et des normes adoptées en Amérique latine avec la *Déclaration de Carthagène*, ou en Afrique avec la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine*, qui ont donné lieu à de pertinentes adaptations du droit international des réfugiés, dans le sens d'une protection accrue des réfugiés. Ce n'est pas le cas des réflexions conduites et des normes adoptées au Nord.

La France et le Canada offrent au sein de leur sphère régionale respective, les manifestations d'une prise de pouvoir de l'intergouvernemental sur la normativité traditionnelle (**Chapitre 1**). Une prise de pouvoir qui a conduit à une réécriture du droit des réfugiés (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - La prise de pouvoir de l'intergouvernemental : l'« a-normativité »

L'« Europe » dont nous parlons dans ce chapitre est la Communauté économique européenne devenue Union européenne en 1992, et dont la vocation est de « rassembler des traditions constitutionnelles communes et à forger sur ce fondement une société politique »⁹⁵⁵. Elle est une entité juridique forte, très institutionnalisée, source de normes dites « communautaires » devant être appliquées par tous les droits internes des États qui la composent. Et pour construire ce droit communautaire, elle dispose de règles de normativité précises, faisant intervenir des institutions précises, au sein desquelles, en toute logique, un parlement élu par les citoyens des États membres et garant d'un processus législatif démocratique. En réalité, le mode de gouvernance de l'Union européenne est très hybride et certaines normes sont issues de conférences intergouvernementales dans lesquelles les citoyens ne sont pas représentés et dans lesquelles les États conservent l'ensemble de leurs prérogatives. Mais ce type de normes ne peuvent être considérées comme du droit communautaire, elles ne sont que des traités entre États. En matière d'asile pourtant, tous les fondements de ce qui constitue désormais le régime européen dans ce domaine, ont été issus d'un processus intergouvernemental, qui n'entraîne parfois même pas dans le cadre d'une « conférence ». Ce qui est devenu du droit communautaire, ou est en passe de le devenir, n'avait pas vocation à l'être, ou du moins, n'a pas suivi la procédure normale pour le devenir.

Le Canada, s'inscrit avec le « reste » de l'Amérique du Nord dans le modèle classique des « organisations internationales », dont le système décisionnel est celui de la conférence intergouvernementale. Les États ont donc toute latitude pour prendre des traités et signer des accords qui peuvent avoir vocation à constituer à un régime nord-américain de l'asile. Mais cette liberté normative n'empêche pas le Canada et les États-Unis d'élaborer, en dehors même du cadre de leur organisation internationale, des accords bilatéraux extrêmement protectionnistes dans lesquelles personne ne peut intervenir.

Tant en Europe qu'en Amérique donc, l'asile est tributaire d'une coopération intergouvernementale, ce qui par définition, exclut des discussions tous les acteurs du droit des réfugiés susceptibles de nuancer les ambitions étatiques, d'insister sur les fondements de

⁹⁵⁵ Bertrand MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 18, novembre 2004 à mars 2005.

la protection, et de rappeler que la *Convention de Genève* existe.

La confiscation du dialogue est ici la plus évidente. La construction d'un régime européen de l'asile repose sur un processus de coopération juridiquement et démocratiquement très déficitaire (**Section 1**), tandis qu'en Amérique, c'est la coopération elle-même qui est illusoire (**Section 2**).

Section 1 : De Schengen à Amsterdam - atteindre un objectif communautaire par des moyens qui n'en sont pas.

Nous empruntons l'intitulé de cette section à Jean-Claude Masclet qui résumait déjà en 1992, toute l'ambiguïté de la construction de la politique européenne d'asile⁹⁵⁶. Dans ce développement qui pourrait sembler laborieusement chronologique, notre propos est surtout d'insister sur le déficit démocratique qui a marqué la mise en place d'une politique européenne d'asile, puisqu'elle en porte encore les stigmates. À l'origine en effet, quelques États pour ne pas dire quelques individus, réunis dans un laboratoire secret, ont « bricolé » un certain nombre de formules politiques, et par une opération de légitimation très contestable, cela est devenu la politique européenne d'asile. Cette construction politique peut être réduite à un processus de fermeture des portes européennes. Processus très marqué par l'« informalité » et qui a abouti au verrouillage du continent par la *Convention de Dublin (I)*. Verrouillage entériné ensuite par *Maastricht* puis *Amsterdam (II)*.

I) Du laboratoire Schengen au verrouillage Dublin.

Dès qu'il a été question de supprimer les frontières entre les États membres, les États se sont penchés sur la question de la protection des frontières extérieures. Le succès de cette réflexion a abouti à un traité très en marge du droit communautaire (**A**), pour finalement parvenir à trouver la clé du verrouillage du continent avec la *Convention de Dublin (B)*.

A) Schengen : Du laboratoire secret à la Convention.

Des consultations intergouvernementales informelles ont lieu dès le début des années quatre-vingt, laissant en dehors du débat, tous les parlements, les associations, et les acteurs

⁹⁵⁶ Jean-Claude MASCLET, « De la difficulté d'atteindre des objectifs communautaires par des moyens qui ne le sont pas. », dans BIGO Didier (dir.), *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1992.

concernés, HCR compris. Il est déjà question de supprimer les frontières entre les États membres, et de renforcer le contrôle aux frontières extérieures. Ces forums de discussion, orientés sur la coopération policière, la sécurité intérieure et l'accès au territoire, contribuèrent et contribuent encore largement à l'amalgame des politiques d'asile et des politiques d'immigration. Déjà, le Groupe « Terrorisme, répression, extrémisme, violence internationale », dit Trévi, fondé en 1975, et réunissant les ministres de l'Intérieur et de la Justice des douze pays de la CEE, va intégrer - à côté de sous-groupes chargés de la coopération en matière de « drogue » ou de « terrorisme » - un sous-groupe travaillant sur le problème de « l'asile et de l'immigration ». Les prémices du discours sont là. Mettre sur un plan d'égalité les problèmes de drogue et d'asile concourt déjà très nettement au phénomène de criminalisation des demandeurs d'asile et des réfugiés.

Très vite, ces consultations aboutissent à l'*Accord Schengen* du 14 juin 1985, *relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*⁹⁵⁷, conclu entre la France, la R.F.A. et le Benelux. Il est alors envisagé de lutter contre le trafic d'armes et de stupéfiants, et contre l'immigration illégale. C'est-à-dire, d'élaborer des mesures compensatoires adéquates à l'ouverture des frontières communes. Si cet accord a été publié, il faut cependant relever son caractère confidentiel caractérisé par l'exclusion des parlements nationaux de toute procédure de ratification.

Une convention d'application de cet Accord est finalement signée le 19 juin 1990⁹⁵⁸ entre les cinq États à l'origine de l'Accord. Là encore, notons les efforts de discrétion des signataires, au premier rang desquels la France, qui a longuement débattu avec le gouvernement néerlandais pour que ce dernier ne communique pas à son parlement le texte de l'accord en discussion, au motif que « cette procédure aurait risqué de constituer un précédent, et aurait pu servir de fondement à des revendications identiques du Parlement français »⁹⁵⁹. Une étape discrète donc, mais constitutive d'un « acquis » juridique pour l'Union européenne, puisque 24 États sont désormais membres de cet « espace Schengen »⁹⁶⁰.

Alors que l'accord Schengen de 1985 était entré en vigueur immédiatement puisque dispensé d'une procédure de ratification, la *Convention Schengen* entre en vigueur

⁹⁵⁷ *Accords de Schengen*, *JORF* du 5 août 1986, p. 9612 et *D.* n°86-907, 30 juillet 1986.

⁹⁵⁸ *Convention d'application de l'Accord Schengen du 14/06/85 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, signée à Schengen le 19 juin 1990, *JORF*, du 22 mars 1995, p. 4441.

⁹⁵⁹ Paul MASSON et Xavier de VILLEPIN, « Mise en place et fonctionnement de la convention d'application de l'accord de Schengen », *Rapport d'information*, n°167, Paris, Sénat, 1991, 11 décembre 1991.

⁹⁶⁰ Voir Commission européenne, *L'évolution de Schengen en dates et en chiffres*, MEMO/07/618, Bruxelles, 20 décembre 2007.

relativement tard - le 26 mars 1995 - en raison de nombreuses difficultés concernant son effective application⁹⁶¹.

À la lecture du texte, les intentions de se cloisonner, plus que de s'ouvrir, sont nettement perceptibles. Sur les 142 articles de la *Convention*, seul l'article 2.1 énonce la liberté de franchir les frontières : « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu, sans qu'un contrôle des personnes soit effectué ». Tous les autres articles portent sur les mesures compensatoires, et si seulement dix d'entre eux concernent nommément les demandeurs d'asile, de nombreuses autres dispositions affectent considérablement leur situation. C'est notamment le cas des dispositions relatives au « visa Schengen », exigé pour 133 nationalités et opposable aux autres États membres ; au Système d'Information Schengen (SIS), un système d'échanges d'empreintes et de données, essentiellement utilisé par la France et l'Allemagne, et qui a vite montré ses limites⁹⁶² ; et aux sanctions à l'encontre des transporteurs afin que ceux-ci n'acheminent plus des étrangers dépourvus de titre ou s'étant procuré de faux documents de voyage.

Enfin, concernant le titre relatif à l'asile, et préconisant essentiellement qu'un seul État soit responsable de l'examen de la demande, certaines dispositions paraissent en totale contradiction avec la *Convention de Genève*. L'article 29.2 prévoit ainsi que l'obligation de traiter une demande « n'entraîne pas celle d'autoriser dans tous les cas le demandeur à pénétrer ou à séjourner sur son territoire », et surtout que « toute partie contractante conserve le droit de refouler ou d'éloigner [...] un demandeur vers un pays tiers. » Le terme « refouler » est donc ouvertement utilisé, en dépit de l'interdiction formelle posée par la *Convention de 1951*.

⁹⁶¹ Voir notamment les enjeux de la « clause de sauvegarde » et la réponse trouvée à l'élargissement avec l'accord dit « Schengen plus », du 27 mai 2005, signé par la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas, et le Luxembourg: Christophe BEAUDOIN, « De l'Europe des nationalités à l'Europe des tribus », *L'observatoire de l'Europe*, tribune, 7 mars 2006.

⁹⁶² Notamment du fait d'une mauvaise utilisation. Au 1^{er} septembre 1996, un an après son entrée en vigueur, le SIS contenait 587 893 rapports, dont 526 160 (soit 89%) concernaient des étrangers indésirables. Sur le total, l'Allemagne avait fourni 436 843 rapports et la France 128 767. Ce nombre énorme conduit à la conclusion que la moindre infraction à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers constituait une base de signalement dans le système. « Le « laboratoire » de la Coopération Schengen », URL : <http://www.renseignementsgeneraux.net/sis.php>. Aujourd'hui, les chiffres du SIS sont difficilement accessibles, mais en juin 2003, la CNIL estimait que le fichier contenait environ 9 millions de signalements, dont 1 300 000 concernant des personnes, URL : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1814> (consultée le 28 février 2007). Voir aussi Jelle VAN BUUREN, « Les tentacules du système Schengen », *Le Monde diplomatique*, mars 2003, p. 8. De fait, et pour faire face à l'élargissement européen, « SIS II » a été adopté en décembre 2006. Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOUE n°L 381-4 du 28 décembre 2006.

Dans un premier temps, ce dernier titre a été intégralement repris dans la *Convention de Dublin*, élaborée parallèlement à celle de *Schengen*, et signée le 15 juin 1990 dans le cadre de la coopération intergouvernementale élargie aux douze membres de la Communauté.

B) Dublin : La clé du verrouillage européen.

La *Convention de Dublin*⁹⁶³ porte exclusivement sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile. Instrument clé de la politique d'asile en Europe, elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997 dans les douze pays à son origine, ainsi que le 2 septembre 1997 en Suède, le 1^{er} octobre 1997 en Autriche et le 1^{er} février 1998 en Finlande⁹⁶⁴.

Son objectif est de prévoir un système permettant de déterminer l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Il n'y a qu'un seul État responsable, et il l'est selon les critères suivants : si un membre de la famille du requérant réside déjà légalement sur son territoire (art. 4) ; si le requérant possède déjà un permis de séjour ou un visa octroyé par cet État (art.5) ; s'il est le premier pays membre dont le requérant a franchi légalement ou non sa frontière (art. 6 et 7) ; enfin, s'il est le premier État où le requérant dépose une demande d'asile, lorsqu'aucun autre critère ne peut être appliqué (art.8).

Ainsi a émergé la notion de « pays de premier asile », et il apparaît nettement que, plus qu'un partage du fardeau, cette convention a concrétisé un rejet du fardeau, aux frontières de l'espace Schengen. Vis-à-vis des réfugiés qui n'arrivent pas par voie aérienne, et qui passent donc obligatoirement par un État en périphérie de l'espace Schengen, il n'y a donc pas de partage des tâches, mais désignation de quelques États qui vont systématiquement se trouver responsables de l'examen de la demande d'asile.

Cette convention a marqué la rupture d'une nouvelle normativité en matière d'asile, avec la *Convention de Genève* de 1951. Un filtre a été créé de toutes pièces entre le réfugié et la convention qui le protège, et il peut désormais être disqualifié au nom de la *Convention de Dublin*, avant même d'être potentiellement reconnu selon les termes de la *Convention de Genève*. Vis-à-vis de l'ensemble des réfugiés, quel que soit leur moyen d'arrivée, ce

⁹⁶³ *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des communautés européennes*, signée à Dublin, le 15 juin 1990, JOCE n° 254 du 19 août 1997, pp. 1-12.

⁹⁶⁴ Le règlement du Conseil des Ministres de l'UE, n° 343/2003, *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers*, du 18 février 2003, dit « Dublin II », est venu remplacer la Convention de Dublin et nous reviendrons plus loin sur son contenu.

mécanisme supprime certes la situation des demandeurs d'asile « sur orbite »⁹⁶⁵, mais vise surtout à lutter contre le phénomène d'« asylum shopping »⁹⁶⁶, et impose aux réfugiés les aléas de la reconnaissance de statut, dont la procédure et le taux de reconnaissance diffèrent d'un État à un autre. Par le jeu de la *Convention Dublin*, sur les quinze États signataires de la *Convention de Genève* de 1951, un seul devient débiteur des obligations en découlant, alors même que les États n'ont pas harmonisé la protection.

Nous reviendrons sur le contenu de la *Convention de Dublin*, et notamment sur sa mise à jour avec le règlement dit « *Dublin II* ». Pour l'heure, attardons-nous sur les autres mesures issues de la technique intergouvernementale, et sur le processus de validation juridique reçue par elles.

II) Des constructions politiques fondatrices d'un régime juridique.

Si les objectifs d'une protection renforcée des frontières extérieures de l'Europe se dégagent nettement des *Conventions Schengen* et *Dublin*, les travaux d'harmonisation menés par le Groupe ad hoc immigration (GAHI) ne laissent plus aucun doute sur la volonté de fermer ces frontières les plus efficacement possible. Le *Traité de Maastricht*, signé en 1991 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, reprend une partie de ces travaux, et avalise officiellement le système de coopération informelle. De plus, il situe expressément les questions relatives à l'asile dans un cadre intergouvernemental, puisqu'il les place avec la coopération policière, judiciaire et douanière, au sein du troisième pilier.

Le Groupe ad hoc immigration est créé en 1986, à l'occasion de la signature de *l'Acte unique européen* entre les membres de la CEE⁹⁶⁷. Forum de coopération intergouvernementale, le GAHI est composé des douze ministres de l'époque compétents en matière d'asile. Par définition, il fonctionne en dehors du système communautaire, et ses travaux échappent à tout contrôle juridictionnel ou parlementaire prévu par le *Traité de Rome*. Les textes qu'il adopte n'ont aucune force juridique, mais l'aval que leur a donné le Conseil

⁹⁶⁵ Expression caractérisant les demandeurs d'asile qui circulent de pays en pays, car aucun ne s'estime compétent pour recevoir leur demande.

⁹⁶⁶ Objectif clairement affiché : « Le système vise à éviter le phénomène d'« asylum shopping », et en même temps à garantir que le cas de chaque demandeur d'asile sera traité par un seul État membre. » Europa, « Règlement Dublin II », Synthèse de la législation, 5 décembre 2007.

⁹⁶⁷ *Acte Unique Européen*, 27 février 1986, *JOCE* n° L 169, p. 1, 29 juin 1987. Nous nous intéressons uniquement au GAHI, qui fut le groupe le plus actif et le plus « normatif » dans les domaines qui nous occupent, mais d'autres groupes de travail ont été créés : le GAM (Groupe d'Assistance Mutuelle chargé des questions douanières), le CELAD (Comité de lutte anti drogue), le Groupe européen de coopération politique et le Groupe horizontal : Daphné BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, *L'Harmattan*, 2001, p. 146.

européen, à maintes reprises, a contribué à leur octroyer une certaine légitimité.

Le GAHI est en partie à l'origine de la *Convention Schengen*, mais il est surtout, après 1990, à l'origine de dispositions visant à une interprétation restrictive de cette dernière, et introduisant de nouvelles constructions de concepts tels que les « demandes manifestement infondées » (A), « pays tiers d'accueil » et « pays d'origine sûr » (B).

A) La demande manifestement infondée.

La notion de demande d'asile « manifestement infondée » est apparue vers 1980 chez les États occidentaux désireux de réduire l'engorgement des instances de reconnaissance du statut de réfugié. Elle a même fait l'objet de conclusions, par le comité exécutif du HCR, qui en a cerné la définition en 1982, et a exigé que son application s'accompagne de nombreuses garanties. La première d'entre elles étant d'accorder au demandeur d'asile le bénéfice du doute, et de faire peser la charge de la preuve sur l'État qui allègue la fraude⁹⁶⁸. Si cette notion méritait peut-être d'être prise en compte, face à certaines demandes d'asile sortant complètement du cadre de la définition conventionnelle, elle a très rapidement été récupérée par les États occidentaux qui en ont élargi le champ d'application.

C'est notamment le cas de la résolution du 1^{er} décembre 1992 de la conférence ministérielle de Londres du GAHI⁹⁶⁹. Selon cette résolution, les demandes sont manifestement infondées si elles ne répondent à aucun des critères de fond donnés par la *Convention de Genève*, c'est-à-dire, si la « crainte d'être persécuté dans son pays [...] est manifestement dénuée de fondement » ou si « la demande repose sur une fraude délibérée ou constitue un recours abusif aux procédures en matière d'asile » (point 1. a).

La crainte dénuée de fondement prend, selon la résolution, trois aspects différents. Est infondée la crainte basée sur des motifs non énumérés par la *Convention de Genève*, tels que « la recherche d'un emploi ou de meilleures conditions de vie », ce qui ne représente pas réellement une interprétation restrictive de la *Convention de Genève*. En revanche, les deux autres principes sont plus contestables. Le point 6. b) énonce que la crainte est infondée si « le demandeur n'apporte aucun élément établissant qu'il aurait des raisons de craindre des

⁹⁶⁸ Voir les conclusions EXCOM n° 28 (XXXIII/1982) *sur la détermination du statut de réfugié*, et n° 30 (XXXIV/1983) *sur le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*. Voir également, François CREPEAU, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 254-259.

⁹⁶⁹ Résolution des 30 novembre – 1^{er} décembre 1992 de la conférence ministérielle du Groupe ad hoc Immigration, *relative aux demandes d'asile manifestement infondées*, doc. 10579/92 IMMIG. 2.

persécutions [...] ». La conclusion du HCR⁹⁷⁰ insistait pourtant sur le devoir qu'a l'État de démontrer en quoi la demande est manifestement infondée, et pourquoi l'examen de la demande, au fond, n'est pas envisageable. Le paragraphe c) déclare infondée une crainte « manifestement dépourvue de toute crédibilité » c'est-à-dire lorsque « le récit est incohérent, contradictoire ou invraisemblable ». Ces deux raisons sont très critiquables, car elles privent radicalement le demandeur d'asile du bénéfice du doute. De plus, la résolution propose comme unique garantie, la nécessité que l'autorité chargée de prendre la décision soit « dûment qualifiée en matière d'asile ou de réfugiés » (point 4). Or, selon ces termes, n'importe quelle autorité douanière ou n'importe quel fonctionnaire du ministère de l'Intérieur est qualifiée. Ici se situe le principal danger, car l'analyse psychologique et la prise en compte de tous les éléments du témoignage du demandeur sont indispensables dans la détermination de la qualité de réfugié. Le HCR est sur ce point, très attaché à une prise en compte très attentive des éléments subjectif et objectif de la crainte, et il conseille notamment de ne pas considérer comme infondée, une crainte paraissant exagérée⁹⁷¹. Il requiert d'autre part que ce type de décision relève exclusivement de l'instance spécifique, chargée de la reconnaissance du statut de réfugié.

Enfin, le texte de la résolution prévoit deux autres situations dans lesquelles la crainte peut être considérée comme infondée. Il s'agit des points 7 et 8, relatifs aux notions de pays tiers d'accueil, et de pays où « il n'existe en règle générale, pas de risque sérieux de persécution ». Ces points seront développés dans deux autres résolutions spécifiques, adoptées le même jour.

La fraude délibérée ou le recours abusif aux procédures d'asile sont définis, dans le point 9 par une longue énumération d'actes commis par le demandeur d'asile, et susceptibles d'entraver fortement sa crédibilité. Il s'agit entre autres de fonder sa demande sur une fausse identité ou sur de fausses déclarations ; de détruire ou d'altérer sciemment tout document susceptible d'être utile à l'examen de la demande ; de cacher une précédente demande d'asile déposée auprès d'un autre État ; de ne présenter une demande que sous la menace d'une imminente expulsion ; de n'avoir délibérément pas respecté les obligations posées par la réglementation nationale sur les procédures d'asile ; ou de présenter une nouvelle demande après s'être vu débouté dans un autre État .

Il est à noter que certaines de ces dispositions font double emploi avec les mesures

⁹⁷⁰ EXCOM n° 30 (XXXIV/1983) *sur le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile.*

⁹⁷¹ §§ 40-43 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié.*

élaborées dans les *Conventions de Schengen* et de *Dublin*, sur la détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Mais il est surtout évident que la mauvaise foi supposée du demandeur d'asile est le critère essentiel pour déterminer s'il y a fraude ou non. Or, deux problèmes se posent. D'une part, la mauvaise foi peut être relativisée par les sentiments subjectifs que peut éprouver le demandeur d'asile, tels que la peur, l'humiliation, le traumatisme vécu, ou l'angoisse de ne pas se voir octroyer le statut. Il est alors contradictoire de baser une décision sur un élément subjectif tel que la mauvaise foi, sans s'attarder sur tous les autres éléments subjectifs pouvant - parfois involontairement - induire cette mauvaise foi. D'autre part, il n'est pas établi qu'une demande dont la crédibilité est mise en cause par une fraude indique l'inutilité de toute protection.

Le concept de demande manifestement infondée est donc largement étoffé par la résolution du GAHI. Et ce qui était jusqu'alors théoriquement intégré dans le processus de détermination du statut de réfugié, au sens de la *Convention de Genève*, devient ici une étape préalable à l'application de cette convention⁹⁷². Si une demande est dénuée de fondement ou abusive, il est ensuite loisible à l'État de mettre en œuvre une procédure accélérée « qui ne doit pas nécessairement comporter un examen complet à chaque stade de la procédure » (point 2), et les « procédures d'appel ou de révision peuvent être plus simples que celles qui existent généralement pour les autres cas de demandes d'asile rejetées. » (point 3). La résolution crée des conditions préalables à l'examen de la demande d'asile, telle que définie dans la *Convention de 1951*, et le demandeur d'asile peut ainsi être débouté, avant même que l'examen de sa demande soit effectué dans les termes de la *Convention*.

B) Le concept de pays tiers d'accueil et de pays d'origine sûr.

Les concepts de pays tiers d'accueil et de pays d'origine sûr sont précisés par des résolutions concomitantes du GAHI, du fait que ces critères de provenance constituent précisément un motif pour conclure au caractère manifestement infondé de la demande.

Le concept de pays tiers d'accueil⁹⁷³ fait écho à l'objectif de *Schengen/Dublin* consistant à ce qu'un seul État soit responsable de la demande d'asile. Malgré quelques réticences, le HCR a fini par valider ce principe, tout en précisant qu'avant de renvoyer une personne vers le

⁹⁷² CE, 2 octobre 1996, *Prefet de la Moselle c/ Saïd Belaid*, concl. J.-M. DELARUE, *AJDA* 1997, pp. 98-102 : confusion entre fraude à l'entrée en France et fraude pour obtenir la qualité de réfugié

⁹⁷³ Résolution du 1^{er} décembre 1992 de la conférence ministérielle du Groupe ad hoc Immigration, *sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil*, doc 10579/92 IMMIG 2.

premier pays d'accueil, une étude de sa situation individuelle et des liens qu'elle a avec ce pays, était indispensable⁹⁷⁴. D'autre part, la personne concernée doit pouvoir être assurée que ce pays lui offrira la double garantie d'un non-refoulement, et d'un traitement conforme « aux normes humanitaires de base »⁹⁷⁵. La résolution de la conférence interministérielle du GAHI reprend donc ce principe de premier pays d'accueil, et y intègre les garanties de non-refoulement et de protection.

Si le renvoi vers le pays tiers d'accueil n'est pas considéré comme un refoulement, la résolution respecte effectivement le droit. Mais en réalité, cette disposition va encore plus loin que le principe européen selon lequel un seul État est responsable de l'examen de la demande. Elle repousse en effet la responsabilité de cet examen en dehors des frontières Schengen.

Le concept de pays d'origine sûr⁹⁷⁶ procède de la même démarche. Également appelés « pays dans lesquels il n'existe généralement aucun risque sérieux de persécution », ces États sont considérés comme ne pouvant pas être à l'origine de mouvements de réfugiés, et retire à toute personne qui en vient, le droit de déposer une demande d'asile. Plusieurs éléments sont alors frappants. Premièrement, cette vision des choses substitue une considération d'ordre général à un examen individuel de la demande, ce qui représente une violation de la *Convention de Genève*. De plus, il appartient à chaque État de dresser une liste nationale des pays considérés comme sûrs, ce qui a pour effet de sérieusement mettre en doute l'harmonisation des politiques d'asile, et qui entraîne surtout des considérations diplomatiques et politiques, totalement étrangères au problème des réfugiés, puisqu'un État se retrouve dans la délicate position de se porter juge envers un autre. Il est donc à craindre, indépendamment de la pertinence même du concept de pays d'origine sûr, une trop grande bienveillance de la part des États ayant à dresser une telle liste. Enfin, les critères de vérification visant à établir qu'un pays tiers est « sûr » posent question. Le terme « sûr » est-il par exemple synonyme de « démocratique »?⁹⁷⁷ L'établissement d'une constitution assurant la séparation des pouvoirs, des élections libres et pluralistes, et des garanties juridictionnelles,

⁹⁷⁴ Conclusion EXCOM n°15 (XXX/1979) sur les réfugiés sans pays d'asile.

⁹⁷⁵ HCR, *Current Asylum Issues, Harmonization in Europe*, 13 mars 1992, § 22. Les normes humanitaires de base sont énumérées dans la conclusion EXCOM n°22 (XXXII/1981) sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivée massive. Voir F. CREPEAU, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 269.

⁹⁷⁶ GAHI, *Conclusions relatives aux États où, en règle générale, il n'existe pas de risques sérieux de persécution*, Londres, 30 novembre et 1^{er} décembre 1992.

⁹⁷⁷ Dès 1992, précisément lorsque la Suisse et la Belgique désignent entre autres l'Algérie comme pays sûr, la question se pose : Guy S. GOODWIN-GILL, « Safe Country ? Says Who? », *IJRL*, Vol.4, n° 2, 1992, pp. 248-250.

sont généralement le signe d'un pays démocratique. Mais les démocraties de façade ne sont pas rares, et il serait dangereux de s'en tenir à cette simple définition. De plus, il est nécessaire de rappeler que n'importe quel pays est un jour susceptible de produire des réfugiés. Il ne peut donc exister aucun critère pertinent, et certainement pas de critère définitif, du pays tiers d'accueil « sûr ».

Ces trois constructions politiques dont le socle est le manque de fondement de la demande d'asile viennent au début des années quatre-vingt-dix, en renfort du discours émergent sur les « abus » de la politique d'asile. C'est à ce moment précis que les mythes de la fraude, du faux réfugié et de la sécurité prennent le pas sur la protection des réfugiés, pour ne jamais plus lui céder la place. Ces trois constructions *politiques*, mues par des objectifs *politiques*, vont créer pour les réfugiés une réalité qui, à terme, deviendra juridique.

La première étape de cette validation s'est faite grâce au *Traité de Maastricht*, qui a instauré trois piliers (dont la répartition n'a pas toujours été évidente⁹⁷⁸) : un pilier communautaire, un pilier constitué de la Politique extérieure et de sécurité commune, et un troisième relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, au sein de laquelle la coopération européenne dans le domaine de l'asile et de la protection des réfugiés trouve sa place. La création de ce troisième pilier a validé à la fois la technique de coopération intergouvernementale en l'institutionnalisant, mais aussi l'approche politique des questions d'asile telle qu'observée au travers des *Conventions Schengen* et *Dublin*⁹⁷⁹. Relevons que le troisième pilier a conservé toutes les caractéristiques de la coopération intergouvernementale, et malgré quelques incursions institutionnelles communautaires sporadiques, est resté un pilier essentiellement politique qui n'était finalement qu'une validation du travail informel réalisé antérieurement.

Notons que les résolutions que nous venons d'évoquer portant sur les « demandes manifestement infondées » et la question des « pays tiers d'accueil » et « d'origine sûr » furent (in extremis) adoptées en dehors de ce cadre de coopération intergouvernementale

⁹⁷⁸ Sur l'opacité des finalités exactes du troisième pilier, voir D. BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p. 154. Sur l'artificialité de la structure du système de Maastricht, voir N. BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 29-34.

⁹⁷⁹ Voir notamment la rédaction de l'article K du *Traité* qui, à la suite de la logique discursive des groupes Trévi et *ad hoc* immigration visant à traiter conjointement la criminalité et les politiques d'asile.

nouvellement institutionnalisé⁹⁸⁰. Non seulement leur légitimité démocratique est inexistante, mais leur valeur normative est plus contestable⁹⁸¹. Les conclusions, résolutions et positions communes⁹⁸² subséquentes furent, elles, élaborées dans le cadre intergouvernemental appartenant au troisième pilier. Les institutions communautaires étaient donc censées y jouer un rôle, mais un rôle très limité, car elles ne pouvaient exercer de contrôle effectif sur les décisions des États membres. La Commission européenne ne pouvait exercer son droit d'initiative, le Parlement européen n'était pas consulté et n'était que partiellement informé, et la Cour de Justice ne pouvait exercer aucun contrôle juridique.

Enfin, les promesses faites par le *Traité* d'établir une jonction entre le pilier communautaire et les piliers de coopération intergouvernementale traditionnelle, n'ont pas été tenues. Vivement critiqués notamment lors de la conférence intergouvernementale du 26 mars 1996 et du Conseil européen de Dublin en décembre 1996⁹⁸³, les éléments du troisième pilier ont finalement été repris par le *Traité d'Amsterdam* et font depuis, l'objet d'une communautarisation.

Section 2 : Les illusions de la coopération nord-américaine.

La coopération nord-américaine est illusoire dans la mesure où seuls le Canada et les États-Unis ont en réalité voix au chapitre, quand bien même le Mexique et certains pays d'Amérique latine sont directement concernés.

Au Canada et aux États-Unis, l'immigration est une politique proactive de sélection. Nous avons déjà développé cette question pour le Canada, et les fondements d'une telle politique sont sensiblement les mêmes aux États-Unis. En 2004, les immigrants représentaient respectivement 13 et 19% de la population totale aux États-Unis et au Canada⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Etude « Réfugiés », *DPDE*, Feuilles 22, 1^{er} janvier 2004, p. 1680.

⁹⁸¹ Elle fut d'ailleurs contestée par le Conseil d'État qui a caractérisé l'une des résolutions de 1992 de « droit mou » dépourvu de valeur normative : CE, ass. 18 décembre 1996, *Min. de l'Intérieur c/ Rogers, Rec.*, p. 509. et *D.1997*, p. 393, note F. JULIEN-LAFERRIERE et X. CREACH .

⁹⁸² Notamment la résolution du 20 juin 1995 *relative aux garanties minimales pour la procédure d'asile*, *JOCE* n° C 274, 19 sept 1996, p. 13 qui valide les résolutions précédentes et pose les jalons de l'irrecevabilité des demandes d'asile émanant d'un ressortissant d'un État membre (§ 20), ou encore la position commune du 4 mars 1996 *relative à l'application harmonisée de la définition du terme de « réfugié » au sens de l'article 1^{er} de la Convention de Genève*, *JOCE* n° L 63, 13 mars 1996, qui a également permis aux États de mutualiser leurs approches restrictives, plus qu'elle n'a pas consolidé la protection des réfugiés.

⁹⁸³ Voir D. BOUTELLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, *L'Harmattan*, 2001, pp. 157-158 et p. 165.

⁹⁸⁴ 12.6% et 18.7% exactement. Nous reprenons les chiffres compilés et analysés par la Cimade, à partir des données des Nations Unies et des chiffres de l'économie 2004, « quelques chiffres sur les migrations », 2004, 4 p., URL : <http://www.cimade.org/downloads/Dossier%20chiffres%20JIM.pdf> (consultée le 8 mars 2007).

Annuellement, les États-Unis accueillent environ 700 000 immigrants⁹⁸⁵, tandis que la moyenne du Canada se situe au cours de la dernière décennie à un peu plus de 200 000 immigrants par an⁹⁸⁶. L'une des autres caractéristiques de ces deux États au regard du régime des réfugiés est la réinstallation.

À travers la réinstallation - absente des pratiques françaises - le Canada et les États-Unis ont une politique de sélection des réfugiés à l'étranger qui fonde d'ailleurs la distinction droit des réfugiés / droit d'asile. Et qui permet (surtout aux États-Unis) de justifier une différence de traitement en nette défaveur de ceux qui viennent jusqu'à leur territoire pour demander l'asile⁹⁸⁷. La réinstallation est une des solutions durables envisagées par le HCR est constituée sur le papier, une forme de protection tout à fait bienvenue⁹⁸⁸. Mais elle porte aussi les germes d'une stratégie de gestion des flux migratoires visant à s'éloigner des impératifs de protection. Elle permet dans une certaine mesure de choisir ses réfugiés et prend parfois la forme d'une alternative à l'asile. Accueillir des réfugiés hors de ses frontières permet de valoriser l'image du pays d'accueil à l'étranger en matière de protection, mais également de les « choisir » en fonction de leur capacité à s'établir avec succès, intégrant finalement cette démarche dans la politique d'immigration. Le programme canadien de parrainage (gouvernemental⁹⁸⁹ ou privé⁹⁹⁰) représente un pan fondamental et emblématique de la protection des réfugiés. Mais certaines failles laissent subsister la critique, notamment celle d'une primauté des soucis d'intégration sur les préoccupations de protection⁹⁹¹. La plus grande faille de ce type de programme est celle qui installe une distinction de valeur entre les requérants d'asile et les

⁹⁸⁵ 675 000 exactement, réfugiés non compris, en vertu de l'*Immigration Act* of November 29, 1990 (104 Statutes-at-Large 4978).

⁹⁸⁶ CIC Canada, « Faits et chiffres 2005 : aperçu de l'immigration », août 2006.

⁹⁸⁷ Voir l'intégralité de la revue *Réfugiés*, n° 119, 2000, intitulée *Les Amériques*, et plus particulièrement les articles (sans titre) de Ray WILKINSON pp. 5-10 et de Larry YUNGK, pp. 8-9.

⁹⁸⁸ Voir HCR, *Agenda pour la protection*, doc A/AC.96/965/Add.1, 2003 et Elissa GOLDBERG et Bruce SCOFFIELD, « Promoting Protection : Multilateral Efforts to Enhance Refugee Protection and the Search for Durable Solutions », *Refugee*, Vol. 22, 2003, p. 18.

⁹⁸⁹ « Réfugiés au sens de la Convention outre-frontières », Partie 8 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (DORS/2002-227), 11 juin 2002. Voir CIC, *La réinstallation des réfugiés au Canada*, septembre 2006, document remplacé par CIC, « Rétablissement de l'extérieur du Canada : Catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières — Qui peut présenter une demande », mars 2007, et CIC, « Examen médicaux et contrôles judiciaires », juin 2007, URL : <http://www.cic.gc.ca/francais/information/medicaux-securite.asp> (consultée le 1er janvier 2008).

⁹⁹⁰ Voir CIC, *Programme de parrainage privé des réfugiés*, mars 2007. Voir également CCR, « Programme des réfugiés parrainés par le secteur privé : Défis et possibilités de l'heure », Avril 2006, 7 p.

⁹⁹¹ Voir notamment, Conseil Canadien pour les Réfugiés, *Rapport sur le racisme systémique et la discrimination dans les politiques canadiennes sur l'immigration et les réfugiés*, en préparation de la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, 1^{er} novembre 2000, URL : <http://www.web.net/~ccr/arrapport.htm#2> (consultée le 9 mars 2007) ; CCR, *Resettlement, durable solutions and signatory countries - Policy position*, 30 juin 2004., et CCR, *Immigration and settlement, Resolution*, nov 2004.

réfugiés sélectionnés et qui entraîne un niveau de différence supplémentaire entre les « vrais » et les « faux » réfugiés. La réinstallation est ici un élément du discours visant à terme à décrédibiliser/criminaliser la demande d'asile spontanée⁹⁹².

Virginie Harvey dénonce ce glissement subtil de « stratégie » de la réinstallation : de la protection vers la gestion des migrations, voire vers une alternative à l'asile. La « stratégie protection », initiée par le Groupe de « Convention Plus » sur la réinstallation dans le cadre des consultations mondiales orchestrées par le HCR, avait pour objectif de faire de la réinstallation un outil de facilitation des deux autres solutions durables. Le glissement vers une « stratégie gestion » s'est réalisé très rapidement en faisant de la réinstallation une récompense (prime aux migrations régulières et criminalisation *ipso facto* des réfugiés sans papier), un outil de contrôle des mouvements secondaires, et une ressource qui se raréfie tout en se posant dangereusement en alternative à l'asile⁹⁹³.

Cette réinstallation des réfugiés s'inscrit donc dans la politique d'immigration proactive qui caractérise l'Amérique du Nord, et fonde un peu plus le régime de mise à l'écart du candidat réfugié « spontané ». Les prémices d'une coopération nord-américaine s'inscrivent exactement dans cet esprit.

La coopération nord-américaine en matière migratoire trouve, comme pour l'Europe, ses fondements dans l'ambition de mettre en place un système d'intégration économique et de développer le libre-échange, ce qui ne concerne *a priori* pas la problématique de l'asile (I). Comme en Europe encore, l'Amérique du Nord se concentre ensuite sur une coopération spécifiquement relative à l'asile, qui a vocation à s'inscrire dans les préoccupations sécuritaires émergentes (II).

I) Les pièges du libre-échange : De l'ALENA au PSP.

Dans une politique de libre-échange, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont élaboré un accord visant principalement à assouplir leur système douanier, et dont certains aspects intéressent partiellement la circulation des personnes (A). L'étape suivante a consisté à injecter des questions sécuritaires dans les accords économiques nord-américains (B).

A) L'Accord de libre-échange nord-américain : première pierre de l'édifice.

⁹⁹² Ray WILKINSON, article sans titre, dans *Réfugiés*, n° 119, 2000, p. 8.

⁹⁹³ Virginie HARVEY, « La réinstallation, une alternative à l'asile? », *Lex electronica*, Vol. 11, n°1, Printemps 2006, 24 p. URL : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/harvey.pdf> (consultée le 12 mars 2007).

L'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a été signé en 1992, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994⁹⁹⁴. L'ALENA prolonge et étend les deux accords commerciaux signés respectivement par les États-Unis en 1987 avec le Mexique, et en 1988 avec le Canada. Il s'agit avant tout d'un système d'intégration économique d'une ampleur considérable, toutefois très contestée, eu égard aux grandes disparités entre les pays membres⁹⁹⁵.

Le volet concernant la libre circulation des personnes est très particulier et ne change guère les politiques d'immigration des États, comme vise à le faire la communautarisation des politiques en Europe. Même dans le domaine économique, le parallèle avec l'Union européenne est encore exagéré. Il ne s'agit pas d'un accord aussi intégré que celui des États membres de l'Union européenne. Jusqu'à présent, tous les projets d'expansion de l'accord ont d'ailleurs échoué et il n'y a toujours que trois membres à l'ALENA. Cela réduit nettement toute comparaison avec l'Europe, notamment en matière d'immigration.

D'autre part, l'objectif de l'ALENA n'est pas d'aboutir à une harmonisation économique totale, mais plus modestement de supprimer progressivement les droits de douane perçus aux frontières. Il s'agit davantage d'une politique de « marchés ouverts » que de « marché commun ».

Les États conservent donc une souveraineté quasi absolue dans le domaine de l'immigration et l'ALENA révèle davantage encore la démarche sélective qu'ont les États envers les migrants. Ainsi, la libre circulation des personnes, dans le cadre de l'ALENA, n'est approchée que dans un domaine très précis, relevant de critères d'admission très formels. Ces critères sont inscrits dans le chapitre 16, intitulé « Admission temporaire des hommes et des femmes d'affaire » ; chapitre lui-même intégré dans la partie V : « Investissement, services et questions connexes », ce qui ne laisse manifestement place à aucune considération des personnes en tant que telles, dans le processus de libre circulation. Il s'agit expressément de faciliter l'admission d'hommes et de femmes *d'affaire*, dans un objectif affiché de circulation de capitaux, et de services bien définis. Une véritable sélection est ainsi organisée.

L'article 1601 énonce précisément que les principes généraux de cette libre circulation reflètent la « relation commerciale préférentielle entre les Parties », et rappelle qu'il ne s'agit que de « faciliter l'admission temporaire » des hommes et femmes d'affaires, en établissant

⁹⁹⁴ Texte de l'accord disponible en français à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=305 (consultée le 8 mars 2007).

⁹⁹⁵ Marie DES NEIGES LEONARD, « Les Politiques d'immigration aux États-Unis : vue générale et conséquences des accords (ALENA) », Note de synthèse n° 53 de la fondation Robert Schuman, juillet 2002.

« des procédures et des critères transparents en la matière ». L'accord ne vise en aucun cas à faciliter l'établissement de résidences permanentes, ni même à imposer ces critères de sélection, comme critères d'immigration aux parties. Rien, dans l'accord ne laisse supposer la mise en œuvre d'une éventuelle « citoyenneté ALENA » ou « nord-américaine ». Les politiques d'accueil des réfugiés ne sont pas abordées, sinon les bases d'un tri sélectif en matière d'immigration.

Si nous faisons mention de cet accord, c'est d'une part pour en dévoiler son vice caché. Dans les ententes que vont passer les États-Unis et le Canada, cette fois dans un objectif de véritable gestion de la demande d'asile, le partenaire commercial « dominé » qu'est le Mexique sera invité, non seulement à garder ses immigrés, mais aussi à devenir - à l'instar des pays frontaliers de la zone Schengen - une zone tampon entre ses voisins du nord, et ceux du sud⁹⁹⁶.

Nous rejoignons d'autre part l'analyse de Saskia Sassen à propos des accords de libre-échange et de leur impact sur l'immigration. En optimisant ainsi l'immigration, c'est-à-dire en extrayant minutieusement de celle-ci ce qui est profitable et gérable⁹⁹⁷, les États réduisent de fait les enjeux de l'immigration à la seule gestion des éléments « à problème » et « à faible valeur ajoutée » : les pauvres, les travailleurs non qualifiés, les familles dépendantes, les travailleurs éventuellement qualifiés, mais pas assez « disciplinés », et bien entendu, les réfugiés.

L'écrémage des élites dociles dans le cadre des accords de libre-échange contribue ainsi, en réduisant les migrations politiques à leur compartiment le plus difficile, à alimenter le discours « immigration = problème ».

Outre les fausses promesses du libre-échange dont les Mexicains ont directement pâti⁹⁹⁸, l'ALENA représente bel et bien une pierre de l'édifice nord-américain vers la construction d'une forteresse à l'Européenne.

B) Le partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité : deuxième pierre de l'édifice.

⁹⁹⁶ Voir François CREPEAU, « Une coopération nord-américaine contre les réfugiés? », *Hommes & Migrations*, n° 1198-99, mai-juin 1996, pp. 31-36. Ainsi que, mais dans une optique uniquement « états-unienne », Delphine NAKACHE, « L'intégration économique dans les Amériques : Un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis ? », *Politique et Société*, n° 3-4, 2004, pp. 69-107.

⁹⁹⁷ Saskia SASSEN, « Mais pourquoi émigrent-ils ? », *Le Monde diplomatique*, novembre 2000, pp. 4-5.

⁹⁹⁸ Voir Rodolfo BORQUEZ BUSTOS, « Mexique – États-unis : l'asymétrie migratoire », *Réseau d'information et de solidarité avec l'Amérique latine*, 22 avril 2005 et Jean-Claude ICART, « Mondialisation et migration de travail », *Relations*, décembre 1998, pp. 311-313.

En mars 2005, les chefs des trois gouvernements ont lancé le *Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité* (PSP). Il vise à pousser plus loin l'intégration économique de l'ALENA, mais surtout à y joindre une intégration politique, sociale et militaire. Dans le but de protéger les citoyens de la menace du terrorisme (*sécurité*) et de faciliter le commerce (*prospérité*), l'harmonisation du traitement des immigrants, des touristes et des réfugiés au sein de politiques communes de sécurité est désormais au programme.

Dans la déclaration conjointe du 23 mars 2005, on peut lire :

« Nous avons convenu d'établir une stratégie commune en matière de sécurité pour protéger l'Amérique du Nord des menaces externes, pour prévenir les menaces à l'intérieur de l'Amérique du Nord et y répondre et, enfin, pour optimiser le déplacement efficace, sécurisé et légitime des flux à faibles risques à travers nos frontières communes. »⁹⁹⁹

Le discours de distinction entre la prospérité et la sécurité, la bonne et la mauvaise immigration, celle « choisie » et celle « subie », se pérennise.

Notons enfin qu'au nombre des « progrès » recensés un an plus tard au sein du volet *sécurité* du plan, on trouve la réalisation suivante :

« Pour renforcer l'intégrité et la sécurité des régimes de détermination du droit d'asile et du statut de réfugié, les États-Unis et le Canada ont lancé un projet pilote ayant pour but d'échanger des renseignements sur les demandeurs d'asile et de statut de réfugié basé sur une comparaison des dossiers d'empreintes digitales. »¹⁰⁰⁰

En fait, le PSP est intrinsèquement lié au cheminement sécuritaire nord-américain post 11 septembre qui a accéléré l'éclosion de nouvelles normes de contrôle et de sécurité à l'égard des migrations, lesquelles couvaient depuis déjà une décennie.

II) L'incubation sécuritaire : un œil sur Dublin.

Dès 1985, le droit canadien laissait au Gouvernement la possibilité de mettre en œuvre avec d'autres États un système de partage de responsabilités dans lequel les demandeurs d'asile pouvaient, tout comme en Europe aujourd'hui, être renvoyés vers un pays sans que

⁹⁹⁹ Le « Joint Statement » dans sa version originale anglaise est disponible sur le site de la Maison Blanche à l'URL : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/03/20050323-2.html> (consultée le 9 mars 2007). Cette traduction libre est celle du *Réseau québécois sur l'intégration continentale* très formellement opposé au PSP. Voir : Réseau québécois sur l'intégration continentale, « Nouvelle phase du néolibéralisme en Amérique du Nord : vers une intégration en profondeur militarisée? L'État aux mains des élites économiques », Argumentaire sur le PSP, Montréal, mars 2007, 58 p.

¹⁰⁰⁰ *Réalisations du Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité (PSP)*, « progrès réalisés dans la mise en œuvre du programme du PSP depuis la rencontre entre le président Bush, le président Fox et le premier ministre Harper à Cancun, le 31 mars 2006 », URL : http://www.spp-psp.gc.ca/progress/accomplishments_03_06-fr.aspx (consultée le 9 mars 2007).

leur cause ne soit jamais entendue¹⁰⁰¹.

Mêlés à des enjeux de sécurisation et de gestion des frontières communes, les demandeurs d'asile ont été la cible d'efforts de « dublinisation » des rapports Canada – États-Unis.

En tout point similaire à *Dublin*, la logique nord-américaine organise en effet la « déflexion »¹⁰⁰² sans l'harmonisation, c'est-à-dire la mise en place de mécanismes de renvoi des réfugiés sans définition commune de ce qu'est un réfugié.

En 1993, le Canada et les États-Unis entament des négociations portant sur un accord de coopération en matière d'examen des demandes de reconnaissance du statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers¹⁰⁰³. À cette époque, le Mexique prenait d'ailleurs part aux débats de façon informelle¹⁰⁰⁴. Très similaire aux accords européens, ce projet visait à la détermination de l'État responsable de l'examen des demandes d'asile. En 1995, l'accord est étoffé, et aborde un véritable partage des responsabilités, visant notamment à limiter les recours indus, et à faciliter un « traitement ordonné des demandes d'asile »¹⁰⁰⁵. Les principaux éléments de cette coopération reposent sur la détermination de l'État responsable de la demande, et ce dernier est de façon générale, désigné comme le « premier pays d'arrivée ». C'est-à-dire, aux termes de l'article 1,

« où le demandeur du statut de réfugié s'est présenté en premier, sans égard à la façon dont cette personne y est arrivée ou à ses déplacements ultérieurs entre le Canada et les États-Unis, ou au fait qu'elle ait revendiqué ou tenté de revendiquer le statut de réfugié dans ce pays ».

Aucun mécanisme de recours n'est prévu en faveur des demandeurs d'asile.

Il faut noter que l'article 2 précise expressément qu'« aucune des dispositions de la présente entente ne s'applique aux citoyens du Canada ou des États-Unis, indépendamment de

¹⁰⁰¹ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2., s. 45

¹⁰⁰² Expression empruntée à James C. HATHAWAY and R. Alexander NEVE, « Fundamental Justice and the Deflection », *Osgoode Hall Law Journal*, vol 34, n° 2, 1996, pp. 213-270.

¹⁰⁰³ *Draft Memorandum of Understanding between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of third Countries*. La version 1993 est disponible en annexe d'un article de Arthur C. HELTON, « Toward Harmonized Asylum Procedures in North America : The Proposed United States- Canada Memorandum of Understanding for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of third Countries », *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 746-751.

¹⁰⁰⁴ Arthur C. HELTON, « Toward Harmonized Asylum Procedures in North America », *op.cit.*, note précédente, p. 738. L'auteur tire cette information d'une conversation téléphonique avec un membre du gouvernement américain dont il a préservé l'anonymat.

¹⁰⁰⁵ *Avant-Projet d'entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la Coopération en matière d'examen des revendications du statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 24 octobre 1995, non publié. Le texte était disponible sur le site du ministère canadien de l'Immigration et de la Citoyenneté, mais il a été supprimé.

leur lieu de résidence. » Ainsi, à l'instar États européens, les États nord-américains s'excluent formellement de toute éventualité de produire un jour des réfugiés.

Il est pourtant déjà arrivé à des citoyens américains de demander l'asile au Canada pour les persécutions subies en raison de leurs opinions politiques (cas des communistes) ou de leur orientation sexuelle. En vertu d'un tel accord, leurs requêtes sont désormais irrecevables avant même tout examen de reconnaissance proposé par la *Convention de Genève* de 1951.

Les références juridiques de l'accord sont par ailleurs assez pauvres dans le domaine de la protection des réfugiés. Outre la *Convention de Genève* et le *Protocole de New York*, aucune mention n'est faite des autres instruments juridiques garantissant une protection complémentaire pour les réfugiés, tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, ou les *Pactes internationaux de 1966*. Les lacunes les plus marquantes sont certainement, à ce sujet, l'absence totale de référence aux instruments américains que sont la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* de 1948, et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* du 22 novembre 1969, qui protègent en leurs articles XXVII et 22, le droit de chercher et de recevoir l'asile.

Enfin, notons qu'à ce stade du projet, l'incursion sécuritaire était déjà visible. Il était spécifié dans le point 8, que les États parties tiendraient compte de l'*Accord sur la frontière commune* du 24 février 1995¹⁰⁰⁶, et qu'un échange d'informations concernant l'évolution de leurs législations respectives serait mis en oeuvre. Cet Accord, dont l'objectif sécuritaire est l'axe principal, vise à la coopération des États Parties, en vue de « combattre les problèmes communs ». Aucune mention n'est faite des réfugiés et demandeurs d'asile, mais une grande attention est portée aux immigrants clandestins dont la question est traitée dans la section sur la lutte contre la drogue, la contrebande, le terrorisme, et toute forme de « crime transnational »¹⁰⁰⁷. Le but n'est pas de se partager les tâches, ni même de se rejeter le fardeau, mais véritablement de s'unir pour éliminer tout danger. De nombreux systèmes technologiques de contrôle et de surveillance sont mis en place, et régulièrement améliorés, aux points de frontière, afin de faciliter le passage des « voyageurs à faible risque », qui seraient, selon les termes de l'accord, « pré approuvés ». L'Accord se penche en priorité sur une gestion de l'accès au Canada et aux États-Unis, à travers une approche particulièrement

¹⁰⁰⁶ Gouvernement du Canada, *Accord entre le Canada et les États-Unis sur leur frontière commune*, mise à jour de 2000, 36 p.

¹⁰⁰⁷ En 1999, le Premier ministre Chrétien et le président Clinton ont confirmé le principe directeur de la coopération frontalière entre le Canada et les États-Unis en créant le partenariat Canada-États-Unis. *Accord entre le Canada et les États-Unis sur leur frontière commune*, 2000, p. 6.

préventive et une méthode particulièrement policière :

« Les cinq points abordés en conclusion de l'accord, en rappellent l'objectif global : 1) trouver des solutions aux problèmes de contrôle de l'immigration à l'étranger (soit, plus à proximité de leur source) ; 2) utiliser des technologies de pointe aux postes frontaliers aéroportuaires et terrestres pour faciliter le déplacement des voyageurs ordinaires et pour endiguer le mouvement des immigrants clandestins ; 3) échanger régulièrement des renseignements grâce à une technologie éprouvée ; 4) établir une meilleure coordination entre les deux pays quant aux politiques et aux activités relatives aux visas ; 5) améliorer la coopération et la coordination entre le Canada et les États-Unis à nos postes frontaliers. »

Il est curieux de constater que cet Accord doit être respecté dans le cadre de l'Accord sur les demandes d'asiles, alors qu'il ne traite en aucun cas du problème lui-même.

Ce projet devait aboutir en mai 1996 sur une coopération élargie avec le Mexique afin de faire de ce dernier une zone tampon¹⁰⁰⁸ et faisait dire à James Hathaway qu'au terme d'une coordination aboutie entre les gouvernements du monde industrialisé, il y avait des raisons de croire que l'étape suivante serait une action commune pour extraire du monde occidental l'ensemble des demandeurs d'asile¹⁰⁰⁹.

Mais les élections présidentielles américaines, la réforme de l'immigration aux États-Unis intervenue en 1996¹⁰¹⁰, et les profondes transformations qu'elle apporta aux procédures de refoulement incitèrent le Canada à suspendre à nouveau le projet¹⁰¹¹.

L'*Illegal Immigration and Immigrant Responsibility Act* a en effet intégré certaines dispositions très restrictives au droit d'asile. C'est le cas notamment de la procédure de mise en détention, qui autorise l'*Immigration and Naturalization Service* (INS¹⁰¹²) à garder en détention, des individus déclarés coupables de « crimes aggravés »¹⁰¹³. Ces individus,

¹⁰⁰⁸ François CRÉPEAU, « Une coopération nord-américaine contre les réfugiés? », *Hommes & Migrations*, n° 1198-99, mai-juin 1996, p. 36, et Sharryn AIKEN, « Raw Deal for Refugees - New Canada-US Agreement Will Create Problems », *The gazette*, 11 mars 1996; Bill FRELICK, « Canada, US Resort to Refugee Dumping », *The Ottawa Citizen*, 10 janvier 1996; « Who's on First? The Canada-US Memorandum of Agreement on Asylum », *Interpreter Releases*, Vol. 73, n 8, 26 février, 1996, p. 217-225.; Arthur C. HELTON, « Toward Harmonized Asylum Procedures in North-America : The Proposed United States- Canada Memorandum of Understanding for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of third Countries », *Cornell International Law Journal*, 1993.

¹⁰⁰⁹ James C. HATHAWAY and R. Alexander NEVE, « Fundamental Justice and the Deflection », *Osgoode Hall Law Journal*, vol 34, n° 2, 1996, p. 219.

¹⁰¹⁰ *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996.*, PUBLIC LAW 104-108 – Sept. 30, 1996, 110 Stat. 3009-546.

¹⁰¹¹ Communiqué de presse n° 98-08 de la ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté du 5 février 1998, annonçant la suspension des négociations.

¹⁰¹² Depuis le 1^{er} mars 2003, l'INS n'existe plus, et a été absorbé par le *Department of Homeland Security*, au sein duquel se trouve le *Citizenship and Immigration Services* qui remplace l'INS.

¹⁰¹³ La définition du crime aggravé est donnée par l'*Illegal Immigration and Immigrant Responsibility Act*, et correspond plus souvent à des crimes considérés comme mineurs au vu des normes internationales, qu'aux crimes constituant une clause d'exclusion dans la *Convention de Genève* de 1951. Voir Socheat CHEA « The Evolving Definition of an Aggravated Felony », 1999, URL: <http://library.findlaw.com/1999/Jun/1/126967.html>

enfermés de façons expéditive et arbitraire, se voient par la suite empêchés de demander l'asile, quel que soit le fond de leur dossier¹⁰¹⁴. Une perversion du droit des réfugiés à laquelle le Canada a momentanément résisté.

Les velléités d'une coopération sont là, mais l'impossibilité d'intégrer le Mexique à ces accords et d'harmoniser les lois nationales du Canada et des États-Unis ont créé des blocages. Blocages vite dépassés lorsque le 11 septembre 2001, plus que partout ailleurs, a redistribué les cartes de la coopération et permis de transcender les divergences politiques et normatives...

(consultée le 20 septembre 2007).

¹⁰¹⁴ Matthiew WILCH, « Détection, Détention, Dissuasion et Déportation », *Réfugiés*, n° 119, 2000.

Conclusion Chapitre 1 :

Ce chapitre montre comment et à quel point les gouvernements sont capables de s'organiser des espaces de liberté et de les exploiter au maximum. Il donne aussi tout son sens à la première partie de cette thèse, et tout son poids au garde-fou que constitue le dialogue normatif et juridictionnel, interne et international, en matière de protection des réfugiés et des droits de l'homme. Affranchis de ces « contraintes » et des autres intervenants de la discussion, les États se livrent librement aux amalgames et multiplient les petits arrangements avec le droit.

Partant des principes que la liberté de circulation fragilise les frontières ; que la prospérité économique est mise en danger par les migrations ; que les migrations nuisent à la sécurité ; que les réfugiés sont des immigrants potentiellement agressifs ; qu'en tout état de cause, leur demande d'asile est probablement infondée ; et, qu'en admettant qu'elle soit fondée, c'est à quelqu'un d'autre de s'en charger, les États ont verrouillé la problématique de l'asile. Ils l'ont de plus fait par le biais de l'informalité et de l'intergouvernementalité, et l'on ne peut que condamner la façon dont le droit des réfugiés a ainsi été réécrit.

Chapitre 2 - La réécriture du droit des réfugiés : la nouvelle normativité

Un nouveau régime juridique des réfugiés a émergé des procédés que nous venons d'évoquer, mais la question de son contenu n'est pas encore réglée, même si on dispose de quelques pistes sur son orientation générale.

Pour l'Europe, le *Traité d'Amsterdam*¹⁰¹⁵, qui modifie le *Traité de Maastricht*, est venu transférer dans le premier pilier, certains éléments du troisième, au nombre desquels se trouvait l'« acquis Schengen ». Un nouveau titre du traité UE s'intitule ainsi « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Désormais, ces questions relèvent du pilier communautaire, et des instruments juridiques et institutions qui lui correspondent. De la collaboration intergouvernementale, les questions d'asile sont déplacées vers une prise en charge institutionnelle.

Cependant, il n'est pas permis de conclure trop hâtivement à une communautarisation des politiques d'asile, et encore moins à une politique commune de l'asile. Le terme de communautarisation ou d'intégration correspond en fait au degré le plus élevé de transfert de compétence du national vers le communautaire. Le terme de politique commune manque quant à lui d'une véritable définition¹⁰¹⁶. Et la politique d'asile, objet de crispations nationales, n'est ni la plus intégrée ni la plus « commune ». Un délai de cinq ans a été proposé afin de mettre en place une politique commune d'asile et d'immigration¹⁰¹⁷. L'optique d'une communautarisation de ces questions est plutôt encourageante au vu de la participation et des contrôles que pourront exercer les institutions communautaires sur les décisions prises : les propositions sont faites par la Commission européenne, les décisions sont prises par le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, et les litiges éventuels sont de la compétence de la CJCE.

Mais d'une part les délais n'ont pas été respectés. La règle des cinq ans était d'ailleurs sujette à exception, car à l'issue du délai, la transition vers la méthode communautaire ne

¹⁰¹⁵ *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, signé le 2 octobre 1997, *JOCE* n° C 340 du 10 novembre 1997.

¹⁰¹⁶ Henri LABAYLE, « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne », dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.14.

¹⁰¹⁷ « Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice », *JOCE* n° C19 du 23 janvier 1999.

devait pas être automatique (art. 67 § 2). Elle nécessitait en effet une décision du Conseil statuant à l'unanimité, pour passer à la procédure de codécision, la plus à même de faire avancer la communautarisation. D'autre part, il est légitime de redouter l'institutionnalisation de l'amalgame entre asile et immigration, et le rapprochement de ces deux notions à celle de criminalité, que les États membres de l'Union se sont déjà évertués à mettre en place. L'article 2-4 du traité, annonçant les objectifs européens que sont la sécurité et la justice, précisait du reste que la libre circulation devra être assurée « en liaison avec des mesures appropriées en matière de **contrôle** des frontières extérieures, d'**asile**, d'**immigration** ainsi que de prévention de la **criminalité** et de lutte contre ce phénomène »¹⁰¹⁸. La communautarisation présente donc quelques impostures, et son bilan ne s'annonce pas très positif pour la protection des réfugiés (**Section 1**).

Pour l'Amérique du Nord, alors sur la voie d'une européanisation des politiques d'asile, le choc du 11 septembre a fait monter les enchères de la sécurité et poussé le Canada et les États-Unis à se retrancher dans le bilatéralisme¹⁰¹⁹. On peut légitimement se demander si la coopération nord-américaine mise en place depuis est encore structurellement comparable au système européen. En revanche, son bilan l'est (**Section 2**).

Section 1 : En Europe - Impostures et bilans de la communautarisation des politiques d'asile.

Les impostures de la communautarisation ont essentiellement été révélées par la période transitoire, dominée par les crispations de souveraineté et la philosophie sécuritaire (**I**). Encore inachevée, cette communautarisation nous offre cependant aujourd'hui des éléments d'analyse sur les mesures prises qui s'orientent, sans surprise, vers un cloisonnement toujours plus affiné du continent (**II**).

I) Les impostures de la communautarisation.

Sans détailler l'ensemble du processus de communautarisation¹⁰²⁰, ni relever ses

¹⁰¹⁸ Nous soulignons.

¹⁰¹⁹ Voir Delphine NAKACHE, « Migration et sécurité: une priorité dans la mise en place de la Zone de libre échange des Amériques (ZLEA) », Colloque du Centre International Études et Mondialisation (CEIM), *Construire les Amériques*, novembre 2003, 23 p.

¹⁰²⁰ Mais pour une description complète et une analyse détaillée de ses enjeux, voir Daphné BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, pp. 126-260.

(nombreux) points d'achoppement politiques et juridiques¹⁰²¹, nous relevons ici les différentes étapes politiques de la période transitoire les plus significatives et symptomatiques de l'idéologie qui domine la politique européenne commune (A). Et relevons également l'élément principal qui caractérisait notre analyse et qui consistait à se demander avec Didier Bigo, s'il s'agissait vraiment de communautariser le troisième pilier ou plutôt d'intergouvernementaliser le premier¹⁰²²(B).

A) Le contexte idéologique de la communautarisation.

Dès le 1997 surgit en annexe du *Traité d'Amsterdam* une véritable imposture juridique révélant à la fois la politisation du sujet, et la dilution du droit d'asile, au nom de la communautarisation. En renfort du concept déjà fallacieux des « pays tiers sûrs », le protocole *sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne* énonce que les États membres « sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile » et que par conséquent « toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre ne peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre État membre »¹⁰²³. Dénoncé à juste titre par de nombreuses associations de défense des droits de l'homme comme constituant une violation de la *Convention de Genève*, ce protocole signé concomitamment au conflit yougoslave¹⁰²⁴ révèle toute la schizophrénie européenne et les apories juridiques et politiques auxquelles les États membres sont disposés à aboutir¹⁰²⁵. Enfin, la véritable explication de ce protocole, dit « protocole Aznar » du fait de son initiateur, n'est pas juridique comme le laisse supposer sa rédaction sur l'alibi démocratique des États membres, mais réellement politique. Il vise à ce que les militants indépendantistes basques n'aient jamais le statut de réfugié et soient accessoirement extradables vers

¹⁰²¹ Henri LABAYLE, « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne », dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-43.

¹⁰²² Didier BIGO, « Les non-dits de la sécurité intérieure », pp. 43-65, dans De La SERRE F. et LEQUESNE C., *Quelle union pour quelle Europe ? L'après-traité d'Amsterdam*, ed. Complexe, collection « Espace international », Bruxelles, 1998, 163 p.

¹⁰²³ Article unique, alinéa 1 du protocole n°2 du *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, JOCE n° C 340 du 10 novembre 1997.

¹⁰²⁴ Bref rappel chronologique : Guerre en Croatie de 1991 à 1995, Guerre en Bosnie de 1992 à 1995, guerre au Kosovo de 1996 à 1999, conflits en Macédoine et au sud de la Serbie en 2001.

¹⁰²⁵ Le conflit en ex-Yougoslavie fera précisément l'objet d'une directive le 20 juillet 2001 pour faire face aux « afflux massifs de réfugiés ».

l'Espagne¹⁰²⁶. Que les enjeux de politique interne de l'Espagne aboutissent à une règle applicable à toute l'Europe, alors que celle-ci connaît précisément une guerre épouvantable, dépasse l'entendement. Comme point de départ au processus de communautarisation des politiques d'asile, il y avait peut-être moins contestable¹⁰²⁷.

Les 15 et 16 octobre 1999, le Conseil de Tampere¹⁰²⁸ a permis de redonner au droit d'asile une partie de son contenu originel. Dissociant tout d'abord clairement les questions d'asile et d'immigration, il a contribué à un certain rééquilibrage du discours, faisant écho à un avis de la CNCDH du 28 septembre 1999 (avis demandé par le gouvernement français), dans lequel elle recommandait une distinction claire entre protection des réfugiés et immigration, et dans lequel elle rappelait la primauté absolue de la *Convention de Genève* et le caractère subsidiaire de toute autre forme de protection. Même le recours à l'expression « partage du fardeau » a été évité et substitué par la notion de « solidarité » à l'égard des réfugiés (points 4 et 16). Enfin, le sommet de Tampere a rappelé les nécessités d'une « politique européenne commune en matière d'asile et de migration », ainsi que les délais de cette communautarisation, en établissant un plan d'action. Un plan d'action que les États ont globalement suivi sur la forme, mais qui offre un bilan inquiétant sur le fond. Les réalisations de ce plan d'action peuvent être observées grâce au « tableau de bord » que la Commission met à jour deux fois par an¹⁰²⁹.

Mais Tampere s'est vite avéré n'être qu'un « accident », et un changement de cap radical a lieu au lendemain des événements du 11 septembre 2001. Lors du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, l'approche solidaire du droit d'asile évoquée à Tampere est effacée par le retour d'un discours sécuritaire centré sur une politique de lutte contre le terrorisme. La référence à l'attachement à la *Convention de Genève* change sensiblement de formule. D'une Union « ouverte, pleinement attachée au respect des obligations de la *Convention de Genève* » aux termes de Tampere, nous passons, aux termes de Laeken, à la recherche d'une

« politique commune en matière d'asile et d'immigration qui respecte l'équilibre

¹⁰²⁶ En l'occurrence, la Belgique examinait justement à cette époque les demandes d'asile introduites par des Basques.

¹⁰²⁷ Dans ce sens Catherine TEITGEN-COLLY, « Y-a-t-il une politique d'asile en Europe ? », dans J.-P. FAUGERE et F. JULIEN-LAFERRIERE (dir.), *Europe : enjeux juridiques, économiques et de gestion*, L'Harmattan, 2001, pp. 158-161.

¹⁰²⁸ Conclusions de la Présidence, Conseil Européen de Tampere, 15 et 16 Octobre 1999, URL : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm (consultée le 1er janvier 2008).

¹⁰²⁹ Disponible sur le site du Parlement européen à l'adresse suivante http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/scoreboard/default_fr.htm (consultée le 2 mars 2007).

nécessaire entre la protection des réfugiés, conformément aux principes de la Convention de Genève de 1951, l'aspiration légitime à une vie meilleure et la capacité d'accueil de l'Union et de ses États membres. »¹⁰³⁰

La capacité d'accueil et le mythe de la pression migratoire refont surface avec force, et il est tout à fait légitime de craindre que le respect des obligations de Genève soit sacrifié aux exigences de ces « capacités d'accueil ». D'autre part, la référence à une « aspiration légitime à une vie meilleure » disqualifie considérablement la situation de nécessité et de danger dans laquelle se trouve en fait un réfugié.

Cette approche sécuritaire fut confirmée lors du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, au cours duquel les États membres ont demandé (à la Commission et au Conseil) que soit accordée une « priorité absolue » aux mesures contenues dans le *Plan global contre l'immigration clandestine* adopté un peu plus tôt¹⁰³¹.

Au sommet de Thessalonique, qui a clôturé la présidence grecque de l'Union européenne les 20 et 21 juin 2003, l'Europe décoche discrètement une flèche supplémentaire en direction du droit d'asile avec l'idée d'une politique d'« externalisation » de l'asile. Cette initiative britannique (Tony Blair) consistant à « mieux gérer le dispositif d'asile en Europe » a reçu l'aval de la Commission et du HCR. Il s'agit concrètement de bloquer leur progression dans des supposées « zones de protection régionale » ou pour ceux qui sont déjà arrivés sur le territoire européen, de les refouler dans des « centres de transit » (dans ces zones ou dans d'autres pays non membres de l'UE) et d'y les détenir le temps d'instruire leur requête. L'objectif est donc de repousser cette fois bien au-delà de Schengen, bien au-delà même des frontières de l'Europe, la gestion des demandeurs d'asile¹⁰³².

Ainsi, malgré la brèche ouverte par Tampere, dans le domaine de la philosophie de l'asile, les États se sont promptement recentrés sur leurs inquiétudes nationales, dont on peut redouter la compatibilité avec un programme d'intégration communautaire.

B) Pertinence et dangers de la communautarisation.

¹⁰³⁰ Conclusions de la présidence, Conseil Européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, SN 300/1/01 REV 1, 35 p.

¹⁰³¹ Conclusions de la présidence, Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, SN 200/02, 42 p. et CFDA, « Politique européenne du droit d'asile : état des lieux et inquiétudes de la CFDA », 17 juin 2003, 8 p.

¹⁰³² Voir Nathalie FERRÉ, « Au lieu de les protéger, l'Europe se protège des réfugiés », *Le Monde*, 19 juin 2003, et Alain MORICE, « L'Europe enterre le droit d'asile », *Le Monde diplomatique*, mars 2004, ainsi que Amnesty International, « Unlawful and unworkable – extra-territorial processing of asylum claims », 18 juin 2003, 40 p. La reproduction de la lettre adressée à la présidence Grecque par Tony Blair est disponible à l'URL : <http://www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simitis-asile.pdf> (consultée le 4 mars 2007).

Le principal danger d'une communautarisation des politiques d'asile, même réussie, est avant tout l'intégration des politiques restrictives élaborées jusqu'alors de façon intergouvernementale¹⁰³³. Il y a là, une institutionnalisation communautaire des plus grandes remises en cause de la *Convention de Genève*. Il s'agit en effet, pour l'Europe communautaire, de faire du droit d'asile, un droit soumis à des considérations économiques, politiques et sociologiques propres au droit de l'immigration. Plus qu'un amalgame, un véritable transfert s'opère du droit des réfugiés, vers la gestion de l'immigration.

La communautarisation des politiques n'est donc qu'une ultime consolidation du système sécuritaire Schengen. Dans une déclaration jointe au *Traité d'Amsterdam*, il est rappelé que les mesures prises dans le cadre de la communautarisation des politiques d'asile doivent « assurer au moins le même niveau de sécurité et de protection que la Convention de Schengen »¹⁰³⁴.

En revanche, la principale pertinence d'une communautarisation aboutie est son impact institutionnel : le Conseil Justice et Affaires intérieures se substitue au comité exécutif du groupe Schengen ; les pouvoirs de la Commission sont renforcés puisqu'elle dispose du monopole de l'initiative communautaire (c'est d'ailleurs le seul élément de transition automatique par le simple écoulement du délai de cinq ans¹⁰³⁵, le rôle du Parlement est également renforcé puisqu'il est systématiquement consulté (là où il n'est qu'informé pendant la période transitoire) et qu'il peut même bénéficier de la procédure de codécision si le Conseil le décide. Enfin, la CJCE est compétente pour exercer un contrôle de légalité (carence, manquement, annulation) envers l'ensemble des dispositions adoptées sur la base de l'acquis Schengen (à l'exception de l'ordre public et de la sécurité intérieure). En revanche, il a été prévu de revoir à la baisse ses compétences pour connaître des recours préjudiciels en matière d'immigration et de droit d'asile, puisque seules les juridictions suprêmes pourront le faire (art. 68 du *Traité d'Amsterdam*).

À l'issue de la période transitoire, les (alors vingt-cinq) membres de l'Union européenne ont adopté, les 4 et 5 novembre 2004 le « programme de La Haye », qui organise la seconde

¹⁰³³ Pour une vue d'ensemble, voir le rapport du groupe présidé par Patrick HUBERT, *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police ?*, Commissariat général du Plan, La Documentation française, Décembre 1999, 120 p.

¹⁰³⁴ Déclaration n°15, relative au maintien du niveau de protection et de sécurité assuré par l'acquis Schengen, citée dans Daphnée BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, *L'Harmattan*, 2001, p. 170.

¹⁰³⁵ Art. 62 §4 : Philippe de BRUYCKER, « Politique européenne d'immigration », p. 8, dans DE BRUYCKER Ph. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Belgique, Bruxelles, Bruylant, 2003, 466 p.

phase de la communautarisation (programmée pour 2010) et a introduit les changements institutionnels suivants au 1^{er} avril 2005 : prise de décision à la majorité qualifiée au Conseil avec codécision du Parlement, restitution comme prévu du droit exclusif d'initiative à la Commission et contrôle juridictionnel par la CJCE des textes adoptés. Il faut saluer ici l'intégration du Parlement dans le processus normatif relatif au droit d'asile. Particulièrement dépossédé de tout droit à la parole pendant la période transitoire, il pourrait se révéler être le dernier rempart de protection du droit d'asile au sein de l'Union européenne. Il s'est déjà distingué par sa condamnation des expulsions collectives de migrants par l'Italie vers la Libye en 2005¹⁰³⁶, la résolution adoptée en 2006 pour dénoncer les conséquences du règlement « Dublin II »¹⁰³⁷, ou encore le recours formé devant la CJCE pour demander l'annulation de plusieurs dispositions de la directive dite « procédure »¹⁰³⁸. Le programme de La Haye fixe l'instauration d'un « régime d'asile européen commun » avec « pour objectif la mise au point d'une procédure commune d'asile et d'un statut uniforme pour les personnes bénéficiant de l'asile ou d'une protection subsidiaire. »¹⁰³⁹ Notons qu'il valide incidemment le projet d'externalisation des demandes d'asile en invitant la Commission à évaluer

« en étroite collaboration avec le HCR », « le caractère opportun et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire de l'UE, qui soit complémentaire au régime d'asile européen commun et conforme aux normes internationales applicables. »

Enfin, le *Traité de Lisbonne* est signé le 13 décembre 2007 par les vingt-sept membres de l'Union. Il modifie le *Traité sur l'Union européenne* (initialement *Traité de Maastricht*) et le traité instituant la Communauté européenne (initialement *Traité de Rome*), lequel est rebaptisé « *Traité sur le fonctionnement de l'Union* »¹⁰⁴⁰. Son entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2009, sous réserve de sa ratification par l'ensemble des États membres¹⁰⁴¹.

Notamment parce qu'il dote l'Union européenne de la personnalité juridique, le *Traité de Lisbonne* entraîne la fusion des trois piliers institués par *Maastricht*, et consacre ainsi la communautarisation de tout ce qui ne relevait pas jusqu'à présent de feu le premier pilier. La

¹⁰³⁶ Parlement européen, *Résolution sur Lampedusa*, 14 avril 2005, Bulletin UE 4-2005.

¹⁰³⁷ Parlement européen, *Résolution sur la situation des camps de réfugiés à Malte*, 6 avril 2006, P6_TA(2006)0136.

¹⁰³⁸ Requête en annulation déposée par le Parlement européen du 8 mars 2006, Affaire C-133/06 (Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne), *JOUE*, n° C 108/12 du 6 mai 2006. La directive a été partiellement annulée en mai 2008 : CJCE, *Parlement/Conseil*, du 6 mai 2008, Aff. C-133/06.

¹⁰³⁹ Conseil Européen, *Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'union européenne*, *JOCE* n°C 53/1, 3 mars 2005, 14 p.

¹⁰⁴⁰ Sa version consolidée est publiée au Journal Officiel (C 115) le 9 mai 2008.

¹⁰⁴¹ Le 13 juin 2008, le referendum irlandais rejetait le Traité, ce qui ne semble pas inquiéter outre mesure l'ensemble des pays membres quant à la ratification, à terme, du Traité de Lisbonne. En juillet 2008, 23 États avaient ratifié le *Traité de Lisbonne*, dont la France le 14 février, par voie parlementaire. Europa, *Traité de Lisbonne*, URL : http://europa.eu/lisbon_treaty/news/index_fr.htm (consultée le 22 mai 2008).

politique d'asile, parmi d'autres, ne relèvera plus de la coopération, mais de l'intégration. Les compétences de l'Union européenne en matière d'asile et d'immigration sont désormais inscrites au titre V du Traité sur le fonctionnement de l'UE (lequel se dénomme toujours « Espace de liberté, de sécurité et de justice »). Dans ce domaine, le *Traité* consacre le passage à la codécision (rebaptisée « procédure législative ordinaire ») entre le Parlement européen et le Conseil des ministres¹⁰⁴², et supprime l'unanimité au Conseil, au profit d'un vote à la majorité qualifiée (laquelle évoluera en « règle de la double majorité » en 2014 ou 2017). De plus, nous l'avons vu, la *Charte des droits fondamentaux*, qui est annexée au *Traité*, aura valeur juridique contraignante.

Alors que le *Traité d'Amsterdam* prévoyait uniquement l'adoption de normes minimales, le nouveau traité insiste sur un régime véritablement commun, et un statut véritablement « uniforme » pour les personnes protégées (réfugiés, protection subsidiaire, protection temporaire), dans le respect de la Convention de Genève, du principe de non-refoulement et des « autres traités pertinents ». Le vocable « statut du réfugié » disparaît au profit du « statut d'asile ». Notons également que la dimension externe de l'asile fait son entrée dans le régime européen de l'asile avec « le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire. » Certes, il est légitime de craindre un nivellement par le bas, mais on peut également se rassurer quant à la fin probable des grandes disparités entre États, et leurs effets parfois dévastateurs (notamment par le biais du règlement *Dublin II*) sur les candidats à la protection, selon qu'ils arrivaient en Grèce ou en Allemagne¹⁰⁴³.

La communautarisation est donc en marche, avec ses dangers et ses pertinences. Voyons dès lors au sein de ce processus, ce que nous révèlent les mesures prises en matière d'asile.

II) Vers un régime commun ? Le droit d'asile dépouillé.

Dans la lignée de Tampere qui n'a pas tenu ses promesses, mais qui reste néanmoins le fondement d'une « politique commune en matière d'asile et d'immigration », le programme de La Haye confirme la qualification juridique à donner à l'expression « politique

¹⁰⁴² Article 63 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.

¹⁰⁴³ Par exemple, le taux de reconnaissance des réfugiés irakiens est de 0% en Grèce, contre 85% en Allemagne. « Vers la présidence française de l'union européenne : blanchiment, protection civile, immigration, asile et terrorisme », Rapport d'information du Sénat n° 342 (2007-2008) du 20 mai 2008 - par MM. Pierre FAUCHON, Jean-René LECERF et Jean-Claude PEYRONNET, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.

commune ». Il s'agit d'un « régime d'asile européen commun ». Intéressons-nous à ce que ce chemin vers « un régime commun » peut déjà enseigner.

À l'exclusion de l'institution du Fonds Européen pour les Réfugiés (FER), qui permet d'apporter un souffle de protection aux réfugiés, si ce n'est juridique au moins financier¹⁰⁴⁴, l'ensemble des décisions prises à destination des réfugiés et en matière d'asile, en vue d'une communautarisation reflète davantage une volonté d'en restreindre l'exercice, que d'en harmoniser la protection. La portée de certaines de ces mesures est étudiée plus en détail dans les développements ultérieurs de cette recherche, mais nous les évoquons néanmoins ici afin d'illustrer la « philosophie » qui gouverne la communautarisation. Il s'agit de fichier les demandeurs d'asile (A), d'harmoniser des normes d'accueil et de procédure le plus minimalement possible (B), et de trouver toutes les contreparties possibles aux efforts consentis (C).

A) EURODAC et « Dublin II » : fichier, s'échanger et bouter les demandeurs d'asile.

Un règlement du Conseil du 11 décembre 2000 a créé le système EURODAC¹⁰⁴⁵, un

« fichier de comparaison d'empreintes digitales permettant un fonctionnement plus efficace de la Convention de Dublin en détectant les demandes d'asiles multiples sans avoir recours aux preuves matérielles de détermination de l'État responsable. »

Un règlement du Conseil du 28 février 2002 en a fixé les modalités d'application¹⁰⁴⁶, et le système est entré en vigueur le 15 janvier 2003. Il s'agit d'un système automatisé d'identification des empreintes digitales des demandeurs d'asile et de certaines catégories d'immigrés illégaux de plus de 14 ans (outre que l'illégalité et la demande d'asile bénéficient de considérations communes, des enfants sont désormais « fichables ») qui arrivent dans les États participants. Une unité centrale gère la base de données dactyloscopiques alimentée par les prélèvements nationaux, et procède pour les demandeurs d'asile à la comparaison de données en vue de déterminer, sur demande des États, celui d'entre eux qui est responsable du traitement de la demande d'asile (art. 4). Les données sont conservées pendant dix ans (art. 6)

¹⁰⁴⁴ Avec le Fonds Européen pour les Réfugiés : Décision n° 2000/596/CE du 28 septembre 2000, *relative à l'institution du Fond européen pour les réfugiés*, JOCE n° L 252, 6 octobre 2000. Sur proposition de la commission, il a été reconduit jusqu'en 2010 lors du programme de La Haye. Décision du Conseil, du 2 décembre 2004, *établissant le Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010*, JOCE n° L 381 du 28 décembre 2004.

¹⁰⁴⁵ Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, JOCE n° L 316, 15 déc., p. 1

¹⁰⁴⁶ Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 *fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin*, JOCE n° L 62 du 5 mars 2002, pp.1-5.

dans la base de données, sauf si le demandeur se voit reconnaître le statut de réfugié (art. 12). EURODAC s'inscrit dans la logique directe du règlement « Dublin II ».

Le règlement du Conseil du 18 février 2003¹⁰⁴⁷ *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres pas un ressortissant d'un pays tiers*, dit règlement « Dublin II », a pour vocation supposée de réviser les dysfonctionnements de Dublin (la *Convention « Dublin I »* reste néanmoins en vigueur pour le Danemark, qui n'a pas adopté le règlement). Schématiquement, la responsabilité de l'examen de la demande d'asile incombe à l'État qui a laissé pénétrer le demandeur dans l'Union, soit par la délivrance d'un titre de séjour ou un visa, soit par « défaut de surveillance ». Si ce règlement introduit quelques assouplissements en matière de réunification des familles et de délai de procédure, il aboutit surtout à ce que les États membres soient encore plus réticents à tolérer sur leur sol, les demandeurs d'asile potentiels et à prendre le moins de risque possible pour que cela se produise. En effet, ils seront désormais responsables de la demande d'asile si le demandeur a séjourné « au moins cinq mois » (art. 10) sur leur territoire avant le dépôt de la demande. Les centres tels que Sangatte représentent désormais un piège juridique pour les États membres.

Le principal problème créé par *Dublin* persiste avec *Dublin II*. Malgré les tentatives d'harmonisation d'une définition du réfugié, les États ont toujours une lecture différente de cette définition, et l'inégalité des chances des réfugiés de se voir reconnaître le statut est maintenue. Dans une Europe où le taux de rejet du statut de réfugié peut varier de plus de 50% à plus de 99% entre deux États membres, interdire aux demandeurs d'asile le choix de leur pays d'accueil constitue une injustice manifeste¹⁰⁴⁸.

La pertinence de *Dublin II* est d'autre part remise en cause. Les chiffres disponibles relativement aux taux de demandes de prise en charge et aux taux de transfert effectifs montrent une neutralisation de la procédure. Globalement, les États de l'Union (ou tout du moins les États de l'espace Schengen initial) renvoient sur le fondement de *Dublin II*, autant de demandeurs qu'ils en reçoivent sur ce même fondement¹⁰⁴⁹. Parallèlement, les chiffres pour l'ensemble de l'Union montrent un déséquilibre patent au détriment des États membres situés

¹⁰⁴⁷ Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, *JOUE* n° L 50, 25 févr.

¹⁰⁴⁸ La Grèce atteint ce taux record de rejet de 99,9%. Elle refuse de plus d'examiner les demandes d'asile aux personnes qui leur sont transférées en vertu du règlement Dublin II : ECRE/ELENA, Report on the application of the Dublin II regulation in Europe, mars 2006, p. 54.

¹⁰⁴⁹ Anne CASTAGNOS-SEN, « L'Europe protège-t-elle encore les réfugiés ? L'élaboration de normes minimales en matière d'asile », *Questions d'Europe*, n°31, 5 juin 2006.

aux frontières est et sud de l'Union qui se voient transférer plus de demandeurs d'asile qu'ils n'en transfèrent eux-mêmes¹⁰⁵⁰. Cela ne sert donc soit à rien, soit à accabler les pays éloignés du centre névralgique de l'Europe, tout en coûtant très cher à l'Union européenne et en représentant des lourdeurs administratives dont les demandeurs d'asile sont évidemment les premières victimes. Surtout lorsque, comme en France, les demandeurs concernés se trouvent dans la précarité administrative et sociale décrite plus haut, sans titre de séjour, sans hébergement, sans allocation, sans droit.

En juillet 2007, dans son rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, la Commission déplore ainsi une analyse « extrêmement difficile » des statistiques fournies, chaque État déclarant beaucoup plus de requêtes reçues des autres États membres, que de requêtes transmises. Ce qui est mathématiquement impossible. Au regard des chiffres dont elle dispose, 55 300 requêtes auraient été envoyées, 40 180 auraient été acceptées, mais seuls 16 842 transferts de demandeurs d'asile ont eu lieu. « Ce problème des transferts » dit-elle sobrement, « pourrait donc être considéré comme l'une de principales entraves à l'application efficace du système de Dublin. »¹⁰⁵¹

B) Les normes minimales d'accueil et de procédure.

Pourtant logiquement attendues, notamment pour rendre *Dublin II* cohérent, la directive relative à l'accueil des demandeurs d'asile (1), et la directive relative à la procédure de détermination du statut (2) aboutissent à une harmonisation si minimale, qu'elles aggravent non seulement les difficultés juridiques précisément soulevées par *Dublin*, mais portent à la *Convention de Genève* des entailles difficilement cicatrisables.

1) La directive « accueil ».

La directive du Conseil du 27 janvier 2003, *relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres*¹⁰⁵², dite « directive accueil » pose un certain nombre de conditions au bénéfice des demandeurs d'asile, mais, par manque de force contraignante, également beaucoup d'opportunités pour maintenir la précarité de ces derniers.

Il s'agit néanmoins du premier instrument juridique communautaire adopté dans le sens

¹⁰⁵⁰ CFDA, « Préoccupations concernant le rapprochement des politiques d'asile et de gestion des flux migratoires », septembre 2006, p. 5.

¹⁰⁵¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, COM(2007) 299 final - Non publié au Journal officiel.

¹⁰⁵² Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003, *JOCE* n° L 31, 6 février.

d'une protection en matière d'asile. La directive fixe pour les États le respect des conditions d'accueil des demandeurs d'asile suivantes : un accès dans un délai de 15 jours à l'information relative aux avantages dont ils peuvent bénéficier, et aux conditions qu'ils doivent respecter (art. 5) ; la délivrance dans un délai de 3 jours de documents attestant de leur statut de demandeur d'asile (art. 6) ; le droit de circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil (art. 7) ; l'accès dans un délai de 3 mois à la scolarisation des mineurs (art. 10) ; l'accès à un logement (art. 13 et 14) ; l'accès aux soins de santé (art. 15), et enfin, l'accès au-delà d'un an de procédure à l'emploi et à la formation professionnelle (art. 11 et 12).

Toutes ou presque sont assorties de dispositions dérogatoires permettant d'atténuer et/ou de détourner l'obligation posée aux États. Ainsi, l'information à fournir au demandeur peut être simplement orale, les documents peuvent être refusés s'il est en détention (l'une des grandes failles de cette directive et d'ailleurs de n'imposer aux États aucune obligation de remise d'une autorisation de séjour immédiate), ou encore, la libre circulation peut être refusée lorsque le demandeur est assigné à résidence pour des « raisons juridiques ou d'ordre public ».

Enfin, sur la question de l'accès à l'emploi, l'âpreté des débats lors de la négociation de la directive a conduit à une solution molle et contournable. Certains États, au premier rang desquelles la France, se sont vivement opposés à l'octroi d'un quelconque droit d'accès à l'emploi pour les demandeurs d'asile. Un compromis a donc été recherché et a abouti à la formulation suivante de l'article 11 :

« 1. Les États membres fixent une période commençant à la date de dépôt de la demande d'asile durant laquelle le demandeur n'a pas accès au marché du travail.

2. Si une décision en première instance n'a pas été prise un an après la présentation d'une demande d'asile et que ce retard ne peut être imputé au demandeur, les États membres décident dans quelles conditions l'accès au marché du travail est octroyé au demandeur.

3. L'accès au marché du travail n'est pas refusé durant les procédures de recours, lorsqu'un recours formé contre une décision négative prise lors d'une procédure normale a un effet suspensif, jusqu'au moment de la notification d'une décision négative sur le recours.

4. Pour des motifs liés à leur politique du marché du travail, les États membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'Union et à ceux des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier. »

Les États réticents peuvent donc légalement priver les demandeurs d'accès à l'emploi pendant un an. Ils peuvent recourir à un ensemble de notions floues pour imputer le retard de la procédure aux demandeurs. Ils peuvent instituer des recours non-suspensifs les exonérant de respecter l'alinéa 3. Et ils peuvent enfin accorder un droit d'accès à l'emploi de façade en instituant la « préférence communautaire » et « régulière », pour ne pas dire « nationale ». Au

sujet de « l'harmonisation sur la question de l'accès au marché du travail », la Commission elle-même a reconnu qu'elle était « minimale »¹⁰⁵³.

Enfin, la directive présente une lacune importante avec l'absence de prise en compte spécifique des victimes de torture et des séquelles qu'elles portent. Elles exigent précisément une prise en charge et une expertise bien supérieures à celles proposées par la directive¹⁰⁵⁴.

Au sujet de cette directive, la France s'est longtemps illustrée en ne la transposant pas dans les délais obligatoires¹⁰⁵⁵ et s'illustre encore en ne s'y conformant pas pleinement¹⁰⁵⁶.

2) La directive « procédure ».

Après une directive plutôt molle sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile, la directive du 1^{er} décembre 2005 *relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*¹⁰⁵⁷ porte plus frontalement atteinte au droit des réfugiés.

Adoptée au terme de longues tractations – la commission a initié le projet en 2000 – et sans prendre en compte les propositions d'amendement émises par le Parlement (au motif que l'accord était intervenu préalablement au passage à la co-décision), elle fut d'ailleurs objet à ce titre d'un recours en annulation par ce dernier devant la CJCE, recours qui a porté ses fruits **(d)**.

La directive laisse aux États une marge de discrétion très confortable pour la mise en œuvre de ses dispositions **(a)**. Mais le « clou » de la directive tient à la consécration des notions exploitables pour qualifier une demande d'infondée et/ou d'irrecevable. Il s'agit de la référence au pays tiers sûr **(b)** et au pays d'origine sûr **(c)**, déjà proposées en 1992, qui reçoivent ici l'onction communautaire tout en perdant les quelques garanties qui y étaient

¹⁰⁵³ Communication de la Commission européenne du 26 mars 2003 relative à la politique commune d'asile et l'*Agenda pour la protection*, COM (2003) 152 final, p. 18

¹⁰⁵⁴ Réseau européen des centres de soins pour les victimes de la torture, « Lecture critique de la directive 2003/9/CE », Rencontre annuelle à Paris du 30 mars au 1er avril 2006, Dossier de presse : Victimes de la torture en Europe, URL : <http://www.primolevi.asso.fr/fr/nouveau/2006-03-31-conf-presse.html#critique> (consultée le 5 mars 2007).

¹⁰⁵⁵ La date butoire était le 6 février 2005, et le premier texte de transposition est intervenu le 13 novembre 2006 : décret n° 2006-1380 2006 [NOR: SOCN0611992D] et décret n°2006-1381 [NOR:SOCN0611993D], *JORF*, 15 novembre 2006.

¹⁰⁵⁶ CFDA, « Conditions d'accueil des demandeurs d'asile – Une urgence qui dure », 28 avril 2004. Voir également le dossier de la CFDA, « Transposition de la directive d'accueil, des chantiers encore ouverts », avril 2005, p. 12.

¹⁰⁵⁷ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 *relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, JOCE n°L 326 du 13 décembre 2005.

associées.

a) Souplesse de la directive envers les États.

Par exemple, en matière de procédure d'asile à la frontière si les États membres doivent prévoir « des procédures conformément aux principes de base et aux garanties fondamentales » (art.35-1), des procédures dérogatoires sont autorisées « afin de se prononcer sur l'octroi d'une autorisation d'entrée sur le territoire aux demandeurs d'asile » (art.35- 2). À ce sujet, la directive n'autorise d'ailleurs les demandeurs « à rester » sur le territoire de l'État membre dans lequel ils ont déposé leur demande, qu'« aux seules fins de la procédure », et précise que « ce droit de rester dans l'État membre ne constitue pas un droit à un titre de séjour » (art. 7-1).

Les garanties des demandeurs d'asile se limitent à un devoir d'information des États « dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent » (art. 10-1 a) et au bénéfice « en tant que de besoin, des services d'un interprète » (art. 10-1 b). La directive envisage d'autre part que les demandeurs d'asile puissent ne pas bénéficier d'assistance juridique sans que cela pose de problème (art. 10-1 e).

Concernant le droit à un recours effectif, son caractère suspensif et la possibilité de se maintenir sur le territoire ne sont pas prévus par la directive. Alors qu'il s'agit pourtant d'une garantie essentielle de l'effectivité d'un recours, l'article 39 laisse cette question à l'appréciation des États. Le HCR a critiqué cette disposition, en rappelant notamment que dans certains pays de l'Union, 30 à 60% des décisions négatives de première instance sont infirmées en appel¹⁰⁵⁸. Cette disposition, parce qu'elle ne garantit pas le respect du principe de non-refoulement, est contraire à la *Convention de Genève*.

La directive multiplie les procédures dérogatoires, en proposant une liste de plus de quinze situations pas toujours très claires¹⁰⁵⁹ pour lesquelles les demandes d'asile pourront être considérées « infondées » et traitées par une « procédure accélérée ou prioritaire » (art. 23-4).

L'article 25 ouvre enfin la possibilité de considérer une demande comme « irrecevable », avec pour conséquence que les « États membres ne sont pas tenus de vérifier si le demandeur

¹⁰⁵⁸ Ruud LUBBERS, « La législation européenne sur l'asile ne doit pas contrevenir au droit international », communiqué, HCR, 29 mars 2004.

¹⁰⁵⁹ Par exemple, article 23-4 a) : « le demandeur n'a soulevé, en déposant sa demande et en exposant les faits, que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE ». Que faut-il comprendre par « questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante » ?

remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié ».

b) La notion de pays tiers sûr et « super sûrs ».

Les versions initiales de la proposition de directive proposaient des critères de désignation du « pays tiers sûr » assez détaillés¹⁰⁶⁰, mais ce qu'il en reste dans la directive ne comporte pas de garanties suffisantes. Pour illustration, la ratification de la *Convention de Genève* de 1951 n'y figure même pas (art. 27).

Dans la lignée cette fois du protocole Aznar, et dans le contexte de l'élargissement, les États membres ont validé la notion de « pays tiers européen sûr » communément appelé « super sûr ». Elle concerne les pays « européens » qui « observent des normes particulièrement élevées en matière de droits de l'homme et de protection des réfugiés » (art. 36). L'article 36-2 énonce presque effrontément les critères de désignation de ces pays : ratification de la *Convention de Genève* et « respect de ses dispositions », existence d'une procédure d'asile ainsi que ratification de la *Convention européenne des droits de l'homme* et respect de ses dispositions « notamment les normes liées au recours effectif ». La volonté de contrôle et de renforcement des flux migratoires aux portes de la nouvelle Europe domine tout particulièrement ces dispositions. Ainsi, lorsqu'un demandeur d'asile « cherche à entrer, ou est entré, illégalement sur son territoire » depuis un tel pays, un État membre peut s'exonérer partiellement ou complètement de l'examen de la demande.

c) La notion de pays d'origine sûr.

Là aussi la Commission avait proposé en annexe une liste de critères à prendre en compte pour cette désignation. Cette annexe a été réduite à peau de chagrin dans la directive et les principaux critères de garanties ont disparu¹⁰⁶¹.

Le fait qu'aucune liste commune n'ait pu émerger du processus d'adoption de la directive révèle de toute façon la prévalence des considérations politiques et diplomatiques sur les considérations juridiques quant au choix des pays à inscrire. Le fait que chaque État ait la possibilité de créer sa propre liste complémentaire (art. 30-1)¹⁰⁶², comme la France l'a fait en 2005 et 2006, est porteur de menaces évidentes sur l'égalité de traitement entre demandeurs

¹⁰⁶⁰ Annexe 1 de la Proposition de directive du Conseil *relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, COM/2000 578 final, JOCE n° 62E du 27 février 2001, pp. 231–242.

¹⁰⁶¹ *Annexe II Désignation comme pays d'origine sûr aux fins de l'article 29 et de l'article 30, paragraphe 1.*

¹⁰⁶² En l'occurrence, la liste de chaque État est présentement la seule dont il dispose.

d'asile, particulièrement dans le cadre de *Dublin II*. Le fait enfin que la directive autorise les États membres à désigner comme sûre « une portion du territoire d'un pays » ou « une portion du territoire d'un pays pour un groupe particulier de personnes dans ce pays » (art. 30-1 et -3), consacre la notion d'asile interne¹⁰⁶³.

De plus, la référence au concept de pays d'origine sûr est contraire à la clause de non-discrimination inscrite à l'article 3 de la *Convention de Genève*.

De plus, et elle a déjà montré son caractère aléatoire¹⁰⁶⁴.

De plus, elle

« trahit une autosatisfaction des États membres de l'Union européenne qui pêche par orgueil et méconnaissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant, à diverses reprises, condamné chaque État membre. »¹⁰⁶⁵

Enfin, elle porte une atteinte directe au principe de non-refoulement. La clé de voûte de la *Convention de Genève* cède finalement sous les assauts répétés ...

d) Annulation partielle par la CJCE.

La décision du 6 mai 2008, rendue par la Cour de Justice des Communautés européennes porte un coup à la directive¹⁰⁶⁶. La décision concerne les dispositions de la directive autorisant l'établissement, par le Conseil, de la liste commune minimale des pays tiers sûrs et des pays d'origine sûrs. Le contrôle de la CJCE porte ici, non pas sur l'appréciation des pays sûrs, mais sur les compétences respectives du Conseil et du Parlement dans l'établissement desdites listes. Les articles 29 et 36 de la directive confiaient en effet au Conseil européen le soin d'établir (et de modifier) ces listes en statuant à la majorité qualifiée après consultation du Parlement européen. Or, la CJCE, gardienne des traités, rappelle qu'il faudrait désormais envisager de se plier aux règles communautaires. En effet, l'article 67 du TCE ouvrait la possibilité au Conseil, de prendre les décisions soit en statuant à l'unanimité, soit selon la procédure de codécision. En insérant dans la directive de décembre 2005, des règles de procédures législatives simplifiées non prévues par le *Traité*, le Conseil s'est créé une base

¹⁰⁶³ Introduite concomitamment par la directive dite « qualification ».

¹⁰⁶⁴ En 1992, l'Algérie et la Yougoslavie étaient respectivement considérées comme pays sûr par la Suisse et la Belgique. Anne CASTAGNOS-SEN, « L'Europe protège-t-elle encore les réfugiés ? L'élaboration de normes minimales en matière d'asile », *Questions d'Europe*, n°31, 5 juin 2006, note de fin de texte n° 16.

¹⁰⁶⁵ Jean-Yves CARLIER, « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger – La directive dite « qualification », dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 294.

¹⁰⁶⁶ CJCE, *Parlement c/ Conseil*, 6 mai 2008, aff. C-133/06.

juridique dérivée, et s'est réservé la possibilité d'établir et modifier la liste commune minimale des pays sûrs, en évitant la procédure de codécision. Les « règles relatives à la formation de volonté des institutions communautaires sont établies par le traité et ne sont pas à la disposition des États membres ou des institutions elles-mêmes » rappelle la Cour de Justice, avant d'ajouter que « reconnaître à une institution la possibilité d'établir des bases juridiques dérivées reviendrait à lui attribuer un pouvoir législatif qui excède ce qui est prévu. ». De plus, la Cour précise que l'adoption de la liste des pays sûrs est une décision mobile dans le temps et les règles décisionnelles énoncées dans une directive – fussent-elles légales, mais ce n'est même pas le cas – ne sauraient primer sur le *Traité*, lequel prévoit désormais en matière d'asile (article 67), que la procédure législative respecte la règle de la codécision (article 251). Les articles de la directive relatifs à l'adoption des deux types de liste sont annulés.

C) Les efforts et les contreparties d'une recherche de définitions communes.

La directive « qualification » du 29 avril 2004¹⁰⁶⁷ a plusieurs mérites. Elle définit les critères de reconnaissance de la qualité de réfugié au titre de la *Convention de Genève*, en proposant notamment des définitions de la notion de persécution, et des motifs de persécution énumérés dans la *Convention de 1951*. Elle corrige ainsi certaines des faiblesses structurelles de la *Convention* (1). Elle propose également une définition commune de la notion de protection subsidiaire jusqu'alors appliquée de façon très hétérogène par les États membres. Mais en cela, entérine le dédoublement de la protection internationale en deux statuts ce qui bloque les perspectives d'interprétation évolutive de la *Convention de Genève*¹⁰⁶⁸ (qui comporte certes des faiblesses, mais porte également en elle la souplesse nécessaire à son adaptabilité aux changements). Le statut offert par la protection subsidiaire est nettement moins protecteur que celui des réfugiés (2). Enfin en écartant de la définition du réfugié toute distinction fondée sur l'origine étatique ou non étatique de l'auteur des persécutions, elle offre une contrepartie aux États avec l'émergence de deux concepts qui vident de sens le droit des

¹⁰⁶⁷ Directive 2004/83/CE du Conseil concernant *les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, du 29 avril 2004, *JOUE* n° L 304/12 du 30 septembre 2004.

¹⁰⁶⁸ Jean-Yves CARLIER, « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger – La directive dite « qualification », dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 289.

réfugiés : l'asile interne et la protection non étatique (3).

1) L'effort de définition.

En cohérence avec le contexte normatif de l'Union, le premier article de la directive prend d'abord soin d'exclure du champ de protection, les ressortissants des États membres. La directive ne concerne pas non plus les personnes déplacées bénéficiant d'une protection temporaire et les personnes bénéficiant d'une protection nationale pour motif humanitaire. Elle concerne les individus éligibles au statut de réfugié (a) et à la protection subsidiaire (b), en apportant une précision importante sur la qualité des auteurs de la persécution (c).

a) Statut de réfugié.

La grande avancée de la directive est de mettre enfin un terme aux errements de définitions portant sur les axes clés de la reconnaissance du statut : la persécution et ses motifs. Au terme de l'article 9-1, les actes de persécution doivent désormais être entendus comme :

- « a) être suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou
- b) être une accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu d'une manière comparable à ce qui est indiqué au point a). »

S'ensuit à l'article 9-2 une liste d'illustrations des formes que les actes de persécution peuvent prendre, au sujet de la pertinence de laquelle on peut s'interroger. Représente-t-elle un guide ou l'exhaustivité du champ d'application de la notion ? À la lecture de l'instrument, il s'agit de lignes directrices non exhaustives puisque « les actes de persécution » « peuvent *notamment* prendre la forme de (...) »¹⁰⁶⁹. Ce que les instances nationales de détermination du statut en feront reste à observer. En l'occurrence, il peut s'agir de :

- « a) violences physiques ou mentales, y compris les violences sexuelles ;
- b) mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires qui sont discriminatoires en soi ou mises en oeuvre d'une manière discriminatoire ;
- c) poursuites ou sanctions qui sont disproportionnées ou discriminatoires ;
- d) refus d'un recours juridictionnel se traduisant par une sanction disproportionnée ou discriminatoire ;
- e) poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes

¹⁰⁶⁹ Nous soulignons.

relevant des clauses d'exclusion visées à l'article 12, paragraphe 2 ;

f) actes dirigés contre des personnes en raison de leur sexe ou contre des enfants. »

La directive maintient l'exigence du lien de causalité entre la persécution et les motifs de persécution (eux-mêmes définis à l'article 10), mais consacre le caractère « neutre » du lien puisqu'il est indifférent que le demandeur :

« possède effectivement la caractéristique liée à la race, à la religion, à la nationalité, à l'appartenance à un certain groupe social ou aux opinions politiques à l'origine de la persécution, pour autant que cette caractéristique lui soit attribuée par l'agent de persécution » (art. 10-2).

Quant à la définition du groupe social, nous l'avons déjà reproduite plus haut, mais la rappelons ici *in extenso*, elle balise l'interprétation évolutive de la *Convention de Genève* à laquelle les États européens et notamment la France ont eu tant de mal à se livrer:

« un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres. Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article » (art. 10-1 d).

b) Protection subsidiaire.

À double tranchant, car instituant officiellement un sous-statut, la directive donne néanmoins une définition à la protection subsidiaire, qui connaît de toute façon un développement croissant et très hétérogène dans les États membres.

Celle-ci consiste à offrir une protection à ceux qui n'entrent pas dans la définition du réfugié de la *Convention de Genève*. À première vue donc, elle élargit le devoir d'accueil et de protection des États membres.

Au terme de l'article 2 e) les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire sont celles pour qui « il y a des motifs sérieux et avérés de croire » que si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine, courraient « un risque réel de subir des atteintes graves » et de fait ne peuvent ou ne sont pas disposées « à se prévaloir de la protection de ce pays ». Il ne s'agit plus de « persécution », mais d'« atteintes graves », et aucun lien de causalité avec des motifs n'est exigé. Selon l'article 15, ces atteintes graves sont constituées par a) la peine de mort, b) la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants. Cela ne pose

aucun problème d'interprétation et est en conformité avec la jurisprudence de la CEDH sur l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Le point c) de l'article 15 est en revanche plus difficile à comprendre. Il s'agit des « menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international. » Une confusion est soulevée par la coexistence de menaces qui doivent être « individuelles », tout en étant le fait d'une violence « aveugle » (donc, on suppose, généralisée et indifférenciée). Il y a là comme une réintroduction de l'idée de motif et d'un lien de causalité entre celui-ci et l'atteinte grave. À moins que ce libellé ambigu ne révèle rien d'autre, comme en conclut Jean-Yves Carlier, que les divergences des États membres sur le caractère ciblé ou généralisé de l'« atteinte grave ». Divergences déléguant à la jurisprudence le soin de clarifier le texte¹⁰⁷⁰.

c) Auteur des persécutions ou des atteintes graves.

Enfin, la valeur ajoutée essentielle de la directive est de supprimer la condition relative à la qualité étatique de l'auteur des persécutions/atteintes. À la différence de la position commune du 13 mars 1996, la directive retient l'interprétation libérale et reconnaît la persécution/les atteintes perpétrées par des acteurs non étatiques, à condition toutefois de démontrer que les autorités « ne peuvent ou ne veulent pas accorder une protection » (art. 6 c).

La directive « qualification » met ainsi un terme à plusieurs désaccords entre les États membres sur l'interprétation de la *Convention de Genève* et donne à cette interprétation l'impulsion évolutive devenue si nécessaire. Mais cela ne doit pas dissimuler les contreparties inventées et les atteintes profondes à nouveau portées au droit des réfugiés de la *Convention de Genève*.

2) Le dédoublement de statut et fragilisation des titres.

Notons que la construction de la protection subsidiaire, sur laquelle nous reviendrons en détail plus loin, a conduit à un dédoublement de statut (1), et que l'insertion d'une nouvelle catégorie de « clauses de retrait » a contribué à fragiliser ces statuts (2).

¹⁰⁷⁰ Jean-Yves CARLIER, « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger – La directive dite « qualification », dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 302-304.

1) Dédoublage de statut.

En élargissant le bénéfice de la protection internationale aux individus ne répondant pas exactement aux critères de la *Convention de Genève*, la directive ouvre insidieusement la porte au « déclassé » des réfugiés. Par le jeu de l'unicité de procédure et des interprétations réductrices qui vont indubitablement subsister, définitions « harmonisées » ou pas, un certain nombre de réfugiés vont sortir du champ de Genève (auquel ils appartiennent pourtant) pour entrer dans celui de la subsidiarité.

Certains auteurs mettent d'ailleurs en doute la réalité même de l'élargissement du champ de protection internationale. Pour eux, la distinction scinde le champ d'application de la *Convention de Genève* en deux : celui qui est admis sans difficulté, et celui qui devrait l'être si l'interprétation de l'instrument avait été évolutive¹⁰⁷¹. La *Convention de 1951* ressort amputée du processus, et reste enfermée dans ses faiblesses.

Or, le statut ouvert par la protection subsidiaire est un sous-statut. Les bénéficiaires de la protection subsidiaire sont expressément exclus du droit au regroupement familial¹⁰⁷², leur titre de séjour n'est que d'un an renouvelable et ils n'ont pas comme les réfugiés de droit acquis à un titre de voyage (art. 21, 24, 25). Dans le domaine des droits sociaux, ils n'ont pas accès directement à l'emploi et à la formation, mais sont soumis aux règles liées à la situation du marché du travail (art. 26), et leur accès à la protection sociale et aux soins peuvent être limités « aux prestations essentielles » (art. 28 et 29-2). Enfin, l'« accès au dispositif d'intégration », déjà flou en faveur des réfugiés¹⁰⁷³ est laissé au jugement d'opportunité des États¹⁰⁷⁴.

Cette différence de traitement ne trouve pourtant aucune justification dans la différence de situation des intéressés.

2) Fragilisation des titres.

¹⁰⁷¹ *Ibid*, p. 314-315 et Thomas SPIJKERBOER à propos de ce qui n'était alors que la proposition de directive, « Full Circle? The personal scope of international protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on qualification », dans Constança DIAS URBANO DE SOUSA (dir), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 167-181.

¹⁰⁷² Directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, JOUE n° L251/12 du 30 octobre 2003.

¹⁰⁷³ Article 33-1 : « Les États membres établissent les programmes d'intégration qu'ils jugent appropriés ou créent les conditions préalables garantissant l'accès à ces programmes ». Nous soulignons.

¹⁰⁷⁴ Article 33-2 : « Lorsqu'ils le jugent opportun, les États membres accordent aux bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire l'accès aux programmes d'intégration ». Nous soulignons.

La directive introduit des « clauses de retrait »¹⁰⁷⁵, qui sont un assemblage hasardeux des clauses de cessations et d'exclusions prévues par la *Convention* et de l'exception au principe de non-refoulement inscrite à l'article 33-2 de la même *Convention*, laquelle n'a jamais été prévue pour entraîner un retrait de statut de réfugié. Les séquelles du 11 septembre concentrent à nouveau la méfiance des États sur les mauvaises personnes. Schématiquement, les clauses d'exclusion et de cessation prévues par la *Convention de Genève* sont reprises et étendues au statut subsidiaire. La nouveauté réside dans le fait que l'un ou l'autre des statuts peut désormais être retiré lorsque l'intéressé représente une menace pour la société ou la sécurité du pays d'accueil. La directive reprend quasiment mot pour mot l'exception au principe de non-refoulement de l'article 33-2 de la *Convention de Genève* :

« Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

En l'absence d'une définition « harmonisée » de la notion de « menace pour la sécurité » d'un État membre, la marge laissée à l'interprétation est ici beaucoup trop grande et dommageable, d'autant que la directive valide la primauté de l'examen des clauses d'exclusion sur les clauses d'inclusion : « Dans les situations décrites au paragraphe 4, les États membres peuvent décider de ne pas octroyer le statut de réfugié, lorsqu'une telle décision n'a pas encore été prise ». (Art. 14-5)

Enfin, une question naïvement pragmatique nous vient. Si l'intéressé est bel et bien un dangereux terroriste justifiant de ne pas être accueilli par l'Union, est-il bien raisonnable de se contenter de le refuser et de l'en éloigner ? Ne devrait-il pas être au contraire retenu à des fins de signalement et de transfert aux autorités judiciaires internationales compétentes ou aux États susceptibles de le juger conformément au droit international ? La sécurité de l'Europe n'est-elle au fond pas mise en jeu lorsqu'un dangereux malfaiteur est relâché à l'étranger ?

3) Asile interne et agent de protection.

En contrepartie de l'avancée substantielle sur la définition des agents de persécution, la directive prend soin d'instituer une atteinte majeure au droit des réfugiés avec les notions d'« acteurs de la protection » (art. 7) et de « protection à l'intérieur du pays » (art. 8), qui correspondent respectivement aux concepts d'agent de protection et d'asile interne que nous avons évoqués à travers la législation française qui en a anticipé la transposition en 2003.

¹⁰⁷⁵ Article 14 pour les réfugiés, article 19 pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire.

L'article 7 pose l'idée dangereuse que la protection étatique est quelque chose qui peut se déléguer à des « *infra-structures* » telles que des organisations internationales ou des ONG locales qui contrôleraient « l'État ou une partie substantielle du territoire de celui-ci ». Le HCR et plusieurs autres organisations ont sévèrement critiqué cette disposition en rejetant catégoriquement l'idée que des autorités de protection puissent être assimilées à des États, avec la charge qui leur incombe et les pouvoirs qui leur sont associés¹⁰⁷⁶.

L'article 8 pose le dangereux postulat que l'on peut décréter que

« dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays ».

Encore plus déraisonnable que les notions de pays tiers et d'origine sûrs, cette disposition n'est assortie d'aucun critère permettant d'aboutir à la conclusion qu'une partie du territoire ne présente pas de risque. D'autant plus lorsqu'il s'agit d'une partie de territoire d'un État précisément en proie à l'instabilité ou la violence. Les leçons d'un passé pourtant récent, avec la chute en 1995 de l'enclave de Srebrenica déclarée « zone de sécurité » sous contrôle de l'ONU, ne sont pas retenues. De plus, cette disposition est examinable « dans le cadre de l'évaluation de la demande », ce qui permet d'en faire une condition *a priori* de recevabilité de la demande et revient donc encore à examiner une clause d'exclusion préalablement aux clauses d'inclusion¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ Amnesty international, « Union européenne – La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile – Juin 1999-Mai 2004 », Juillet 2004, SFO4 R39, p. 8.

¹⁰⁷⁷ Processus confirmé par la directive « procédure » qui permet de considérer sur ce fondement une demande comme infondée : Art. 30-1 et 30-3.

Section 2 : En Amérique du nord - Européanisation des politiques d'asile ou simple périmètre de sécurité ?

C'est dans le cadre établi du vaste accord sécuritaire sur la frontière commune, ayant depuis 2001 vocation à être « intelligente » (I), que s'inscrit officiellement toute la coopération en matière d'asile et principalement la fameuse *Entente sur les pays tiers sûrs* (II).

I) Sécuriser la frontière : l'entente sur la frontière intelligente.

La réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre fut retentissante (A), le Canada en fit momentanément les frais (B), avant de trouver son intérêt dans la transformation de sa frontière commune avec les États-Unis, en frontière intelligente (C).

A) La réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre.

Le monde entier s'en est rendu compte, la réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre fut à la hauteur du traumatisme vécu. Sur le plan des mesures internes¹⁰⁷⁸, et parmi celles qui touchent les réfugiés, la création du Département de Sécurité intérieure (Homeland Security) dès le 8 octobre, et le transfert des questions d'asile de l'INS vers ce nouveau département ont donné rapidement le ton¹⁰⁷⁹.

Les programmes de réinstallation des réfugiés ont été stoppés pendant quelques mois le temps de conduire un « examen de sécurité », et à leur reprise, le taux a chuté aux alentours de 27 500 réfugiés pour 2002 et 2003 (contre une moyenne établie à 90 000 par an jusqu'alors). L'Administration Bush ayant par ailleurs immédiatement légiféré sur une baisse du plafond à 70 000, qui n'était du reste pas encore atteint au début de l'année 2007¹⁰⁸⁰. Selon le HCR, 48 300 réfugiés auraient été réinstallés aux États-Unis en 2007¹⁰⁸¹.

La signature du *PATRIOT Act* le 26 octobre a ensuite sonné le glas des libertés individuelles. Cet acronyme judicieusement choisi désigne *Uniting and Strengthening*

¹⁰⁷⁸ Nous ne parlerons pas de la réponse « extérieure » en Afghanistan et en Irak.

¹⁰⁷⁹ Eleanor ACER, « Refuge in an Insecure Time: Asylum in the Post 9/11 United States », *Fordham International Law Journal*, 2004-2005, Vol. 28, p. 1362.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 1369. Confirmé pour l'année 2006 dans Jeffrey THOMAS, « U.S. Balancing Needs of Refugees, Thwarting Terrorism - President seeks from Congress more discretion on refugees, asylum seekers », communiqué du 13 avril 2007, URL: <http://www.globalsecurity.org/security/library/news/2007/04/sec-070413-usia01.htm> (consultée le 1er janvier 2008).

¹⁰⁸¹ HCR, « Le nombre total de réfugiés et de déplacés internes augmente pour la deuxième année consécutive », *Communiqué*, 17 juin 2008.

America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism. Censée être une loi d'exception, elle a été reconduite le 7 mars 2006 et sous couvert de surveillance et de sécurité, consiste à donner des pouvoirs exorbitants aux agences gouvernementales américaines (FBI, CIA, NSA, l'Armée) et à réduire les droits de défense. Schématiquement le *PATRIOT Act* permet la violation des garanties constitutionnelles suivantes : liberté de religion, de parole, de réunion et de la presse (1^{er} amendement) ; droit de ne pas subir des recherches et des saisies déraisonnables (4^e amendement) ; nul individu ne peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans un procès équitable (5^e amendement) ; droit à un procès public rapide par un jury impartial, le droit d'être informé des éléments de l'accusation, le droit de confronter les témoins et d'assistance juridique (6^e amendement) ; pas de détention arbitraire ou cruelle ni de condamnation exceptionnelle (8^e amendement) ; tous les individus (citoyens américains ou non) résidant aux États-Unis ont droit à un procès équitable et une égale protection par la loi (14^e amendement)¹⁰⁸².

Le *PATRIOT Act* a incidemment porté atteinte au droit d'asile en criminalisant les comportements les plus innocents, qui peuvent désormais conduire à une détention, un refus d'asile, et une déportation. Dans un article consacré aux effets de la loi sur les réfugiés, Regina Germain démontre que la législation antérieure au *PATRIOT Act* suffisait amplement à refuser l'asile aux individus susceptibles de menacer la sécurité nationale ou d'être liés, de loin ou de près, à toute forme de terrorisme. Le *PATRIOT Act* élargit la notion d'activités terroristes : jeter un caillou lors d'une manifestation en direction des autorités tombe par exemple sous le coup de la définition. Est également élargie la notion de participation à une activité potentiellement terroriste : l'individu qui donnerait 5 dollars à une association potentiellement terroriste sans le savoir est désormais interdit d'asile. Précisons qu'une œuvre de charité musulmane est considérée comme une association potentiellement terroriste¹⁰⁸³.

Enfin, les augmentations de budget accordées à l'INS et aux Services douaniers (augmentations respectives de 29% et de 36% du budget annuel¹⁰⁸⁴), et la chute quantitative des réfugiés invités ont privé les programmes de réinstallation des fonds nécessaires pour être relancés¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² USA *PATRIOT Act* of 2001, H.R.3162.

¹⁰⁸³ Regina GERMAIN, « Rushing to Judgment : The Unintended Consequences of the USA *PATRIOT Act* for *Bona Fide Refugees* », *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001-2002, Vol. 28, pp. 505-530.

¹⁰⁸⁴ Chiffres pour l'année fiscale 2003. Voir Peter ANDREAS, « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 », dans Michel FORTMANN, Alex MACLEOD, Stéphane ROUSSEL (dir.), *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Montréal, Athéna éditions, 2003, p. 50.

¹⁰⁸⁵ Refugee Council USA, « Fewer refugees being rescued », Communiqué, 21 mars 2005, URL:

B) Le Canada montré du doigt.

Le 11 septembre 2001, il y avait 334 agents américains contrôlant la frontière au Canada, contre plus de 9000 au Mexique¹⁰⁸⁶. Instantanément, et en dépit du fait qu'aucun des 19 pirates de l'air impliqués ne serait entré par la frontière canadienne, le discours accusateur sur la porosité de celle-ci apparaît. On assiste alors à une « mexicanisation » des politiques frontalières canado-américaines, selon l'expression utilisée par Peter Andreas qui observe le glissement de discours de crispation sur les frontières sur fond de lutte contre la drogue et l'immigration illégale jusqu'alors réservé au Mexique, vers un discours de crispation sur les frontières sur fond de lutte contre le terrorisme, destiné désormais au Canada¹⁰⁸⁷.

Cette frontière, qui n'était donc jusqu'à présent que « commune », voire « bête », et en tout état de cause poreuse et dangereuse, devient « intelligente » lorsque le 12 décembre 2001 est signée la *Déclaration sur la frontière intelligente*.

Celle-ci organise un *plan d'action en 30 points* autour de quatre grands axes dont « la circulation sécuritaire des personnes » au sein de laquelle les deux États s'engagent à repérer

« les risques pour la sécurité avant qu'ils ne menacent l'Amérique du Nord, et ce, en adoptant des méthodes de collaboration pour l'examen des manifestes renfermant l'information sur l'équipage et les passagers, la gestion des demandes de statut de réfugié et la coordination de la politique en matière de visas. »¹⁰⁸⁸

Le texte du Plan d'action précise au point n° 4 qu'il faudra

« passer en revue les pratiques et les procédures concernant les demandeurs d'asile et de statut de réfugié afin d'assurer un contrôle approfondi de ces personnes et des risques qu'elles représentent pour la sécurité, et prendre les mesures nécessaires pour mettre en commun l'information sur les demandeurs d'asile et de statut de réfugié. »

Ces pratiques et procédures consistent en partie en un mécanisme d'identification biométrique des demandeurs d'asile, et à la mise en place d'une banque de données compatible entre les deux États aux fins d'échange d'information.

Il s'agit surtout, et c'est le point n°5 du Plan d'action, de « négocier une entente relativement aux tiers pays sûrs afin d'améliorer la gestion des demandes de statut de

<http://www.refugeecouncilusa.org/pr-3-21-05-w.pdf> (consultée le 15 mars 2007).

¹⁰⁸⁶ Peter ANDREAS, « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 », *op.cit.*, note 1084, p. 51.

¹⁰⁸⁷ *Ibid*, pp. 43-63

¹⁰⁸⁸ Traduction française disponible sur le site du ministère des Affaires étrangères, URL : <http://www.international.gc.ca/anti-terrorism/declaration-fr.asp> (consultée le 15 mars 2007), et texte original « The Canada-U.S. Smart Border Declaration » disponible sur le même site à l'URL : <http://www.international.gc.ca/anti-terrorism/declaration-en.asp> (consultée le 15 mars 2007).

réfugié.»

C) Le Canada intéressé par le processus de sécurisation.

Si les propos précédents semblent accabler les États-Unis et leur démesure discursive et normative¹⁰⁸⁹, ils ne visent pas pour autant à représenter le Canada en otage contraint de suivre la voie, ou pour reprendre l'expression de Peter Andreas, « une souris effrayée aux côtés d'un éléphant névrosé »¹⁰⁹⁰. Les enjeux soulevés par le processus de sécurisation également suivi par le Canada¹⁰⁹¹ sont complexes et les recherches en sciences politiques s'interrogent encore sur ses explications. Pour certains, tenants de la théorie de Didier Bigo, ce processus répond aux intérêts particuliers des décideurs politiques et des professionnels de la sécurité (GRC, SCRS, ASFC). Pour d'autres, qui basent leur analyse sur une vision plus classique des relations internationales, c'est-à-dire sur l'ampleur de l'interdépendance asymétrique qui caractérise les relations canado-américaines, ce processus de sécurisation vise à rassurer les États-Unis à la suite des pressions exercées après le 11 septembre. Nous laissons aux politistes le soin de trancher la question,¹⁰⁹² mais relevons un élément clé du débat : environ 85% des exportations canadiennes se font en direction des États-Unis, et 40% du PIB canadien provient des recettes de ses exportations¹⁰⁹³.

François Crépeau fait d'ailleurs remarquer que

« Si, pour les États-Unis, c'est la sécurité physique de la nation et de ses citoyens qui compte, puisqu'ils sont la cible de ce terrorisme politique, le Canada chercherait plutôt une sécurité économique: il aurait le souci de ne pas laisser les contre-mesures américaines entraver le commerce canado-américain et d'assurer une fluidité optimale dans la circulation des biens et des personnes à la frontière. »¹⁰⁹⁴

En tout état de cause, c'est le Canada qui a insisté sur l'insertion de l'entente sur le pays

¹⁰⁸⁹ Pour un aperçu critique global des conséquences immédiates du 11 septembre sur les libertés et la sécurité aux États-Unis, et notamment sur les immigrants, les minorités et les réfugiés, voir également Lawers Committee for Human Rights, *Assessing the New Normal – Liberty and Security for the post september-11 United States*, 2003, pp. 31-48.

¹⁰⁹⁰ Peter ANDREAS, « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 », *op.cit.*, note 1084, p. 56.

¹⁰⁹¹ À travers certaines dispositions de la *LIPR*, mais aussi à travers la *Loi antiterroriste* du 24 décembre 2001 (2001, ch. 41), la *Loi de 2002 sur la Sécurité publique* (2004, ch. 15), les augmentations substantielles des ressources financières consacrées à la sécurité (budget du 10 décembre 2001) et la mise en œuvre des nouveaux services et ministères de sécurité que nous avons évoqués plus haut.

¹⁰⁹² Nous renvoyons le lecteur à Justin MASSIE, qui propose justement une réponse nuancée fort intéressante : Justin MASSIE, *Rassurer les États-Unis : le processus de sécurisation au Canada*, Centre d'Etude des Politiques Etrangères et de Sécurités (CEPES), mai 2005, n° 28, 43 p.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁹⁴ François CRÉPEAU, « Le contrôle des frontières: le risque d'une mise en cause de l'État de droit », dans J. RENAUD, L. PIETRANTONIO et G. BOURGEAULT, *Les relations ethniques en question*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2002, p. 44.

tiers sûr dans l'accord sur la frontière intelligente¹⁰⁹⁵.

II) Insécuriser les réfugiés : l'Entente sur les tiers pays sûrs.

Le 2 décembre 2002, la version finale de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* était signée par les représentants du Canada et des États-Unis, et le 29 décembre 2004, elle entrait en vigueur, onze ans après les premières réflexions conduites à ce sujet entre les deux États¹⁰⁹⁶.

Conformément à l'esprit et aux travaux préparatoires, les États-Unis et le Canada se sont auto-proclamés pays sûrs pour les réfugiés, et ont établi comme principe général que les demandeurs d'asile devraient faire leur demande dans le premier de ces pays dans lequel ils arrivent. À la différence des premiers projets cependant, la *Convention contre la torture* est mentionnée dans le préambule, en sus de la *Convention de Genève* de 1951 et du *Protocole* de 1967.

Parce qu'ils sont symptomatiques de ce que nous évoquons dans l'ensemble de cette troisième partie, il nous faut relever les enjeux et les paris faits sur l'avenir de cette *Entente* (A). Puis, dans le questionnement relatif à la pertinence de la seule notion de pays sûr, évoquer en quoi les États-Unis ne sont particulièrement pas sûrs pour les réfugiés qui en revendiquent le statut (B). Enfin, en seulement deux ans de mise en œuvre¹⁰⁹⁷, l'*Entente* présentait déjà des résultats plus qu'inquiétants pour le devenir du droit des réfugiés en Amérique (C).

A) Enjeux et paris de l'Entente.

Le pari – gagné d'ailleurs – du Canada était de réduire le nombre de demandeurs d'asile arrivant à ses portes terrestres. Environ 11 000 demandeurs d'asile arrivent au Canada en passant par les États-Unis, soit 30% du nombre total de revendicateurs du statut de réfugié¹⁰⁹⁸. L'*Entente* constitue donc pour le Canada une mesure de contrôle quantitatif indiscutable et relativise la perte d'autonomie occasionnée par la stratégie de coopération avec les États-

¹⁰⁹⁵ Eleanor ACER, « Refuge in an Insecure Time: Asylum in the Post 9/11 United States », *Fordham International Law Journal*, 2004-2005, Vol. 28, p. 1371

¹⁰⁹⁶ Version finale de l'*entente sur les tiers pays sûrs*, 2 décembre 2002, URL : <http://www.cic.gc.ca/francais/ausujet/lois-politiques/menu-pays-surs.asp> (consultée le 1er janvier 2008).[ci-après « l'*Entente* »]

¹⁰⁹⁷ Les chiffres disponibles s'arrêtent à l'année 2006.

¹⁰⁹⁸ Siri AGRELL, « Ottawa defends asylum pact with U.S. Bid for greater control over flow of refugees », *National Post*, 30 décembre 2004. Et Benjamin R. DOLIN, Margaret YOUNG, *Le Régime canadien de protection des réfugiés*, 2002, Bibliothèque du Parlement, BP-185F, 36 p.

Unis. Parmi ses arguments, combattre l'« asylum shopping » figurait en bonne place et nous fournit un exemple supplémentaire de la perversion du discours, qui assimile les réfugiés à des consommateurs tatillons et les oppose aux « vrais » réfugiés qui cherchent avant tout à échapper à l'oppression...

« L'entente sur les tiers pays sûrs donne suite à une préoccupation fondamentale relativement à la pratique consistant à " magasiner " afin de choisir son pays d'asile pour des raisons économiques. Cette pratique nuit au traitement des demandes d'asile légitimes des personnes qui ont vraiment besoin de protection. »¹⁰⁹⁹

Le pari des États-Unis est révélé par les débats ayant eu lieu à la chambre des représentants des États-Unis, lors desquels Mark Krikorian, directeur du « Center for Immigration Studies »¹¹⁰⁰, propose un certain nombre d'arguments symptomatiques des partisans de l'Entente. Elle est présentée comme un outil de préservation de l'intégrité des systèmes d'asile respectifs, et non comme un outil de protection des demandeurs d'asile. Le concept de la demande d'asile spontanée est associé aux étrangers illégaux. L'asile y est exposé comme une atteinte à la souveraineté de la nation quant à sa gestion de l'immigration humanitaire. Il constitue donc un « pardon », une « amnistie » au bénéfice de ceux qui ont violé les lois de l'immigration pour entrer sur le territoire. Et en définitive, ces atteintes à la souveraineté de la nation ne peuvent plus être admises dès lors que les personnes entrant dans le système d'asile américain auraient pu recevoir protection ailleurs¹¹⁰¹.

L'orateur continue avec l'argument de la sécurité. Il annonce que six des quarante-huit terroristes d'al-Quaïda ayant commis des crimes aux États-Unis ont été « à un moment donné » demandeurs d'asile. Et par un enchaînement discursif de cause à effet, il en fait porter la responsabilité à la « législation laxiste du Canada en matière d'asile ».

Enfin, Krikorian donne une réponse au questionnement de l'intérêt que peuvent avoir les États-Unis dans une telle entente, alors qu'ils sont majoritairement le pays de premier asile, et qu'au terme de l'Entente, ils recevront plus de demandeurs d'asile que le Canada. C'est un double pari sur l'avenir, sur lequel le Canada mise de la même façon.

¹⁰⁹⁹ Propos de Denis CODERRE, ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté dans CIC, « Le ministre Coderre demande l'approbation du gouvernement relativement à l'entente sur les tiers pays sûrs », Communiqué, 10 septembre 2002. Notons qu'aucune preuve d'abus de ce genre n'est associée à ce discours.

¹¹⁰⁰ Organisation de recherche américaine auto-présentée comme indépendante, non-partisane et sans but lucratif, ce qui ne ressort pas du tout des lectures proposées. Krikorian semble pour le moins un activiste anti-immigration convaincu. URL : <http://www.cis.org/>

¹¹⁰¹ Mark KRIKORIAN, *The U.S.-Canada Safe Third Country Agreement: A Vital First Step*, Testimony prepared for the U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary Subcommittee on Immigration, Border Security, and Claims, October 16, 2002, URL: <http://www.cis.org/articles/2002/msktestimony1016.html> (consultée le 14 mars 2007). Les citations suivantes sont issues de notre traduction.

En premier lieu, celui de la dissuasion:

« Lorsque l'option de transiter par les États-Unis pour déposer une demande d'asile au Canada aura disparu, un nombre significatif de ceux ayant le Canada comme objectif, choisira déjà de ne plus venir aux États-Unis et optera pour une demande d'asile en Europe ».

En second lieu, celui d'étendre l'*Entente* à d'autres pays « sûrs », notamment aux membres de l'Union européenne. Selon Krikorian, l'accord des États-Unis avec le Canada constitue une sorte de base crédible pour à terme pactiser avec l'Europe et faire en sorte qu'elle « récupère les flots de candidats à l'asile qu'elle a envoyés aux États-Unis ».

Un autre élément de contrepartie en faveur des États-Unis est dévoilé par une entente parallèle secrète au terme de laquelle les États-Unis pourraient « recommander » jusqu'à 200 réfugiés au Canada à des fins de réinstallation, le privant pour le coup de sa souveraineté en matière de sélection des réfugiés¹¹⁰². Selon certains, il s'agirait des réfugiés interceptés en mer par les États-Unis puis détenus dans des camps¹¹⁰³. Cette entente éclaire pour le moins le sens de l'article 9 de l'*Entente*, dans lequel les chiffres et les critères de « recommandation » ont néanmoins disparu : « Les parties, sur demande, s'efforcent toutes deux de faciliter, l'une à l'autre, la réinstallation des personnes dont le besoin de protection a été établi dans les cas appropriés. »

N'oublions pas que les États-Unis constituent non seulement une zone de transit terrestre pour l'Amérique du Sud, mais aussi une zone de transit aérien, car si presque tous les pays du monde ont une communication aérienne vers les États-Unis, ce n'est pas forcément le cas vers le Canada, beaucoup moins desservi.

B) Les États-Unis ne sont pas sûrs.

« Le Canada et les États-Unis ont pris les mêmes engagements à l'égard de la protection des réfugiés et doivent remplir les mêmes obligations internationales »¹¹⁰⁴.

Cette assertion ne pourrait pas être plus fausse et ne pourrait pas être plus démentie tant

¹¹⁰² Conseil canadien pour les Réfugiés, « Le CCR dénonce une entente parallèle secrète », 12 juillet 2002, URL : <http://www.web.net/~ccr/ententeparallelecomm.html> (consultée le 1er janvier 2008).

¹¹⁰³ Notamment Guantanamo, car les réfugiés interceptés sont principalement Cubains et Haïtiens. Voir Audrey MACKLIN, « The Value(s) of the Canada-US Safe Third Agreement », *Caledon Institute of Social Policy*, december 2003, p. 4. et Campbell CLARK, « Plan to Send Canada Refugees from Ships Criticized », *Globe and Mail*, august 5 2002.

¹¹⁰⁴ Propos de Denis CODERRE, « Le ministre Coderre demande l'approbation du gouvernement relativement à l'entente sur les tiers pays sûrs », Communiqué, 10 septembre 2002.

les observateurs sont nombreux à démontrer le contraire¹¹⁰⁵. Ainsi, à situation du requérant identique, les États-Unis n'accordent pas le statut lorsque le Canada le fait (1). De plus, le renvoi d'un demandeur d'asile vers les États-Unis le met potentiellement en danger (2).

1) Eligibles au Canada / déboutés aux États-Unis.

Le 11 mai 2005 est adopté le *Real ID Act*¹¹⁰⁶ qui élargit considérablement la catégorie des personnes inéligibles au statut de réfugié et refoulables du fait de leur engagement supposé « dans des activités terroristes ». Dans la continuité du *PATRIOT Act*, la clause de « soutien matériel » exclut du statut et de la protection contre le refoulement, de nombreux réfugiés dont le seul lien avec une « organisation terroriste » a été involontaire ou forcé. Un demandeur d'asile colombien qui sous la menace violente des Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) avait payé un tribut de guerre s'est vu refuser l'asile aux États-Unis, détenir pendant un an, et refouler vers la Colombie en raison du « soutien matériel » fourni à un groupe terroriste¹¹⁰⁷. Une rançon payée à un groupe terroriste contre la libération d'un homme est également assimilée à du « soutien matériel » par les juges américains¹¹⁰⁸. Une femme Sierra Léonaise a été exclue de la protection pour avoir offert un abri à des terroristes, ce qui compte comme du « soutien matériel ». Cette femme avait hébergé pendant 4 jours, sous la contrainte et la menace un groupe de terroristes qui l'avaient violée, avaient tué un membre de sa famille, brûlé un autre, et violé sa fille sous ses yeux¹¹⁰⁹.

Les clauses d'exclusion prévues à l'article 1F de la *Convention de Genève* sont très gravement dépassées par la législation américaine qui devient même en l'état complètement incompatible avec le texte de 1951.

De plus, le *Real ID Act* bouleverse l'examen de la demande d'asile et fait lourdement peser sur le requérant la charge à la fois d'être très convaincant, et d'apporter des preuves très tangibles à son dossier. Le bénéfice du doute disparaît totalement au profit de la discrétion des décideurs et de l'idée personnelle qu'ils se font de la notion de crédibilité. Laquelle peut

¹¹⁰⁵ Nous citons ici deux rapports très complets : CCR, *Less Safe than Ever - Challenging the designation of the US as a safe third country for refugees*, Report, November 2006, 38 p.; et Harvard Law Student Advocates for Human Rights, the International Human Rights Clinic, Human Rights Program, Harvard Immigration and Refugee Clinical Program, *Bordering on failure: The US-Canada Safe Third Country Agreement Fifteen Month After Implementation*, Harvard Law School, march 2006, 24 p., [ci-après « Harvard report »].

¹¹⁰⁶ *REAL ID Act of 2005*, Pub. L. No. 109-13, 119 Stat. 302

¹¹⁰⁷ *Arias v. Gonzales*, 2005 WL 1811822, at *2, *4 (3d Cir. 2005), cité dans « Harvard Report », *op.cit.*, note 1105, note infrapaginale 57.

¹¹⁰⁸ United States Immigration Court, Elizabeth, New Jersey, 9 May 2005, *Matter of RK*, cité dans CCR, *Less Safe than Ever*, Report, November 2006, p. 12.

¹¹⁰⁹ CCR, *Less Safe than Ever*, Report, November 2006, p. 10.

désormais être évaluée sur la seule base de l'attitude, la franchise et la réceptivité de la personne, ainsi que sur la plausibilité et la cohérence intrinsèques et interdépendantes de son récit et de toute autre pièce du dossier. La moindre faiblesse peut être retenue contre lui, même si l'erreur, l'incohérence ou la falsification en question n'a aucun lien avec le fond de sa demande¹¹¹⁰.

Enfin, le *Real ID Act* exige que l'un des motifs de persécution énoncés dans la *Convention de Genève* constitue une « raison centrale » de la persécution et exclut de fait du statut tous les persécutés qui, soit ne peuvent prouver l'intention du persécuteur, soit sont persécutés pour un ensemble de motifs imbriqués dont n'émerge pas un facteur central.

Cette dernière considération nous mène à une autre différence fondamentale au sein des systèmes de détermination canadien et américain et qui concerne les femmes. La persécution fondée sur le sexe qui avait été laborieusement reconnue aux États-Unis (et seulement par la jurisprudence et par le biais de directives)¹¹¹¹ subit un revers certain avec le *Real ID Act*. De plus, les États-Unis ne reconnaissent pas les violences domestiques comme de la persécution. Pour les femmes concernées, il s'agit désormais de ne pas monter dans le mauvais avion et d'atterrir fortuitement aux États-Unis plutôt qu'au Canada¹¹¹². De la même façon, les États-Unis n'accordent pas l'équivalent du statut de personne à protéger que le Canada propose, basé sur la protection contre une menace à la vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités¹¹¹³.

Parmi les autres inégalités, notons le « one year filing deadline » imposé aux États-Unis par la loi de 1996¹¹¹⁴ qui permet de déclarer irrecevable toute demande d'asile déposée plus d'un an après l'arrivée sur le territoire et autorise le refoulement. La même loi autorise la « détention obligatoire » des demandeurs d'asile sans document (la détention n'est pas encore aussi systématique au Canada), et l'« expulsion accélérée » de ces derniers, sans être entendus par un juge d'immigration et sans contrôle judiciaire.

Enfin, les juges américains font l'objet, encore plus qu'au Canada, de vives critiques sur

¹¹¹⁰ Section 101 du *Real ID Act*. Voir « Harvard Report », *op.cit.*, note 1105, pp. 13-14 et CCR, *Less Safe than Ever*, Report, November 2006, pp. 13-15.

¹¹¹¹ Voir Elizabeth BOULOT, « Persécution des femmes et droit d'asile aux États-Unis : Bilan de dix ans de mobilisation et de jurisprudence », *Asylon(s)*, n° 1, octobre 2006, URL : <http://terra.rezo.net/article495.html> (consultée le 16 mars 2007).

¹¹¹² Amy K. ARNETT, « One Step Forward Two Steps Back : Women Asylum-Seekers In the United States And Canada Stand To Lose Human Rights Under The Safe Third Country Agreement », *Lewis and Clark Law Review*, Winter 2005, p. 974.

¹¹¹³ CCR, « Dix raisons pour lesquelles le tiers pays sûr est une mauvaise affaire », février 2005, URL : <http://www.web.net/~ccr/10raisons.html> (consultée le 17 mars 2007).

¹¹¹⁴ *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*.

leur comportement, leur manque de cohérence décisionnelle, l'« anarchie » jurisprudentielle qu'ils ont créée, et les libertés qu'ils prennent avec la loi. En mars 2006, un juge fédéral disait que la conduite des audiences dans les instances administratives était tombée en dessous des standards minimaux de la justice¹¹¹⁵.

En juillet 2006 étaient publiés les résultats d'une étude de près de 300 000 cas de réfugiés, et les disparités dans le traitement des demandes d'asile ont surgi de façon frappante¹¹¹⁶. Selon les décideurs, le taux de rejet oscille entre 10% et 98%. Une partie de l'étude a porté plus spécifiquement sur un certain nombre de cas tout à fait similaires, en l'occurrence des demandeurs d'asile chinois, représentés par un conseil juridique, et dont les demandes étaient toutes déposées dans le district de New York. Sur les 34 juges concernés, chacun ayant rendu une centaine de décisions, le taux de rejet est allé de 6.9% à 94.5%¹¹¹⁷.

Le processus de détermination du statut de réfugié aux États-Unis est de plus en plus enchâssé dans la législation anti-terroriste, et dans ce cadre, devient complètement aléatoire. Cela représente en soi un danger pour les réfugiés qui tentent d'y demander l'asile et qui subissent de fait un refoulement pas ricochet. Cette seule raison invalide le fondement de *l'Entente sur les pays tiers sûrs*. Mais au-delà du refoulement pas ricochet, un tel renvoi constitue en soi un refoulement vers un État non sûr.

2) Demandeurs en danger aux États-Unis.

De manière générale, les États-Unis composent très librement avec les obligations posées par la *Convention contre la torture*, et notamment le principe de non-renvoi vers un pays où un individu risque la torture. Le cas Maher Arar a fait grand bruit, puisqu'en septembre 2002, ce citoyen canadien revenant d'un séjour en Tunisie et dont l'avion a fait escale à l'aéroport JFK, y a été arrêté, détenu, puis questionné par les autorités américaines qui l'ont immédiatement soupçonné de terrorisme. Au terme d'une détention et d'interrogations conduites dans des conditions inhumaines et dégradantes, il a été refoulé vers la Syrie dont il n'a cessé de clamer qu'il y risquait la torture, puisqu'il était sunnite et avait déserté le service militaire. Arrivé en Syrie, il est comme prévu détenu et torturé, puis accusé de faire partie d'un groupuscule religieux combattu par les autorités syriennes. Au terme d'efforts

¹¹¹⁵ « Harvard Report », *op.cit.*, note 1105, p. 15.

¹¹¹⁶ Le *Transactional Records Access Clearinghouse* (TRAC), en association avec l'université Syracuse, a étudié 297 240 cas entre 1994 et 2005, URL : <http://trac.syr.edu/aboutTRACgeneral.html> (consultée le 17 mars 2007).

¹¹¹⁷ Ces résultats sont issus d'une étude faite sur 208 juges. Voir les résultats à l'URL : <http://trac.syr.edu/immigration/reports/160/> (consultée le 17 mars 2007)..

diplomatiques soutenus, Maher Arar revient au Canada en octobre 2003, près d'un an après avoir été arrêté par l'immigration américaine¹¹¹⁸. De la même façon, les détenus de Guantanamo (dont les raisons de détention procèdent souvent de la même logique et où les réfugiés cubains et haïtiens interceptés en mer sont régulièrement conduits), sont renvoyés régulièrement vers des pays où ils risquent puis subissent la torture¹¹¹⁹.

Nous évoquons ces éléments qui ne concernent pourtant pas spécifiquement les demandeurs d'asile, et qui vont bien au-delà des enjeux de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*, à titre de mise en contexte du respect par les États-Unis de la *Convention contre la torture*. Outre le non-respect de l'article 3, de nombreux rapports d'observateurs, dont bien sûr le Comité contre la torture, font état de pratiques directes de torture aux États-Unis et de traitements inhumains et dégradants pour les détenus¹¹²⁰.

Nous en venons donc aux demandeurs d'asile, régulièrement détenus aux États-Unis, voire systématiquement lorsqu'ils n'ont pas de documents ou qu'ils sont Haïtiens¹¹²¹. La détention peut être illimitée. Plusieurs enquêtes et rapports ont fait état de traitements et de conditions de détention non conformes à la *Convention contre la torture*.

De leur arrivée jusqu'à leur reconnaissance de statut ou leur renvoi, les demandeurs d'asile sont majoritairement traités comme des criminels, y compris les enfants, y compris des bébés. Ainsi, pour certains réfugiés ayant connu et fui la persécution, les interrogatoires policiers dont ils font l'objet, et les investigations corporelles très poussées qu'ils subissent, prolongent le traumatisme des raisons de leur exil, particulièrement pour les femmes qui ont été violées¹¹²². Ensuite, ils sont détenus dans des prisons, ou des établissements semblables à

¹¹¹⁸ Toute la chronologie de l'affaire est très complexe, mais elle est proposée avec les réserves exigées de la rigueur par Chantal PERRAS (Equipe de Recherche sur le Terrorisme et l'Antiterrorisme), « L'affaire Maher Arar », 2005, URL : <http://www.erta-tcrg.org/arar/Arar.htm> (consultée le 17 mars 2007).

¹¹¹⁹ Pour l'analyse juridique, à la fois du cas Maher Arar et des expulsions des détenus de Guantanamo, voir CCR, *Less safe than ever*, Report, November 2006, pp. 19-24.

¹¹²⁰ Comité contre la torture, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la convention*, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, États-Unis d'Amérique, CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006. Et sur un plan à la fois médical et juridique, voir Physicians for Human Rights, *Break Them Down: Systematic Use of Psychological Torture by U.S. Forces*, May 2005, 135 p., URL : <http://physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/break-them-down-the.pdf> (consultée le 16 janvier 2008).

¹¹²¹ CCR, « Dix raisons pour lesquelles le tiers pays sûr est une mauvaise affaire », avril 2005; CCR, *Less safe than ever - Challenging the designation of the US as a safe third country for refugees*, November 2006, 38 p.; et CCR, *Supplementary submission to Cabinet with respect to the designation of the U.S. as a safe third country for refugees*, April 2007, 7 p.

¹¹²² Physicians for Human Rights and The Bellevue/NYU Program for Survivors of Torture, *From Persecution to Prison: the Health Consequences of Detention for Asylum Seekers*, Report, 2003, p. 148, URL: <http://physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/report-perstoprison-2003.pdf> (consultée le 16 janvier 2008).

des prisons, dans un climat de discipline pénitentiaire où le recours à des pressions psychologiques, humiliations, isolement, menaces et punitions a pu être dénoncé¹¹²³.

De plus, pour l'ensemble des demandeurs d'asile aux États-Unis, la précarisation est plus poussée encore qu'au Canada. La représentation légale et le droit de faire appel deviennent de plus en plus inaccessibles¹¹²⁴, et pour ceux qui ont la chance de ne pas être détenus, une demande d'autorisation de travailler ne peut être déposée que six mois après le dépôt de leur demande d'asile¹¹²⁵.

Renvoyer un réfugié dans un pays où il n'obtiendra pas le statut et duquel il sera à terme éloigné est un refoulement par ricochet. Renvoyer un réfugié dans un pays où il ne sera pas en sécurité est un refoulement direct. Les États-Unis offrent ces deux situations et par conséquent, le Canada est lui-même en position de violer à la fois la *Convention de Genève* et la *Convention contre la torture* en appliquant l'*Entente*.

C) Perversions, effets et échecs de l'Entente.

L'*Entente* est présentée comme poursuivant des objectifs de respect de la *Convention de Genève* et de la *Convention contre la torture*, de respect des principes de solidarité internationale, et de respect de l'intégrité de l'institution de l'asile. Elle est également présentée comme cherchant à éviter le refoulement par ricochet, ou la déflexion des réfugiés via des accords de réadmission, ainsi que le phénomène des réfugiés sur orbite qui conduit à terme à un refoulement. Notons que l'*Entente* ne dispose d'aucun mécanisme de contrôle. Le droit de regard du HCR et des ONG ne porte que sur la conformité de la mise en application de l'*Entente* avec le texte de l'*Entente*, mais pas sur les conséquences d'une mise en application, même conforme, sur la sécurité des demandeurs d'asile.

En définitive, l'*Entente* contrevient non seulement aux obligations inscrites dans la *Convention de Genève* et la *Convention contre la torture*, mais elle ne tient pas non plus ses propres promesses. Plusieurs rapports et enquêtes en témoignent, seulement un an après sa

¹¹²³ *Ibid*, pp. 104-128 et US Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal*, february 2005, pp. 178-231.

¹¹²⁴ US Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal*, february 2005, pp. 232-250.

¹¹²⁵ Cette autorisation n'est pas donnée dès lors que le demandeur d'asile rate un entretien ou un rendez-vous au cours de l'examen de sa demande d'asile. Et si elle est accordée, sa prorogation est toujours sujette à refus : *Code of Federal Regulations*, Title 8, § 208.7.

mise en application¹¹²⁶, et nous n'évoquerons ici que trois exemples symptomatiques de : la perversion des valeurs proclamées (1), la fermeture des portes et la pratique des « renvois temporaires » (2), et l'échec même de l'objectif principal de *l'Entente*, à savoir l'établissement d'un périmètre de sécurité (3). S'ajoute enfin aux trois éléments précités, la perspective d'un échec juridique (4).

1) La perversion des valeurs proclamées.

Pour illustrer les promesses non tenues de *l'Entente*, nous prenons ici l'exemple des « valeurs de la réunification familiale », théoriquement constitutives d'une exception à l'application de l'instrument. L'article 4 énonce qu'un réfugié peut déposer une demande de statut dans un État même s'il a transité par l'autre : s'il est un mineur non accompagné, si un membre de sa famille y a été régulièrement accueilli ou s'il est entré avec l'autorisation du pays en question, c'est-à-dire avec un visa ou avec une exemption de visa. Cette dernière exception concerne finalement si peu les demandeurs d'asile qu'elle n'engage pas réellement les États signataires. Quant à la condition que le membre de la famille possède un titre de séjour régulier, elle anéantit la valeur du lien familial dès lors que le membre à rejoindre ne dispose pas d'un statut valide. Pourtant, le père d'un réfugié n'est pas moins son père s'il n'a pas de document. Enfin, une des subtilités de cet article 4 est d'établir qu'un mineur de moins de 18 ans n'est pas considéré comme un membre de la famille. De fait, les mineurs non accompagnés pour lesquels le Canada professe pourtant la recherche de l'« intérêt supérieur », et auxquels il s'engage à accorder plus facilement le statut, ne pourront être rejoints par leurs parents. Selon Audrey Macklin, il s'agissait pour les rédacteurs du projet de *l'Entente*, d'anticiper la fraude de l'instrumentalisation des enfants comme tremplin à la réunification familiale, afin d'entrer au Canada¹¹²⁷.

2) Fermeture des portes et renvois sommaires.

En décembre 2005, le Conseil canadien pour les Réfugiés a rendu public un rapport sur les

¹¹²⁶ Audrey MACKLIN a analysé les « valeurs » et la « valeur » de *l'Entente* en décortiquant son préambule et démontrant qu'aucune des valeurs proclamées ne se retrouve dans le corps du texte, ou dans la pratique normative des États, ou dans les conséquences attendues de la mise en œuvre de *l'Entente*. Audrey MACKLIN, « The Value(s) of the Canada-US Safe Third Agreement », *Caledon Institute of Social Policy*, december 2003, 23 p. Le bilan de l'application de *l'Entente*, un an après son entrée en vigueur lui donnera raison : CCR, *Closing the front door on refugees, Report on safe third country agreement 6 months after implementation*, August 2005, 30 p., et « Harvard Report », *op.cit.*, note 1105.

¹¹²⁷ Audrey MACKLIN, « The Value(s) of the Canada-US Safe Third Agreement », *Caledon Institute of Social Policy*, december 2003, p. 9

effets concrets de la première année de l'*Entente*. Les craintes évoquées se sont toutes réalisées et les portes du Canada se sont effectivement refermées sur les réfugiés. Le nombre des demandes d'asile présentées à la frontière a chuté de moitié en un an, et connu en 2005 son taux le plus bas depuis les années 1980. Citons l'exemple des réfugiés colombiens, particulièrement touchés par l'*Entente*. Les Colombiens représentaient en 2004 près de 14% du total des demandes d'asile déposées au Canada (le taux d'acceptation des demandes faites par des Colombiens au Canada était jusqu'alors de 81%, contre seulement 45% aux États-Unis), et pour 97% d'entre eux, cette demande était faite à la frontière canado-américaine. Ce chiffre est tombé à 30% en 2005 et il manquait « à l'appel » près de 2500 Colombiens, jusqu'alors éligibles à une protection au Canada, et dont on sait que non seulement ils ne seront pas protégés aux États-Unis, mais risqueront même la prison, la déportation vers la Colombie, ou la clandestinité et la crainte constante d'être arrêtés¹¹²⁸.

Préalablement à la signature de l'*Entente*, le gouvernement canadien s'était autorisé la pratique des « retours temporaires », une mesure politique (maintenue à la signature de l'*Entente*) visant à renvoyer temporairement aux États-Unis un demandeur d'asile habilité à déposer sa demande au Canada, mais ne pouvant concrètement être reçu par un agent de l'immigration¹¹²⁹. Cette pratique conduit à la détention, aux États-Unis, des demandeurs concernés et le cas échéant, à leur renvoi vers leur pays d'origine. Le HCR avait, dans son rapport de surveillance pour l'année 2005, identifié plusieurs cas de renvoi *temporaire* du Canada vers les États-Unis, puis *définitif* des États-Unis vers le pays d'origine, et exhortait le Canada à mettre un terme à cette pratique¹¹³⁰. En réponse, le gouvernement canadien avait informé le HCR que le recours à la politique de renvoi temporaire prendrait fin le 31 août 2006, sauf dans des situations exceptionnelles.

À nouveau, les « circonstances exceptionnelles » servent d'échappatoire au Canada et la pratique perdure. Le 8 octobre 2007, en application de cette mesure, cinq demandeurs d'asile étaient sommairement renvoyés vers le pays voisin. La raison invoquée étant que les autorités étaient dépassées par le nombre de candidats au point d'entrée. Or, il n'y avait ce jour-là que 33 candidats¹¹³¹.

¹¹²⁸ CCR, *Closing the front door on refugees, Report on safe third country agreement 6 months after implementation*, August 2005, 30 p..

¹¹²⁹ Article 41 du *RIPR*. Voir CIC, Réponse du Gouvernement au rapport du Comité permanent de la Citoyenneté et de l'Immigration, « Rapprochements Transfrontaliers : Coopérer à notre frontière commune et à l'étranger afin de garantir la sécurité et l'efficacité », mai 2002.

¹¹³⁰ HCR, *Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U.*, Rapport de surveillance, 29 décembre 2004 – 28 décembre 2005, juin 2006, pp. 7-8.

¹¹³¹ Amnistie internationale et Conseil Canadien pour les Réfugiés, « Le CCR et AI condamnent le renvoi

3) Échecs sécuritaires.

L'*Entente* est, rappelons-le, enchâssée dans un programme d'action globale visant à la sécurité du Canada et des États-Unis. Une enquête de terrain a révélé 15 mois après la mise en oeuvre de l'*Entente*, que non seulement celle-ci a échoué à sécuriser la frontière, mais l'a au contraire rendue plus dangereuse, en mettant en péril la vie des réfugiés et en menaçant la sécurité du Canada et des États-Unis¹¹³².

Concrètement pour les réfugiés, la protection et l'assistance matérielles offertes jusqu'alors par les ONG à la frontière ont dû fermer face à la « pénurie » et ont rendu la frontière dangereuse pour les réfugiés qui s'y présentent désormais. Mais surtout, l'*Entente* encourage le passage clandestin de la frontière par des personnes qui avant, auraient suivi la procédure et qui depuis, se retrouvent en prise aux criminels et passeurs en tout genre, pour qui la sécurité des clients n'est pas nécessairement sujet de préoccupation.

L'*Entente* criminalise la frontière, crée de l'illégalité, et fabrique des clandestins, ce qui à terme menace précisément la sécurité du Canada et des États-Unis.

4) La perspective d'un échec juridique.

Le 30 novembre 2007, la Cour Fédérale du Canada condamnait l'*Entente sur les pays tiers sûrs* pour violation du droit des réfugiés¹¹³³. La demande de contrôle judiciaire déposée par le Conseil canadien pour les Réfugiés, le Conseil canadien des Eglises, Amnistie Internationale et « John Doe », un candidat réfugié colombien, contestait la désignation des États-Unis comme pays sûr. Laquelle a en effet été jugée invalide et illégale par le juge.

Pour toutes les raisons évoquées plus haut (détention des demandeurs d'asile au US, « one year filling deadline », interprétation de la persécution et notamment de la persécution fondée sur le sexe, renvoi, etc.), le juge Michael L. Phelan a lui aussi conclu qu'il n'était pas raisonnable de prendre pour acquis que les États-Unis se conforment à leurs obligations en matière de non-refoulement, tant au regard de l'article 33 de la *Convention de Genève*, qu'au regard de l'article 3 de la *Convention contre la torture*.

De fait, ils ne peuvent être désignés comme tiers pays sûr.

Par association des décisions *Singh*¹¹³⁴ et *Burns*¹¹³⁵, le juge considère que le renvoi d'un

sommaire de demandeurs d'asile », Communiqué, 10 octobre 2007.

¹¹³² « Harvard Report », *op.cit.*, note 1105.

¹¹³³ *Canadian council for refugees, Canadian council of churches, amnesty international, and John Doe vs Her Majesty the Queen*, (Imm-7818-05), 2007 FC 1262.

¹¹³⁴ Principe d'applicabilité territoriale de la Charte.

migrant, même illégal, vers un pays d'où il sera peut-être renvoyé vers un pays où il risquera éventuellement la mort, ouvre le champ d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un double ricochet donc.

De fait, en n'assurant pas le suivi de l'examen du statut de tiers pays sûr des États-Unis comme la loi l'exige¹¹³⁶, le Conseil des Ministres canadien a violé la *Charte*. L'article 7 bien sûr (droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne), mais aussi l'article 15 (principe de non-discrimination), au regard des disparités de traitement entre candidats réfugiés aux États-Unis, et au regard de la disparité de traitements entre réfugiés entraînée par leur seul mode d'arrivée sur le territoire canadien. Le juge a également rejeté l'argument des « circonstances exceptionnelles » de l'article 1 de la *Charte*, estimant que l'objectif poursuivi par l'*Entente* n'était pas « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution », et que les moyens mis en œuvre ne justifiaient pas d'une proportionnalité raisonnable avec ledit objectif¹¹³⁷.

Ce rappel judiciaire que certains droits fondamentaux sont applicables, même aux réfugiés, met un peu de sable dans l'engrenage de leur progressive mise à l'écart. Une ordonnance finale, émise le 17 janvier 2008, statuait que la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr serait annulée le 1^{er} février 2008¹¹³⁸. Mais le 31 janvier 2008, la Cour d'appel fédérale accordait le sursis de cette ordonnance, en attendant une décision sur l'appel introduit par le gouvernement canadien¹¹³⁹. L'*Entente* est toujours en vigueur.

¹¹³⁵ Interdiction d'extrader un individu vers les États-Unis sans s'assurer qu'il n'y encourt pas la peine de mort.

¹¹³⁶ Article 101(1) de la *LIPR* et articles 159.1 à 159.9 du *RIPR*.

¹¹³⁷ Le juge Phelan reprenant dans cette décision, l'analyse de la Cour Suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹¹³⁸ CCR, *Tiers pays sûrs*, URL : <http://www.ccrweb.ca/TPS.htm> (consultée le 21 mai 2008).

¹¹³⁹ CCR et Amnistie internationale, « Le sursis de la décision sur le tiers pays sûr met en péril la vie des réfugiés », *Communiqué*, 1^{er} février 2008.

Conclusion chapitre 2

Techniquement, la communautarisation européenne a globalement tenu ses promesses. Juridiquement, l'harmonisation est beaucoup moins convaincante. Politiquement, le défi de Tampere n'a manifestement pas été relevé :

Techniquement, la première période transitoire a de plus été marquée par la règle de l'unanimité au sein du Conseil, ce qui a permis aux États membres d'imposer les politiques les plus minimalistes en matière d'immigration et d'asile. Ces directives sont vouées à subsister telles quelles, ou à être remaniées dans les instruments ultérieurs. Dans un cas comme dans l'autre, le poids politique de l'unanimité laisse des traces¹¹⁴⁰. Juridiquement, les standards d'harmonisation ont été revus à la baisse par rapport aux dispositions nationales de nombreux États membres, et la protection des réfugiés ressort fort amoindrie de ce travail de communautarisation, du reste non abouti. Politiquement, l'Europe et son « harmonisation » des concepts a tronqué la *Convention de Genève* jusqu'à la vider de son sens dans un premier temps, et la bâillonner dans un second temps pour que se développent de nouveaux instruments de rejet (nous pensons ici à la subsidiarisation des statuts et à l'externalisation de l'asile, sur lesquelles nous reviendrons).

Enfin, l'absorption des considérations relatives au droit des réfugiés et au droit d'asile, par les préoccupations relatives au droit de l'immigration, et plus particulièrement à la lutte contre l'immigration est confirmée.

C'est d'ailleurs en cela que les politiques européennes et nord-américaines se rapprochent le plus. Alors que l'Europe tend vers la pratique nord-américaine d'une « gestion-sélection » de l'immigration, au sein de laquelle se pose accessoirement la question des réfugiés, les États-Unis et le Canada tendent vers la pratique européenne de coopération en vue d'établir, eux aussi, une forteresse¹¹⁴¹.

En pire peut-être. Car même si le Canada n'est pas responsable des violations conventionnelles de son voisin, l'application de *l'Entente sur les pays tiers sûrs* tire son respect du droit des réfugiés vers le bas et nous nous interdisons de l'exonérer en le

¹¹⁴⁰ Philippe de BRUYCKER, « Harmonisation législative de la politique européenne » dans Örjan EDSTRÖM, François JULIEN-LAFERRIERE et Henri LABAYLE, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 46-75.

¹¹⁴¹ On note avec intérêt que certains évoquent précisément une américanisation des politiques européennes d'asile : Maxime TANDONNET, « Les pays européens sortent difficilement du «chacun pour soi» », *Confluences Méditerranée*, n°42, été 2002.

comparant à une souris effrayée face à un éléphant névrosé. Le Canada saisit au contraire l'occasion de faire indirectement avec l'*Entente*, ce que ses engagements conventionnels lui interdisent de faire directement, à savoir dénier la seule protection véritable dont les réfugiés peuvent se prévaloir : être à l'abri du refoulement. Le Canada se « dédouane » et l'*Entente* vient simplement grossir les rangs des outils d'évitement de la *Convention de Genève* que cet État a déjà adoptés¹¹⁴² et qui constituent du refoulement anticipé.

Ce phénomène généralisé d'interception à laquelle l'ensemble des États occidentaux se livrent, concourt à rendre invisibles les violations des droits de l'homme endurées par les réfugiés. À terme, cela concourt à rendre invisibles les réfugiés eux-mêmes.

¹¹⁴² Sanctions des transporteurs, imposition de visas pour les pays producteurs de réfugiés, interception en mer des bateaux de réfugiés, etc. Voir *infra*, Partie 3, Titre 2.

Conclusion Titre 1 :

Le droit « supra-national » issu des pratiques, coopérations et instruments normatifs européens et nord-américains est très prégnant pour les droits internes, mais sa portée n'est par définition pas véritablement internationale. Il rompt l'équilibre déjà si instable entre les droits internes et le droit international, et plus particulièrement entre les droits français et canadiens et la *Convention de Genève*, dont les interactions étaient significatives, et pouvaient même être améliorantes.

On observe à l'issue de ce premier titre, que l'intrusion du droit supra-national dans le débat est en revanche très minorante pour la protection de l'individu-réfugié, ainsi que pour la *Convention de Genève*, dont elle amorce l'effacement. Tant la norme que son objet sont atteints.

À l'issue des précédents développements, il ne semble pas subsister grand-chose du droit des réfugiés de 1951. Privé de l'évolution qu'il méritait, il a de plus subi de multiples assauts qui semblent l'avoir réduit à son strict minimum, soit l'obligation de non-refoulement, inscrite à l'article 33.

Pourtant, même ce « noyau dur » vacille tellement il est précédé de considérations visant à ne pas avoir à le respecter. On observe par le biais du développement des notions de pays sûrs, d'asile interne ou d'agent de protection, une véritable dissolution du principe de non-refoulement, pour ne pas dire une légalisation du refoulement. Nous ne cessons de le dire: partir du postulat qu'un État est sûr, ou en partie sûr, ou qu'une autorité *de facto* peut assurer la protection physique et juridique d'un individu, est un pari insensé.

Plus subtile encore, une nouvelle tendance à prévenir matériellement les déplacements de réfugiés aboutit aujourd'hui à une sorte de refoulement préventif, ce qui n'a jamais été prévu et ne saurait être toléré par le droit international des réfugiés. Le principe de non-refoulement, dont on dit qu'il est du domaine du *jus cogens*, est véritablement en danger tant les portes de sortie qui se présentent aux États sont nombreuses.

Nous avons vu comment le dialogue avait été confisqué. Nous allons voir maintenant comment la mise à l'écart de la *Convention de Genève* conduit à rendre invisibles les réfugiés, à travers des pratiques qui se situent au-delà de la violation du texte de référence.

TITRE 2 : DISTANCER LA CONVENTION DE GENÈVE POUR RENDRE INVISIBLE LE RÉFUGIÉ.

En octobre 2004, l'Italie a expulsé en quelques jours plus de 1000 boat-people vers la Libye sans leur avoir permis de déposer une demande d'asile, de manière collective, et dans des conditions inhumaines et dégradantes¹¹⁴³. Les autorités italiennes se sont livrées à un florilège de violations : la violation du principe de non-refoulement inscrit à l'article 33 de la *Convention de Genève* et réaffirmé par l'Union européenne comme étant l'axe central de la protection des réfugiés, la violation de l'interdiction des expulsions collectives inscrite à l'article 4 du protocole 4 de la *Convention européenne des droits de l'homme* ainsi qu'à l'article II-19-1 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, puis la violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants inscrite à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et à l'article 4 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, pour finir par une expulsion vers un « État ne présentant pas les garanties minimales de protection des individus ».

Aucun État de l'Union européenne n'a protesté et la Commission européenne, gardienne des traités européens, n'est pas intervenue. Il est ainsi revenu à des associations italiennes, espagnoles et françaises, de prendre le relais en intentant une action contre l'Italie auprès de la Commission. Cette dernière a refusé de statuer sur le fond, estimant qu'elle n'avait « pas de compétence générale en ce qui concerne les droits fondamentaux »¹¹⁴⁴. Il est vrai que la *Charte des droits fondamentaux* n'étant pas en vigueur, elle manquait de fondement légal sur ce point. Mais le *Traité d'Amsterdam* reconnaît le droit d'asile, et la CJCE reconnaît régulièrement les « principes fondamentaux » qui engagent l'Union européenne, parmi lesquels se trouvent le contenu de la *Charte* et de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

Avec cet exemple, est désormais dépassée la seule idée de détournement ou d'interprétation réductrice des principes posés par la *Convention de Genève*, pour entrer désormais dans la négation et la mise sous silence de cette dernière. Le but semble être

¹¹⁴³ Voir le détail dans GISTI, « Pour le respect des droits de l'Homme et du droit d'asile par l'UE. Dix ONG portent plainte auprès de la Commission européenne contre le gouvernement italien », 31 janvier 2005, 21 p.

¹¹⁴⁴ Migreurop, « L'UE s'apprête à négocier avec la Libye sur les questions migratoires », Communiqué, 13 avril 2005.

d'empêcher en amont la demande d'asile et dresser tous les remparts successifs nécessaires au blocage des arrivées de réfugiés.

La chronologie de ce titre pouvait être envisagée sous deux angles : celui de l'onde de rejet opérée par les États occidentaux, ou celui qui répond à l'image de l'invasion et de l'établissement de barrières concentriques se rétrécissant sur le monde occidental dans une démarche d'assiégés. Nous avons choisi cette seconde approche sans pour autant d'invalidier la première.

Dans une démarche d'assiégés donc, les États concentrent leurs efforts pour maintenir les réfugiés le plus loin de leur territoire, c'est-à-dire au plus proche du point d'origine des exilés (**Chapitre 1**). Dans une démarche qui, en termes de chronologie, est à la fois antérieure, postérieure et concomitante, mais qui procède assurément du même raisonnement, les États visent à dissimuler les réfugiés qui parviennent à leur territoire. En les empêchant d'entrer d'abord, et en les empêchant de rester en dernier recours (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - Maintenir ailleurs : la négation du risque.

On peut raisonnablement déduire de la philosophie du droit des réfugiés que la prévention des déplacements représente un objectif logique. Le bon sens populaire le confirme, il vaut mieux prévenir que guérir, et pour le sujet qui nous intéresse, il vaut mieux les droits de l'homme que le droit des réfugiés.

Le HCR se prononce évidemment dans ce sens et les États occidentaux adhèrent à l'idée. Mais schématiquement, là où le HCR souhaiterait une action préventive sur la cause des flux, les États s'intéressent davantage à la prévention de leurs effets, à savoir l'arrivée massive de réfugiés sur leur territoire. Pour autant, les moyens pouvant être les mêmes, les États se sont également engagés dans une prévention des causes de déplacement.

Les mouvements des réfugiés reconnus comme tels prennent souvent spécifiquement naissance dans des conflits armés, et plus largement dans les violations des droits de l'homme. Les États occidentaux ont très vite cherché à intervenir pour éviter à moyen terme une arrivée massive de victimes vers leur territoire. Le HCR s'est rallié à cet avis en reconnaissant les changements apparus dans la problématique des mouvements de réfugiés. Alors que le droit de quitter son pays pour chercher asile était son credo pendant la guerre froide, il a dans les années quatre-vingt-dix, progressivement privilégié l'idée que chaque individu devait avoir le droit de rester dans son pays et d'y vivre en sécurité, et a évoqué l'intérêt d'une politique préventive compatible avec l'intérêt de la « communauté internationale » acculée par les arrivées de réfugiés¹¹⁴⁵.

La prévention des déplacements par la pacification des zones de départ est un vœu pieux qui semble ne pouvoir se concrétiser qu'à travers l'intervention des États occidentaux chez les États producteurs de réfugiés. Une démarche marquée par l'urgence et ne proposant aucune vision à long terme. L'intervention de la communauté internationale dans les causes immédiates des déplacements est certes observable, mais soulève une multitude d'enjeux, tels que l'ingérence humanitaire¹¹⁴⁶, les réfugiés comme pions du conflit¹¹⁴⁷, ou le rôle ambivalent

¹¹⁴⁵ HCR/EXCOM, *Note sur la protection internationale*, 31 août 1993, doc. ONU A/A.C. 96/815, § 34. Et HCR, *Les réfugiés dans le monde - En quête de solutions*, Paris, La Découverte, 1995, p. 239..

¹¹⁴⁶ Donatella LUCA, « Intervention humanitaire : questions et réflexions », *IJRL*, 1993, pp. 424-441. Sur la confusion du militaire et de l'humanitaire, voir entre autres Christophe GIROD et Angelo GNAEDINGER, « La galaxie humanitaire : « le politique, le militaire, l'humanitaire : un difficile mariage à trois » », dans Jean COT

du HCR¹¹⁴⁸. L'intervention dans les « causes profondes » reste d'autre part plus théorique. Les causes profondes – appelées aussi « causes premières » ou « root causes » – des déplacements forcés désignent un ensemble si multidimensionnel de dysfonctionnements, que le diagnostic est très difficile à poser. Or, sans diagnostic point de traitement¹¹⁴⁹.

D'avantage en amont néanmoins, un autre degré d'intervention se crée par le biais des procédures dites de codéveloppement. Établir un lien entre les causes de migrations et le développement des pays d'origine est tout à fait pertinent. À condition toutefois de ne pas réduire les causes migratoires aux seuls enjeux économiques, de ne pas nier le droit de migrer et encore moins celui de demander l'asile. Ce à quoi le codéveloppement a pourtant conduit. De plus en plus utilisé dans une optique de maîtrise des flux migratoires, il est devenu caution morale à toute politique de restriction de l'immigration. En mai 2007, Brice Hortefeux est nommé ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du « codéveloppement » (rebaptisé « développement solidaire » en mars 2008), et ne se cache pas de qualifier ce dernier de « seule solution permettant de maîtriser les flux migratoires »¹¹⁵⁰, ni de vouloir allouer une grosse partie du budget dont il disposera au titre du codéveloppement, au retour volontaire des étrangers dans leur pays¹¹⁵¹. L'enveloppe totale de son ministère s'élève à 609 millions d'euros aux termes de la *Loi de finances 2008*, et pour mettre en œuvre sa politique de codéveloppement, il obtient 29 millions d'euros, ce qui est sans commune mesure avec le budget alloué à l'aide publique au développement (qui reste distincte), s'élevant à près de 3 milliards d'euros¹¹⁵². Sa politique de codéveloppement n'est donc qu'un élément de sa politique de maîtrise de l'immigration. À titre de mise en

(dir.), *Dernière guerre balkanique? Ex-Yougoslavie: témoignages, analyses, perspectives*. L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 139-163.

¹¹⁴⁷ Marc-Antoine de MONTCLOS, « Les flux de réfugiés : un enjeu politique au sud comme au nord », *La chronique du CEPED*, Octobre-Décembre 1998, n° 31.

¹¹⁴⁸ Sur l'enjeu de la dépendance financière et donc politique du HCR : HCR, *Protection des réfugiés : Guide sur le droit international des réfugiés*, publié par l'Union interparlementaire et le HCR, 2001, p. 117 ; Michel AGIER, « Protéger les sans-État ou contrôler les indésirables : où en est le HCR ? », TERRA éditions, Collection « Reflets », 26 janvier 2006, URL : <http://terra.rezo.net/article348.html> (consultée le 29 mars 2007), voir également Marion FRESIA, « Le HCR peut-il rester neutre ? », *Causes Communes*, février-mars 2004, p.26-27.

¹¹⁴⁹ Sur les tentatives et échecs d'une telle prévention, voir Jack M. MANGALA, « Prévention des déplacements forcés de population, - Possibilités et limites », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, décembre 2001, Vol 83, n° 844, p. 1076. ; Luc REYCHLER, « Les crises et leurs fondements : La prévention de conflits violents » dans *Conflits en Afrique : Analyse des crises et pistes pour une prévention.*, Bruxelles, GRIP, 1997, pp. 61-62 ; OCDE, *Les lignes directrices du CAD – Prévenir les conflits violents : quels moyens d'action ?*, Rapport, 2001, 163 p.

¹¹⁵⁰ Catherine COROLLER et Christian LOSSON, « Entre expulsions et développement, Hortefeux se réjouit de son bilan », *Libération*, 9 novembre 2007.

¹¹⁵¹ Carine FOUTEAU, « Immigration et codéveloppement : Hortefeux prêt à défendre son budget », *Les Echos*, 6 septembre 2007, « Immigration : Brice Hortefeux s'explique », *Le Figaro*, 14 octobre 2007.

¹¹⁵² *Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008*, JO n°300 du 27 décembre 2007, p. 21211.

perspective, le coût des expulsions des étrangers en situation irrégulière n'est évidemment pas chiffré dans la loi de finances 2008, mais il ne faut aucun doute qu'il dépasse très largement le budget alloué au codéveloppement¹¹⁵³.

Cette intervention dans les causes de déplacements est donc un engagement de prévention assez mou, discutable, et vite démasqué. Elle reste néanmoins plus positive que la pure et simple interception des réfugiés. Ce processus consiste d'abord en un transfert du fardeau par la délocalisation de la protection et l'externalisation des politiques d'asile, qui constitue aujourd'hui un projet européen¹¹⁵⁴ en pleine expansion (**Section 1**). Puis en une démarche plus directe avec une interception pure et simple des déplacements (**Section 2**).

Section 1) La délocalisation de l'asile.

La « dimension externe de la politique d'asile et d'immigration » est ainsi baptisée et officialisée en novembre 2004 avec le programme de La Haye. Nous l'avons évoqué, elle fait suite à l'initiative de Tony Blair lors du sommet de Thessalonique en juin 2003, de « mieux gérer le dispositif d'asile en Europe » en envisageant des « zones de protection régionale » et des « centres de transit » hors-UE. Une initiative qui fait elle-même suite à l'inscription de la dimension externe de l'asile à l'agenda européen en 2000, qui fait elle-même écho à une idée latente dans la logique européenne de gestion du « problème » des réfugiés depuis la fin des années quatre-vingt¹¹⁵⁵. Ce sont les organismes de défense du droit d'asile qui ont traduit la « dimension externe » par le terme « externalisation », emprunté au vocabulaire de l'économie relatif à la sous-traitance¹¹⁵⁶. L'externalisation de la politique d'asile ouvre une

¹¹⁵³ Selon une enquête du magazine télévisé « Capital » diffusée le 25 novembre 2007 à 20h50 sur M6, le coût d'une seule expulsion oscille entre 10000 et 15000 euros. Devant l'impossibilité d'accéder à des chiffres officiels, il faut être très prudent. En prenant la fourchette basse et en admettant que les journalistes aient exagéré ce coût, mettons en le doublant, nous aboutissons néanmoins à un coût (pour 25 000 expulsions) de 125 millions d'euros. Si les chiffres sont corrects, le coût est porté à 312 millions.

¹¹⁵⁴ Encore une fois, pour l'Amérique du nord, l'asile est en voie d'externalisation par le biais du Mexique, mais les négociations se passent pour l'heure entre les États-Unis et le Mexique seulement. Voir Alison CROSBY, « Les frontières de l'appartenance – Réflexions sur les politiques migratoires en ce début de XXI^e siècle », *Inter Pares*, n°7, juin 2006, p. 7 ; Gretchen KUHNER, « Detention of Asylum seekers in Mexico », *Refuge*, Vol. 20, n°3, 2002, pp. 58-64. Et Mariana ECHANDI, Marion HOFFMANN, et Rupert COLVILLE, « The Great Migration to the North - The route via Mexico to the us is fraught with risk for refugees and migrants alike. », *Refugees*, n° 148, issue 4, 2007, pp. 23-24

¹¹⁵⁵ Claire RODIER, « Les camps d'étrangers, dispositif clef de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne », dans P-A PERROUTY (dir.) *La mise à l'écart de l'étranger, centres fermés et expulsions*, éd. Labor, 2004.

¹¹⁵⁶ Amnesty international et GISTI dès 2003, voir Emmanuel BLANCHARD, « Qu'est-ce que l'externalisation ? », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les*

boite de Pandore qui libère une multitude de maux touchant à la fois le droit des réfugiés et l'institution asile : la complicité du HCR, la notion de zone sûre, la consécration pratique de l'asile interne et de l'acteur de la protection, la mise en œuvre d'un utilitarisme migratoire, les camps d'enfermement, ou encore la réadmission par ricochet.

Cachée derrière la profession de foi d'une recherche de solution durable, en l'occurrence la réinstallation (I), l'externalisation conduit précisément à l'inverse des objectifs affichés. Loin du principe de solidarité internationale évoquée dans le préambule de la *Convention de Genève*, elle conduit au contraire à un rejet flagrant du fardeau (II).

I) Le charme discret de la réinstallation : tentation, promesses, leurre.

Le quatrième considérant du préambule de la *Convention de 1951* énonce

« 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 »

C'est dans ce contexte du partage international de la charge que la réinstallation émerge en tant que solution durable¹¹⁵⁷. Bienfaitrice par certains aspects et lorsqu'elle est envisagée sous la forme d'une protection complémentaire, nous avons évoqué avec l'exemple canadien que la réinstallation est également un mode de gestion ambigu de la question des réfugiés lorsqu'elle est envisagée sous la forme d'une alternative à l'asile.

Et c'est dans cette forme que la réinstallation semble séduire les pays occidentaux. En 2000 la Commission européenne suggère, pour éviter aux réfugiés un périlleux voyage, que leur demande de protection soit examinée dans la région d'origine et que soit ensuite facilitée leur arrivée en Europe par une politique de réinstallation.¹¹⁵⁸ En 2001, le ministre britannique des Affaires étrangères reprend l'argument du caractère hasardeux et dangereux de l'exil pour les persécutés et plaide à la fois pour que l'Europe entre dans une politique de réinstallation, et pour qu'elle fasse en sorte que les pays de transit deviennent sûrs¹¹⁵⁹. En 2002, le HCR

stratégies de l'Union européenne, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 6-7. Et Marion RAFFIN, « L'externalisation du traitement de l'asile : délocalisation et restructuration des frontières », dans Danièle LOCHAK (dir), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, pp.63-82.

¹¹⁵⁷ HCR, Comité permanent, *La réinstallation: un instrument de protection et une solution durable*, EC/46/SC/CRP.32, 28 mai 1996.

¹¹⁵⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, COM/2000/0755 final, 22 novembre 2000.

¹¹⁵⁹ Jack STRAW, « An Effective Protection Regime for the Twenty-first Century », discours du 6 février 2001 à

lance et coordonne le projet « Convention Plus », supposé aller au-delà de la protection offerte par la *Convention de 1951* et son protocole et se concentrer sur la recherche de solutions durables. Le projet s'articule autour des trois grands axes suivants :

« le **ciblage plus efficace de l'aide au développement** (...) pour soutenir des solutions durables pour les réfugiés que ce soit dans les pays d'asile ou lors de leur retour chez eux », « la clarification des responsabilités des États en cas de **mouvements secondaires irréguliers** de réfugiés et de demandeurs d'asile, c'est-à-dire lorsque les réfugiés et les demandeurs d'asile se déplacent, de manière irrégulière, d'un pays initial de refuge vers un autre » et l'« emploi stratégique de la **réinstallation** comme outil de protection, solution durable et forme tangible de partage de la charge. »¹¹⁶⁰

Manifestement orientée vers la protection des États d'accueil au détriment de celle des réfugiés, et particulièrement vis-à-vis d'une Europe où seulement 4% des réfugiés du monde demandent l'asile, cette « Convention plus » a été vivement critiquée¹¹⁶¹, et la question de la dépendance du HCR à l'égard des États bailleurs de fonds a été à nouveau soulevée. Avec elle cependant, le HCR fournit la légitimation nécessaire au projet britannique d'externaliser les politiques d'asile. En mars 2003, la Commission européenne ajoute son propre aval à la caution morale du HCR et participe de manière active à un discours auquel elle n'avait pas autant pris part jusqu'alors. Déclarant le système d'asile en « crise » et prenant acte d'un « malaise grandissant (...) ressenti par l'opinion publique », elle observe :

« une utilisation abusive des procédures d'asile et un gonflement des flux mixtes, souvent entretenus par le trafic et la traite des êtres humains et composés à la fois de personnes ayant légitimement besoin d'une protection internationale et de migrants utilisant les voies et les procédures d'asile pour accéder au territoire des États membres, à la recherche d'une amélioration de leur situation économique. Ainsi les taux de décisions négatives après examen de tous les besoins de protection internationale demeurent importants. »

La commission propose donc une « amélioration de la qualité des décisions (« frontloading ») dans l'Union européenne », ce qui est positif, ainsi qu'une « consolidation de l'offre de protection dans la région d'origine » et un

« traitement des demandes de protection au plus près des besoins, ce qui suppose la régulation de l'accès à l'Union européenne par l'instauration de modes d'entrées protégées et de programmes de réinstallation. »¹¹⁶²

l'Institute for Public Policy Research (IPPR), URL: <http://www.asylumrights.net/ippr/jackstraw.pdf> (consultée le 4 avril 2007).

¹¹⁶⁰ Le HCR souligne. HCR, « Convention plus en un coup d'œil », 20 février 2004, URL : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.htm?tbl=PROTECTION&page=home&id=41e3a7742> (consultée le 4 avril 2007).

¹¹⁶¹ Claire RODIER, « Dans des camps hors d'Europe : exilons les réfugiés », *Vacarme*, n°24, été 2003; Violène CARRERE, « Une histoire de petits renoncements successifs - Le H.C.R. et les politiques d'asile en Europe », *Multitude*, n°19, hiver 2005 ; « Magouilles européennes sur l'asile, édito, *Plein droit*, n°57, juin 2003.

¹¹⁶² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection*, COM(2003)152 final, 26 mars 2003.

C'est dans ce contexte très propice qu'intervient l'initiative britannique lors du sommet de Thessalonique en 2003. Mais la proposition, encore trop polémique à cause du sujet des camps¹¹⁶³, ne sera pas retenue. Elle ne sera toutefois pas explicitement rejetée non plus, les conclusions du sommet se contentant de prendre note de la lettre britannique, d'autoriser des « expérimentations à petite échelle », et de renvoyer à la Commission le soin de présenter un rapport complet proposant les mesures à prendre et évaluant leurs conséquences juridiques. Immédiatement, la Commission répond à l'invitation du Conseil et, prenant la proposition britannique comme base de travail, suggère dans une communication un système « d'arrivées organisées » portant essentiellement sur « l'utilisation stratégique (...) de programmes de réinstallation et de procédures d'entrée protégée » et sur un « partage des charges et des responsabilités (...) avec les régions d'origine »¹¹⁶⁴.

Un an plus tard, la Commission fait à nouveau la promotion de la réinstallation comme outil stratégique de gestion de l'entrée des réfugiés dans l'UE, et y associe à nouveau l'idée de protéger les réfugiés dans les régions de transit afin qu'ils demandent l'asile là-bas plutôt qu'ici¹¹⁶⁵.

Le programme de La Haye valide toutes ces réflexions en inscrivant la « dimension extérieure de l'asile et de l'immigration » au menu de la seconde phase de communautarisation. Celle-ci comprend trois volets : 1. le renforcement de la protection dans les régions d'origine, 2. le renforcement de la protection dans les régions de transit, 3. la réinstallation des réfugiés¹¹⁶⁶. Trois volets qu'il faut ainsi traduire : 1. prévention de l'effet des flux et retours à l'illusion du codéveloppement, 2. transfert du fardeau hors-UE, 3. solution durable réservée à une minorité de réfugiés¹¹⁶⁷ au détriment du traitement des demandes d'asile présentées dans l'UE.

Toujours sur invitation du Conseil la Commission a depuis présenté et lancé des

¹¹⁶³ Entre mars et juin 2003, de nombreux acteurs de la société civile (Amnesty International, the British refugee council, le GISTI, la Coordination française pour le droit d'asile (CFDA), la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), entre autres) ont dénoncé le projet britannique aux moyens de communiqués, d'articles ou de lettres ouvertes. Voir Migreurop, « Réactions au projet anglais », juillet 2003, URL : <http://www.migreurop.org/article123.html> (consultée le 5 avril 2007).

¹¹⁶⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, COM (2003) 315 final, 3 juin 2003.

¹¹⁶⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Améliorer l'accès à des solutions durables*, COM(2004) 410 final, 4 juin 2004.

¹¹⁶⁶ Conseil Européen, *Le programme de la Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne* », Conseil Européen du 5 novembre 2004 à la Haye, 2005/C 53/01, JOUE n°C53/1 du 3 mars 2005.

¹¹⁶⁷ Selon les chiffres du HCR, sur les 10 millions de réfugiés dans le monde, 87 400 ont été admis à la réinstallation en 2004 (deux fois plus qu'en 2003). Ces chiffres concernent principalement les pays qui pratiquent depuis longtemps la réinstallation et montrent l'illusion de protection qu'elle représente. HCR, *The state of the world's refugees - Human displacement in the new millennium*, 2006, p. 146.

« programmes de protection régionaux »¹¹⁶⁸ destinés à « renforcer les capacités de protection des régions concernées et améliorer la protection des populations de réfugiés qui s’y trouvent ». La Commission fait de la réinstallation dans des États membres de l’UE de « réfugiés en provenance de pays des régions d’origine », « un facteur important pour montrer aux pays tiers que les programmes de protection régionaux comportent un volet « partenariat » ».

Pris au piège de ces programmes de protection régionaux, les États périphériques vont fournir à l’UE les éléments de fait et de droit nécessaires à la mise en œuvre des notions d’asile interne, d’acteur de protection, de pays sûr, etc.

« Manifestement, les promesses européennes de réinstallation de réfugiés stabilisés dans des pays tiers qui auraient bénéficié des programmes de protection régionaux constituent un leurre destiné à leur faire avaler la pilule de l’arrêt des demandeurs d’asile sur la route de l’Europe. »¹¹⁶⁹

Ce leurre se dédouble lorsqu’on observe dans les pays qui pratiquent la réinstallation, la réduction considérable d’enregistrement et d’examen des demandes d’asile qui l’accompagne. « Dans un tel contexte, la réinstallation fait figure d’instrument décoratif »¹¹⁷⁰.

Ce leurre se « triple » lorsque pointe avec elle l’idée de sélection des réfugiés, pris dans l’engrenage de l’utilitarisme migratoire souhaité par l’UE en général¹¹⁷¹, et par la France en particulier avec le mythe de « l’immigration choisie ». La réinstallation suppose en effet sélection et quotas. Le droit des réfugiés devient qualitatif et quantitatif¹¹⁷².

Enfin, si l’externalisation des camps proprement dite est pour le moment officiellement rejetée, elle fait son chemin. Outre qu’elle est concrètement déjà observable et validée par des programmes « pilotes » autorisés par le Conseil européen dès la proposition britannique de 2003, elle va intégrer progressivement le droit européen, comme toutes les autres

¹¹⁶⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *relative aux programmes de protection régionaux*, COM(2005) 388 final, 1^{er} septembre 2005.

¹¹⁶⁹ Jean-Pierre ALAUX, « La réinstallation des réfugiés : protection ou externalisation ? », dans GISTI, *Externalisation de l’asile et de l’immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l’Union européenne*, Journée d’étude du 20 mars 2006, p. 35.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹¹⁷¹ Commission européenne, *Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*, COM (2004) 811 final, 11 janvier 2005.

¹¹⁷² Antoine MATH, « Immigration économique de travailleurs : les réponses des acteurs sociaux au livre vert de la Commission », *Chronique internationale de l’IRES*, n°96, septembre 2005, pp. 3-19. Voir également Migreurop, « La « réinstallation » contre le droit d’asile », avril 2006, URL : <http://www.migreurop.org/article915.html> (consultée le 5 avril 2007), et Jean-Pierre ALAUX, « La réinstallation des réfugiés : protection ou externalisation ? », dans GISTI, *Externalisation de l’asile et de l’immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l’Union européenne*, Journée d’étude du 20 mars 2006, p. 36.

constructions préalables ayant conduit à un étiolement du droit d'asile. On dénonce d'ailleurs déjà l'utilisation d'un certain nombre d'euphémismes qui visent à la faire avancer masquée. Les expressions « portails » ou encore « points de contacts » viennent camoufler la réalité des « camps », bel et bien mis en place en périphérie de l'Union¹¹⁷³.

De fait, les pays dépendants de l'Union européenne d'une manière ou d'une autre comme le Maroc ou la Lybie, les candidats à cette Union comme l'Ukraine, ou même les nouveaux membres comme Malte¹¹⁷⁴ se retrouvent avec la mission, non plus seulement d'empêcher les flux, mais de prendre le relais de la politique européenne d'asile, camps compris.

Notons que le livre vert de la Commission de juin 2007 confirme la réflexion sur une « dimension extérieure de l'asile »¹¹⁷⁵ et que le *Traité de Lisbonne* valide la dynamique en faisant entrer dans le régime européen pour l'asile « le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire. »¹¹⁷⁶

II) Le rejet du fardeau.

Également appelé « externalisation-transfert de responsabilité »¹¹⁷⁷, nous avons choisi d'illustrer ce rejet du fardeau (« burden shifting »), à l'aide d'exemples concrets qui permettent de conclure que les réfugiés, comme les États concernés, sont piégés par le processus (A). Et comme mécanisme plus global amené à se mettre en place de façon extensive en réponse à l'externalisation, nous évoquerons les clauses de réadmission en chaîne (B).

A) Piégés, enfermés, refoulés.

L'exemple du Maroc est ici à la fois une illustration des illusions du codéveloppement, tout en étant le laboratoire d'expérimentation de l'externalisation des politiques d'asile par l'Union européenne (1). Nous avons également choisi d'évoquer l'exemple libyen comme

¹¹⁷³ Isabelle SAINT-SAËNS, « Des camps en Europe aux camps de l'Europe », *Multitudes*, n°19, hiver 2004. L'auteur évoque les camps en périphérie, mais également au cœur de l'Europe.

¹¹⁷⁴ Réseau Migreurop, « Malte, Le point de cristallisation de la politique européenne d'enfermement des nouveaux migrants », *Dossier*, URL : <http://www.migreurop.org/rubrique69.html> (consultée le 9 avril 2007).

¹¹⁷⁵ Commission européenne, *Livre vert sur le futur régime d'asile européen*, 6 juin 2007, 29 p., COM(2007) 301 final.

¹¹⁷⁶ Article 78-2(g) du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 9 mai 2008, JO n° C 115/47.

¹¹⁷⁷ Claire RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », *Etude pour le Parlement Européen*, juin 2006, 26 p. Texte repris et résumé dans Migreurop, *Le livre noir de Ceuta et Melilla*, juin 2006, pp. 71-82.

piège pour les réfugiés (2), et l'exemple ukrainien comme piège pour l'État concerné (3).

1) Le transfert marocain.

Parce qu'il constitue la principale porte d'entrée sur l'Europe, le Maroc est très tôt rendu responsable de ses propres migrants en même temps qu'il doit composer avec des arrivées massives de réfugiés provenant de l'Afrique noire. Il est à l'époque le seul pays africain et arabe à être associé aux travaux du groupe Trévi. Khadija Elmadmad, auteur du sud, écrit non sans émotion :

« L'Europe a peur de ces réfugiés qui ont vu la Somalie, le Libéria, le Congo, le Rwanda dépérir, qui ont vu la mort, qui cherchent refuge au Maroc pour atteindre ce continent. Ce refuge ne doit plus leur être permis. Ils doivent retourner d'où ils viennent, ou aller chercher asile loin de l'Europe, dans des pays africains qui ne sont pas encore capables de contrôler leurs frontières, au Soudan par exemple. Pour cela, il faut que le Maroc adopte des législations sévères, il faut qu'il sanctionne les mouvements vers le Nord, comme un crime grave, un danger pour l'humanité, juste comme une drogue humaine. Pourtant la Convention européenne des Droits de l'Homme parle de la dignité humaine, ou plutôt de la dignité européenne, les dignités humaines se divisant et se diversifiant selon les êtres humains et les continents. »¹¹⁷⁸

D'autre part, dès 1992, il signe avec l'Espagne des accords de réadmission qui déjà, tentent de déborder la simple obligation faite au Maroc de récupérer ses ressortissants en le forçant à récupérer également les migrants qui ont transité sur son territoire. C'est notamment parce que le Maroc a refusé cette extension de mandat qu'ont été mis en place des accords plus larges, déguisés en « codéveloppement »¹¹⁷⁹.

La coopération mise en place avec le Maroc a conduit à bloquer les routes terrestres (notamment par les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, au nord du Maroc) et maritimes (par le détroit de Gibraltar), et a mis ce pays en situation de ne pas respecter ses propres engagements envers la *Convention de Genève* et la *Convention de l'OUA*¹¹⁸⁰. Lorsque les autorités de police marocaines parviennent à intercepter les candidats d'Afrique noire à l'émigration ou l'asile (y compris ceux dont la demande d'asile est en cours auprès du HCR), elles procèdent à des rapatriements musclés et les reconduisent en plein Sahara¹¹⁸¹. Régulièrement, des rafles sont organisées dans les villes marocaines, comme en décembre

¹¹⁷⁸ Khadija ELMADMAD, *Asile et réfugiés dans les pays afro-arabes*, Eddif, Casablanca, 2002, p. 351 et 354.

¹¹⁷⁹ Voir « Débats », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, p. 24.

¹¹⁸⁰ Saïd TBEL, « Un exemple, le Maroc », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 16-18.

¹¹⁸¹ « De la fermeture des frontières européennes à la déportation dans le désert », dans Migreurop, *Le livre noir de Ceuta et Melilla*, juin 2006, pp. 11-15, et José GARÇON, « On les a dévêtus, déchaussés et envoyés mourir, sans eau », *Libération*, 10 octobre 2005.

2006 à Rabat où des centaines de migrants (dont des demandeurs d'asile et des personnes reconnues réfugiées par le HCR) ont été interpellés, mis dans des cars et conduits de force à la frontière¹¹⁸². Au Maroc en effet, la carte de réfugié délivrée par le HCR n'est pas reconnue et ne donne aucun droit au séjour, au travail, à l'accès aux soins ou à l'éducation des enfants. C'est « un simple papier déchiré à la première rafle de police »¹¹⁸³. Et c'est l'une des grandes atteintes au droit d'asile directement issues du processus de délocalisation de la protection et d'externalisation de l'asile.

Mais s'il fut l'un des premiers interlocuteurs sérieux des États membres de l'UE, il n'est pas le seul en Afrique, et l'Afrique n'est pas la seule à faire l'objet de la délégalation de frontières orchestrée par l'Europe. Nous avons choisi l'exemple du Maroc parce qu'il incarne de façon la plus frappante le glissement opéré depuis l'illusion d'une prévention bienveillante des flux migratoires par le biais du codéveloppement, vers la mise en place d'une délocalisation complète et institutionnalisée de la protection des réfugiés.

Une politique de voisinage similaire, dont le Mexique est voué à « bénéficier », est aujourd'hui en stand-by. Mais la situation n'est de toute façon pas véritablement comparable. D'une part parce que le Canada n'est pas directement concerné. Il bénéficie d'un bouclier politique opportun du fait que les États-Unis sont en l'occurrence maîtres du jeu, et que les accords de coopération mis en place résultent essentiellement de politiques bilatérales entre les États-Unis et le Mexique. D'autre part parce que les attentats du 11 septembre ont gelé la question au profit d'une sécurisation de la frontière nord du Mexique et de la disqualification de ce dernier comme participant au dialogue à trois¹¹⁸⁴. Et enfin, parce que ces accords ne prennent pas autant la peine de se déguiser en aide¹¹⁸⁵.

2) Le piège libyen.

L'exemple libyen est intéressant, car par opposition au Maroc, cet État n'entretient pas de

¹¹⁸² Réseau Migreurop, « Au nom des engagements pris envers l'UE, des migrants et des réfugiés sont raflés au Maroc », Communiqué du 26 décembre 2006, et Claire RODIER « La traque des clandestins est ouverte au Maroc », *Le Monde*, 13 janvier 2007.

¹¹⁸³ Lucille DAUMAS, « Migrations, droit d'asile et partenariats euro-africains : les mains sales du libéralisme », Comité pour l'Annulation de la Dette du Tiers Monde, 16 septembre 2006, URL : http://www.cadtm.org/article.php3?id_article=2059 (consultée le 1^{er} avril 2007).

¹¹⁸⁴ Delphine NAKACHE, « Migration et sécurité: une priorité dans la mise en place de la Zone de libre échange des Amériques (ZLEA) », Colloque du CEIM, *Construire les Amériques*, novembre 2003, 23 p.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, Et White House SPP Fact Sheet, « Security and Prosperity Partnership of North America: Next Steps », March 31, 2006, URL : www.spp.gov/factsheet.asp?dName=fact_sheets (consultée le 17 septembre 2007).

rapport politique avec l'UE et n'entre notamment pas dans sa « politique de voisinage ». Les accords qui se mettent en place sur les questions migratoires entre la Libye et l'UE ne s'encombrent donc pas ici des illusions de la protection des migrants ou du développement du pays. Ils soulignent au contraire le seul rôle de la position stratégique de la Libye dans la trajectoire des migrants.

La Libye n'est pas signataire de la *Convention de Genève*. Elle compte une vingtaine de camps d'enfermement d'étrangers, et ne fait aucune distinction légale ou formelle entre les demandeurs d'asile et les migrants économiques. Le bureau du HCR à Tripoli n'a d'autre part aucun statut officiel et ne peut y protéger les réfugiés. Enfin, la situation des droits de l'homme fait état de violations flagrantes, dûment constatées par la Commission européenne elle-même¹¹⁸⁶.

Pourtant, l'Italie refoule ses réfugiés vers la Libye. Les faits d'octobre 2004 cités plus haut se sont reproduits en mars 2005¹¹⁸⁷. En avril, le Parlement européen a fermement condamné les expulsions collectives de migrants par les autorités italiennes vers la Libye¹¹⁸⁸ et en mai, le président de la troisième chambre de la CEDH a ordonné par lettre la suspension des expulsions¹¹⁸⁹. Ce sont précisément ces événements qui avaient conduit l'Italie et l'Allemagne à relancer l'idée d'externalisation et notamment la création de camps de traitement des demandes d'asile hors-UE, lors du sommet du G5 en août 2004¹¹⁹⁰. L'Italie n'a cependant pas attendu l'aval européen pour mettre en place des accords bilatéraux avec la Libye, auxquels les autres États ont par ailleurs tacitement consenti. Derrière l'Italie, c'est bien l'Union européenne qui est en pourparlers avec la Libye, sur fond de levée de l'embargo sur les armes, de reprise des relations commerciales et d'intérêts pétroliers. Le maître du jeu n'est ici pas forcément celui qu'on croit. La Libye a toujours instrumentalisé les bateaux de clandestins envoyés vers les côtes italiennes pour faire monter les enchères¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ Claire RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », Etude pour le Parlement Européen, juin 2006, p. 19.

¹¹⁸⁷ Réseau Migreurop, « L'Italie expulse des boat-people, l'UE ferme les yeux », Communiqué, 25 mars 2005, et Réseau Migreurop, « Le droit d'asile continue à être ouvertement bafoué à Lampedusa », mars 2005, URL : <http://www.migreurop.org/rubrique173.html> (consultée le 8 avril 2007).

¹¹⁸⁸ Résolution du Parlement européen sur *Lampedusa*, 14 avril 2005, P6_TA-PROV(2005)0138.

¹¹⁸⁹ Pour une chronologie exhaustive des événements, des réactions associatives, des réponses du gouvernement italien, et de l'UE, voir Amnesty International, « La libye, l'Union européenne et l'Italie dans le domaine de l'asile et du contrôle des flux migratoires », 25 mai 2005, SF 05R 17, 5 p.

¹¹⁹⁰ Réseau Migreurop, « Externalisation des camps : chronologie de l'initiative italo-allemande - une nouvelle étape vers un usage institutionnel des camps hors de l'UE », 3 novembre 2004, URL : <http://www.migreurop.org/article609.html> (consultée le 9 avril 2007).

¹¹⁹¹ Claire RODIER, « La Libye : un « voisin » de circonstance », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 19-23 et Isabelle SAINT-SAËNS, « Des camps en Europe aux camps de l'Europe », *Multitudes*, n°19, hiver

Lancée lors du conseil des ministres JAI du 3 juin 2005, la coopération UE-Libye fait son chemin¹¹⁹². Pendant ce temps, l'Italie a financé la construction de camps et des expulsions de masse vers la Libye ont été négociées. L'Europe se cache encore un peu derrière l'Italie, mais le pire aspect de l'externalisation de la politique d'asile est déjà en place en Libye, c'est-à-dire les camps. Manque en revanche ne serait-ce que l'illusion d'une « protection des réfugiés sur place ». Le droit de demander l'asile est nié, les arrestations sont abusives et violentes, les conditions de détention sont inhumaines et dégradantes, les rapatriements sont forcés et musclés, et la discrimination, la violence, la torture voire les exécutions sommaires dominent l'ensemble de ces étapes¹¹⁹³.

3) L'Ukraine piégée.

Saisissant l'opportunité de la relance italo-allemande de 2004 sur l'externalisation et la création de camps, l'Autriche et les pays baltes avaient indiqué lors du sommet de Vienne 15 septembre 2004 que le pays le plus approprié pour accueillir les demandeurs d'asile en provenance de Tchétchénie et du Caucase était l'Ukraine, et suggéré l'installation de camps. La Commission européenne a embrayé et l'Ukraine figure au nombre des « projets pilotes » dans le cadre de la « Politique Européenne de voisinage » (PEV)¹¹⁹⁴, malgré le fait que les droits des demandeurs d'asile et des réfugiés n'y sont pas garantis¹¹⁹⁵.

Dernière frontière avant l'Europe pour les pays de l'Est, l'Ukraine a pour mission de bloquer la route aux migrants et aux réfugiés, et en cas d'échec, les accords de réadmission prennent le relais et l'Ukraine s'engage à récupérer les « refoulés » de l'Europe.

Concrètement et en dépit de l'aide financière européenne, l'Ukraine doit mettre en place et assumer: 1. un vaste programme de traitement des demandes d'asile dont elle n'a pas les

2004.

¹¹⁹² Présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne, « Le Conseil "JAI" a adopté des conclusions sur l'instauration d'un dialogue et d'une coopération avec la Libye sur les questions d'immigration », *Communiqué*, 3 juin 2005, Et Nathalie FERRE, « La Libye pour externaliser le droit d'asile de l'Union européenne ? », *Le Monde*, 20 juillet 2005.

¹¹⁹³ Voir le rapport de Human Rights Watch sur la Libye : « Stemming the Flow Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees », Septembre 2006, URL: <http://www.hrw.org/reports/2006/libya0906/> (consultée le 9 avril 2007) et plus généralement sur l'externalisation : Human Rights Watch, « Managing Migration Means Potential EU Complicity in Neighboring States' Abuse of Migrants and Refugees », octobre 2006, URL: <http://hrw.org/backgrounders/eca/eu1006/> (consultée le 9 avril 2007).

¹¹⁹⁴ Communication de la Commission relative aux programmes de protection régionaux, COM(2005) 388 final, 1^{er} septembre 2005. Et Claire RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », *op.cit.*, note 1186, p. 10.

¹¹⁹⁵ *Human Rights Watch*, « Ukraine: On the Margins - Rights Violations against Migrants and Asylum Seekers at the New Eastern Border of the European Union », Rapport, novembre 2005, URL: <http://hrw.org/reports/2005/ukraine1105/> (consultée le 9 avril 2007).

moyens (et de fait, le taux de reconnaissance du statut y est de 1%), 2. la construction et la gestion des camps (officiels, mais bien réels) ; 3. des programmes de rapatriement pour les refoulés de l'Europe.

Les réfugiés sont interceptés, enfermés, maltraités, et rapatriés de force. Les camps sont situés à la frontière et fournissent aux villageois ukrainiens, extrêmement pauvres, l'opportunité de développer des activités de passeurs, rapidement ramifiées par des réseaux mafieux¹¹⁹⁶. L'Europe refoule, appauvrit et criminalise l'Ukraine.

Pour illustration chiffrée, notons que cette politique de voisinage mise en place en 2004, a conduit l'année suivante à une chute de 31% des demandes d'asile tchétchènes en Europe¹¹⁹⁷.

Concomitamment à l'élargissement de l'espace Schengen, la frontière entre la Slovaquie (nouveau membre) et l'Ukraine a été profondément transformée. Sur près de 100 km de long ont été installés 250 caméras fixes ou mobiles, vision diurne et nocturne, émetteurs GPS, détecteurs de chaleur ou de mouvement, infra-rouge, rayon X ou ondes magnétiques, 885 hommes et 74 chiens, pour un coût total de 50 millions d'euros¹¹⁹⁸. Les observateurs évoquent un « mur virtuel » contre l'immigration.

Si dans ces deux exemples libyen et ukrainien, il ne s'agit pour le moment que d'une externalisation de fait, c'est peut-être parce qu'en droit, elle ne peut objectivement pas être accompagnée de l'alibi de la protection. Peut-être ces deux exemples sont-ils aussi la manifestation que la protection des réfugiés n'est simplement pas l'objectif ?

Non seulement l'UE se protège des réfugiés en faisant porter leur charge à des États qui n'en ont pas les moyens et ont une pratique des droits de l'homme sur laquelle l'UE ferme les yeux, mais elle anticipe l'évolution de ses propres frontières en intégrant aux discussions de la PEV, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, et la Georgie, futurs pays frontaliers dans le cas d'une adhésion de la Turquie à l'Europe¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ Emission *Envoyé Spécial*, « Ukraine : La dernière frontière », *Un carnet de route de Gilles Jacquier*, France 2, Jeudi 1^{er} février 2007, et Amnesty international, « Les migrants échouent en Ukraine », *La Chronique*, novembre 2006.

¹¹⁹⁷ Chakri BELAID, « Ukraine, L'asile sous-traité », *Faim Développement Magazine*, janvier-février 2007, URL : http://www.cvoird.asso.fr/ewb_pages/d/doc_924.php (consultée le 9 avril 2007).

¹¹⁹⁸ Martin Plichta, « La Slovaquie aux avant-poste de la frontière Schengen », *Le monde*, 25 novembre 2007 ; Dépêche AFP du 9 décembre 2007, reprise dans Amnesty International, section Belge, « Note mensuelle sur l'actualité en matière d'asile », décembre 2007, URL : <http://www.amnestyinternational.be/doc/article12314.html> (consultée le 1er janvier 2008).

¹¹⁹⁹ Ghislaine GLASSON-DESCHAUMES, « La « Politique européenne de voisinage » », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, p. 12.

Ce processus était fort prévisible avec le système de renvoi institué par la *Convention Dublin*. Il n'est pas étonnant de voir que les pays européens les plus prompts à vouloir à réclamer des accords avec l'extérieur soient l'Espagne, l'Italie ou Malte, les pays frontaliers de l'UE. Ainsi, outre que la demande d'asile chute de manière drastique depuis l'élargissement et la mise en place de la PEV, le processus de rejet aux frontières prend l'aspect d'une onde de choc.

B) Réadmissions en chaîne.

Inscrits dans la catégorie des « étrangers en situation irrégulière », de nombreux demandeurs d'asile font l'objet d'accords de réadmission, apparus dans les années soixante comme un instrument central de lutte contre l'immigration illégale. Conventions internationales bilatérales ou multilatérales, les accords de réadmission ont d'abord été conclus entre pays membres de l'UE, puis entre pays de l'UE et pays tiers d'origine, puis entre pays de l'UE et pays de transit. Ils consistent pour chaque État signataire à réadmettre sur son territoire et sans formalité, ses ressortissants ou des migrants d'une autre nationalité qui auraient transité par leur territoire avant d'entrer illégalement sur le territoire du pays contractant.

En 1991, l'Europe de Schengen a signé avec la Pologne le premier accord bilatéral impliquant un groupe d'État et un État, en dehors donc de toute procédure de ratification par les parlements nationaux¹²⁰⁰. Depuis, la Commission européenne a reçu mandat pour négocier ce type d'accord entre l'UE et les pays tiers¹²⁰¹ et le système s'est généralisé au point que soit inscrite dans l'*Accord de Cotonou*, une clause générale de réadmission liant l'UE et les États ACP.

L'enjeu principal : un certain nombre de récompenses de bonne conduite pour les pays coopératifs, comme une politique de visas plus souple pour leurs ressortissants ou une aide économique, ou encore, pour les plus méritants un ticket d'entrée pour l'Union¹²⁰². Pour les États européens, un moyen de lutte efficace contre l'immigration illégale.

¹²⁰⁰ GISTI, « Schengen – Pologne : un accord de réadmission », *Plein Droit*, n° 20, février 1993.

¹²⁰¹ Se fondant sur les nouvelles compétences conférées à la Communauté par l'article 63, paragraphe 3 (b) du traité CE, le Conseil a jusqu'à présent autorisé la Commission à négocier des accords de réadmission avec onze pays/entités tiers : JAI, « Un cadre de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations », juillet 2006, URL : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/rerelations/fsj_immigration_relations_fr.htm (consultée le 10 avril 2007).

¹²⁰² Sur les conditions de l'entrée des PECO dans l'UE, voir Daphné BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p. 261.

La réadmission est en soi très contestable par son caractère systématique, y compris envers des personnes qui ont besoin de protection. Mais elle fait également peser sur les États d'origine ou de transit, une obligation de gestion de populations vulnérables qui conduit à des déséquilibres structurels importants dans la population locale, impose la création informelle de camps, et peut aboutir à la criminalisation de toute une région, comme nous l'avons vu avec l'Ukraine.

La solution de l'Union européenne est alors de négocier avec des pays de plus en plus éloignés de l'Europe, et de repousser le « cordon sanitaire »¹²⁰³. Mais pour les États voisins, une des solutions est également de négocier eux-mêmes ce type d'accord avec leurs voisins hors-UE. Pour illustration, « la Pologne exige maintenant de l'Ukraine ce que l'Allemagne exigeait d'elle avant son entrée dans l'UE »¹²⁰⁴. Et comme un jeu de dominos, l'Ukraine a signé des accords de réadmission qui sont entrés en vigueur avec la Moldavie, la Georgie, la Turquie, et le Turkménistan¹²⁰⁵. La Turquie a ratifié un accord de réadmission avec la Syrie¹²⁰⁶.

À terme aucun pays ne sera épargné et les migrants ne seront que réadmis. Plus jamais admis¹²⁰⁷.

Section 2) L'interception des déplacements.

Nous traitons ici de ce que Claire Rodier qualifie d'« externalisation-délocalisation » et au sein de laquelle elle relève quatre grands programmes : 1. les sanctions aux transporteurs ; 2. les corps d'officiers de liaison immigration ; 3. les interceptions maritimes ; 4. les procédures d'entrée protégée¹²⁰⁸. Tous ces éléments sans exception procèdent en effet du concept d'externalisation, mais consistent surtout à intercepter les mouvements de migrants et procéder corrélativement à un refoulement moins visible que les charters en partance

¹²⁰³ Claire RODIER, « La construction d'une politique européenne d'asile : entre discours et pratiques », *H&M*, n° 1240, nov-déc 2002, p. 91.

¹²⁰⁴ Isabelle SAINT-SAËNS, « Des camps en Europe aux camps de l'Europe », *Multitudes*, n°19, hiver 2004.

¹²⁰⁵ Migration de Retour au Maghreb (MIREM), Robert Shuman Center for Advanced Studies, « L'Ukraine et son réseau d'accords bilatéraux liés à la réadmission », URL : <http://www.mirem.eu/donnees/accords/ukraine/#legend> (consultée le 10 avril 2007).

¹²⁰⁶ MIREM, « La Tunisie et son réseau européen d'accords bilatéraux liés à la réadmission », URL : <http://www.mirem.eu/donnees/accords/algerie/tunisie> (consultée le 10 avril 2007).

¹²⁰⁷ Voir l'ensemble de « Pratiques européennes – Construire le voisin », *Culture et Conflits*, n° 66, été 2007.

¹²⁰⁸ Claire RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », Etude pour le Parlement Européen, juin 2006, pp. 11-15.

d'Europe.

Lorsque malgré tous ces efforts de transfert du fardeau, les réfugiés parviennent à tenter l'exil, les derniers remparts de la société occidentale se mettent en place, avant le franchissement stricto sensu de leurs frontières. Certains consistent à mettre en place des sentinelles (I). D'autres aboutissent ouvertement à une privatisation de la gestion des réfugiés (II). D'autres enfin relèvent de l'interception physique pure et simple au cours de l'exil (III).

I) Les sentinelles du nord.

Pour l'Europe, deux idées ont été envisagées avec plus ou moins de succès. La première était de faire appel à la vigilance des ambassades avec le concept de « procédure d'entrée protégée ». Derrière l'argument de la dangerosité de l'exil, et pour redorer le blason du concept de « protection dans la région d'origine », la Commission européenne préconisait en 2003 la mise en place de « modes d'entrée protégée » présentés comme « complémentaires au traitement des arrivées spontanées en Europe des demandeurs d'asile »¹²⁰⁹. Il s'agissait concrètement de donner aux ambassades des États membres, la compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de la demande et pour délivrer des « visas-asile » afin de procurer aux bénéficiaires un passage sécurisé vers le pays d'accueil¹²¹⁰. Une logique dont on pouvait attendre avec certitude que la sécurité des ambassades serait renforcée bien avant celle des réfugiés. Mais l'idée n'a pas été retenue à des fins de communautarisation et dans sa communication de juin 2004 relative à l'amélioration des solutions durables, la Commission cantonnait les « procédures d'entrée protégée » à une « mesure d'urgence », « s'inscrivant dans le cadre d'un dispositif plus large, celui de la réinstallation, mais laissée à l'entière discrétion de chaque État membre, si des circonstances locales le justifient. »¹²¹¹

La seconde idée était de faire appel à des corps d'officiers de liaison « immigration » qui surveilleraient les aéroports. Sa portée est plus concrète (A). Le Canada a pour sa part déjà élaboré une « Stratégie des frontières multiples » propice à une disqualification extra-territoriale des demandeurs d'asile (B).

A) La surveillance des aéroports.

¹²⁰⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen *sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection*, 26 mars 2003, COM(2003)152 final.

¹²¹⁰ Claire RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », Etude pour le Parlement Européen, DGExPo/B/PolDep/ETUDE/2006_11, juin 2006, pp. 14-15.

¹²¹¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Améliorer l'accès à des solutions durables*, COM(2004) 410 final, 4 juin 2004.

Plus consistante est la mise en place d'un corps d'officiers de liaison « immigration ». Dès 1997, le gouvernement de Tony Blair plaçait dans les aéroports « à risque » comme New Delhi, des fonctionnaires de « liaison aérienne » pour empêcher le départ de migrants vers Londres, y compris des demandeurs d'asile¹²¹². Cette fonction de liaison attribuée jusqu'alors à la grande criminalité dans le cadre d'Europol et notamment dans le cadre de la lutte contre la drogue¹²¹³, a été étendue aux migrants.

En 2004 était adopté un règlement du Conseil relatif à la création d'un Réseau d'Officiers de Liaison « Immigration » dans les pays tiers¹²¹⁴. Ce règlement consiste pour chaque État membre de l'UE, à détacher des fonctionnaires dans des pays tiers

« pour établir et entretenir des contacts avec les autorités du pays hôte en vue de contribuer à la prévention de l'immigration illégale et à la lutte contre ce phénomène, au retour des immigrés illégaux et à la gestion de l'immigration légale ».

Au service de l'Europe et de leurs États de rattachement, ces officiers de liaison peuvent également être mis à disposition des autorités locales pour leur prêter assistance dans leurs tâches de contrôle. Il s'agit concrètement de tout mettre en œuvre pour bloquer en amont le départ vers l'Europe de personnes présumées futurs migrants illégaux. Au sein desquels bien entendu, les présumés futurs « faux réfugiés ». Le règlement communautaire ne fait pourtant aucune mention des réfugiés et des demandeurs d'asile et ne contient a fortiori aucune disposition spécifique liée à leur protection.

Enfin, parmi les missions des officiers de liaison, le contrôle à l'embarquement vient évidemment en renfort de l'interception instaurée déjà depuis longtemps et consistant à responsabiliser/sanctionner les transporteurs.

« Schengen plus »¹²¹⁵, signé en mai 2005 et dont l'entrée en vigueur est prévue pour 2008, renforce le dispositif du règlement, en autorisant l'envoi par les pays d'accueil de « conseillers en faux documents dans des pays considérés comme pays d'origine ou de transit pour la migration illégale. » (Article 20)

¹²¹² *The Guardian*, 27 octobre 1997, cité dans Charles CONDAMINES, « Les illusions d'un codéveloppement sans moyens », *Le Monde Diplomatique*, avril 1998, pp. 14-15.

¹²¹³ Heiner BUSCH, « Le piège legaliste. La coopération policière après Tampere », *Culture et Conflits*, n°45, 2002, pp. 125-132.

¹²¹⁴ Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004, *relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration »*, *JOCE* n° L64, 2 mars 2004, p.1.

¹²¹⁵ *Traité de Prüm* dit « Schengen Plus » ou « Schengen III », signé le 27 mai 2005. Le texte du traité peut être consulté en Français, en annexe de la loi française autorisant sa ratification : Loi n° 2007-1160 du 1er août 2007 *autorisant la ratification du traité [...] relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale*, *JO* n° 177, 2 août 2007.

Ces « conseillers en faux documents » auront pour mission de former le personnel diplomatique et consulaire à « la reconnaissance de documents falsifiés ou contrefaits, ainsi que sur la fraude documentaire et la migration illégale », de former les sociétés de transport à ce qu'implique leur responsabilité dans la migration illégale, et de former les « autorités et institutions du pays hôte compétentes pour les contrôles policiers aux frontières ».(Article 21)

B) La stratégie canadienne de disqualification extra-territoriale des réfugiés.

Dans le rapport final du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration ayant pour thème « Sécurité publique et antiterrorisme », et dans le cadre de l'*Entente sur la frontière intelligente* avec les États-Unis, une « stratégie des frontières multiples » est évoquée. Elle consiste à filtrer tous les voyageurs avant qu'ils ne gagnent l'Amérique du Nord. « Dans ce contexte, la « frontière » s'entend de tout point auquel il est possible de vérifier l'identité du voyageur ». À cette fin, le CIC a remanié son réseau d'agents de contrôle de l'immigration, rebaptisés « agents en intégrité des mouvements migratoires » (AIMM), qui exercent à l'étranger et qui ont pour tâche de

« collaborer étroitement avec les partenaires (transporteurs aériens, autres services d'immigration et d'exécution de la loi, et autorités aéroportuaires) afin de réduire le nombre des personnes qui arrivent au Canada sans être munies des documents voulus. »¹²¹⁶

Le resserrement du contrôle en début de processus des demandes d'asile est un objectif clairement affiché, confortablement financé, et bénéficiant du soutien technologique de tous les programmes de renseignements, relevés d'empreinte et échanges d'informations sur les voyageurs que le Canada, à l'aide des États-Unis, ont pu et pourront mettre en œuvre¹²¹⁷.

Dans un rapport d'étape du plan d'action sur la frontière intelligente, on apprend que le Canada a déployé en 2002, 45 agents d'intégrité des mouvements migratoires dans 39 pays « clés », et qu'en 2003,

« le travail de ces agents a permis d'atteindre un taux de 72 % d'interceptions, ce qui signifie que de toutes les personnes qui ont tenté de venir au Canada par transport aérien en utilisant des documents obtenus irrégulièrement, 72 % (plus de 6 000 individus) ont été interceptés avant même d'arriver au Canada. »¹²¹⁸

Le demandeur d'asile qui, comme dans nombre des cas, n'a pas de documents valides est

¹²¹⁶ CIC, *Sécurité publique et antiterrorisme*, Rapport final, Septembre 2003, 22 p. Remarque : sur 20 pages, l'occurrence « demandeurs d'asile » revient 11 fois.

¹²¹⁷ Voir Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les plans et les priorités de 2006-2007*, Section 3, Analyse des activités de programmes, URL : http://www.tbs-sct.gc.ca/rpp/0607/bsa-asf/bsa-asf02_f.asp (consultée le 18 septembre 2007).

¹²¹⁸ Le rapport de 2004 est le dernier rapport disponible. Ministère des Affaires étrangères et Commerce international Canada, *Plan d'action pour une frontière intelligente rapport d'étape*, 17 décembre 2004, 30 p.

donc voué à être pris dans le filet d'interception de ces sentinelles. Ce procédé visant à exercer sa souveraineté au-delà de ses propres frontières vient, ou promet de venir pour l'Europe, en renfort de la pratique déjà bien installée de la responsabilisation des transporteurs.

II) La privatisation de l'immigration et de l'asile avec la responsabilité des transporteurs.

Alimentée par une politique de généralisation des visas, cette procédure vise à faire des compagnies de transport, et notamment les compagnies aériennes, les nouveaux contrôleurs douaniers des États occidentaux. Elles sont chargées de vérifier les titres de voyage et les documents d'identité des passagers en partance pour l'Occident. Si elles laissent débarquer un passager étranger dépourvu de tout document d'identité, elles se voient infliger une amende administrative. Ce qui est contestable du seul point de vue de l'immigration (les compagnies aériennes ne sont pas des autorités administratives habilitées à effectuer un tel contrôle), l'est encore plus au regard du droit d'asile. De fait, la grande majorité des réfugiés fuyant la persécution ne se rendent pas librement dans les administrations de leurs pays d'origine pour demander un visa. Souvent, ils ne disposent même pas de documents d'identité. Ce sont donc les réfugiés les premiers visés par cette pratique. Les employés des compagnies de transports n'étant pas formés pour appliquer le droit des réfugiés, s'ils sont confrontés à un réfugié, ils ne verront (en toute bonne foi) qu'un étranger sans document, susceptible de leur causer un tort pécuniaire.

Ces mécanismes de contrôle terriblement efficaces sont susceptibles de constituer un refoulement préventif, ce qui s'inscrit alors en violation flagrante de la *Convention de Genève*. Il s'agit pourtant d'une procédure unanimement adoptée par les États occidentaux, et qui a fait l'objet d'une harmonisation spécifique en Europe.

Adoptée dès 1978 par le Canada, dont la loi sur l'immigration comporte une partie intégralement consacrée aux obligations des transporteurs¹²¹⁹, cette mesure s'est généralisée à travers l'ensemble des États occidentaux (Grande-Bretagne en tête à nouveau¹²²⁰), a été inscrite dans les *Accords Schengen* dès 1990¹²²¹ et transposée en France par la loi du 26

¹²¹⁹ Articles 148 à 150 de la *LIPR* et articles 259 à 287 du *RIPR*.

¹²²⁰ Dès 1987 le gouvernement britannique votait une loi de responsabilisation des transporteurs : Virginie GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n°45, 2001, p. 51.

¹²²¹ Article 26 de la *Convention Schengen*. La norme fut intégrée à l'article 20 *bis* de l'ordonnance de 1945, par

février 1992¹²²². Puis, à l'initiative de la France, une directive européenne visant à harmoniser les sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs a été adoptée le 28 juin 2001¹²²³.

Celle-ci a précisé que les sanctions à l'encontre des transporteurs devaient être « dissuasives, effectives et proportionnelles ». Pour chaque personne en situation irrégulière débarquée sur le territoire d'un État membre, l'amende va de 3000 à 5000 euros (pour 10 000 francs, soit 1500 euros « seulement » en 1992). Un forfait allant jusqu'à 500 000 euros est également prévu à l'encontre des trafics à grande échelle. C'est en effet très dissuasif.

La responsabilité des transporteurs aériens¹²²⁴ s'appuie juridiquement sur la *Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale* du 7 décembre 1944¹²²⁵, dont l'annexe IX prévoit que le transporteur a la « garde des passagers ». Mais les sanctions prévues par ce texte envers les transporteurs aériens pour le débarquement de passagers dépourvus de documents suffisant sont beaucoup plus encadrées que ce que la pratique et les dispositions normatives ultérieures ont instauré. Ainsi, l'une des dispositions de l'Annexe IX précise expressément que le réacheminement des passagers non admissibles ne doit pas être entendu comme

« une autorisation de renvoyer quiconque demande asile dans le territoire d'un État contractant vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ».

Cette référence explicite au principe de non-refoulement avait été ajoutée à la demande formelle du HCR¹²²⁶ et la *Convention de Genève* est d'ailleurs très claire sur le fait qu'un demandeur d'asile ne doit pas être pénalisé pour être entré irrégulièrement sur le territoire (article 31).

Dès 1992, et encore aujourd'hui dans le *CESEDA*, il est en effet prévu que la sanction administrative ne sera pas appliquée « lorsque le transporteur établit que les documents requis

la loi du 26 février 1992.

¹²²² Loi n° 92-190 du 26 février 1992 portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO n° 51 du 29 février.

¹²²³ Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JOCE n° L187, 10 juillet 2001, transposée en France par la loi du 26 novembre 2003 et inscrite aux articles L625-1 à L625-6 du *CESEDA*. Le Royaume-Uni a indiqué s'associer à cette directive.

¹²²⁴ Sur les fondements juridiques pour les transports maritime et ferroviaire, voir l'étude « Lutte contre l'immigration illégale », *DPDE*, 1^{er} janvier 2006, §37-38, p. 1143.

¹²²⁵ *Convention relative à l'aviation civile internationale*, du 7 décembre 1944, signée à Chicago, 9^e édition, 2006, Doc 7300/9.

¹²²⁶ Voir Conseil de l'Europe, « Sanctions imposées aux transporteurs dans quatre États des Communautés européennes : leur compatibilité avec les règlements de l'aviation civile internationale et avec les droits de l'homme », *Rapport Cruz*, 23 novembre 1990, 20 p.

lui ont été présentés au moment de l'embarquement et qu'ils ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste » (art. L. 625-5 2°).

Quant à la dispense de documents dont bénéficient spécifiquement les demandeurs d'asile, elle exonère également les transporteurs si « l'étranger a été admis sur le territoire français au titre d'une demande d'asile qui n'était pas manifestement infondée » (art. L. 625-5 1°).

Au-delà du contrôle de l'immigration au sens large, les transporteurs se retrouvent donc en situation de s'assurer que la demande d'asile d'un réfugié n'est pas infondée et fatalement de se substituer aux instances de détermination du statut, ce qui a été critiqué à juste titre comme un transfert d'autorité de l'autorité publique, comme une « privatisation du droit d'asile ».

Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de cette mesure, et l'a validée en émettant toutefois une réserve d'interprétation :

« [...] cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; [...] [elle] ne saurait aussi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police en lieu et place de la puissance publique ; qu'elle a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile aux motifs que les intéressés seraient non munis de visa d'entrée en France. »¹²²⁷

Or, la charge de la preuve pèse sur le transporteur. Et il ressort que la préoccupation principale des compagnies de transport n'est pas de protéger les réfugiés, ce qui n'est de toute façon pas leur rôle, mais d'éviter une sanction. Et dans le doute, un transporteur préférera refuser d'embarquer un demandeur d'asile plutôt que de s'exposer à une amende dont le montant dépasse le prix du billet.

Double effet pervers, les émigrants ont de plus en plus recours à de faux documents, tandis que les employés des compagnies aériennes ont le pouvoir discrétionnaire de refuser des passagers sur la base d'une seule suspicion, elle-même basée sur les seuls critères dont ils disposent, à savoir la « race » et le faciès¹²²⁸. De fait, dans les pays producteurs de réfugiés, les sous-traitants de la demande d'asile sont incarnés par des employés appartenant généralement à l'ethnie dominante, ce qui a un impact considérable sur le *profiling* exercé à l'encontre des éventuels réfugiés¹²²⁹.

¹²²⁷ CC, 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*, DC n° 92-307, *Rec.*, p. 48.

¹²²⁸ Voir Amnesty International, « No flights to safety Carrier sanctions ; airline employees and the rights of refugees », Report ACT/34/21/97, November 1997, 11 pp.

¹²²⁹ Virginie GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégué : les compagnies de transport dans le

III) L'interception en mer.

À l'encontre des nombreux réfugiés effectuant une tentative d'approche par la mer, certains États ont mis en place un système de blocage maritime qui ont été qualifiés de « murs de Berlin flottants ».

Par extension de l'*Entente* signée avec les États-Unis, coutumiers du fait, le Canada se fait le complice indirect de l'interception en mer des réfugiés. Tous qualifiés d'immigrants, les individus qui s'approchent trop près des côtes américaines, canadiennes et européennes font souvent demi-tour, sans jamais quitter le bateau. Il s'agit alors des cas les plus heureux, qui échappent aux naufrages et à une mort certaine. L'affaire d'interception/refoulement la plus retentissante fut celle des réfugiés haïtiens, dont les bateaux furent arraisonnés par des gardes-côtes au large des côtes américaines en 1993, et rapatriés de force vers Haïti, sans se soucier de leur éventuelle qualification au statut de réfugié. Le cas a donné lieu à une importante controverse juridique sur une éventuelle interprétation d'extra-territorialité du principe de non-refoulement¹²³⁰. Les États-Unis avaient invoqué le droit national concernant les eaux territoriales et avaient notamment argué que l'article 33 de la *Convention de 1951* n'était pas applicable en mer. La juridiction de 1^{re} instance leur avait donné raison, et la Cour d'appel avait infirmé cette décision au nom de l'applicabilité en mer de l'article 33, parfaitement établie dans la *Convention de Genève*. Mais la Cour Suprême a renversé la décision de la Cour d'appel en revenant sur la position prise en première instance¹²³¹, créant ainsi un précédent qui permet de maintenir la politique d'interception, de refoulement et de mise en détention à Guantanamo des réfugiés haïtiens et cubains.

L'Europe s'organise dans un sens similaire, d'abord sur le plan de la coopération maritime (A), puis sur le plan plus vaste du contrôle des frontières (B).

A) Police des mers.

Les réfugiés sont nombreux à voir leurs embarcations surpeuplées s'abîmer en mer, et plus nombreux encore sont ceux qui se font intercepter et renvoyer chez eux. À nouveau, les

contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n°45, 2001, p. 75.

¹²³⁰ *Sale vs. Haitien Centers Council*, United States Supreme Court, 21 June 1993, 113 S. Ct. 2549 (1993) et commentaire du HCR : UNHCR, *Sale vs. Haitiens Centers Council*, Brief, *Amicus Curiae*, *IJRL*, Vol. 6, n° 1, pp. 85-102.

¹²³¹ L'opinion dissidente du juge Blackmun est riche d'enseignement sur l'interprétation hors-contexte que les juges de l'opinion majoritaire ont eue de la *Convention de Genève*.

marines nationales se sentent dépassées dans leur tâche, et tentent d’instaurer une coopération européenne. La France, l’Italie, l’Espagne et le Portugal ont ainsi institué avec les États du sud de la Méditerranée, une coopération particulière : l’EUROMARFOR, une Force Maritime européenne créée à Lisbonne en mai 1995. Cela soulève l’épineuse question de l’adéquation entre la coopération maritime comme un élément d’une politique de sécurité, et le comportement purement militaire induit par cette coopération, vis-à-vis des migrants et des réfugiés¹²³². Pris dans l’émergence du thème de la sécurité transnationale, le réfugié entre encore une fois dans la catégorie des terroristes, trafiquants et autres pirates que les forces navales se doivent de contrer. Il pose un « problème » de sécurité. Le trafic de migrants et ses conséquences visibles et désastreuses sert à nouveau ici aux États occidentaux, de justification à l’élaboration d’instruments normatifs visant à bloquer ces déplacements¹²³³. Aucun ne traite des réfugiés ni ne s’encombre de références à la *Convention de Genève* de 1951, mais sert de base aux États occidentaux pour la préservation de leurs frontières contre l’intrusion des réfugiés.

B) Police des frontières en mer.

En juin 2002, le Conseil « Justice et affaires intérieures » avait adopté en vue du Conseil européen de Séville, des « conclusions sur les mesures pour prévenir et lutter contre l’immigration illégale et la traite des êtres humains par voie maritime » et un « plan pour la gestion intégrée des frontières extérieures ». À cette occasion, le Conseil avait demandé à la Commission la réalisation d’une étude sur la faisabilité des contrôles aux frontières maritimes¹²³⁴.

En septembre 2003, la Commission rend les conclusions de cette étude appelée « CIVIPOL », qui va devenir la base de toute la politique européenne des contrôles des frontières maritimes¹²³⁵. Partant du constat que 80% de l’immigration illégale maritime se fait par déplacements locaux, c’est-à-dire par des traversées sur de petites embarcations au sein des détroits, l’étude a dégagé cinq éléments prioritaires : l’identification des itinéraires, la

¹²³² Voir l’analyse de cette problématique particulière : Michael PUGH, « L’Europe et ses boat-people : la coopération maritime en Méditerranée », *Cahier de Chaillot*, n° 41, juillet 2000, 90 p.

¹²³³ *Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée*, New York, 15 novembre 2000, *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, New York, 15 novembre 2000 ; *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, New York, 15 novembre 2000.

¹²³⁴ Conseil JAI, 2436^e session, Luxembourg, 13 juin 2002, 9620/02 (Presse 175), 29 p.

¹²³⁵ Commission Européenne, *Etude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l’Union européenne*, Rapport final, 1^{er} septembre 2003, doc. 11490/1/03 REV 1 FRONT 102 COMIX 458.

coopération avec les États tiers d'origine et de transit, la mise en œuvre de structures opérationnelles efficaces pour l'action de la coordination entre les États membres, la définition des meilleures techniques applicables, et la légitimité des contrôles aux frontières maritimes.

Parmi les mesures proposées figure la création de l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des frontières extérieures (FRONTEX), créée par un règlement européen en date du 26 octobre 2004¹²³⁶ et qui constitue une superstructure ayant la charge de coordonner les opérations conjointes et projets pilotes pour ce qui concerne le contrôle aux frontières et les procédures de rapatriement. Bien entendu, un partenariat est institué sous l'égide de l'UE, entre les pays riverains de la zone méditerranéenne. L'étude Civipol propose également des accords avec des pays tiers susceptibles d'accueillir ceux dont on ne connaît pas la provenance (à l'instar du modèle américain qui utilise la Jamaïque comme pays de recueil¹²³⁷). Enfin, la *Convention internationale sur le droit de la mer*¹²³⁸ prévoit que tout navire peut circuler librement en mer aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier (« passage inoffensif », article 19). Mais Civipol a interprété comme atteinte au bon ordre et à la sécurité, le fait que des navires transportent des immigrants illégaux. À nouveau, les migrants sont comparés à des armes ou de la drogue. De fait, tout État membre peut contrôler un bateau et reçoit autorisation d'aller au mieux trier les migrants en mer, au pire, refouler tout le monde.

Ce concept de « frontière maritime virtuelle » ainsi validé par la Commission a permis aux autorités italiennes en juillet 2004 d'interdire leurs eaux territoriales et de violer à la fois le devoir d'assistance à « toute personne trouvée en mer en danger de mort » inscrit dans la *Convention de Montego Bay* (art. 98), le principe de non-refoulement inscrit dans la *Convention de Genève*, et même l'exigence qu'une demande d'asile ait pu être déposée dans un État de l'UE avant que soit déterminé l'État compétent pour l'examen, inscrite dans *Dublin II*¹²³⁹.

¹²³⁶ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

¹²³⁷ Claudia CHARLES, « La politique européenne », *Les interceptions maritimes*, Journée d'études et de mobilisation 20-21 juin 2005, Séville, URL : <http://www.migreurop.org/article852.html> (consultée le 20 avril 2007).

¹²³⁸ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982, STNU, Vol. 1833, p. 3

¹²³⁹ Isabelle SAINT-SAËNS, « Des camps en Europe aux camps de l'Europe », *Multitudes*, n°19, hiver 2004.

Malgré les inquiétudes et recommandations publiées par le HCR¹²⁴⁰, les opérations d'interception maritimes ne proposent aucune garantie spécifique envers les réfugiés qui ne peuvent de fait plus exercer leur droit fondamental à demander l'asile.

Pour encore améliorer la gestion de la frontière extérieure maritime méridionale, la Commission présente en 2006 plusieurs recommandations consistant entre autres à maximiser la capacité de Frontex, créer un réseau de patrouilles côtières permanentes, créer un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR), et créer des équipes de profileurs pour repérer les personnes ayant « éventuellement » besoin de protection¹²⁴¹.

Les 22 opérations conjointes menées par Frontex en 2007 ont permis l'interception de 19 295 migrants au cours de patrouilles aériennes, terrestres et navales. Ces dernières portant de jolis noms de divinités de l'antiquité : Nautilus dans le détroit de Sicile; Héra au large des Canaries; Poséidon dans la mer Égée ; Minerve, dans les ports andalous; Hermes, entre la Sardaigne et les Baléares, à proximité des eaux algériennes; Zeus, dans les ports allemands¹²⁴². Enfin, « Indalo », figure préhistorique symbolisant un accord entre les hommes et les dieux pour éviter de nouveaux déluges, fut le nom choisi pour l'opération de patrouille dans le détroit de Gibraltar...

Pour 2008, il a été prévu que le budget de l'agence soit doublé pour atteindre 30 millions d'euros¹²⁴³ et le renforcement de l'agence est au programme de l'Union européenne¹²⁴⁴.

¹²⁴⁰ EXCOM, *les garanties de protection dans les mesures d'interception*, Conclusion n°97-2003.

¹²⁴¹ Commission européenne, *Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne*, 30 novembre 2006, COM(2006) 733 final.

¹²⁴² Voir le site de FRONTEX, URL : <http://www.frontex.europa.eu/>.

¹²⁴³ Frontex, *Draft estimate of the amended revenue and expenditure for 2008 NI and the establishment plan*, 29 octobre 2007, 7 p.

¹²⁴⁴ Conseil de l'Union européenne, *Conclusions du Conseil sur la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, Conseil Justice et Affaires Intérieures, Luxembourg, 5 et 6 juin 2008.

Conclusion Chapitre 1 :

Rien ne semble pouvoir empêcher l'éclatement de conflits armés, les pratiques discriminatoires, la persécution et le non-respect généralisé des droits fondamentaux. Les mouvements de réfugiés persistent et l'humanitaire prend le relais pour les endiguer. HCR, CICR, et diverses ONG interviennent en urgence auprès des victimes, pour leur apporter protection et assistance. Quand cela ne suffit pas, les États susceptibles de se voir demander l'asile interviennent parfois activement en mêlant le militaire à l'humanitaire, et en s'assurant, sur place, de la maîtrise des déplacements. À ce propos, la crise des Balkans dans les années 1990 a révélé la perversité du discours des pays occidentaux dont le masque de l'alibi humanitaire lui-même est tombé. En 1992, alors que l'opinion publique s'émeut d'un conflit qui se trouve « à deux heures d'avion de Paris », et qui touche des étrangers moins « étrangers » que la moyenne¹²⁴⁵, les ministres européens de l'Immigration justifient leur refus d'accueillir les réfugiés au moyen de l'argument suivant : « ce serait encourager la pratique inhumaine et illégale de purification ethnique »¹²⁴⁶. En 1999, les réfugiés albanais du Kosovo ont également fait les frais d'un tel discours, tenu cette fois-ci par Lionel Jospin qui déclarait que la France ne saurait encourager l'exode des Albanais et donner ainsi l'impression d'accepter « le fait accompli des déportations perpétrées par les Serbes »¹²⁴⁷. Enfin, lorsque les causes génératrices des déplacements n'ont pu être prévenues, et lorsque la phase intermédiaire de confinement dans le pays d'origine ou au plus près, n'a pas porté ses fruits, les États se postent en avant-garde de leurs frontières et refoulent les réfugiés.

« Que reste-t-il du droit d'asile ? » est de moins en moins une question d'actualité. S'interroger sur ce qu'il reste du droit de demander l'asile prend le relais. Couper la route aux réfugiés, c'est les forcer à en emprunter d'autres, plus dangereuses et plus coûteuses, mais qui ont au moins l'avantage d'être « loin des regards des opinions occidentales »¹²⁴⁸. Plus les réfugiés seront rendus invisibles, plus la *Convention de Genève* sera isolée. Cette logique s'étend à ceux qui, en dépit de tout ce qui précède, sont parvenus à atteindre les frontières du monde occidental. Les États se postent en dernier recours à leurs frontières et bloquent l'entrée des réfugiés.

¹²⁴⁵ Le concept de gradation sociologique de l'étranger en fonction notamment de son apparence physique est ici important.

¹²⁴⁶ Conseil Européen d'Edimbourg, *Conclusions de la présidence, 11-12 décembre 1992*, SN 456/92. Bruxelles: Conseil des Communautés européennes, Décembre 1992, p. 64-78.

¹²⁴⁷ Claire RODIER, « Du provisoire par circulaires », *Plein droit*, n° 44, décembre 1999.

¹²⁴⁸ Migreurop, *Le livre noir de Ceuta et Melilla*, juin 2006, p. 71.

Chapitre 2 - Bloquer l'entrée et empêcher de rester : la négation du réfugié

Les réfugiés ont avant tout le tort d'être des étrangers, et l'étranger n'est le bienvenu que s'il a été invité. Or, en dehors des rares bénéficiaires de la réinstallation, les réfugiés ne sont pas invités. Deux attitudes de rejet s'offrent alors aux États.

La première participe du glissement du principe de non-refoulement vers le principe de non-entrée. Un glissement opéré et constaté depuis plusieurs années, puisque c'est ainsi que James Hathaway qualifiait dès 1990, tous les moyens mis en œuvre par les États pour empêcher l'accès des réfugiés à leurs territoires, de l'exigence des visas à la consécration des pays d'origine sûr¹²⁴⁹.

La seconde vise à disqualifier le réfugié en disant qu'il a besoin d'une autre protection que celle prévue par la *Convention de Genève*. Les mouvements collectifs de réfugiés ont en effet servi d'alibi à la construction de nouvelles formes de protections, telles la protection temporaire et la protection subsidiaire. Thomas Spijkerboer dénonce la fausse découverte de « nouveaux » mouvements de réfugiés et des « nouvelles » natures de l'exil, tels les mouvements massifs. En rappelant les écrits d'Hannah Arendt évoquant les exodes des années 1930 et 1940, il rappelle qu'il n'y a rien de nouveau là-dedans. Et chaque décennie a depuis connu son lot de mouvements collectifs et massifs de réfugiés. Mais la construction juridique des « nouveaux flux de réfugiés » s'est développée à la fin des années quatre-vingt. Un vocable permettant de dissocier ces nouveaux réfugiés des réfugiés traditionnels, et permettant surtout de les exclure de la *Convention de Genève*. Selon lui, et d'après son analyse des travaux préparatoires, la *Convention* avait pourtant prévu le caractère collectif des déplacements, et si cette dernière était correctement appliquée, il n'y aurait pas besoin de protection subsidiaire (sauf pour la guerre éventuellement). Il pense, et nous le rejoignons, que la nécessité d'ériger une norme séparée n'est pas juridique. Elle est politique¹²⁵⁰.

¹²⁴⁹ En passant par tous les moyens de maintien/prévention/gestion des flux évoqués plus haut. James HATHAWAY, « The Emerging Politics of Non-Entrée », *Refugees*, 1991, pp. 40-41; Constat repris et réactualisé régulièrement par l'auteur : James HATHAWAY, « Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection », *JRS*, Vol. 4, n°2, 1991, pp. 113-131, et plus récemment, *The rights of refugees under international law*, Cambridge University press, 2005, pp. 293-333.

¹²⁵⁰ Thomas SPIJKERBOER, « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », dans Daphnée BOUTEILLET-PAQUET (dir), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, 2002, pp. 19-42.

Envers ceux qui parviennent à se présenter aux portes des États occidentaux, une énergie considérable (mais pas toujours efficace) va être consacrée à les empêcher d'entrer. Le principe de non-refoulement mute en principe de non-entrée. (**Section 1**). Et pour ceux qui réussissent à passer le blocage de l'entrée, un certain nombre de dispositions sont prises pour les empêcher de rester (**Section 2**). Dans les deux démarches, il s'agit encore de rendre les réfugiés le moins visibles possible.

Section 1 : Le principe de non-entrée.

Le refus d'entrée pur et simple est matérialisé par la pratique des visas et l'enfermement qui découle paradoxalement de l'immunité pénale dont les réfugiés bénéficient. Que le lecteur nous pardonne le déséquilibre quantitatif de ce développement entre le problème de l'exigence des visas et celui de la détention. Ce choix d'évoquer ici les visas, alors qu'ils sont la cause principale de la mise en place de la responsabilité des transporteurs et auraient pu être expliqués plus haut peut même décontenancer. Nous avons fait ce choix, car les visas et la détention nous semblent constituer respectivement le point de départ et l'achèvement du glissement du principe de *non-refoulement* vers le principe de *non-entrée*.

Selon nous la détention trouve sa place dans le régime de non-entrée décrit par Hathaway. Elle en est la dernière pièce. Elle permet aux États de retarder le moment où ils devront faire face à des réfugiés sur leurs territoires. Mesure de dernier ressort dans une logique d'assiégés, elle est tout autant désespérée que juridiquement fictive, mais elle ferme la boucle.

En amont donc, la multiplication des visas (I). En aval, la systématisation de la détention (II). Le principe de *non-entrée* a désormais priorité sur celui de *non-refoulement*, et c'est la pierre angulaire du droit international des réfugiés, seule pierre qui semblait encore en place, qui s'effondre.

I) Généralisation des visas et refoulement immédiat.

En France, suite à la vague d'attentats de 1986, la loi « Pasqua » procède au rétablissement généralisé des visas. Cette prérogative exclusivement nationale est progressivement saisie par le droit européen à partir de 1995, et devient essentiellement

communautaire le 1^{er} janvier 2005¹²⁵¹. À la signature de la *Convention Schengen*, les pays membres avaient dressé une liste de 123 nationalités pour indiquer les États soumis à une obligation de visas. Un règlement du Conseil européen a allongé cette liste à 134 nationalités¹²⁵². La raison principale est la lutte contre le terrorisme, et les critères de l'exonération du visa sont l'absence de risques sérieux pour la sécurité publique ou la sûreté nationale, ainsi que l'absence de « risque migratoire »¹²⁵³. Sur les 195 États reconnus par l'ONU, la France en exempte seulement 27... et considère donc que 168 présentent l'un et/ou l'autre de ces risques¹²⁵⁴. Le Canada soumet pour sa part à obligation de visa, les ressortissants d'une liste de 147 États, et exonère par ailleurs 48 nationalités ou régions¹²⁵⁵.

Notons par ailleurs que la France multiplie également les exigences de « visas de transit aéroportuaires » (VTA). Le VTA est une autorisation à laquelle sont soumis les ressortissants de certains pays tiers pour transiter par un aéroport d'un État, par exception au principe de libre transit posé par l'annexe 9 de la *Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale*. Un arrêté du 15 janvier 2008 ajoutait 21 États (Albanie, Angola, Burkina Faso, Cameroun, Colombie, Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Haïti, Inde, Liberia, Libye, Mali, Sénégal, Sierra Leone, Soudan, Syrie, ainsi que les titulaires du document de voyage pour les réfugiés palestiniens) aux 12 pays de la liste Schengen¹²⁵⁶. Deux semaines plus tard, un nouvel arrêté ajoutait une autre catégorie à la liste de ces VTA : « *les Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte* »¹²⁵⁷. Concrètement, réfugiés de Somalie et de Tchétchénie, dont il serait difficile de nier une situation objective particulièrement menaçante dans leur pays, ne pourront plus transiter par la France, et par conséquent ne pourront plus profiter d'un arrêt en France pour y demander l'asile¹²⁵⁸. Cette extension est d'ailleurs intervenue en réponse à une arrivée

¹²⁵¹ Voir l'étude « Visas d'entrée et de séjour », *DPDE*, 1^{er} août 2005.

¹²⁵² Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 *fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation*, *JOUE* n° L 81 du 21 mars 2001, pp. 1-7

¹²⁵³ Sur les interrogations soulevées par cette expression, voir Claire RODIER et Nathalie FERRE, « Visas : le verrou de la honte », *Plein Droit*, n° 35, septembre 1997.

¹²⁵⁴ Voir le site internet du ministère des affaires étrangères et européennes : www.diplomatie.gouv.fr

¹²⁵⁵ CIC, *Les pays et territoires dont les citoyens ont besoin de visas de visiteurs pour entrer au Canada comme visiteurs (y compris en transit)*, 30 janvier 2007, URL : <http://www.cic.gc.ca/francais/visiter/visas.html> (consultée le 23 avril 2007).

¹²⁵⁶ Arrêté du 15 janvier 2008 *fixant la liste des États dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation*, *JORF* n°20 du 24 janvier 2008, p. 1278 texte n° 24.

¹²⁵⁷ Arrêté du 1^{er} février 2008 *fixant la liste des États dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation*, *JORF* n°28 du 2 février 2008, p. 2109 texte n° 25.

¹²⁵⁸ Anafé, « Et encore deux nouveaux visas anti-réfugiés somaliens et tchéchènes ! », Communiqué, 4 février

importante de candidats réfugiés Somaliens et Tchétchènes en décembre 2007, qui a accessoirement exigé l'ouverture d'une « zapi 4 » à Roissy le 10 janvier 2008¹²⁵⁹. Un tableau distribué par le ministère de l'Intérieur sur « les demandes d'asile à la frontière » du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2006 et établissant mois par mois la corrélation statistique entre la demande d'asile à la frontière et l'instauration des VTA ne masque d'ailleurs pas les intentions gouvernementales de faire obstacle à cette demande d'asile. Selon les chiffres de 2001 à 2006, les demandes d'asile à la frontière sont ainsi passées de plus de 10 364 à 2 727¹²⁶⁰. Ces arrêtés concentrent deux attitudes gouvernementales dénoncées dans notre recherche : le déni de besoin de protection et la nécessité de rendre invisibles les réfugiés en les empêchant d'arriver. À ce titre, le GISTI et l'ANAFE ont introduit, le 28 février, un recours en référé devant le Conseil d'État, afin qu'il annule et suspende les arrêtés. Le 1^{er} avril, le juge administratif rejetait le référé (donc la demande de suspension et d'injonction) en estimant que les conditions d'urgence n'étaient pas remplies puisque l'essentiel des États concernés par les arrêtés étaient déjà soumis à VTA par des textes antérieurs, que l'obligation de disposer d'un VTA ne porte « par elle-même aucune atteinte au droit fondamental qu'est le droit d'asile », qu'elle répond au contraire

« à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, des afflux incontrôlés de personnes qui demanderaient l'admission sur le territoire au titre de l'asile ».

Le juge a précisé qu'il statuerait « dans quelques mois » sur la légalité des arrêtés¹²⁶¹. La décision n'a pas encore été rendue, mais selon les comptes-rendus d'audition disponibles, le Conseil d'État ne trouve rien à redire au premier arrêté puisque le VTA a seulement pour *effet*, et non pour *objet* d'entraver la demande d'asile aux frontières. En revanche, concernant le second arrêté, le juge le considère illégal, car il vise « certains Russes », alors qu'en vertu du droit communautaire, le VTA ne doit viser que des nationalités

Le visa figure parmi les instruments politiques de « police à distance » et de maintien à l'écart des « indésirables ». Il est un outil de contrôle des étrangers en amont « à l'écart des regards portés sur les frontières », mais bien plus significatif et effectif que toutes les

2008.

¹²⁵⁹ La zone a été fermée 9 jours plus tard. Voir Anafé, « ZAPI 4, une zone d'attente au rabais », *Communiqué*, 19 février 2008, et Anafé, *Visites des associations dans les terminaux de l'aéroport de Roissy et en ZAPI 4 du 28 décembre 2007 au 18 janvier 2008*, février 2008, 13 p.

¹²⁶⁰ Tableau téléchargeable sur le site de l'Anafé à l'URL : <http://www.anafe.org/com2008.php> (consultée le 27 mai 2008).

¹²⁶¹ CE, *Anafé, Gisti*, 1^{er} avril 2008, n° 313711.

stratégies portant précisément sur le contrôle à la frontière¹²⁶².

Nous n'évoquons ici les obligations de visas que pour souligner que la plupart des réfugiés ne sont pas en mesure de s'y soumettre et arrivent donc sur le sol de l'État d'accueil en situation irrégulière. Si d'aventure un candidat réfugié passe à travers le filtre des compagnies de transport et arrive sur le territoire sans documents, il s'agit alors pour l'État d'accueil, de s'assurer de sa qualité de demandeur d'asile (il ne s'agit pas encore de s'interroger sur sa qualité de réfugié). Le droit européen autorise les États à soumettre les potentiels demandeurs d'asile à une obligation de visa¹²⁶³, ce qui s'explique par le fonctionnement de *Dublin II*, selon l'article 11 duquel, le fait pour un étranger demandeur d'asile d'être exempté de l'obligation de visa par un État membre entraîne pour ce dernier compétence de l'examen de la demande d'asile, indépendamment de l'itinéraire du demandeur. Mais en conformité avec l'immunité pénale des réfugiés posée à l'article 31 de la *Convention de Genève*, le *CESEDA* précise que les étrangers demandant à entrer en France au titre de l'asile sont (*en principe*) dispensés de la présentation de documents : « L'admission au séjour ne peut être refusée au seul motif que l'étranger est démuné des documents et des visas mentionnés à l'article L. 211-1 » (article L. 741-3). Le juge administratif et le juge constitutionnel ont par ailleurs confirmé le principe selon lequel les autorités de police ne peuvent exactement exiger des réfugiés les mêmes documents que pour les étrangers¹²⁶⁴.

Le Canada peut lui aussi soumettre à obligation de visa les demandeurs d'asile, ce qui prend tout son sens, comme en Europe, avec l'*Entente sur les tiers pays sûrs* dont l'article 4-2d désigne comme responsable de l'examen de la demande, l'État qui aura consenti un visa à un demandeur d'asile ou qui l'en aura exempté. La *LIPR* prévoit néanmoins comme le *CESEDA* que l'auteur d'une demande d'asile ne peut être accusé d'une infraction à la législation relative aux visas et aux documents d'identité (art. 133).

Cette exception contraignante pour les États occidentaux justifie la mise en place de la

¹²⁶² Didier BIGO et Elspeth GUILD, « Schengen et la politique des visas », *Cultures & Conflits*, Vol. 1, n°49, 2003, pp. 5-21. Dans le même numéro et de mêmes auteurs, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », pp. 22-37 et « Le visa : instrument de la mise à distance des « indésirables » », pp. 82-95. Et Thierry MARIANI, « Rapport d'information sur la politique européenne des visas », déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, 21 février 2007 - n° 3764 (documents E 2811, E 3023, E 3159 et E 3208).

¹²⁶³ Article 3 du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 *fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation*, JOUE n° L 81 du 21 mars 2001.

¹²⁶⁴ CC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, n° 79-109 DC ; CC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC ; et CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, n° 44484-44485.

détention, pendant laquelle les motifs légaux de refus d'entrée existent et la marge de manœuvre laissée aux autorités est grande.

Ainsi, en France le demandeur d'asile peut se voir opposer l'article L. 741-4 du *CESEDA* qui donne aux autorités une multitude de raisons de lui refuser l'entrée¹²⁶⁵, et qui, nous l'avons vu, place le demandeur d'asile dans la même situation que « l'étranger en général », alors même qu'il n'est pas en mesure d'exercer effectivement ses droits (prévenir son hébergeant, son avocat ou son consulat).

Bien entendu, la décision de refus d'entrée est exécutoire d'office, et le demandeur d'asile peut être embarqué de force à bord d'un moyen de transport vers un pays de renvoi.

De manière générale, à la différence de l'« étranger en général », ce pays de renvoi ne sera théoriquement pas le sien, en raison du principe de non-refoulement, mais il sera renvoyé, sans que soit examinée sa demande d'asile. James Hathaway donne pourtant pléthore d'exemples de refoulements directs vers le pays d'origine, à travers l'histoire et le monde. En 1999 notamment, la Grèce a refoulé en une nuit une dizaine de milliers de réfugiés albanais du Kosovo au motif que les autorités grecques n'avaient pas été informées du mouvement et donc, pas préparées à les recevoir. En 2002, les autorités britanniques ont renvoyé au Zimbabwe des membres de l'opposition en basant leur décision sur une information périmée relative à la sécurité du pays. Régulièrement, les gardes-côtes américains recueillent les réfugiés haïtiens, détruisent leurs bateaux, et les reconduisent directement aux mains de leurs persécuteurs.

Et de toute façon, par le biais du concept de premier pays d'arrivée ou de tiers pays sûr, le refoulement vers le pays d'origine se fait. Par ricochet et de façon moins visible certes, mais il se fait. Là encore, James Hathaway a réuni de nombreux exemples. Citons le cas de la Grèce qui au début des années quatre-vingt-dix, a renvoyé des réfugiés vers la Turquie, la Libye et le Soudan, d'où ils furent immédiatement refoulés vers leurs pays d'origine. Ou de la Norvège, en 1999, qui a renvoyé vers la Suède des demandeurs d'asile albanais du Kosovo dont la demande y avait déjà été rejetée, en toute connaissance de cause sur le fait qu'ils seraient refoulés vers la Serbie¹²⁶⁶.

Spectaculaires et par définition trop nombreux, ces exemples de refoulements immédiats

¹²⁶⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, « En France, un filtre de tri » .

¹²⁶⁶ James HATHAWAY, *The Rights of refugees under international law*, Cambridge University press, 2005, pp. 279-293.

restent néanmoins minoritaires. Intervient plus systématiquement en effet l'enfermement dans les zones d'attente (pour la France) ou centres de détention (pour le Canada), étape intermédiaire à la fois dans la procédure de reconnaissance comme nous l'avons vu plus haut, mais aussi, et surtout dans une procédure de renvoi plus formelle. Les États justifient cet enfermement par la situation administrative irrégulière des demandeurs d'asile et par l'opacité entourant leur identité, et donc, sur la possibilité que la demande soit « manifestement infondée ». Plus pragmatiquement, il s'agit de cantonner les demandeurs d'asile tant qu'une décision sur le sort n'aura pas été prise.

II) Enfermement des demandeurs d'asile.

À l'égard des réfugiés qui ont déjà traversé les épreuves de l'exil, l'enfermement constitue une nouvelle violence de la part d'un pays dont ils attendaient précisément protection et refuge. Dans le cadre des droits de l'homme, la privation de liberté réelle et les conditions de détention qui en découlent, les privent souvent de leurs droits les plus fondamentaux. Dans le cadre du droit des réfugiés, cet enfermement est d'autre part dominé par la menace constante d'un éloignement. Accessoirement, dans le cadre du processus social et politique de « rejet de l'autre », la détention permet d'entretenir la confusion entre réfugiés et criminels¹²⁶⁷.

Au Canada, du fait sans doute de son isolement géographique, peu de réflexions sont menées et peu de doctrines sont disponibles sur la pratique de la détention. Il ne passe cependant pas à côté de ses enjeux, notamment et surtout depuis le 11 septembre 2001.

Il faut dans un premier temps évoquer la disparité des régimes juridiques de la mise en détention dans ces zones et postes d'attente (**A**), avant de s'intéresser à la situation du demandeur d'asile en détention (**B**).

A) Disparité des régimes de la mise en détention et des lieux de détention.

En France, la zone d'attente est à la fois un lieu et un régime juridique très définis (**1**). Au Canada, les postes d'attente relèvent d'une construction juridique plus hétérogène (**2**).

1) Les zones d'attente françaises : un régime encadré, mais artificiel.

¹²⁶⁷ Dans ce développement relatif à l'enfermement des réfugiés, nous n'évoquerons pas ce qui constitue pourtant le sujet principal de préoccupation pour l'ensemble des acteurs juridiques (législateurs, doctrine et associations) : la détention des mineurs, et notamment la détention des mineurs isolés.

Longtemps discrétionnaire¹²⁶⁸, la pratique de la zone d'attente a été institutionnalisée et encadrée¹²⁶⁹ par la loi du 6 juillet 1992¹²⁷⁰. Elle permet aux autorités de police de refuser l'entrée du territoire à tout demandeur dont la demande est « manifestement infondée », et de placer ce dernier en zone d'attente « le temps strictement nécessaire à l'examen tendant à déterminer si la demande est manifestement infondée ».

Les chiffres de la détention sont en baisse régulière depuis plusieurs années, conformément aux efforts mis en œuvre en amont. Selon les chiffres transmis par le ministère de l'Intérieur, 23 072 étrangers étaient détenus en 2001, contre 14649 en 2005. Corrélativement, le nombre de demandeurs d'asile a également largement chuté en passant de 10 364 en 2001 à 2 336 en 2005¹²⁷¹.

Nous intéressent plus particulièrement la résilience du mythe de l'extraterritorialité des zones d'attente. Malgré le rejet de la théorie de la « zone internationale » par les juridictions internes dès la fin des années quatre-vingt¹²⁷², et malgré la législation de 1992 qui a mis un terme à cette idée que les étrangers non-admis n'étaient pas entrés en France, et que la loi française ne pouvait pas leur être appliquée, la fiction juridique de l'extraterritorialité des zones d'attente est pourtant maintenue, et semble avoir vocation à persister malgré un fort rappel à l'ordre de la CEDH en 1996¹²⁷³ et de la Cour d'appel de Paris en décembre 2004¹²⁷⁴.

Au titre de la fréquentation, les zones d'attente dans les aéroports et plus précisément la zone d'attente de Roissy, sont les plus importantes¹²⁷⁵, mais les normes qui régissent cette pratique incluent tous les lieux d'arrivée des réfugiés. Les gares ferroviaires internationales

¹²⁶⁸ ANAFÉ, *Frontières du droit, frontières des droits - l'introuvable statut de la « Zone internationale »*, Paris, L'Harmattan, 1993.; ANAFÉ, « Zones d'attente : en marge de l'État de droit », Doc. ANAFÉ, mai 2001, et « Pour un accès permanent des associations et des avocats dans les zones d'attente », doc. ANAFÉ déc. 2001.

¹²⁶⁹ L'ANAFE, le TGI de Paris, et le Conseil Constitutionnel ont réalisé en amont un important travail de recadrage juridique. Voir l'étude « Zone d'attente », *DPDE*, Feuilles 18, 1^{er} août 2002, p. 2640 ; Danièle LOCHAK, « L'accès au territoire français – La réglementation », dans ANAFÉ *Frontières du droit, Frontières des droits – L'introuvable statut de la « zone internationale »*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp.179-188. ; CC, 5 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée*, n° 92-307 DC., *Rec.* p. 48. ; Bruno GENEVOIS, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA* 1992, p. 185 ; et François JULIEN-LAFERRIERE, « De l'application des accords Schengen au statut des « zones d'attente » : chronique d'une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p. 656.

¹²⁷⁰ Modifiée en 1994 puis 2006 : Articles L221-1 à L224-2 du *CESEDA* [ex-article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945]. Voir Catherine TEITGEN-COLLY, « Asile en France : une législation dissuasive », *H&M* n° 89-90, mai-juin 1996, p. 78.

¹²⁷¹ UCIJ (Uni(e)s contre une immigration jetable), *Immigration et droit d'asile - Contre rapport*, 24 mars 2007, 106 p., URL : http://www.contreimmigrationjetable.org/IMG/pdf/contre-rapport_2007-03-24_ucij-2.pdf (consultée le 30 janvier 2008), à la p. 7

¹²⁷² C.Cass, 28 octobre 1987, *Procureur général et Youssef*, n° 84-93665, *D.* somm., p. 137

¹²⁷³ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, *Rec.* 1996-III, §22.

¹²⁷⁴ Cour d'appel de Paris, 7 décembre 2004, 24^e Chambre B, reconnaissant la compétence du juge pour enfants sur la zone d'attente, cité dans Helène GACON, « La zone d'attente, un territoire bien français », *Justice*, La revue du syndicat de la magistrature, mars 2005, n° 182, pp. 2-7

¹²⁷⁵ 96 à 98% des demandes d'asile à la frontière y sont enregistrées.

sont donc comprises, de même que les ports maritimes depuis la loi du 27 décembre 1994¹²⁷⁶. De plus, la loi du 26 novembre 2003 élargit le champ d'application des zones d'attente en autorisant leur création « à proximité du lieu de débarquement » des navires, ce qui permet d'inclure ainsi les situations telles que l'échouage des navires transportant des étrangers, comme ce fut le cas en février 2001 à Fréjus dont le camp a été déclaré « zone d'attente » par le préfet du Var.

Notons que les zones d'attente portuaire sont très illusoires. En effet, la pratique est de maintenir à bord les passagers « clandestins », même si une demande d'asile est enregistrée. L'administration, en marge du droit et de ses compétences, se permet de porter atteinte à la liberté individuelle, ce qui constitue une voie de fait. Les tribunaux judiciaires se sont souvent prononcés dans ce sens, mais le ministre de l'Intérieur a déclaré qu'il ne s'inclinerait devant cette position, que si elle provenait de la Cour de cassation¹²⁷⁷.

Cette pratique perdure donc, si bien qu'il arrive parfois que lorsqu'un navire quitte le port français pour repartir vers son pays de provenance, un demandeur d'asile consignés à bord soit refoulé avant même l'examen de sa demande¹²⁷⁸. Le problème se pose de façon encore plus aiguë lorsque les candidats à l'asile arrivent clandestinement dans un port de commerce, pour lesquels aucune zone d'attente n'a été créée. Leur placement immédiat en zone d'attente étant impossible, ils se voient encore plus systématiquement refuser l'entrée en France et consigner à bord du navire marchand. Ils déposent alors leur demande d'asile depuis ce navire, et sont privés de toutes les garanties attachées au placement en zone d'attente (assistance médicale et juridique). En dépit des conclusions du HCR qui rappelle que les « passagers clandestins en quête d'asile » doivent pouvoir déposer une demande de statut en étant « être autorisés à débarquer au premier port d'escale »¹²⁷⁹, la pratique des autorités françaises est tout autre. Elle a été validée par un arrêt du Tribunal des Conflits du 12 mai 1997, qui a considéré que les autorités administratives, obéissant à une décision du ministre de l'Intérieur, ne faisaient qu'utiliser leur pouvoir de procéder à l'exécution forcée des décisions, fussent-elles illégales¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ Loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO du 28 décembre.

¹²⁷⁷ Voir François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits*, n° 3/96, note infrapaginale n°14. La Cour de cassation a jugé en 1998 qu'il n'appartenait pas au juge judiciaire de se prononcer sur la régularité des consignations à bord de navire : Cass. 2^e civ., 19 novembre 1998, *Aboubacar*, n° 97-50.054.

¹²⁷⁸ Etude « Demandeur d'asile », *DPDE*, Feuillet 22, 1^{er} janvier 2004, p. 580.

¹²⁷⁹ EXCOM, Conclusion n° 3 (XXXIX), *Passagers clandestins en quête d'asile*, 1998.

¹²⁸⁰ TC, 12 mai 1997, *préfet de police c/ TGI de Paris*, D. 1997, jurisp. p. 567, note A. LEGRAND.

Enfin, le Conseil d'État, dans un arrêt de juillet 1998, a rétabli une certaine cohérence juridique en déclarant illégale la consignation à bord d'un navire d'un demandeur d'asile, et a enjoint à l'administration de le maintenir en zone d'attente¹²⁸¹. Ce qui laisse à cette dernière le loisir de créer des zones d'attente dans les ports de commerce ou de transférer le demandeur d'asile vers une zone d'attente existante.

L'artificialité du raisonnement juridique que génère la zone d'attente est donc maintenue. En matière de transfert des demandeurs d'asile d'une zone à une autre, la loi du 27 décembre 1994 qui l'organise ne reconnaît pas l'admission sur le territoire. De la même façon, la Cour de cassation a estimé qu'une hospitalisation hors de la zone d'attente ne résultait pas en une entrée sur le territoire et n'interrompait pas son placement initial¹²⁸². La loi Sarkozy du 26 novembre 2003 a d'ailleurs clos la question en étendant le régime de la zone d'attente à tous les lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre dans le cadre de la procédure, qu'il s'agisse d'un transfert, d'une audience, ou d'une nécessité médicale (Art. L. 221-2 du *CESEDA*). Si le terme n'est plus utilisé, en pratique, ce sont bien des « zones internationales » que les autorités érigent sur des parties d'un territoire pourtant bien français. Certes elles ne sont plus tout à fait des zones de non-droit, mais elles sont au mieux des zones de sous-droit.

Dans les aéroports, le mythe se délocalise avec la technique des « contrôles passerelle », qui s'appuie ouvertement sur le concept de « zone internationale ». Cette pratique n'est pas neuve¹²⁸³, mais s'intensifie considérablement depuis quelques années. L'administration considère que l'espace en amont du premier contrôle de police est exclu de la définition de la zone d'attente, et l'étranger qui débarque de l'avion et se dirige vers les aubettes de contrôle est donc en « zone internationale ». La police des frontières se place alors à la sortie de l'avion des vols considérés « à haut risque migratoire » ou « sensibles », contrôle les documents, en confisque parfois, et établit, à l'encontre des demandeurs d'asile, des « pré-rapports » de manque de fondement à leurs demandes, en fonction de leur vol. Une pratique permettant notamment d'identifier les candidats en provenance de pays « sûrs » (mais néanmoins « sensibles »...), entraînant parfois une détention de quelques heures, voire quelques jours dans cette « zone internationale »¹²⁸⁴, et manquant surtout de fondement

¹²⁸¹ CE, 29 juillet 1998, *ministre de l'Intérieur c/ M. Mwinyl*, *AJDA* 1998, p. 936, concl. R. ABRAHAM ; et *Dal.* 1999, p. 155, note A. LEGRAND. Un raisonnement confirmé par CE, 28 décembre 2001, *Ladjadj*, n° 224364.

¹²⁸² C.Cass. 2° civ., 18 mars 1998, *Livenge Mabombe*, *Bulletin* 1998 II N° 92, p. 56.

¹²⁸³ Louis MERMAZ, Député, *Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation de l'administration générale de la République sur le projet de loi de finances pour 2001*, « Tome II, Intérieur et décentralisation – Police », Rapport n° 2628, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 octobre 2000.

¹²⁸⁴ ANAFE, *Une France inaccessible*, Rapport de visites en aéroports, Zone d'attente de Roissy-Charles de

juridique. L'article L. 221-2 du *CESEDA* est très explicite sur le fait que la zone d'attente « s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes ».

2) Les postes d'attente canadiens : une construction juridique hétérogène.

Le Canada échappe aux plus grosses critiques émises par la doctrine et la société civile sur le sujet de la détention des réfugiés. En partie du fait de son éloignement géographique et d'une unique frontière terrestre, et en partie du fait de l'efficacité de ses actions en amont (notamment la sélection des réfugiés, mais aussi sa politique de visas et de sanctions aux transporteurs). En raison enfin du principe constitutionnel dégagé par l'arrêt *Singh* qui ne saurait reconnaître le concept de « zone internationale » puisque le seul fait de mettre un pied au Canada assujettit un individu à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Néanmoins, la détention des demandeurs d'asile est une réalité au Canada et on y trouve donc, comme en France, un lieu et un régime de la mise en détention.

Historiquement d'ailleurs, le « sas sanitaire » visant à trier les immigrants qualifiés à une immigration de peuplement saine et vigoureuse, a véritablement existé, en tant que procédure comme en tant que lieu¹²⁸⁵. À l'intérieur des aéroports, l'institution de « zones réglementées », territoire canadien certes, mais soumis à autorisations d'accès très spécifiques, permettent depuis longtemps de détenir pour contrôle les demandeurs d'asile, entre autres¹²⁸⁶. Depuis la loi de 1976, un véritable régime de détention préventif s'est installé au Canada, et encore davantage qu'en France, il est désormais dominé par une logique de criminalisation des migrants.

La détention des immigrants au Canada concerne environ 12000 personnes par an, au sein desquels il est difficile d'établir le nombre exact de demandeurs d'asile puisqu'il n'existe pas de chiffres officiels, mais dont on estime qu'il est d'environ 50%¹²⁸⁷.

Gaule, décembre 2007, 38 p.

¹²⁸⁵ Également appelée « zone stérile », en raison même des objectifs de l'immigration : François CRÉPEAU, « L'étranger en « zone internationale » des aéroports et le droit canadien », dans ANAFÉ, *Frontières du droit Frontières des droits, L'introuvable statut de la «zone internationale*, Paris, *L'Harmattan*, 1993, p.102. Le terme de « zone stérile » est encore présent dans les instruments juridiques actuels du Canada, comme le *Règlement canadien sur la sûreté aérienne* (DORS/2000-111).

¹²⁸⁶ François CRÉPEAU, « L'étranger en « zone internationale » des aéroports et le droit canadien », dans ANAFÉ, *Frontières du droit Frontières des droits, L'introuvable statut de la «zone internationale*, Paris, *L'Harmattan*, 1993, p. 102.

¹²⁸⁷ François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, *Controlling irregular migration in Canada, Reconciling security concerns with Human Rights protection, IRRP Choices*, Vol 12, n°1, February 2006, p. 16; Catherine GAUVREAU, « La détention des étrangers au Canada », *Vivre ensemble*, Vol. 13, n°44, Hiver-Printemps 2005, pp. 13-15.; Canadian Council for Refugees, « Submission of the Canadian Council for Refugees On the occasion

Le tournant du 11 septembre 2001 et de la *LIPR* a grandement reconfiguré les enjeux de la détention des demandeurs d'asile, et le Canada est depuis beaucoup moins exempt de critiques à ce sujet. Encore une fois cependant, les attentats du 11 septembre n'ont été que le catalyseur, et non la cause immédiate du durcissement du régime. Dès le début des années quatre-vingt-dix, certains auteurs s'inquiétaient de la tournure sécuritaire des réformes annoncées et de leur effet sur la détention des demandeurs d'asile¹²⁸⁸. En 1997, le rapport « Trempe » a posé les jalons d'une mise en détention facilitée des demandeurs d'asile au point d'entrée, ce qui n'a pas manqué de soulever des préoccupations et débats.¹²⁸⁹ Sont alors intervenus les attentats qui ont permis au gouvernement de légitimer les mesures avancées par le rapport « Trempe ».

Plusieurs acteurs et plusieurs instruments juridiques interviennent dans la mise en détention : l'Agence des services frontaliers au Canada a compétence pour décider de la détention, la *LIPR* en fournit les motifs, et la Section de l'Immigration de la CISR la contrôle.

Les motifs de détention à l'entrée – qui concernent donc particulièrement le demandeur d'asile – sont les suivants :

- « Art.55 (3) L'agent peut détenir le résident permanent ou l'étranger, à son entrée au Canada, dans les cas suivants :
- a) il l'estime nécessaire afin que soit complété le contrôle;
 - b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que celui-ci est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits de l'homme ou internationaux. »

Le « contrôle » auquel renvoie le premier alinéa de cet article porte sur l'identité de la

of the visit to Canada of the UN Working Group on Arbitrary Detention », 8 juin 2005.; et Janet CLEVELAND, « La détention de demandeurs d'asile et d'autres non-citoyens au Canada », 5 mai 2008, présentation faite à l'occasion de l'événement « Sur la piste des réfugiés » organisé par l'association Droits et démocratie de l'UQAM, URL : <http://cdim.cerium.ca/La-detention-de-demandeurs-d-asile> (consultée le 15 juillet 2008).

¹²⁸⁸ François CRÉPEAU, « L'étranger en « zone internationale » des aéroports et le droit canadien », *op.cit.*, note 1285, p. 112. ; François CRÉPEAU, « Protection des réfugiés et « zone internationale » des aéroports — Convergences canadiennes et européennes », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'immigration*, Montréal, Yvon Blais, 1993, 107-148. ; et encore François CRÉPEAU, « Le réfugié et la protection des Chartes », dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux — Aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises 1992 de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Montréal, Yvon Blais, 1993, pp.262-269. Ainsi que Arthur C. HELTON, « The Detention of Asylum Seekers in the United States and Canada », in Howard ADELMAN (dir), *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, pp. 253-267.

¹²⁸⁹ Susan DAVIS, Roslyn KUNIN, Robert TREMPÉ, Groupe consultatif pour la révision de la législation sur l'immigration, *Au-delà des chiffres, l'immigration de demain au Canada*, Ottawa, ministère des Travaux publics et services gouvernementaux, 1997, recommandation n° 155. Et pour les critiques, voir François CRÉPEAU, France HOULE, « La détention des demandeurs d'asile au point d'entrée – Mesure déraisonnable et inutile », 1^{er} avril 1998, *Mémoire déposé auprès du comité permanent de la chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration lors des consultations sur la détention et le renvoi*, 22 p. Ainsi que : Stan DROMINSKI (prés.), *Immigration Détention et Renvoi*, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, juin 1998.

personne, des raisons de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité publique, ou qu'elle se soustraira au contrôle, à l'enquête ou au renvoi (art. 55 (2)).

Il ressort de la nouvelle législation, une détention plus systématique des demandeurs d'asile, car la marge de manœuvre laissée aux décideurs est plus grande dans l'appréciation des motifs. Comme ailleurs, les réfugiés arrivent majoritairement sans documents (souvent détruits pendant le voyage) ou avec de faux documents, ce qui fait d'eux les cibles d'une détention quasi-automatique. Delphine Nakache, tout en comprenant jusqu'à un certain point le réflexe « sécuritaire » du gouvernement, dénonce cependant deux motifs de détention non inscrits dans la loi, mais bien palpables : les raisons de commodité et le motif sous-jacent de la dissuasion¹²⁹⁰.

Ajoutons que le règlement d'application de la *LIPR* fournit aux autorités un critère de détention extrêmement modulable, basé sur le manque de « collaboration » de l'individu avec les autorités pour établir son identité (art 247(1) a)). Une notion parfaitement inconsistante face à la situation psychologique d'un réfugié (stress, angoisse, méconnaissance de la procédure), qui rend la « collaboration » impossible à évaluer.

Pourtant, cette notion a reçu l'aval du HCR qui, dès 1986 évoquait au nombre des motifs acceptables de la détention des demandeurs d'asile (celle-ci devant « normalement être évitée » par ailleurs) le traitement des

« cas où des réfugiés et des demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou identité ou se sont servis de faux documents afin d'induire en erreur les autorités de l'État dans lequel ils ont l'intention de demander asile. »¹²⁹¹

En 1999, le HCR précise son idée et évoque la « bonne foi » et le « refus de coopérer » du demandeur d'asile dans l'établissement de son identité¹²⁹². Pas plus que ne le fait le *RIPR*, ces propos n'apportent d'élément pertinent pour évaluer le concept de « collaboration ».

Le motif de « risque de fuite » est peut-être encore plus discutable puisqu'il n'est pas censé être invoqué dans la « détention à l'entrée », spécifiquement prévu à l'article 55(3). L'article 55(2)a de la *LIPR* permet à l'agent d'arrêter et de détenir un étranger s'il a « des motifs raisonnables de croire que celui-ci (...) se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi (...) ». Parmi les articles du *RIPR* proposant les critères à prendre en compte lors de cette appréciation, l'un d'eux est susceptible de concerner les réfugiés. Il s'agit

¹²⁹⁰ Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, p. 38.

¹²⁹¹ EXCOM, *La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile*, Conclusion n° 44 (XXXVII) – 1986.

¹²⁹² HCR, *Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers*, february 1999, p. 4.

de « l'implication dans des opérations de passage de clandestins ou de trafic de personnes » qui, poursuit le texte dans une logique de criminalisation des victimes,

« mènerait vraisemblablement l'intéressé à se soustraire aux mesures visées à l'alinéa 244a) ou le rendrait susceptible d'être incité ou forcé de s'y soustraire par une organisation se livrant à de telles opérations. » (art. 245f *RIPR*)

Cette brèche permet de détenir un réfugié pour « risque de fuite » et de systématiser ce motif envers un grand nombre de personnes qui demandent l'asile. Partant du raisonnement que certains individus risquent effectivement d'être persécutés en cas de retour dans le pays d'origine, et fassent par conséquent tout pour ne pas y retourner (y compris en ne se soumettant pas à une mesure d'éloignement), la pratique visant à détenir des personnes simplement parce qu'elles ont demandé le statut de réfugié est de plus en plus observée¹²⁹³.

En ce qui concerne le statut juridique du lieu de la détention, le Canada ne dispose pas d'instrument juridique national équivalent au dispositif français des « zones d'attente » et les divers lieux de détention sont administrés de façon très variable¹²⁹⁴. Ainsi, si cet État résiste au subterfuge des avatars de la zone extraterritoriale, il ne résiste pas à celui de l'hétérogénéité des lieux de détention et par conséquent, à l'inégalité de traitement entre demandeurs d'asile.

Ces lieux de détention sont communément appelés « postes d'attente » et peuvent être¹²⁹⁵ : des hôtels ou motels (réservés aux personnes considérées à « faible risque »), des bureaux d'immigration aux points d'entrées, des « centres de surveillance de l'immigration » de l'ASFC¹²⁹⁶, et parfois des établissements pénitentiaires réservés aux criminels de droit commun, soit que le demandeur d'asile a fait preuve d'indiscipline, soit simplement pour faute de place ailleurs, ce qui est inacceptable. La détention des demandeurs d'asile s'organise également dans les « zones de transit », en dépit du bricolage juridique réalisé par la Cour Suprême qui a rejeté leur statut de lieu de détention (puisque l'étranger est toujours libre de

¹²⁹³ Commission des Droits de l'Homme, *Droits civils et politiques, notamment les questions suivantes: torture et détention*, Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, visite au Canada, (1er-15 juin 2005), Doc. Off. C.E.S., 62^e session, Point 11 a) de l'ordre du jour provisoire, E/CN.4/2006/7/Add.2, 5 décembre 2005, §76 [ci après *Rapport sur la détention arbitraire au Canada*]; ainsi que CCR, « Submission to the UN Human Rights Committee on detention », september 2005, 29 p.

¹²⁹⁴ Résolution du Conseil canadien pour les réfugiés, mai 2001, URL : <http://www.web.net/~ccr/resm01fr.htm> (consultée le 27 avril 2007); CISR, *Contrôle des motifs de détention*, de mai 2006, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/ausujet/tribunaux/si/detention/index_f.htm#detention1 (consultée le 27 avril 2007); et CIC, « Détention », *Guide d'exécution de la loi*, ENF 20, 2 novembre 2005.

¹²⁹⁵ Nous reprenons en partie le travail de synthèse effectué par Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, Annexe 4 : « Les différents postes d'attente réservés aux demandeurs d'asile », pp. 237-240.

¹²⁹⁶ Il existe trois centres de prévention de l'immigration (CPI) au Canada : à Laval, à Mississauga en banlieue de Toronto et à l'aéroport de Vancouver.

quitter le Canada)¹²⁹⁷. Certains évoquent même pour les « zones de transit », un parallèle avec la pratique européenne qui leur donne un caractère « international » pour en faire une zone de non-droit¹²⁹⁸.

En 1997, le Groupe de travail sur la détention arbitraire créé par la Commission des droits de l'homme assimilait très clairement les zones de transit à des lieux de détention¹²⁹⁹. En 2005, il rapportait précisément sur le Canada et tout en se félicitant qu'elle demeure une mesure exceptionnelle, exprimait son inquiétude sur l'arbitraire constaté dans la détention des demandeurs d'asile¹³⁰⁰.

B) Précarité des conditions et du contrôle de la détention.

Le régime juridique canadien de la détention est mal défini et manque d'homogénéité, ce qui entraîne une insécurité juridique pour le détenu, qui n'a pas de droits à faire valoir (2). Dans le régime français, bien que plus abouti, on observe de gros écarts entre le droit et la pratique (1).

1) En France : un écart entre le droit et la pratique.

Ne pouvant théoriquement excéder vingt jours, la durée du maintien en zone d'attente peut être portée à vingt-six jours avec la loi « Hortefeux ». Pendant la première période de quatre jours, le détenu est sous le contrôle exclusif de la police aux frontières, puis il est pendant huit jours sous celui du juge judiciaire, lequel pouvait jusqu'à présent renouveler cette période de détention « à titre exceptionnel », et au terme de la loi du 20 novembre 2007, peut désormais également le faire « en cas de volonté délibérée de l'étranger de faire échec à son départ » (art. L. 222-1 CESEDA). La loi autorise également une prolongation d'office (sans intervention du juge judiciaire donc) de six jours lorsque l'étranger dépose une demande d'asile dans les six derniers jours de son placement préalablement reconduit. De même, une prolongation d'office de quatre jours est possible si le demandeur d'asile dépose un recours contre un refus d'entrée au titre de l'asile, dans les quatre derniers jours de son placement (art.

¹²⁹⁷ *Dehghani c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053.

¹²⁹⁸ François CRÉPEAU et France HOULE, « La détention des demandeurs d'asile au point d'entrée – Mesure déraisonnable et inutile », 1^{er} avril 1998, *Mémoire déposé auprès du comité permanent de la chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration lors des consultations sur la détention et le renvoi*, p.16.

¹²⁹⁹ *Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Doc. off. CES, Commission des droits de l'homme, 54^e session, point 8 de l'ordre du jour provisoire, Doc. NU E/CN.4/1998/44, 19 décembre 1997, p. 12

¹³⁰⁰ Commission des Droits de l'Homme, *Rapport sur la détention arbitraire au Canada, op.cit.*, note 1293, §76.

L221-3, L222-1 et L222-2 du CESEDA).

Au-delà de la durée maximale de détention, la police des frontières doit laisser pénétrer les étrangers détenus sur le territoire. Si le réfugié vit une situation de « course contre la montre à la demande d’asile », l’administration de son côté est en situation de « course contre la montre au refoulement ». C’est par cette obligation de résultat que s’expliquent les moyens utilisés et le fossé qui sépare les garanties prévues par la loi de la pratique, tant sur le plan des droits fondamentaux que sur le droit d’asile.

Les conditions matérielles (a) et juridiques (b) du maintien en zone d’attente d’un demandeur d’asile sont inscrites aux articles L221-1 à 5 du CESEDA. Et ce n’est pas tant la loi, que son respect et son contrôle qui posent problème. Par ailleurs, les zones d’attente sont un échec (c).

a) Conditions matérielles du maintien en zone d’attente.

Les conditions de type logistique prévues par la loi sont très rarement vérifiées, et les rapports soumis par les associations humanitaires ayant accès aux zones d’attente montrent au contraire des conditions de salubrité et d’hygiène plus que critiques très éloignées d’une prestation de type hôtelier¹³⁰¹.

D’autre part, l’assistance d’un médecin expressément prévue par la loi révèle un accès effectif très insuffisant des étrangers aux soins en raison des contraintes horaires imposées par le personnel médical détaché aux zones d’attente. De plus, seule la zone d’attente de Roissy, et depuis septembre 2000 seulement, dispose d’un médecin sept jours sur sept¹³⁰².

Jusqu’en 2003 le demandeur d’asile devait être « immédiatement informé de ses droits et devoirs, s’il y a lieu par l’intermédiaire d’un interprète », une obligation ressemblant davantage à une suggestion, et qui était rarement, sinon jamais prise en compte¹³⁰³. La loi du 26 novembre 2003 a donc détaillé les dispositions en cause de la manière suivante : « l’étranger maintenu en zone d’attente est informé, dans les meilleurs délais, qu’il peut demander l’assistance d’un interprète » (art. L. 221-4), en prenant soin d’en fragiliser les

¹³⁰¹ Entre autres, Bilan de l’ANAFÉ : « Bilan des visites en zone d’attente à Roissy », Campagne de novembre 2000 à mars 2001, *Embargo*, lettre ouverte adressée au premier ministre et distribuée à la conférence de presse du mardi 3 avril 2001, 17 pp. Voir aussi Claire RODIER, « Zone d’attente de Roissy : à la frontière de l’État de droit », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 23-31, et François JULIEN-LAFFERIERE, « Le traitement des demandeurs d’asile en zone d’attente, entre théorie et réalités », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 34-36.

¹³⁰² Médecins du Monde, *La zone d’attente de Roissy, une zone de non-droit*, Rapport 2002, 16p.

¹³⁰³ Bilan de l’ANAFÉ : « Bilan des observations des audiences du 35 « quater » au TGI de Bobigny », 21 pp.

conditions du bénéficiaire¹³⁰⁴, ce qui conduit régulièrement à un véritable défaut d'interprétariat, tant au niveau de l'information des droits (la version russe omet de préciser par exemple qu'il est possible de faire une demande d'asile), que de l'entretien avec l'agent de l'OFPPA, que de la notification de la décision de rejet¹³⁰⁵.

Le droit à l'assistance d'un avocat a également dû être l'objet d'un combat politique et juridique portant notamment sur la permanence de l'accès des avocats dans les zones d'attente et sur la levée des restrictions horaires fixées par l'administration¹³⁰⁶, à l'issue duquel on peut résumer la situation de la façon suivante : le droit à l'assistance d'un avocat est absolu, mais l'accès est limité (comme d'ailleurs la plupart des droits fondamentaux proclamés dans les conventions, constitutions et lois, au premier rang desquels, le droit d'asile). Plusieurs rapports d'associations habilitées à visiter les zones d'attente font état de graves dysfonctionnements et d'une grande précarité des droits de la défense¹³⁰⁷. Ce qui remet profondément en cause la garantie des conditions juridiques du placement et du maintien en zone d'attente.

Le droit à être traité dignement enfin, n'est pas inscrit dans les articles du *CESEDA* relatifs à la détention, mais découle des engagements internationaux de la France, dont l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹³⁰⁸. Ce droit peut-être plus que les autres, est régulièrement bafoué puisqu'au-delà d'un traitement minimal, voire indigne, ce sont des violences policières que l'on dénonce régulièrement.

Brutalités physiques, intimidations et humiliations sont utilisées, semble-t-il, dans un esprit de dissuasion pour pousser les étrangers à baisser les bras et repartir chez eux. Les brutalités relevées ont lieu partout (terminaux, postes de police des terminaux, zapi3), et envers tout le monde, y compris des femmes enceintes. Le rapport de l'ANAFÉ fournit

¹³⁰⁴ Une liste d'interprètes devant réunir un certain nombre de conditions (fixées par un décret du Conseil d'État) doit être établie par le Procureur de la République pour chaque TGI. Voir l'étude « Zones d'attente », *DPDE*, 1^{er} août 2006, §17.

¹³⁰⁵ ANAFÉ, *Bilan 2006*, février 2007, 38 p.

¹³⁰⁶ Commissaire aux Droits de l'Homme, M. Alvaro GIL-ROBLES, *Sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, rapport, 15 février 2006, § 190 ; et ANAFÉ, *Pour un accès permanent des associations et des avocats dans les zones d'attente*, 2001, 13 p. ; Comité européen pour la prévention de la torture, rapport au gouvernement de la République française relatif aux visites en France effectuées du 14 au 26 mai 2000, le 19 juillet 2001 et du 17 au 21 juin 2002, tous disponibles à l'URL : <http://www.cpt.coe.int/fr/États/fra.htm> (consultée le 28 avril 2007).; La Cour de cassation, cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 2001, *Mweze Nyota*, n°99-50.067, *Bull.civ.* II, n°18, p.13 a jugé qu'il ne pouvait être opposé aucun horaire à l'avocat rendant visite à son client ; principe timidement évoqué par le Conseil d'État qui n'a toutefois pas invalidé les restrictions horaires : CE, 13 nov. 2002, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris c. Premier ministre*, n° 250871

¹³⁰⁷ Voir notamment ANAFÉ, *Du placement en zone d'attente...au tribunal correctionnel*, avril 2006, 38 p.

¹³⁰⁸ CEDH, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98 et CEDH, 27 novembre 2003, *Shamas c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99.

quarante pages de témoignages et on touche parfois à la torture sadique¹³⁰⁹. Parfois le fait de comportements personnels, gratuits et racistes, ces violences ont plus particulièrement lieu lorsque les étrangers demandent des informations, notamment sur l'enregistrement de leur demande d'asile, lorsqu'ils ne répondent pas aux questions, et bien sûr lors de tentatives d'embarquement forcé dans un avion au cours desquelles des décès plus que suspects ont été constatés¹³¹⁰. Un « officier de quart a même affirmé que l'attitude de l'étranger pendant la tentative d'embarquement permettait de « tester » l'authenticité de la demande d'asile. »¹³¹¹

Enfin, quand les victimes ont la « chance » de voir un médecin qui certifie ces violences et d'avoir un avocat qui saisit le procureur de la République, il n'est pas rare que les autorités fassent « « disparaître » les traces d'agissements graves commis par des policiers en expulsant leurs victimes »¹³¹². On peut dès lors finalement conclure à une zone de non-droit. Pourtant, ces rapports sont publics¹³¹³. Enfin, les problèmes soulevés par l'accès des associations aux zones d'attente conduisent à penser que ce qui est dénoncé n'est que la partie visible de l'iceberg.

L'accès des humanitaires à la zone d'attente a été organisé très tardivement. Les difficultés de mise en œuvre posées par la nécessité d'informer l'individu retenu en zone d'attente ont conduit le ministre de l'Intérieur et le législateur à envisager l'intervention d'associations humanitaires et du HCR dans les zones d'attente. Cette mesure aurait logiquement dû être prise dès 1992, en conformité avec les promesses que le ministre de l'Intérieur de l'époque avait faites au Sénat¹³¹⁴, mais n'est intervenue qu'en 1995 et ne fut complétée qu'en 1998¹³¹⁵. Divisé en deux chapitres portant respectivement sur les conditions d'accès du délégué du HCR et sur celles des associations humanitaires, le décret révèle

¹³⁰⁹ ANAFÉ, *Violences policières en zone d'attente*, mars 2003, 47 p.

¹³¹⁰ ANAFÉ, « Mort de deux étrangers lors de leur éloignement à l'aéroport de Roissy », Communiqué du 21 janvier 2003.

¹³¹¹ ANAFÉ, *Zones d'attente : en marge de l'État de droit*, Doc. ANAFÉ, Paris, mai 2001, 64 p.

¹³¹² ANAFÉ, « Graves violences en zone d'attente », Communiqué du 25 février 2005.

¹³¹³ Et l'ANAFÉ n'est pas la seule organisation à en éditer. En témoignent les rapports du *Comité européen pour la prévention de la torture* précédemment cités, l'avis rendu par le parlementaire Louis MERMAZ au nom de la Commission des lois sur le projet de finance pour 2001, n° 2628, 11 octobre 2000, le rapport d'Amnesty international, section française, « France : pour une véritable justice. Mettre fin à l'impunité du fait des agents de la force publique », avril 2005, point 4.5 et 5.10 ; ou encore ceux de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité, *Rapport annuel 2006*, remis au Président de la République le 8 mars 2007, pp. 343-363. ; du Commissaire aux Droits de l'Homme, M. Alvaro GIL-ROBLES, *Sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, 15 février 2006, pp. 51-72; etc.

¹³¹⁴ Débats parlementaires portant sur la loi n°92-625 du 6 juillet 1992, *JO Sénat CR*, 17 juin 1992, p. 1760.

¹³¹⁵ Décret n° 95-507, *déterminant les conditions d'accès du délégué du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires à la zone d'attente*, 2 mai 1995, *JO* du 4 mai, complété par les décrets n° 98-510 du 17 juin 1998 et n° 2005-617 du 30 mai 2005.

quelques limites importantes et non justifiées. Les associations humanitaires doivent par exemple faire partie d'une liste dûment établie par le ministre de l'Intérieur. Cette liste a fait l'objet d'une tentative de limitation quantitative de la part du ministre de l'Intérieur, mais le juge administratif est intervenu pour condamner cette manœuvre et bannir toute idée de quota dans l'établissement de cette liste. Pas moins de six associations avaient dû faire un recours contre le ministre de l'Intérieur à cette fin¹³¹⁶. En réponse, le ministère a transformé en norme obligatoire l'argument qui n'avait pas convaincu le Conseil d'État, en ouvrant un nouveau motif de refus d'habilitation « au regard notamment du nombre d'associations déjà habilitées »¹³¹⁷. Les conditions établies par le décret du 2 mai 1995 sont très critiquées par les associations humanitaires qui interviennent en zones d'attente ou qui sont susceptibles de le faire. Selon elles, il empêche une réelle information et une réelle assistance aux personnes retenues, notamment en ce que l'interprétation qu'en fait le Conseil d'État leur confère un simple rôle d'observateur¹³¹⁸.

Entre-temps, un droit d'accès aux parlementaires a été institué par une loi du 15 juin 2000¹³¹⁹ et la loi du 26 novembre 2003 a institué une « Commission nationale de contrôle des centres de rétention et des zones d'attente » chargée de surveiller le respect du droit et des conditions de la détention, et de faire de recommandations. Un arrêté du 30 mai 2006 a étendu la liste des associations habilitées¹³²⁰. Une loi du 30 octobre 2007 institue un « Contrôleur général des lieux de privation de liberté », dont il n'est pas très clair s'il remplace, seconde ou contrôle la Commission mise en place par la loi de 2003¹³²¹. En tout état de cause, ses missions sont tout à fait similaires, avec cependant un statut d'autorité indépendante, que la Commission n'a pas¹³²². Enfin, le Comité européen pour la prévention de la torture, le

¹³¹⁶ CE, 6 nov. 2000, *MRAP*, n° 214512, *P.A.* n°23, 1^{er} février 2001, p. 19 ; CE, 6 avril 2001, *CRARDDA*, n° 202998 ; CE, 28 décembre 2001, *Association Amnesty International*, n° 233680, groupe 151 ; CE, 3 juin 2002, *Association d'accueil aux médecins et personnels de santé réfugiés en France*, n° 227020 ; CE, 3 juin 2002, *Groupe accueil et solidarité*, n°239333.

¹³¹⁷ Décret n° 2005-617 du 30 mai 2005, modifiant l'article 7 al. 3 du Décret n° 95-507 du 2 mai 1995, *JO* du 31 mai 2005.

¹³¹⁸ CE, 3 oct 1997, *ANAFÉ*, n° 170527, *Rec.* p. 328, *AJDA* 1997, p. 916, note F. JULIEN-LAFERRIERE.

¹³¹⁹ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 et ayant fait l'objet d'une circulaire d'application dès le lendemain : *Circulaire relative à la visite des locaux de zones d'attente et des centres de rétention par les députés et sénateurs*, du 2 janvier 2001, NOR : INTD0100001C.

¹³²⁰ Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Arrêté du 30 mai 2006 *fixant la liste des associations humanitaires habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder en zone d'attente*, NOR: INTD0600504A.

¹³²¹ À la lecture du projet de loi, l'objectif semble être la réduction du nombre d'intervenants, et la centralisation des contrôles. *Projet de loi instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Rapport n° 414 (2006-2007) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 juillet 2007.

¹³²² Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 *instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, *JO*

Commissaire des droits de l'homme et le Comité contre la torture des Nations Unies sont habilités par leurs propres statuts à effectuer des visites¹³²³.

En dépit d'une évolution positive, l'accès des zones d'attente par les organisations humanitaires, et notamment l'ANAFÉ reste aujourd'hui l'objet d'âpres négociations avec le ministre de l'Intérieur. Le contentieux des refus d'habilitations ne cesse pas. Cet accès est toujours limité et ne suffit pas¹³²⁴.

b) Conditions juridiques du maintien en zone d'attente.

Les conditions juridiques sont inscrites aux articles L222-1 à 5 du *CESEDA*. Il s'agit essentiellement, pour l'administration, de motiver la décision de maintien en zone d'attente, et de motiver la requête de prolongation de ce maintien. Nous n'entrons pas ici dans le détail de la procédure,¹³²⁵ mais relevons ce qui intéresse particulièrement les réfugiés avec la problématique du contrôle de la décision de placer, et de maintenir en détention, au titre de la « demande manifestement infondée » (i). Nous relevons aussi ce qui intéresse spécifiquement notre propos sur la volonté de rendre invisible le réfugié (mais cela concerne tous les étrangers placés en zone d'attente ou en rétention) avec le phénomène de délocalisation des audiences (ii).

i. Demande manifestement infondée et contrôle de la détention.

Le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité des mesures de refus d'entrer sur le territoire, des mesures de maintien initial de l'étranger, et enfin des décisions de refus d'admission sur le territoire au titre de la demande manifestement infondée. Une décision de refus d'entrée peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif, désormais suspensif avec la loi « Hortefeux » et le nouvel article L. 213-9 du *CESEDA*¹³²⁶. Le caractère effectif du recours n'a cependant pas convaincu les observateurs¹³²⁷, en raison des exigences de recevabilité jugées trop strictes (notamment un délai trop court de 48h, et une requête devant être dûment motivée sous peine de rejet par ordonnance), et de son caractère

n° 253, 31 octobre 2007, p. 17891.

¹³²³ « Zone d'attente », *DPDE*, 1^{er} août 2006, §31.

¹³²⁴ Malgré notamment l'établissement d'un régime de « Conventions » entre le ministre de l'Intérieur et une association, ouvert par le décret du 30 mai 2005. Voir le dossier *Accès des associations habilitées dans les zones d'attente* de l'ANAFÉ, URL : <http://www.anafe.org/acces.php> (consultée le 29 avril 2007).

¹³²⁵ Pour un exposé exhaustif, voir l'étude « Zones d'attente », *DPDE*, 1^{er} août 2006.

¹³²⁶ Le gouvernement ayant pris acte de: CEDH, *Gebremedhin c. France*, 26 avril 2007, n° 25389/05.

¹³²⁷ Hélène GACON, « Qu'est-ce qu'un recours suspensif pour un étranger maintenu en zone d'attente ? », *AJ Pénal*, n° 11, novembre 2007, pp. 476-479 ; ANAFÉ, « Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à l'asile à la frontière : un recours « suspensif » mais pas « effectif » », communiqué, 17 septembre 2007.

exclusif de tout autre recours.

C'est au juge judiciaire que revient le contrôle de la privation de liberté *stricto sensu*, c'est-à-dire le contrôle des droits fondamentaux inhérents à toute mesure restrictive de liberté (droit à un interprète, un avocat, un médecin, etc.), ainsi que le prolongement du maintien en zone d'attente au-delà de quatre jours. Vis-à-vis du premier contrôle, le juge judiciaire est très vigilant¹³²⁸. Vis-à-vis du second en revanche, la pratique montre que son intervention est quasiment toujours une validation de la requête de l'administration, plutôt qu'un contrôle effectif. Le spectre de la séparation des autorités administratives et judiciaires conduit à un certain vide juridique. Ainsi, le juge judiciaire devrait avoir la possibilité d'apprécier le caractère manifestement infondé de la demande, lorsque celui-ci fonde le placement en zone d'attente, et qu'une demande de maintien en zone d'attente est faite. C'est ce que le gouvernement avait affirmé lors du vote de la loi en 1992, et c'est ce que le Conseil d'État avait précisé dans un avis sur la question. Mais le juge ne l'a jamais fait, pour ne pas violer le principe de la séparation des pouvoirs en contrôlant une décision de l'administration¹³²⁹. Et pourtant, c'est en raison de la non intervention du juge judiciaire dans l'atteinte à la liberté individuelle créée par la zone d'attente que le juge constitutionnel avait censuré la loi précédente. De plus, la décision de mettre un demandeur d'asile en zone d'attente (décision administrative), et la décision de prolonger ou non ce maintien (intervention du juge judiciaire), ne constituent pas la même décision. Il n'y a pas empiètement d'une compétence sur l'autre, et la séparation des pouvoirs est garantie. Le juge judiciaire devrait contrôler la légalité des raisons du prolongement, y compris donc lorsque la situation se pose, le caractère manifestement infondé de la demande. En sus d'une absence de définition plus que contestable de la « demande manifestement infondée », le contrôle des décisions se basant sur celle-ci, n'existe pas non plus¹³³⁰.

ii. La délocalisation et la déshumanisation des audiences.

Le tribunal territorialement compétent pour connaître du contrôle des motifs du maintien en zone d'attente à Roissy, est le tribunal de grande instance de Bobigny. Dès son entrée en

¹³²⁸ La cour de cassation a fortement réaffirmé la nécessité de garantir l'exercice des droits individuels des étrangers placés en rétention et en zone d'attente, dans une série d'arrêts de 2006 : Cass., 1^{re} civ. 31 janvier 2006, *Wen Wu Li*, n° 04-50.093 ; *Onciou*, n° 04-50.121 et *Boudlal*, n° 04-50.128

¹³²⁹ Cass., 2^e civ., 10 juillet 1996, *Apomolia*, n° 95-50.083, *Bull. civ. II*, n° 202, p. 123 et Cass. 2^e civ., 26 avril 2001, *Rolam*, n° 00-50.015.

¹³³⁰ Voir François JULIEN-LAFERRIERE, « La garantie juridictionnelle des droits des étrangers », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°1, 2002, pp. 65-77.

fonction en 2002¹³³¹, le ministre de l'Intérieur avait voulu déplacer les audiences de ce tribunal dans la « Zone d'attente des personnes en instance » de l'aéroport de Roissy (Zapi3). Une forte résistance de nombreuses associations, du Syndicat de la magistrature et du Conseil de l'ordre des avocats avait à l'époque freiné le projet juridique, sans avoir d'incidence sur les travaux engagés pour l'aménagement d'une salle d'audience dans l'enceinte de Zapi3¹³³².

En 2003 en dépit de l'opposition des mêmes organismes¹³³³, la loi « Sarkozy » s'imposait et son article 50 énonçait que le :

« juge des libertés et de la détention statue au siège du tribunal de grande instance. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la Justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire, il statue dans cette salle. »

La loi ajoutait que :

« Par décision du juge sur proposition du préfet ou, à Paris, du préfet de police, et avec le consentement de l'étranger, l'audience peut également se dérouler avec l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. »¹³³⁴

Deux salles d'audience ont été désignées à titre d'expérimentation : une au centre de rétention de Coquelles, en lieu et place du TGI de Boulogne-sur-Mer, l'autre à Roissy, en lieu et place du TGI de Bobigny. En juin 2005, la première audience délocalisée concernant les étrangers en situation irrégulière se tenait au centre de rétention de Coquelles¹³³⁵.

Pour la salle d'audience de Roissy, les travaux d'aménagement exigés (suite notamment à l'opposition des magistrats et des avocats) ont retardé sa mise en fonctionnement¹³³⁶ et le

¹³³¹ Pétition du Conseil de l'ordre des avocats de la Seine Saint Denis, « NON à une « juridiction d'exception » sur l'aéroport de Roissy », Bobigny, le 26 mai 2003, URL : <http://www.anafe.org/doc/delocalisation/petition.html> (consultée le 1er janvier 2008).

¹³³² Communiqué de l'Anafé, du Syndicat des avocats de France et du Syndicat de la magistrature contre l'implantation d'une salle d'audience sur le site de l'aéroport de Roissy, dans des locaux attenants à la zone d'attente ZAPI 3, juillet 2002, et ANAFÉ, « Délocalisation des audiences », Communiqué, 16 mai 2003.

¹³³³ « Argumentaire contre la délocalisation des audiences dites 35 quater et contre le système de visio-conférence », juillet 2003, URL : <http://www.anafe.org/doc/delocalisation/argumentaire.html> (consultée le 1er janvier 2008), et « Des juridictions d'exception ? », édito de *Plein droit*, n° 65-66, juillet 2005.

¹³³⁴ Article 50 de la loi « Sarkozy », devenu article 35-quater 9° de l'ordonnance de 1945, devenu article L.222-4 du *CESEDA* en 2006.

¹³³⁵ LDH, SM, SAF, GISTI, CIMADE, ANAFE, ELENA, ADDE, « Première audience des étrangers au centre de rétention de Coquelles : lieu d'expérimentation d'une justice d'exception », Communiqué inter-associatif, 13 juin 2005, URL : <http://www.anafe.org/doc/delocalisation/com-13-06-2005.html> (consultée le 1er janvier 2008), et Syndicat de la Magistrature, « Coquelles : le Juge des Libertés et de la Détention cautionne une justice d'exception pour les étrangers », Communiqué, 17 juin 2005, URL : <http://www.anafe.org/doc/communiques/com-52.html> (consultée le 1er janvier 2008) ; Conseil national des barreaux, Commission « Libertés & Droits de l'homme », *Rapport sur la délocalisation des audiences devant le juge judiciaire de la rétention*, 14 octobre 2006, 32 p, URL : http://www.cnb-barreaux.org/PDF/2006-10-14_delocalisation.pdf (consultée le 1er janvier 2008) ; Et Michel HENRY, « À Marseille, un centre de rétention peut cacher un tribunal », *Libération*, 26 septembre 2006.

¹³³⁶ Réponse du ministre de la justice à la question à l'Assemblée Nationale de M. Le Fur Marc (UMP- Côtes-

dispositif n'est pas encore entré en vigueur pour les individus maintenus en zone d'attente.

Mais la loi « Hortefeux » confirme cette législation, et entérine donc la délocalisation du TGI de Bobigny à Roissy pour les demandeurs d'asile. Elle transforme incidemment l'exigence du consentement exprès de l'intéressé à une audience audiovisuelle, en exigence d'une information dans une langue qu'il comprend et à laquelle il ne s'est pas opposé, de la proposition de l'autorité administrative. L.222-4 du *CESEDA*.

Bien que l'argument de l'opportunité de la proximité géographique des audiences au regard de délais de recours souvent très courts soit éventuellement recevable, ce dispositif peut entrer en contradiction avec certains principes fondamentaux de justice, notamment établis par la *Convention européenne des droits de l'homme* et la jurisprudence de la CEDH, tels que l'équité et la publicité des débats, l'indépendance et l'impartialité, et les droits de la défense¹³³⁷.

Ce dispositif contribue surtout à maintenir les demandeurs d'asile au même endroit, c'est-à-dire à l'écart de la France, et alimente le mythe qu'ils ne sont pas vraiment encore parmi nous.

Par trois arrêts du 16 avril 2008, la Cour de cassation a déclaré illégales les salles d'audience aménagées dans les enceintes des centres de rétention¹³³⁸. La solution juridique avancée par la Cour dans ces trois arrêts repose sur le fait que la « proximité immédiate exigée par l'article L. 552-1 du *CESEDA* est exclusive de l'aménagement spécial d'une salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention », et se comprend en référence à la décision du Conseil Constitutionnel de novembre 2003. Ce dernier avait validé la tenue d'une salle d'audience « à proximité immédiate » d'un centre de rétention, ainsi que, au besoin, l'« aménagement spécial » de ladite salle à cet effet¹³³⁹. La Cour de cassation est plus précise et fait une différence entre une salle « à proximité immédiate », et une salle « sur place », la seconde étant illégale pour la confusion qu'elle entraîne entre ministère de l'Intérieur et ministère de la Justice et pour l'atteinte qu'elle porte ainsi au droit à une justice indépendante et équitable. Par la suite, les étrangers dont la prolongation du maintien en rétention avait été

d'Armor) sur salle d'audience de l'aéroport de Roissy, Question publiée au JO, le 25 janvier 2005 p. 697, Réponse publiée au JO le 29 mars 2005, p. 3325.

¹³³⁷ Voir Syndicat de la Magistrature, « Contre la délocalisation des audiences et contre une justice d'exception pour les étrangers », Communiqué, 10 juin 2005, URL : <http://www.syndicat-magistrature.org/spip.php?article158> (consultée le 1^{er} janvier 2008).

¹³³⁸ Cour de cassation, *M. Mehdi X... et autres c. Préfet du Vaucluse*, 16 avril 2008, n° 06-20978 ; Cour de cassation, *M. Nourddine X... et autres c. Préfet des Bouches du Rhône*, 16 avril 2008 n° 06-20390. ; Cour de cassation, *Mme Cristina X... et autres c. Préfet des Hautes-Alpes*, 16 avril 2008, n° 06-20391.

¹³³⁹ CC, 20 novembre 2003, DC n° 2003-484, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, considérant 81.

décidée dans ces conditions, et qui n'avaient pas encore été éloignés, ont été relâchés.

L'issue de ce combat juridique, mené par le Syndicat des avocats de France depuis 2005, pourrait mettre un terme au projet de délocalisation des audiences du TGI de Bobigny à Roissy, en ce qui concerne les demandeurs d'asile. Projet pour lequel des travaux d'aménagement sont en cours.

Notons cependant que les audiences sont maintenues à Coquelles (Pas-de-Calais) du fait que le bâtiment est distinct du centre de rétention¹³⁴⁰. Si le juge n'intervient pas à nouveau ou ne trouve rien à y redire, la « solution » gouvernementale sera simplement de construire des bâtiments « distincts » ici et là.

De l'ordre de l'invisible toujours, les refus abusifs d'enregistrement constatés par les organisations habilitées à visiter les zones d'attente et qui ne sont ni prévus, ni a fortiori réglés par le droit. Quantitativement relativement rares, les refus d'enregistrement d'une demande d'asile constituent le degré zéro de la protection des réfugiés. Il ne s'agit pas ici des refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile, mais bien des refus purs et simples de prendre acte d'une demande d'asile. Ils ne s'expliquent pas et sont d'ailleurs niés par la police aux frontières qui argumente que ce n'est pas dans leur intérêt de ne pas enregistrer une demande d'asile. Pourtant, l'ANAFÉ en a relevé vingt-cinq pour l'année 2006¹³⁴¹ et a précisé qu'il s'agissait là d'une pratique persistante déjà constatée dans les années précédentes, et au sujet de laquelle elle avait attiré l'attention de la Direction des Libertés publiques et des Affaires juridiques et de la Direction Générale de la Police Nationale¹³⁴².

D'après les témoignages recueillis, les agents feraient de l'enregistrement de la demande d'asile un instrument de chantage que l'ANAFÉ résume en ces termes :

« dites-nous votre provenance (connaître la provenance permet de refouler vers cette destination sans être obligé d'obtenir un laissez-passer consulaire) et nous accepterons d'enregistrer votre demande d'asile. »¹³⁴³

Les écarts entre la loi et la pratique, les atteintes graves aux libertés, et l'inefficacité des

¹³⁴⁰ Laetitia Van EECKHOUT, « Étrangers : les audiences délocalisées en centre de rétention jugées illégales », *Le Monde*, 19 avril 2008.

¹³⁴¹ ANAFÉ, *Bilan 2006*, février 2007, p. 10.

¹³⁴² ANAFÉ, *La roulette russe de l'asile à la frontière – Zone d'attente, qui détourne la procédure ?*, novembre 2003, 46 p., et François JULIEN-LAFERRIERE, « Le traitement des demandeurs d'asile en zone d'attente, entre théorie et réalité », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 36-38.

¹³⁴³ ANAFÉ, *Bilan 2006*, février 2007, p. 10. et ANAFÉ, *Une France inaccessible*, Rapport de visites en aéroports, Zone d'attente de Roissy-Charles de Gaulle, décembre 2007, 38 p ;

zones d'attente sont régulièrement dénoncés¹³⁴⁴.

c) Dysfonctionnements et échecs de la zone d'attente.

Les zones d'attente souffrent aujourd'hui de nombreux dysfonctionnements. Pendant dix ans, la durée moyenne de maintien en zone d'attente a régulièrement augmenté avec le nombre de demandeurs d'asile, entraînant un taux dégressif d'admission sur le territoire. Mais parallèlement, le nombre d'agents de la division de l'asile à la frontière (DAF) diminuait. Si le taux d'admission sur le territoire ne remonte pas, la baisse récente du nombre de demandes d'asile a entraîné une diminution du nombre de jours de maintien d'une personne placée en zone d'attente est en diminution (en 2005 une personne était maintenue en moyenne 1,82 jours). Cette accélération des procédures est interprétée comme permettant le renvoi des personnes avant le passage devant le juge des libertés et de la détention (4^e jour)¹³⁴⁵. Pour l'étranger qui parvient à rester au-delà du quatrième jour en revanche, le régime juridique de la zone d'attente, notamment modifié par la loi « Hortefeux », tend à allonger la durée de la détention.

Nous avons vu enfin qu'environ 90% des individus placés en zone d'attente finissaient d'une manière ou d'une autre par entrer sur le territoire français. Non seulement la pratique des zones d'attente a montré ses limites, mais elle a de plus contribué à aggraver ce pour quoi elle fut instituée : la (supposée) pression migratoire. L'État s'est donné des objectifs de confinement et de filtrage, sans mettre en œuvre les moyens, notamment en personnel, d'y parvenir. Les zones d'attente sont devenues des fabriques de clandestins, d'irréguliers et de sans-papier, tous dans une situation de non-droit. Notons de plus, que puisqu'il est impossible de placer un demandeur d'asile en rétention administrative depuis la loi du 6 juillet 1992 créant les zones d'attente, qu'il est également impossible de placer en zone d'attente un candidat à l'asile qui ne soit pas arrivé par voie aérienne, maritime ou ferroviaire (Art L. 221-1 du *CESEDA*), et qu'il n'est pas non plus possible de l'assigner à résidence (mesure réservée à l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou qui doit être reconduit à la frontière – Art. L. 523-3 du *CESEDA*), le sort du demandeur d'asile arrivé par

¹³⁴⁴ François JULIEN- LAFERRIERE, « Le traitement des demandeurs d'asile en zone d'attente, entre théorie et réalité », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 34-36; Stéphane JULINET, « Dans les zones d'attente : Atteinte aux libertés et inefficacité », *Plein droit*, n° 44, décembre 1999 ; Serge SLAMA, « Roissy-Paris via Strasbourg : les aléas de la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à la frontière », note sous CE 11 août 2005, *AJDA*, n° 28/14 nov. 2005, p. 2134 et Olivier CLOCHARD, Antoine DECOURCELLE et Chloé INTRAND, « Zones d'attente et demande d'asile à la frontière : le renforcement des contrôles migratoires ? », *REMI*, 2003, Vol 19, n° 2 , pp. 157-189.

¹³⁴⁵ UCIJ, *Immigration et droit d'asile - Contre rapport*, mars 2007, p. 8

voie routière n'est pas réglé juridiquement. Même si la situation géographique de la France laisse à penser que cette situation de vide juridique est compensée par le système Dublin (le candidat ayant fatalement transité par un État membre de l'accord), les délais de la procédure (de la requête Dublin) sont propres à l'évaporation des « dublinisés ».

Et la présence d'un tel nombre d'irréguliers sur le territoire justifie la mise en place de normes répressives, d'arrestations, de mesures d'éloignement et de renvois, qui vont elles-mêmes justifier la rétention administrative.

Pour les rares individus, dont la demande d'asile n'aura paru manifestement infondée, et qui parviennent à échapper à la circularité du processus, la procédure de reconnaissance est cependant encore loin. Pousser dans ses derniers retranchements, l'État va instaurer l'accueil provisoire.

2) Au Canada : pas assez de droit, pas assez de droits.

L'hétérogénéité des lieux de détentions évoquée plus haut entraîne une hétérogénéité des conditions matérielles et juridiques de la détention. Cela soulève évidemment une difficulté pour rassembler l'ensemble des informations pertinentes, mais cela conduit surtout à une grande disparité de traitement entre détenus, et à une insécurité particulière pour les demandeurs d'asile. Parmi les rares sources formelles disponibles, qui ne s'appliquent d'autre part qu'aux centres ASFC, on trouve les « guides et notes de service sur les opérations » édités par le CIC c'est-à-dire pour ce qui nous concerne, les guides « Exécution de la loi » n° 3 et 20, respectivement relatifs aux « Enquêtes et contrôle de la détention »¹³⁴⁶ et à la « Détention »¹³⁴⁷. Les règles de la Section de l'Immigration apportent d'autre part un éclairage sur le contrôle de la détention¹³⁴⁸.

a) Conditions matérielles de la détention.

Le guide « détention » du CIC propose que soient respectés les principes de traitement suivants : dignité, sécurité, transparence du processus de détention, respect de la vie privée, information sur le statut et les droits des détenus, respect des « normes qui englobent les normes internationales », déploiement d'« efforts raisonnables pour répondre aux besoins

¹³⁴⁶ CIC, *ENF3 Enquête et contrôle de la détention*, 16 février 2006, 48 p.

¹³⁴⁷ CIC, *ENF20 Détention*, 2 novembre 2005, 25 p.

¹³⁴⁸ CISR, *Règles de la Section de l'Immigration*, DORS/2002-229. Voir également la brochure éditée par la CISR, *Contrôle des motifs de détention*, mai 2006, URL : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/ausujet/tribunaux/si/detention/index_f.htm (consultée le 1^{er} mai 2007).

physiques, affectifs et spirituels des personnes détenues, d'une façon appropriée sur le plan culturel », et enfin le contrôle par un « organisme externe » du respect de ces normes.

Or, comme en France, l'accès des organismes humanitaires à ces centres est entravé et ce qui se passe en centre de détention manque en définitive autant de transparence. Il ressort néanmoins des témoignages recueillis que, comme en France, lacunes et violations dans l'application de ces principes sont observées¹³⁴⁹.

L'accès des ONG et des conseils juridiques, par exemple, est extrêmement limité en zone de transit (qui nous l'avons vu n'est pas juridiquement considérée comme un centre de détention puisqu'il est toujours possible d'en repartir, mais qui n'en est pas moins un). De la même façon, l'accès aux centres de type pénitentiaire est restreint. Enfin, il l'est aussi dans les centres de l'ASFC, non pas en raison de restrictions juridiques, mais de leur éloignement géographique et de la difficulté matérielle de s'y rendre¹³⁵⁰. Il ressort de ces restrictions que les détenus manquent à la fois d'information sur la seule raison de leur détention, et d'assistance pour en sortir.

Sur le traitement *stricto sensu*, l'ignorance et le racisme ont les mêmes effets qu'en France. Outre que le profilage racial est un fait bien établi dans les placements en détention depuis le 11 septembre¹³⁵¹, il est également présent en son sein¹³⁵². Humiliations, pressions psychologiques et violences physiques ont également été relevées. Y compris dans les centres « *ad hoc* ». Pour les autres (rappelons qu'il n'y a que trois centres de détention des immigrants pour tout le Canada et que faute de places les demandeurs d'asile peuvent être détenus dans des prisons, parfois même des prisons de haute sécurité), c'est la discipline du lieu qui s'applique à eux, c'est-à-dire bien souvent la discipline pénitentiaire, sans distinction de leur statut¹³⁵³. Enfin, les conditions des centres de détention des immigrants eux-mêmes ne

¹³⁴⁹ World Council of Churches, « Punishing the victims of persecution », statement on detention, September 2005, URL: <http://www.kairoscanada.org/e/refugees/detention/victimPunishing.asp> (consultée le 1^{er} mai 2007); CCR, « Refugees and non-citizens in Canada: Key concerns regarding Canada's compliance with the Covenant on Civil and Political Rights (CCPR), Submission to the UN Human Rights Committee on detention », 16 september 2005, 29 p. [ci-après *CCR Submission*].

¹³⁵⁰ Sur ces points, voir Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, pp. 137-141. Voir également le *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale*, Mme Gabriela Rodríguez Pizarro, en application de la résolution 1999/44 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Visite au Canada; Doc. off. AG CES, Commission des droits de l'homme, Cinquante- septième session, Point 14 a) de l'ordre du jour provisoire, 21 décembre 2000, Doc. NU E/CN.4/2001/83/Add.1 [ci-après *Rapport de l'ONU sur le Canada*].

¹³⁵¹ *CCR submission, op.cit.*, note 1349, p. 8.

¹³⁵² Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, pp. 143-146.

¹³⁵³ Voir le *Rapport de l'ONU sur le Canada, op.cit.*, note 1350, § 48-64. Et sur la pauvreté du contrôle judiciaire de cette situation, voir Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, p. 151.

remplissent guère plus les exigences minimales de salubrité, de dignité et de sécurité¹³⁵⁴.

b) Conditions juridiques : contrôle et problème des délais.

Deux des grands enjeux juridiques soulevés par la détention des demandeurs d'asile nous intéressent ici, d'autant qu'ils sont liés : le contrôle de ses motifs et le problème de sa durée.

Aux termes de la *LIPR*, seuls les motifs du maintien en détention (et non du placement initial) sont contrôlés. Ce contrôle revient à la Section de l'Immigration et doit intervenir « dans les quarante-huit heures suivant le début de celle-ci, ou dans les meilleurs délais par la suite. » (art. 57(1)). À l'alinéa suivant est précisé que « par la suite, il y a un nouveau contrôle de ces motifs au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle, puis au moins tous les trente jours suivant le contrôle précédent. » Le caractère indéterminé de la durée de la détention est donc reconnu par la loi.

Contrairement au dispositif français, les agents de l'ASFC se contentent de notifier le placement en détention à la CISR. La motivation de la décision n'intervient qu'au moment de prolonger la détention.

Le contrôle des motifs de détention devant la Section de l'immigration est une procédure ouverte au public, mais l'article 166 de la *LIPR* pose une exception générale pour les demandeurs d'asile avec, pour objectif principal, la sécurité du demandeur d'asile. Pourtant, tout ce qui concourt à rendre invisible une procédure porte atteinte aux garanties procédurales, et conduit encore à terme à rendre invisible le réfugié. Un représentant du HCR peut théoriquement assister à l'audience, mais la loi prévoit également que ce ne soit pas possible lorsque le ministre « demande l'interdiction de la divulgation des renseignements » (art. 86.1 *LIPR*).

À l'issue de ce contrôle, la Section de l'Immigration prendra la décision de prolonger la détention ou prononcer une mise en liberté. Au terme d'une enquête demandée par l'ASFC, elle pourra prononcer une mesure d'exclusion. Notons qu'il y a une gradation dans les mesures de renvoi : la mesure d'« interdiction de séjour » ordonne de quitter le Canada dans un délai de 30 jours ; la mesure d'« exclusion » ordonne de quitter le Canada et de ne pas y revenir avant au moins un an ; la mesure d'« expulsion » ordonne de quitter le Canada et de ne jamais y revenir (art. 223 *LIPR*). Les demandeurs d'asile sont essentiellement concernés par les mesures d'« interdiction de séjour », mais peuvent cependant tomber sous le coup des

¹³⁵⁴ Voir Delphine NAKACHE, *La détention des demandeurs d'asile au Canada*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, pp. 159-178.

deux autres. Une mesure d'exclusion peut être décidée de façon autonome sur la base des « fausses déclarations » (art 40(1)c *LIPR*), de même qu'un demandeur d'asile sous le coup d'un certificat de sécurité est concerné par le régime de l'« expulsion ». Enfin la mesure d'interdiction de séjour se transforme automatiquement en mesure d'exclusion à l'issue du délai imparti pour s'y soumettre.

Entre-temps donc, si l'agent ASFC ou l'agent d'immigration a décidé que la demande d'asile était recevable, elle est transmise à la section de la protection des réfugiés de la CISR. L'ASFC prend alors contre le demandeur d'asile une « mesure d'interdiction de séjour conditionnelle », une sorte de mesure de renvoi préventive qui prendra effet si le demandeur se désiste ou n'obtient pas le statut de réfugié. Il pourra être détenu avant renvoi, et cela, sans jamais avoir quitté son lieu de détention initiale. Sans changer de lieu ou de statut, comme c'est le cas en France avec le passage de « zone d'attente » à la « rétention administrative ». La durée de cette détention peut alors être très longue. Contrairement à la Section de la Protection des Réfugiés, la Section de l'Immigration dispose d'une structure d'appel, auprès de laquelle une mesure de renvoi peut être contestée. De plus, les demandeurs d'asile ont accès à l'Examen des Risques Avant Renvoi. En revanche, une personne sous l'effet d'une mesure d'exclusion n'aura accès qu'au contrôle judiciaire de la Cour Fédérale (art.64 *LIPR*), une procédure rarement autorisée et très coûteuse, donc difficilement accessible pour un demandeur d'asile. Enfin, pour les demandeurs d'asile sous le coup d'un certificat de sécurité, ni les motifs de détention ni la décision d'expulsion ne sont contrôlés par la Section de l'immigration. *A fortiori*, il n'y a pas d'appel ni de contrôle judiciaire possible¹³⁵⁵, la Cour Fédérale se prononçant seulement sur le caractère raisonnable du certificat, en l'absence du détenu ou de son avocat¹³⁵⁶. Sur ce point, la Cour Suprême du Canada est intervenue en février 2007, en déclarant inconstitutionnelle la détention sans procès des individus sous le coup d'un certificat de sécurité. Mais bien qu'invalidant (enfin) sur le fondement de l'article 7 de la *Charte* la plus spectaculaire des mesures arbitraires de la *LIPR*, la Cour valide incidemment toute la logique sécuritaire des certificats de sécurité, y compris le secret (qu'il faut rendre conforme à la *Charte*, mais qu'il faut conserver) et le régime de détention prolongée¹³⁵⁷.

En mai 2008, la vérificatrice générale du Canada (dont la fonction est de contrôler la

¹³⁵⁵ Article 228 du *RIPR*. Nous ne nous étendons pas sur les conditions matérielles et juridiques de la détention des individus sous le coup d'un certificat de sécurité, voir pour cela *CCR Submission, op.cit.*, note 1349.

¹³⁵⁶ Article 78 de la *LIPR*. La décision prise par la Cour Fédérale n'est pas non plus susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (art. 80(3) de la *LIPR*).

¹³⁵⁷ *Charkaoui c. Canada*, 23 février 2007, 2007 CSC 9.

gestion financière des pouvoirs publics au niveau fédéral) publiait son rapport de vérification des activités de détention et de renvoi liées à l'immigration, lequel constitue une mise à jour de la dernière vérification, datant de 2003. Il s'agit en réalité d'un bilan des cinq ans d'activité de l'ASFC, créée en décembre 2003.

Le rapport apporte plusieurs informations factuelles, comme le nombre de détenus (toutes revendications de statut confondues) dans les établissements de l'ASFC et dans les établissements provinciaux et municipaux : 12 824 pour l'année 2007 (un chiffre en augmentation constante vis-à-vis des années précédentes)¹³⁵⁸.

La vérificatrice générale regrette le coût représenté par la détention (36 milliards de dollars pour l'année 2007), et concernant les mesures de renvoi, s'alarme de l'écart grandissant entre les chiffres de la décision et les chiffres de l'exécution, tout en reconnaissant que le nombre de renvois a augmenté. Lorsqu'elle critique le manque d'uniformité des décisions relatives à la détention (comme le fait par exemple, qu'elles soient parfois prises en fonction du nombre de lits disponibles dans l'établissement et non en fonction de la loi), c'est pour dire que cela fait courir le risque de ne pas détenir une personne potentiellement « à risque ». On apprend également, et cela entérine l'équation de l'asile et de la sécurité, que l'ASFC bénéficie depuis 2005 d'un programme de soutien financier de la Sécurité publique et de l'Antiterrorisme pour le renvoi des demandeurs d'asile déboutés.

Nous avons relevé ici les indicateurs les mieux identifiables du discours (normatif et juridictionnel) qui réduit le réfugié à un problème de sécurité. Des motifs de détention, à leur contrôle, en passant par le traitement des détenus, tout est dit, écrit et fait dans le sens d'une véritable criminalisation du migrant et dans une recherche concrète de maintenir les immigrants détenus dans l'obscurité, loin de l'attention du public et des organismes de défenses de leurs droits. Conjointement à ces efforts de dissimulation du refus de protection, les États organisent des formes de protections dérogatoires.

Section 2 : Empêcher de rester - la quête du provisoire.

Dans la pratique, tant la forme temporaire que la forme subsidiaire ont préexisté à leur

¹³⁵⁸ Rapport de la vérificatrice générale à la Chambre des communes, Chapitre 7 : « Les détentions et les renvois — Agence des services frontaliers du Canada », mai 2008, 36 p. URL : http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/aud_ch_oag_200805_07_f.pdf (consultée le 6 juin 2008).

législation. En France notamment, certaines catégories de réfugiés ont dans le passé « bénéficié » d'un régime dérogatoire à la *Convention de Genève*.

Un exemple de protection temporaire est fourni au travers du cas de réfugiés bosniaques fuyant le conflit en ex-Yougoslavie en 1992. Parmi les exilés, ils furent en effet les seuls à se voir accorder un titre de séjour provisoire basé sur des textes non publiés, et qui n'avaient aucune autorité devant les juges en cas de contentieux. Cette procédure d'accueil, en marge de l'asile conventionnel, a certes contribué à accueillir 20 000 Bosniaques, mais elle a surtout engendré la clandestinité d'un très grand nombre d'exilés qui, soit n'étaient pas concernés par ces textes, soit étaient concernés, mais ne pouvaient pas s'en prévaloir en justice.

La situation des Algériens, plus chronique, a entraîné une pratique plus proche de la protection subsidiaire. Un grand nombre d'entre eux ayant demandé le statut de réfugié en invoquant la persécution venant des groupes armés ont été écartés de la protection prévue par la *Convention de Genève*, du fait d'une jurisprudence très restrictive. En 1993, un seul texte, qui n'était ni législatif ni réglementaire¹³⁵⁹, réglait la situation des Algériens. L'autorisation provisoire de quelques mois qu'il prévoyait était accordée à une personne « arguant de menaces ou de risques pour sa vie, sa liberté ou sa sécurité en Algérie du fait des activités des groupes islamistes ». La décision d'accorder ou non une telle autorisation temporaire relevait entièrement de la discrétion des autorités administratives, et 5% au maximum des Algériens demandant le statut l'ont obtenu lors de la dernière décennie.

On peut se demander si ces mesures sont un outil pragmatique de protection, ou un outil stratégique de rejet. La réponse se situe à nouveau dans le discours.

Pour s'assurer qu'un réfugié ne restera pas longtemps sur le territoire d'accueil, le meilleur moyen à la disposition des États est encore discursif. Il consiste à dire que le réfugié n'est justement pas un réfugié. Pour cela, l'inapplicabilité de la *Convention de Genève* est avancée, soit sur la base de l'impossibilité pratique de la mettre en œuvre, soit sur la base de son inadéquation juridique.

Pourtant, avec une interprétation souple et évolutive du texte, renforcée le cas échéant par les normes internationales relatives aux droits de l'homme pertinentes, la quasi-totalité des cas de figure de l'exode sont protégés par le droit international. Mais les États ont jugé que la *Convention de Genève* n'était pas faite pour assumer des mouvements collectifs de réfugiés, ni pour protéger des individus ne rentrant pas dans le cadre de la définition de son article 1A,

¹³⁵⁹ Il s'agissait d'un court télégramme de la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur (DLPAJ), en date du 22 décembre 1993, non publié.

telle qu'issue d'une interprétation restrictive.

Ils ont alors cherché à mettre en place, d'abord dans la pratique puis au sein de normes, des régimes dérogatoires à la *Convention de Genève*. Si l'inadéquation de celle-ci peut être débattue sur le plan juridique, le statut précaire et temporaire qui résulte de ces régimes dérogatoires n'est en revanche pas justifié, car le statut de réfugié prévu par la *Convention* n'a de toute façon pas vocation à durer.

Tant la protection temporaire (I) que la protection subsidiaire (II) se rapprochent donc davantage d'une stratégie de rejet, que de l'élargissement pragmatique de protection auquel elles prétendent.

I) La protection temporaire : complémentaire ou alternative ?

La « protection temporaire » n'existe comme concept que depuis les années quatre-vingt-dix, mais les États avaient auparavant eu recours à sa pratique, notamment dans les années soixante-dix lors des mouvements massifs provenant de l'Asie du sud-est et dans les années quatre-vingt lors des déplacements provoqués par les conflits internes d'Amérique centrale. Autrefois qualifié par le HCR d'asile temporaire ou de refuge temporaire¹³⁶⁰, la notion ressurgit avec les guerres en Bosnie-Herzégovine en 1992 et au Kosovo en 1999, qui ont soumis l'occident à des mouvements collectifs de réfugiés jusqu'alors réservés à l'Afrique¹³⁶¹, et posé les bases d'une réflexion juridique en la matière.

Empreinte de la crise dont elle est issue, la protection temporaire est une pratique discrétionnaire (A), qui a été pour l'Europe l'objet d'une harmonisation ambivalente au regard de la protection des réfugiés (B). En tout état de cause, le concept est inutile et ne constitue qu'une construction supplémentaire en marge de la *Convention de Genève* (C).

A) À crise humanitaire, crise juridique : une pratique discrétionnaire.

La crise du Kosovo a reproduit la situation humanitaire, politique et juridique des réfugiés indochinois des années soixante-dix. Acculées par le caractère soudain et massif des arrivées, la Malaisie à l'époque, la Macédoine en 1999, ont refusé de les accueillir. La communauté internationale a pris le relais en soulevant une situation ambivalente : choisir entre la

¹³⁶⁰ EXCOM, n° 15 (XXX), *Cas d'afflux massif de personnes en quête d'asile*, 1979 et EXCOM, n° 19 (XXXI), *Asile temporaire*, 1980.

¹³⁶¹ La *Convention de l'OUA* prévoit d'ailleurs une détermination de « groupe » du statut de réfugié.

protection de l'asile en tant qu'institution, et la protection immédiate des victimes (1). La réponse choisie a eu des issues différentes puisque le Canada n'a pas opté pour le régime choisi par l'Europe (2), où la protection temporaire a menacé de se substituer à la protection conventionnelle (3).

1) Protéger l'asile ou les victimes ?

En mars 1999, des dizaines de milliers de réfugiés sont arrivés à la frontière macédonienne où les autorités débordées et inquiètes les ont maintenus sans protection ni assistance. La situation pratique a été réglée en quelques jours du fait de l'intervention d'urgence de la communauté internationale¹³⁶², les États occidentaux ont procédé à de considérables évacuations des victimes avec la mise sur pied d'un « Programme d'Evacuation Humanitaire »¹³⁶³. La situation juridique soulevée par le refus macédonien de constituer un premier asile a en revanche été beaucoup plus difficile à trancher. La façon de faire face au rejet de la Macédoine du principe d'asile inconditionnel allait décider de ce que devenait l'institution asile. Fallait-il prendre acte du refus d'accueil et extraire en urgence les victimes de l'insécurité au risque d'anéantir l'essence même de l'asile, fallait-il forcer la Macédoine à accueillir les réfugiés pour préserver l'institution, quitte à immédiatement procéder à leurs transferts vers d'autres pays d'accueil ? Respectivement qualifiées de pragmatique et de maximaliste-juridique¹³⁶⁴, ces deux positions se sont affrontées avec au centre, un HCR tirillé, mais du côté des pragmatiques, des États-Unis maîtres du jeu. Voulant s'assurer de la coopération de la Macédoine pour pouvoir y stationner les troupes de l'OTAN, voulant minimiser aussi, en tant qu'auteurs de frappes aériennes, le spectacle des réfugiés à la frontière, les États-Unis ont pris fait et cause pour le refus macédonien, et prêché pour une grande opération d'évacuation. C'est donc sur fond d'intérêts stratégiques mâtinés d'humanitaire, que les États-Unis ont proposé d'accueillir plusieurs milliers de réfugiés sur leur territoire et de procéder pour cela à une leur évacuation massive. Notons qu'avant de

¹³⁶² Michael BARUTCISKI et Astri SUHRKE, « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : leçons de la crise du Kosovo », *RQDI*, 2001, n°14, pp. 115-134.

¹³⁶³ Mis en place en avril 1999 par l'*Office des Migrations Internationales*, par voie aérienne à l'intention de quelque 80.000 réfugiés kosovars de l'ex-République yougoslave de Macédoine à destination de plus de 30 pays d'accueil. Site de l'OIM : <http://www.iom.int/jahia/Jahia/cache/offonce/lang/fr/pid/81> (consultée le 7 mai 2007).

¹³⁶⁴ Michael BARUTCISKI et Astri SUHRKE, « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : leçons de la crise du Kosovo », *RQDI*, 2001, n°14, p. 133.

céder aux critiques des associations de défense des droits de l'homme, ils avaient un temps proposé de transférer les réfugiés kosovars vers la base de Guantanamo à Cuba¹³⁶⁵.

L'évacuation a donc eu lieu, au détriment sûrement de la philosophie du droit d'asile, mais aussi au bénéfice d'une protection immédiate des victimes, et *in fine*, dans le respect du principe de non-refoulement.

2) Au Canada : le mariage de l'urgence et du contrôle de l'immigration.

Ici, les logiques françaises et canadiennes ont divergé.

Pour la France et ses voisins européens, l'évacuation a entraîné un régime d'accueil temporaire. Pour le Canada, un régime de réinstallation. Les réfugiés kosovars accueillis l'ont été par modification du plan de charge de la sélection des réfugiés. Le programme d'évacuation humanitaire a remplacé les quotas de la réinstallation¹³⁶⁶. Si on doit se féliciter du caractère non précaire du régime de la protection offerte aux bénéficiaires, on doit également relever ce que la démarche a de préoccupant. Le respect des quotas, tout d'abord, qui nuance le caractère d'urgence de la situation, limite le nombre de réfugiés accueillis, et prive de protection pour l'année fixée, tous les autres réfugiés du monde qui auraient été qualifiés dans d'autres circonstances. L'intervention de la sélection dans un programme d'urgence ensuite, qui a dans une certaine mesure permis au Canada de « choisir » ses réfugiés kosovars et d'intégrer l'évacuation dans sa politique d'immigration¹³⁶⁷.

Un contrôle migratoire finalement plus poussé que celui des États européens et des approches de l'humanitaire qui peuvent miner l'asile, aussi bien temporaire que durable.

3) Menaces de substitution d'une protection à une autre.

Caractérisée par l'urgence et l'impossibilité pratique d'examiner chaque cas particulier, la protection temporaire permet d'accueillir des « groupes », et non des individus. Ainsi, la *Convention de Genève*, qui exige l'examen individuel de toute demande de statut, n'est pas appliquée. En aucun cas condamnable, cette pratique devient néanmoins suspecte lorsqu'elle vise à une dilution du droit des réfugiés à plus long terme.

Le HCR, contraint au pragmatisme et à l'acceptation du principe de la protection temporaire, a souvent insisté sur son caractère complémentaire en rappelant précisément qu'elle ne saurait se substituer à la protection individuelle établie dans la *Convention de*

¹³⁶⁵ *Ibid.* pp. 121-122.

¹³⁶⁶ *Ibid.* p. 124.

¹³⁶⁷ *Ibid.* pp. 125-126.

Genève de 1951¹³⁶⁸. Il a aussi insisté sur le fait qu'elle devait se conformer à des « normes minimum humanitaires de base »¹³⁶⁹.

En 1993, dans le cadre de la réponse globale à la crise humanitaire en ex-Yougoslavie, le HCR concède à nouveau le caractère « pragmatique » et « flexible » de la protection temporaire, et insiste sur l'opportunité d'un « pont » entre la protection temporaire et le statut de réfugié classique, lorsque la situation s'éternise¹³⁷⁰. L'année suivante, le HCR redoute que la protection temporaire ne devienne une stratégie qui se dissocie de son objectif de protection des réfugiés et souhaite un élargissement du champ d'application des textes de 1951 et de 1967, avec au minimum, une approche régionale harmonisée de la pratique¹³⁷¹.

En effet, les États ont alors toute latitude pour décider sur quels critères le processus de protection temporaire est mis en oeuvre, et pour fixer les normes minimales de séjour des bénéficiaires. Alors qu'ils ont été extrêmement hétérogènes au sein des pays européens¹³⁷², quelques similarités, plutôt orientées vers la protection des États que des réfugiés, ont néanmoins été relevées dans les mesures et discours accompagnant la protection temporaire. A ainsi généralement été invoquée la question des systèmes de détermination d'asile trop engorgés. Ont également été introduites et généralisées, des exigences de visas à l'encontre des ressortissants d'ex-Yougoslavie. Une pratique servie à l'époque sur un plateau par le *Traité de Maastricht*, article 100C §2.

« Toutefois, dans le cas où survient dans un pays tiers une situation d'urgence confrontant la Communauté à la menace d'un afflux soudain de ressortissants de ce pays, le Conseil peut, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, rendre obligatoire, pour une période ne pouvant excéder six mois, l'obtention d'un visa par les ressortissants du pays en question. »¹³⁷³

Danièle Joly est allée jusqu'à évoquer l'intérêt stratégique de la protection temporaire

¹³⁶⁸ EXCOM, n° 15 (XXX), *Cas d'afflux massif de personnes en quête d'asile*, 1979 ; EXCOM, n° 19 (XXXI), *Asile temporaire*, 1980 ; EXCOM, n° 100 (LV), *Conclusion sur la coopération internationale et le partage de la charge et des responsabilités dans les afflux massifs*, 2004.

¹³⁶⁹ EXCOM, n° 22 (XXXII), *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, 1981.

¹³⁷⁰ EXCOM, 44^e session, *Note sur la protection internationale*, A/AC.96/815, 31 août 1993.

¹³⁷¹ Le HCR est parfaitement conscient d'un décalage de volontés sur l'établissement d'une nouvelle Convention. EXCOM, 45^e session, *Note sur la protection internationale*, 7 septembre 1994, UN Doc. A/AC.96/830.

¹³⁷² Matthew J. GIBNEY, « Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe », *Geo. Immigr. L.J.*, Vol 14., 1999-2000, pp. 689-707; Morten KJAERUM, « Temporary Protection in Europe in The 1990s », *IJRL*, Vol. 6, n°3, 1994, pp. 444-456 ; Khalid KOSER, Martha WALSH et Richard BLACK, « Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union », *IJRL*, Vol. 10, 1998, pp. 444-461., pour la France, voir Claire RODIER, « Du provisoire par circulaire », *Plein droit*, n° 44, décembre 1999 et dans le même n°, Armelle CROZET, « Eviter l'application de la Convention de Genève ». Ainsi que : Forum Réfugiés, *Bilan de l'accueil des réfugiés du Kosovo, Compte rendu de la journée du 18 avril 2001*, 2001, 20 p.

¹³⁷³ Morten KJAERUM, « Temporary Protection in Europe in The 1990s », *op.cit.*, note précédente, p. 448.

avec l'opportunité d'une force de travail ponctuelle, flexible et bon marché, saisie à l'époque par les États européens¹³⁷⁴.

Assez rapidement, l'inquiétude relative à une instrumentalisation de la protection temporaire a grandi. Dans la version 2000 des « questions-réponses » publiées par le HCR on pouvait lire que

« par définition, la protection temporaire ne doit pas s'éterniser. Elle peut être levée, avec l'accord du HCR, lorsque les individus ayant fui les violences peuvent se réinstaller chez eux sans danger »,

et le HCR s'inquiétait déjà que

« Certains ressortissants de l'ex-Yougoslavie réfugiés en Europe occidentale – dont beaucoup peuvent largement prétendre au statut de réfugié au sens de la Convention de 1951 – découvrent aujourd'hui que la protection temporaire les a en fait maintenus dans une situation incertaine pendant trois ans ou plus – c'est-à-dire plus longtemps qu'il n'en faut normalement pour traiter n'importe quelle demande d'asile. C'est la raison pour laquelle le HCR demande qu'après un laps de temps raisonnable, les bénéficiaires de la protection temporaire puissent faire valoir leur droit au statut de réfugié. »¹³⁷⁵

Dans la version 2006 de cette publication d'information générale, la protection temporaire est toujours présentée comme un moyen rapide d'accueillir des « personnes en situation désespérée dans des pays où elles seront en sécurité », mais le HCR précise qu'elle n'offre « aucune garantie d'asile permanent » et que « dans certaines circonstances, la protection temporaire sert donc aussi bien les gouvernements que les demandeurs d'asile. »¹³⁷⁶

Le caractère ambivalent de la protection temporaire a toujours été omniprésent dans les réflexions du HCR, des associations de défense du droit d'asile et de la doctrine. De cette oscillation entre une protection complémentaire dominée par l'humanitaire, et une protection alternative dominée par le contrôle des déplacements, il n'a pas toujours été possible de tirer de conclusions tranchées.

En 1999, Danièle Joly la qualifiait de pierre angulaire du nouveau régime d'asile européen¹³⁷⁷. Un non-régime plutôt. Ou pour le moins, un régime dominé par l'informel et le discrétionnaire. En évoquant la nature caméléon de la protection temporaire, Joan Fitzpatrick la qualifiait d'ailleurs de « cadeau » inespéré, en ce qu'elle rassure d'un côté par son caractère protecteur immédiat, collectif et éventuellement étendu à des réfugiés non-conventionnels, et

¹³⁷⁴ Danièle JOLY, « Temporary Protection within the Framework of a New European Asylum Regime. », *International Journal of Human Rights*, Vol.2, n° 3, 1998, pp. 49-76.

¹³⁷⁵ HCR, « Le HCR et les réfugiés – Qu'est-ce qu'un réfugié ? », F.A.Q., 2000, URL : <http://www.fortress-europe.org/doc/dossier/Dossiers%20du%20HCR/fwhois.pdf> (consultée le 9 mai 2007)

¹³⁷⁶ HCR, « Questions & Réponses », 2006, 24 p., URL : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/basics/opendoc.pdf?tbl=BASICS&id=419b66ad4> (consultée le 9 mai 2007).

¹³⁷⁷ Danièle JOLY, « A new asylum regime in Europe », in *Refugee rights and realities : evolving international concepts and regimes*, Francis Nicholson and Patrick Twomey (eds), 1999, pp. 336-356.

qu'elle sert d'un autre côté les intérêts qu'ont les États à gérer les réfugiés en dehors du cadre conventionnel prévu à leur endroit¹³⁷⁸.

L'une des solutions revenant alors régulièrement dans la littérature était de normativiser le recours à cette procédure afin de donner un statut et une protection uniforme aux réfugiés concernés, de limiter ainsi la prolifération des sous-statuts et de faire cesser la menace d'un rapatriement sans garantie et dès lors susceptible de violer le principe de non-refoulement.¹³⁷⁹

Il s'avère qu'une ambivalence en a remplacé une autre.

B) L'ambivalence de l'harmonisation européenne de la protection temporaire.

Dès 1997, plusieurs actions communes ont été adoptées sur ce thème¹³⁸⁰ sans parvenir à résorber les différences présentées par les législations nationales. Les événements du Kosovo succédant à ceux de Bosnie-Herzégovine, il devenait urgent pour les États à la fois de partager le fardeau et de répondre correctement à la crise humanitaire. L'entrée en vigueur du *Traité d'Amsterdam* et le souffle de Tampere ont permis de relancer l'initiative, et en mai 2000, la Commission propose un projet de directive¹³⁸¹. Dès juillet 2001, la directive « protection temporaire » du Conseil est adoptée¹³⁸². Premier texte adopté dans le cadre de la communautarisation du droit d'asile, elle place solidarité internationale au centre de la réflexion et lui alloue un instrument financier : le Fonds Européen pour les Réfugiés. La directive met fin à la discrétion des États relative aux critères de mise en œuvre et aux normes minimales de traitement des bénéficiaires. Parallèlement, ces mêmes critères et normes de traitements sont sujets de préoccupations.

La principale valeur ajoutée de la directive est d'insister sur le caractère exceptionnel de la protection temporaire (art. 2 a) et de rejeter l'idée d'en faire une alternative à l'application de

¹³⁷⁸ Joan FITZPATRICK, « Temporary protection of refugees : elements of a formalized regime », *American Journal of International Law*, Avril 2000, Vol. 94, n°2, p. 280. En anglais : « magical gift ».

¹³⁷⁹ Karoline KERBER, « Temporary Protection in the European Union : A Chronology », *Geo. Immigr. L.J.*, Vol. 14, 1999-2000, pp. 35-50, ainsi que Michael BARUTCISKI et Astri SUHRKE, « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : leçons de la crise du Kosovo », *RQDI*, 2001, n°14, p. 133.

¹³⁸⁰ Action Commune n°97/478/JAI, 22 juillet 1997, *JOCE* n° L205, 31 juillet ; Action Commune n°98/304/JAI, 27 avril 1998, *JOCE* n° L138, 9 mai.; et Action Commune n°1999/290/JAI, 26 avril 1999, *JOCE* n° L114, 1^{er} mai.

¹³⁸¹ Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, COM(2000) 303 final, 24 mai 2000.

¹³⁸² Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil., *JOUE* n° L 212, 7 août 2001.

la *Convention de Genève* (art. 3-1). Elle est d'autre part limitée dans le temps et ne doit pas dépasser deux ans (trois ans avec l'accord du Conseil : art. 4).

D'un autre côté, les bénéficiaires sont qualifiés de « personnes déplacées » et non de réfugiés. Pourtant amenés à traverser une frontière (critère qui sépare juridiquement les catégories des réfugiés et des personnes déplacées), on pourrait percevoir dans ce choix sémantique l'idée de séparer les deux problématiques et d'éloigner les bénéficiaires de la protection temporaire du statut de réfugié. La définition qu'en donne la directive envisage pourtant que les personnes déplacées soient des réfugiés. Aux termes de l'article 2 c), il s'agit des

« ressortissants de pays tiers ou apatrides qui ont dû quitter leur pays ou région d'origine ou ont été évacués, notamment à la suite d'un appel lancé par des organisations internationales, dont le retour dans des conditions sûres et durables est impossible en raison de la situation régnant dans ce pays, et qui peuvent éventuellement relever du champ d'application de l'article 1A de la Convention de Genève ou d'autres instruments internationaux ou nationaux de protection internationale, et en particulier

- i) les personnes qui ont fui des zones de conflit armé ou de violence endémique;
- ii) les personnes qui ont été victimes de violations systématiques ou généralisées des droits de l'homme ou sur lesquelles pèsent de graves menaces à cet égard; »

Cette définition, bien qu'elle introduise une certaine confusion entre « réfugiés » et « personnes déplacées », a le mérite d'être complète et d'aller au-delà du champ d'application de la *Convention de Genève*. Ou plutôt, de l'interprétation qu'ont les États de ce qu'est le champ d'application de la *Convention de Genève*.

De plus, la directive aborde plusieurs sujets de préoccupation. Tout d'abord, elle étend la possibilité de recourir à la protection temporaire en cas d'afflux massif « imminent » (art. 2a)), opérant ainsi un glissement depuis l'objectif de « réaction », vers un objectif d'« anticipation », a priori contraire à l'idée générale du texte. Elle ne propose par ailleurs comme définition de l'« afflux massif » que les termes d'« arrivée (...) d'un *nombre important* de personnes déplacées (...) »¹³⁸³ et renvoie au Conseil le soin de déterminer au cas par cas, ce qui constitue ou non un afflux massif. L'un des critères d'évaluation disponible pour cela repose « notamment » sur le fait que « le système d'asile risque de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement ». Le mot « notamment » est ici important, car il ôte encore un peu au caractère exceptionnel d'un mécanisme qui ne devrait précisément se mettre en œuvre *que* parce que le système de détermination de statut classique ne peut y répondre du fait de son engorgement. Le caractère

¹³⁸³ Article 2 d), nous soulignons.

potentiellement alternatif de la protection temporaire fait surface.

Enfin, parmi les normes minimales de traitement des bénéficiaires de la protection temporaire, certaines considérées comme « clés » pour la dignité et l'autonomie des personnes (notamment relatives à l'accès au travail, le regroupement familial et la libre circulation) sont laissées à l'appréciation des États membres et sont plus restreintes que celles offertes aux réfugiés¹³⁸⁴, en dépit à nouveau d'une différence de situation qui ne justifie pas la différence de traitement. En dépit également des commentaires répétés du HCR principalement sur le fait que, plus un réfugié (en l'occurrence une « personne déplacée ») est autonome, moins il coûte cher à la société d'accueil¹³⁸⁵. Enfin, en dépit du fait que la situation peut durer jusqu'à trois ans et place les bénéficiaires dans un statu quo juridique et social. Est-ce à nouveau le spectre de l'« appel d'air » qui explique ce sous-statut ?

La directive prévoit pourtant des clauses de cessation très précises et autorise même les retours forcés s'ils se déroulent « dans le respect de la dignité humaine » (art.22). À supposer que ces deux notions soient conciliables, la protection temporaire ne saurait à l'évidence pas constituer un « piège » migratoire pour les États membres.

Ces quinze dernières années ont de nouveau révélé la schizophrénie des États vis-à-vis de leurs obligations conventionnelles, entraînant du même coup celle de l'observateur, au moment d'analyser le concept de la protection temporaire. Discrétionnaire quand elle ne fait pas l'objet d'une norme, institutionnellement potentiellement dangereuse quand elle en fait l'objet. Dans un premier temps, en tant que pratique, elle présente un danger de substitution d'une protection à caractère informel, discrétionnaire et inégal d'un État à l'autre, à une protection juridique universellement reconnue. Dans un deuxième temps, quand elle fait finalement l'objet d'une normativisation, elle présente encore le danger de consacrer une sous-protection facilement ouverte et préférée à la protection conventionnelle.

Il s'avère que dans un cas comme dans l'autre, elle entraîne une dilution de la *Convention de Genève*.

C) Inutilité, dangers et vacuité du concept.

¹³⁸⁴ Pour un exposé plus complet de chaque mesure, voir Karoline KERBER, « The Temporary Protection Directive », *European Journal of Migration and Law*, 2002, Vol. 4, pp. 193-217.

¹³⁸⁵ UNHCR, Annotated Comments on COUNCIL DIRECTIVE 2001/55/EC Of 20 July 2001, *on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, 22 p.

Conceptuellement dangereuse (1), la protection temporaire telle qu'harmonisée en Europe est d'autre part réduite à une profession de foi vide de sens (2).

1) Un concept inutile et dangereux.

Par définition, le droit des réfugiés cherche des solutions durables. Par définition donc, les réfugiés sont amenés à ne pas l'être longtemps (soit qu'ils retournent chez eux, soit qu'ils obtiennent citoyenneté ou résidence permanente sur place ou ailleurs). La nature temporaire de la protection des réfugiés est d'ailleurs sous-jacente dans les clauses de cessation prévues dans la *Convention de Genève*¹³⁸⁶.

Donatella Luca s'est penchée sur la substitution sémantique du « refuge temporaire » évoqué par le HCR avant 1990 par la « protection temporaire » développée après, et s'est demandé s'il s'agit d'un changement de tournure anodin ou d'un bouleversement de concepts¹³⁸⁷. Selon son analyse, le « refuge temporaire » servait à combler l'opposition entre la norme impérative de non-refoulement et le pouvoir discrétionnaire d'accorder le statut. La notion alors avancée par le HCR avait donc pour objectif d'introduire une dose de flexibilité dans l'interprétation de la *Convention de Genève*, mais de rappeler que le statut de réfugié doit être donné, même temporairement. Et surtout, en restant dans le cadre de la *Convention*.

La notion de protection temporaire sert au contraire à sortir de ce cadre¹³⁸⁸.

Ce glissement discursif discret illustre ce que nous avons déjà pu observer, c'est-à-dire qu'au lieu de permettre à la *Convention de Genève* d'évoluer, de nouvelles « réalités » sont décidées afin de les assortir de nouvelles normes, elles-mêmes construites pour sortir du texte fondateur.

Si la protection est temporaire, c'est qu'elle est en mouvement. Soit vers un statut permanent, soit vers un rapatriement. Dans les deux cas, une norme spéciale n'était pas nécessaire, mais a contribué à amputer la *Convention de Genève* d'une interprétation évolutive. Il semble alors que la « protection temporaire » soit une *deus ex machina* dont

¹³⁸⁶ Morten KJAERUM, « Temporary Protection in Europe in The 1990s », *IJRL*, Vol. 6, n°3, 1994, p. 445, ainsi que François CRÉPEAU et Léanne HOLLAND, « Temporary Protection, Continuing Insecurity : a Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violation of International Law », *Can. J.L. & Soc.*, n°12, 1997, pp. 239-240.

¹³⁸⁷ Donatella LUCA, « Questioning Temporary Protection », *IJRL*, 1994, Vol. 6, p. 535-538

¹³⁸⁸ François CRÉPEAU et Léanne HOLLAND, « Temporary Protection, Continuing Insecurity : a Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violation of International Law », *Can. J.L. & Soc.*, n°12, 1997, pp. 258-260.

l'objectif est de s'assurer que la solution durable qui s'imposera sera le rapatriement. Accessoirement, elle exonère les États de procéder à l'examen de demandes d'asile alors qu'elle concerne en pratique des gens qui seraient très majoritairement reconnus réfugiés. De plus, la protection temporaire ne remplit pas ses promesses puisque ni l'évolution vers un statut permanent¹³⁸⁹ ni les conditions d'un rapatriement sécurisé et librement consenti¹³⁹⁰ ne sont garanties.

Pour certains auteurs, l'enjeu du rapatriement n'est peut-être même pas l'intérêt central des États et la protection temporaire serait plutôt un moyen parmi d'autres pour mieux contrôler le régime de l'asile dans son ensemble, et faire incidemment sortir de la protection générale, les réfugiés de la guerre¹³⁹¹.

Lorsqu'on recentre le sujet sur une crise humanitaire et la mise en péril de milliers de vies humaines, le dilemme ressurgit : se cristalliser sur la *Convention de Genève* et risquer de ne pas obtenir l'asile, « ou accepter des normes inférieures afin de l'obtenir »¹³⁹². L'actualité nous donne à observer que, non seulement la « norme inférieure » a contraint la *Convention de Genève* au silence, mais elle ne s'applique pas.

2) Un palliatif non utilisé : l'exemple de l'Irak.

Le dispositif de la protection temporaire n'a jamais été appliqué.

Le HCR estime à 2000 le nombre d'Irakiens tentant de quitter chaque jour leur pays. Deux millions d'entre eux seraient répartis en Jordanie et en Syrie ainsi qu'en Egypte, où le statut de réfugié ne leur est pas reconnu¹³⁹³. Pour 2007, 40 000 demandes d'asiles étaient attendues dans l'Union européenne (sur un exil de 700 000 réfugiés prévu pour la même année). En 2006, l'UE en avait accueilli environ 14 000 et la France en avait accueilli 99¹³⁹⁴. Manifestement, l'accès à un statut de réfugié classique n'a pas été facilité. L'accès à une protection temporaire non plus. Le 15 février 2007, le Parlement européen exhortait les États

¹³⁸⁹ Davor SOPF, « Temporary Protection in Europe After 1990: The « Right to Remain » of Genuine Convention Refugees. », *Washington University Journal of Law and Policy*, 2001, Vol. 6, pp. 109-157.

¹³⁹⁰ Khalid KOSER, Martha WALSH et Richard BLACK, « Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union », *IJRL*, Vol. 10, 1998, pp. 444-461.

¹³⁹¹ *Ibid*, p. 459. Ainsi que François CRÉPEAU et Léanne HOLLAND, « Temporary Protection, Continuing Insecurity : a Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violation of International Law », *Can. J.L. & Soc.*, n°12, 1997, p. 257.

¹³⁹² Michael BARUTCISKI et Astri SUHRKE, « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : leçons de la crise du Kosovo », *RQDI*, 2001, n°14, p. 128

¹³⁹³ HCR, *Statistiques sur les irakiens déplacés dans le monde*, avril 2007, 2 p.

¹³⁹⁴ Forum Réfugiés, *Réfugiés irakiens: L'UE doit accomplir son devoir d'accueil*, mars 2007, 6 p.

membres à cesser les restrictions à l'entrée envers les Irakiens, et à les accueillir « au moins à titre temporaire »¹³⁹⁵. Le même jour le vice-président de la Commission européenne, M. Frattini envisageait de proposer aux États membres un recours aux dispositions relatives à la protection temporaire en cas d'afflux massif. Un recours dont la légitimité pourrait être mise en doute dans la mesure où les systèmes de détermination d'asile n'ont jamais été aussi peu encombrés en Europe, mais qui pourrait constituer par ailleurs un minimum vital en réponse à la crise humanitaire. En avril 2007, se tenait la conférence internationale de haut niveau sur les réfugiés irakiens organisée à Genève par le HCR, où ce dernier appelait à nouveau avec force à une réaction urgente de la communauté internationale à la crise humanitaire¹³⁹⁶. Si des fonds ont été mobilisés, notamment pour soulager les pays limitrophes de l'Irak, ni l'accès à une protection classique n'a été amélioré, ni le recours à une protection temporaire n'a été décidé.

La protection temporaire n'a précisément pas réussi le test de la protection. Elle rassemble en revanche tous les critères de l'outil de gestion. La protection subsidiaire témoigne, nous allons voir, de grandes similarités dans sa pratique, ses promesses et ses résultats.

II) Protection subsidiaire : de l'auxiliaire au principal ?

Schématiquement, la protection subsidiaire est une protection humanitaire accordée aux personnes qui ne remplissent pas les critères de la *Convention de Genève*, mais qui ont besoin d'une protection internationale. La France et le Canada ont mis en œuvre ce type de protection visant à compléter la *Convention de Genève*, mais les deux États nous offrent ici la première véritable divergence de logique dans l'application du concept, et la protection « subsidiaire » telle qu'étudiée dans ce développement ne concerne pas le Canada¹³⁹⁷.

À mi-chemin entre la protection temporaire dont elle partage l'ambivalence, et la protection conventionnelle dont elle ne partage pas les garanties (**B**), sa pratique fut très hétérogène jusqu'à son harmonisation européenne en 2004 (**A**). Tout comme la protection temporaire, elle soulève enfin la question de sa légitimité et de son utilité juridique (**C**).

¹³⁹⁵ Parlement européen, *Résolution sur les réfugiés d'Irak*, 15 février 2007, P6_TA-PROV(2007)0056.

¹³⁹⁶ HCR, « Conférence sur l'Iraq : Les participants à la conférence reconnaissent le besoin urgent d'aider les quatre millions d'Iraqiens déplacés », *Nouvelles* du 18 avril 2007.

¹³⁹⁷ Le statut canadien ouvre le champ de la protection sans restreindre les garanties et conditions associées au statut humanitaire. Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, « La protection fondée sur les risques de torture, menace à la vie, peines ou traitements cruels ou inusités ».

A) Une pratique hétérogène annonciatrice.

Deux situations antagonistes se sont posées jusqu'en 2004, toutes les deux porteuses de préoccupations relatives à l'établissement d'une norme harmonisée, en même temps qu'elles attestaient paradoxalement de la nécessité d'une telle harmonisation.

D'une part, dans la majorité des pays européens, une exploitation du filon de la protection subsidiaire et de ses avatars, communément appelés « statut B », ont abouti à une diminution constante des statuts délivrés sur la base conventionnelle au profit de ceux délivrés sur une base « humanitaire ». En 1999, à l'heure de lancer la première phase d'harmonisation, environ 84 000 statuts B (15 000 statuts humanitaires et 68 900 « tolérances »¹³⁹⁸) étaient accordés dans l'UE, pour près de 22 560 statuts de réfugiés sur la base de la *Convention de Genève*. Une proportion au détriment de la protection conventionnelle, susceptible d'augurer des effets de l'institutionnalisation de la pratique.

D'autre part, dans une minorité de pays, dont la France, le statut humanitaire existait sans être accordé et sans que cela soit non plus au profit des statuts conventionnels. Le 24 juin 1997, une circulaire avait permis la régularisation des étrangers qui ne pouvaient satisfaire aux conditions relatives à l'octroi du statut de réfugié, mais qui pouvaient invoquer des « risques vitaux en cas de retour dans leur pays d'origine »¹³⁹⁹. Une mesure prometteuse, par la suite intégrée dans la législation, et permettant l'attribution d'un titre de séjour à l'étranger dont la vie ou la liberté est menacée dans son pays, ou qui y est exposé à des traitements inhumains ou dégradants. Ainsi a été institué « l'asile territorial » par la loi « RESEDA » du 11 mai 1998¹⁴⁰⁰ et dont les cinq années d'existence ont offert un bilan décevant, avec un taux d'attribution du statut de 1,3%, et de fortes critiques sur le fait qu'il ne relevait que du pouvoir discrétionnaire du ministère de l'Intérieur¹⁴⁰¹. La loi « RESEDA » a été relayée et modifiée par la loi « Villepin » du 10 décembre 2003, qui a transposé par anticipation la directive européenne et substitué l'expression « protection subsidiaire » à celle d'« asile territorial ». Un label plus évocateur, moins conceptuel, et qui replace les objectifs au centre du régime de

¹³⁹⁸ Daphné BOUTELLET-PAQUET, « Quelle protection subsidiaire dans l'Union européenne ? », *H&M*, 2002, n° 1238, pp. 75-87.

¹³⁹⁹ Circulaire du 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, NOR : INTD9700104C, Parue au Journal Officiel du 26/06/97, pages 9819 - 9822.

¹⁴⁰⁰ Loi n°98-349 relative à l'entrée et au Séjour des Etrangers en France et au Droit d'Asile, NOR/INT/X/97/00112/L parue au JO du 12 mai 1998, p. 7086.

¹⁴⁰¹ Amnesty international, Section Française, *France, patrie des droits humains ?*, Rapport, 26 mai 2004, pp. 81-2. Et Sylvie MAZELLA, « Vie et mort du droit d'asile territorial », *Sociétés contemporaines*, 2005, Vol. 1, n° 57, pp. 105-120.

protection envisagée.

B) Les clairs-obscur de la protection subsidiaire.

La protection subsidiaire trouve sa place au sein de la directive « qualification » adoptée le 29 avril 2004¹⁴⁰². Nous avons déjà évoqué sa valeur ajoutée et les préoccupations qu'elle soulevait, pour l'Europe en général et pour la France en particulier. Nous allons revenir sur ces points en isolant bien sûr plus particulièrement, dans le cadre de cette section, les éléments de précarisation juridique du statut et du séjour.

La principale valeur ajoutée de la protection subsidiaire telle qu'issue de la directive est d'élargir le champ de la protection à des réfugiés qui ne répondent a priori pas à la définition conventionnelle et de mettre fin aux errances des États en la matière. En partie inspirée des obligations posées à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la directive énonce qu'une personne ne pourra pas être renvoyée dans son pays s'il y a des « motifs sérieux et avérés de croire » qu'elle coure un « risque réel de subir des atteintes graves », c'est-à-dire, selon l'article 15, « la peine de mort ou l'exécution », « la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants » ou des « menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international ». La directive supprime d'autre part l'exigence du statut étatique de l'auteur des persécutions ou des atteintes graves. Pour la France en particulier, elle met fin au pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Intérieur, oblige l'OFPRA à motiver ses refus et ouvre la possibilité d'un recours suspensif devant la CRR. Un apport fondamental puisque les droits sont toujours mieux protégés lorsqu'on peut en réclamer l'application devant un tribunal.

Les deux grands sujets de préoccupation soulevés par la protection subsidiaire sont relatifs à la qualification qui, tout en étant restreinte, parvient à empiéter sur la protection conventionnelle (1) et au statut qu'elle ouvre (2).

1) Qualification restreinte et glissement de protection.

À la lecture du texte de la directive, la protection subsidiaire s'avère difficile à mettre en

¹⁴⁰² Directive 2004/83/CE du Conseil *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, du 29 avril 2004, *JOUE* n° L 304/12 du 30 septembre 2004.

oeuvre (a). Pourtant, on redoute parallèlement son utilisation croissante au détriment de la *Convention de Genève* (b).

a) Qualification difficile.

D'un accès difficile à un retrait facilité, en passant par des problèmes standards de définition, que subsiste-t-il du subsidiaire ?

Malgré l'objectif de clarification de la directive, et à l'instar de la détermination du statut de réfugié, la qualification au bénéfice de la protection subsidiaire soulève des problèmes de définition. Celle de la « violence aveugle » notamment (ou violence « généralisée » dans le *CESEDA*) et surtout la question de sa compatibilité avec une menace qui doit être « grave, directe et individualisée » sont au mieux obscures, au pire neutralisantes. Comment une violence aveugle peut-elle entraîner une menace individualisée ?

Le HCR a soulevé cette contradiction et exprimé son inquiétude sur le déplacement du seuil de protection introduit par cette formulation, en même temps que sur l'alourdissement de la charge de la preuve¹⁴⁰³.

À cela s'ajoute en effet la condition que les motifs de croire à la menace soient « sérieux et avérés », ce qui ne manquera pas de soulever des problèmes similaires à la question du fondement des craintes de persécution.

Par exemple, un ressortissant de la République démocratique du Congo, rwandais d'origine hutue invoquant « la situation d'insécurité générale pour les ressortissants rwandais et les risques de tortures, de traitements inhumains, voire (de) peine de mort » n'a pas su convaincre la Commission des Recours des Réfugiés du caractère sérieux et avéré de la menace. Il avait pourtant évoqué qu'il était recherché par les militaires, qu'il a vécu pendant trois ans dans la clandestinité, que son père a été assassiné par les militaires des FAC du fait de ses origines, qu'il a ensuite été convoqué par les autorités à plusieurs reprises et que le domicile de la personne qui l'hébergeait a été perquisitionné, qu'il avait quitté le pays et qu'après son départ, sa famille a été inquiétée et contrainte de fuir. Dans sa décision de rejet, la Commission est elliptique et ne fait d'ailleurs pas expressément mention de la notion de

¹⁴⁰³ Il a également regretté la limite établie aux cas où le seuil d'un conflit armé est atteint, éloignant de la protection la question des troubles et tensions internes, concept reconnu par exemple dans la *Convention de l'OUA*. HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, janvier 2005, 51 p. [ci-après *Commentaires annotés sur la directive « qualification »*]

« motifs sérieux et avérés de croire ». Elle se borne à utiliser la formule consacrée en matière de détermination du statut de réfugié : « ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique devant la Commission ne permettent de tenir pour établis les faits allégués et pour fondées les craintes énoncées »¹⁴⁰⁴.

Conséquence probable de l'unicité de procédure, la détermination de la protection subsidiaire semble ici être « dans la roue » de la détermination du statut de réfugié et en subir les automatismes concernant le bien-fondé de la requête.

Les clauses d'exclusion et d'exception ajoutent d'autre part à l'inquiétude sur ce qu'il reste du subsidiaire.

Les clauses d'exclusions sont plus larges que celles prévues à l'article 1F de la *Convention de Genève* de 1951. La commission d'un « crime grave de droit commun » disqualifie plus facilement le demandeur, car elle ne comporte plus la condition posée par la *Convention de Genève* que ce crime doit avoir été « commis en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugié ». Cette suppression de restriction quant au lieu et à la date du crime permet donc d'exclure de la protection les étrangers ayant commis un crime dans le pays d'accueil.

La directive ajoute de plus la possibilité d'exclure le demandeur de la protection s'il « représente une menace pour la société ou la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve. » Si le *CESEDA* exige néanmoins que la menace pour la société soit « grave », cette clause nouvelle autorise l'utilisation d'une sorte de réserve d'ordre public qui permet de valider le refus d'entrée, le refus de délivrer ou de renouveler une carte de séjour, et même l'expulsion du candidat concerné.

Au regard des clauses d'exclusion, le régime du statut du réfugié est plus souple que celui de la protection subsidiaire, ce qui soulève un vice logique, précisément quant au caractère *subsidiaire* de cette protection.

Enfin, les principales difficultés soulevées par le texte de la directive (et par conséquent par la loi française) portent sur les clauses d'exception issues des notions d'« asile interne » et d'« agent de protection », qui nous l'avons vu, ont considérablement affaibli l'alibi de l'élargissement de la protection.

¹⁴⁰⁴ CRR, 17 novembre 2004, *M. B.*, req. n° 460438.

Il semble donc que de nombreux éléments soient réunis pour faire de la protection subsidiaire un instrument inopérant. Pourtant, l'inquiétude la plus présente dans la doctrine, les propos du HCR et des associations est celle d'une substitution de la protection subsidiaire à la protection conventionnelle.

b) Glissement de protection ?

C'est à la jurisprudence de se prononcer. La réforme est encore un peu neuve pour avoir tout le recul nécessaire à une analyse de la jurisprudence française en la matière, mais certaines perspectives sont déjà visibles. En termes de chiffres, l'augmentation n'est pas frappante et le taux de reconnaissance de la protection subsidiaire n'explose pas réellement¹⁴⁰⁵. Ce n'est pour l'heure pas au regard d'une augmentation statistique que menace le glissement de la protection conventionnelle vers la subsidiarité. C'est peut-être au regard du contenu de la jurisprudence en revanche.

Dans son rapport 2004, la CRR se félicitait d'avoir attribué le statut de réfugié plutôt que la protection subsidiaire à une femme pakistanaise ayant refusé un mariage imposé et risquant ainsi une persécution du fait de son appartenance au groupe social des femmes exposées à un « crime d'honneur »¹⁴⁰⁶, ainsi qu'à une femme algérienne ayant ouvertement manifesté une opposition politique et soumise à un risque de persécution du fait des ses opinions politiques¹⁴⁰⁷.

Pourtant, de 2005 au début de l'année 2008, un glissement s'est opéré et la protection subsidiaire a été utilisée dans des situations relevant de l'asile conventionnel¹⁴⁰⁸. À travers les décisions de la CRR, on retrouve fréquemment la formulation clé qui rejette la demande de statut de réfugié et qui, sans autre forme de motivation, conduit le cas échéant à la reconnaissance de la protection subsidiaire. Parmi ces décisions, certaines produisent en effet le glissement redouté plus haut, notamment, mais pas seulement, vis-à-vis des situations qui pouvaient jusqu'alors bénéficier d'une interprétation souple de la notion de groupe social.

Ainsi les femmes, laborieusement hissées vers la protection conventionnelle grâce à une interprétation évolutive de la notion de groupe social, devront désormais se contenter d'une

¹⁴⁰⁵ OFPRA, *Rapport d'activités 2006*, 13 mars 2007, 72 p., OFPRA, *Rapport d'activités 2005*, 69 p., janvier 2006, et OFPRA, *Rapport d'activités 2004*, mars 2005, 70 p., OFPRA, *Rapport annuel 2007*, avril 2008, 74 p., et Cour nationale du droit d'asile, *Rapport d'activité 2007*, juin 2008, 37 p.

¹⁴⁰⁶ CRR, SR, 15 octobre 2004, *Mlle N*, req. n° 444000.

¹⁴⁰⁷ CRR, SR, 17 décembre 2004, *Mme K, épouse L*, req. n° 487872

¹⁴⁰⁸ Selon le rapport annuel 2007 de l'OFPRA, les femmes, qui représentent seulement 42% de la population protégée par l'OFPRA, et seulement 41% des bénéficiaires du statut de réfugié, sont les destinataires majoritaires de la protection subsidiaire (55%).

protection subsidiaire. Les violences conjugales faites envers les femmes menacent de retomber dans la sphère privée où elles avaient été si longtemps maintenues¹⁴⁰⁹, tout comme les risques de vengeance vis-à-vis d'insubordinations à des coutumes en vigueur¹⁴¹⁰. De même, l'orientation sexuelle semble à nouveau devoir être pénalisée dans le pays d'origine, mais également ouvertement assumée, pour ouvrir droit à la protection conventionnelle.¹⁴¹¹ Les motifs de conscience, prudemment, mais néanmoins abordés par la Commission comme pouvant ouvrir le champ d'application de la *Convention de Genève*, tombent eux aussi dans le nouveau champ d'application de la protection subsidiaire¹⁴¹².

Au-delà de la fragilisation de la notion de groupe social, le risque est réel de conclure à la protection subsidiaire dès lors que le décideur est en présence d'un acte de torture, de traitements inhumains et dégradants ou de « violence généralisée ». La recherche des motifs et de l'intention qui peuvent faire appartenir ces faits à la « persécution » ne doit pas être éludée. Le HCR a mis en garde contre un tel déclassement en précisant par exemple que la torture n'ouvre droit à la protection subsidiaire que si elle est liée à des motivations purement criminelles¹⁴¹³. Ce qui est rarement le cas en matière de torture, plus fréquemment commise par des agents étatiques. Le HCR a ainsi rappelé qu'il est fondamental de procéder à l'examen d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié avant celle de la protection subsidiaire.

Dans deux arrêts de la CRR de février 2006, il semble pourtant que le contexte de « violence généralisée » ait primé sur l'étude des motifs pour lesquels des ressortissants irakiens étaient exposés à de « graves actions de représailles » émanant de groupes armés ou d'éléments incontrôlés de la population. Il s'agissait pourtant d'un ancien responsable du parti Baas et d'un membre de la communauté assyro-chaldéenne, tous deux la cible potentielle des groupes armés du fait même de cette appartenance relevant de motifs politiques et religieux¹⁴¹⁴. L'application des dispositions de la *Convention de Genève* était justifiée. Le HCR avait d'ailleurs également précisé que

« les situations de conflit armé peuvent engendrer des persécutions liées à un motif de la Convention, par exemple sous la forme d'actes non militaires de persécution par l'État et

¹⁴⁰⁹ CRR, 21 mars 2005, *Mme G. épouse. R*, req. n° 493515 et CRR, 5 janvier 2007, *Mme E ép. G*, req. n° 574329.

¹⁴¹⁰ CRR, 28 septembre 2005, *Mme A épouse A*, req. n° 458663 ; CRR, 17 février 2006, *Selmani*, req. n° 544299 ; CRR, 19 juillet 2006, *Mme Maher*, req. n° 526541 ; CRR, 5 janvier 2007, *Mme Eshraghi ép. Ghobadi*, n° 574329 et CRR, 11 janvier 2007, *Mlle S*, req. n° 550107.

¹⁴¹¹ CRR, 25 mars 2005, *Mlle G*, req. n° 513547.

¹⁴¹² CRR, 14 février 2007, *M.H.*, req. n° 540585.

¹⁴¹³ HCR, *Commentaires annotés sur la directive « qualification », op.cit.*, note 1403, p. 33.

¹⁴¹⁴ CRR, SR, 17 février 2006, *M. Alazawi*, req. n° 497089, et CRR, SR, 17 février 2006, *Melle Kona*, req. n° 416162.

par des agents non étatiques ou sous forme d'activités militaires ciblées. »¹⁴¹⁵

Ces deux décisions montrent que les inquiétudes soulevées par la coexistence des concepts de « violence généralisée » et de « menace personnelle » étaient fondées.

Sans nier à la protection subsidiaire sa capacité d'élargissement du champ de la protection internationale à des individus qui jusqu'à présent n'en bénéficiaient pas, il s'avère qu'à peine timidement entrées dans la catégorie des réfugiés, certaines personnes ont été rétrogradées vers ce nouveau régime. Tandis que d'autres en sortent au motif que le contexte prime sur leur situation personnelle.

Plus encore qu'une privation du potentiel évolutif de l'interprétation de la *Convention de Genève*, cette mesure peut constituer un retour en arrière sur des avancées déjà accomplies.

2) Un sous-statut.

La protection subsidiaire ouvre nous l'avons vu un statut précaire et très temporaire.

Précaire du fait que le statut n'est pas régi par la *Convention de Genève*, et ne propose pas de garanties relatives au regroupement familial, à un titre de voyage, à l'accès à l'emploi et à la formation, à la protection sociale et l'accès aux soins, et à l'accès au « dispositif d'intégration ».

La Commission des Recours des Réfugiés a cependant pris une décision rassurante en la matière en appliquant le principe de l'unité familiale à un bénéficiaire de la protection subsidiaire, après avoir considéré que le régime d'asile institué par la *Directive* assurait

« à l'ensemble des personnes qui ont un réel besoin de protection, qu'elles soient détentrices du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire [...] les garanties effectives qui découlent des principes généraux du droit applicables aux réfugiés ». ¹⁴¹⁶

Sur ce point, il est donc possible d'espérer que le bénéficiaire de la protection subsidiaire ne sera pas moins bien traité qu'un réfugié reconnu.

Temporaire du fait que la protection subsidiaire ouvre droit à un titre de séjour d'un an seulement¹⁴¹⁷, dont le renouvellement peut être refusé par l'OFPRA si « les circonstances ayant justifié son octroi ont cessé d'exister ou ont connu un changement suffisamment

¹⁴¹⁵ HCR, *Commentaires annotés sur la directive « qualification », op.cit.*, note 1403, p. 33.

¹⁴¹⁶ CRR, SR, 27 mai 2005, *Mme A. épouse A.*, req. n° 487613. La loi du 24 juillet 2006 étend par ailleurs de plein droit le bénéfice de la carte de séjour issue à une personne protégée, à son conjoint et ses enfants. Article L. 313-3 du *CESEDA*.

¹⁴¹⁷ Titre de séjour portant mention « vie privée et familiale », prévu à l'article L. 313-13.

profond » (art. L. 712-3 *CESEDA*). La protection est également sujette à cessation lorsque survient une situation prévue par les clauses d'exclusion. Nous avons vu que les clauses d'exclusion sont invoquées à la fois lors de la décision d'octroyer la protection, et lors de la décision de la faire cesser (une sorte de clause de révocation qui n'est pas prévue par la *Convention de Genève* en matière de statut de réfugié). Parmi ces clauses d'exclusion/cessation, des « raisons sérieuses de penser que les activités de l'intéressé constituent en France une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État » autorisent l'OFPRA à mettre fin à la protection, de sa propre initiative ou sur demande du préfet. En l'absence d'une définition européenne harmonisée de la « menace pour l'ordre public », l'application de cette clause pour faire cesser la protection subsidiaire dépendra de l'interprétation jurisprudentielle ou de précisions législatives ultérieures. Au 1^{er} juin 2008, il est encore trop tôt pour tirer toutes les conséquences de ces dispositions.

Ainsi, malgré quelques indicateurs numériquement plus inquiétants que rassurants, il n'est pas possible d'établir un bilan exact de l'application de cette nouvelle norme. S'interroger sur sa légitimité et sa pertinence juridique est en revanche possible.

C) Pertinence et légitimité juridique ?

Avec pour objectif affiché d'ouvrir la protection à des réfugiés non couverts par la définition conventionnelle et de dépasser les rigidités de cette dernière, la protection subsidiaire promet pourtant elle aussi de contribuer au délitement de la *Convention de Genève*.

À l'instar de la protection temporaire, elle manque de pertinence au regard de la *Convention de Genève* (1). Et au-delà, elle manque de légitimité vis-à-vis des autres obligations internationales des États, notamment les instruments des droits de l'homme (2).

1) Déficit de pertinence.

Faire de la protection subsidiaire un palliatif à la rigidité de la *Convention de Genève* suppose que cette rigidité soit avérée et suppose surtout un consensus sur ce qui est rigide au sein de cette convention. À chacune des critiques faites à la *Convention* peut correspondre une interprétation permettant de dépasser les obstacles identifiés : la persécution puisqu'elle n'est pas accompagnée d'une définition est précisément modulable et très

adaptable¹⁴¹⁸, au sein de la liste des motifs la notion de groupe social est très évolutive, enfin, pour certains, même le caractère individuel de la détermination du statut n'est pas établi de façon si immuable dans la *Convention de Genève*¹⁴¹⁹.

De fait, torture et traitements inhumains et dégradants peuvent être de la persécution. Les femmes victimes de persécution du seul fait de leur sexe pourraient être entendues comme appartenant à un groupe social. Même remarque pour les homosexuels et les transsexuels. Même remarque en définitive, pour tous les groupes construits socialement et labellisés.

De la même façon, le risque de peine de mort ou d'exécution peut, non seulement s'entendre comme de la persécution, mais entrer dans la liste des motifs associés à celle-ci. Dans la mesure bien entendu où il ne concerne pas une personne qui tombe sous le coup d'une clause d'exclusion, ce qui aurait été le cas par exemple de Jens Soering, condamné aux États-Unis pour le meurtre des parents de sa fiancée. Protégé contre l'extradition du fait de l'intangibilité de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, il n'aurait en revanche jamais été accueilli, ni sur cette base ni sur celle de la *Convention de Genève*, du fait du crime grave de droit commun dont il avait été l'auteur. Cela soulève un problème moral et juridique sans doute, mais qui n'est pas réglé par la protection subsidiaire et n'est donc pas imputable à la rigidité de la *Convention de Genève*¹⁴²⁰.

Enfin, la violence généralisée, telle que restrictivement conçue par la protection subsidiaire, c'est-à-dire associée à une menace directe et individuelle, pourrait, elle aussi, entrer dans le cadre de la définition de la *Convention de Genève*. Démontrer qu'il y a des « motifs sérieux et avérés » de croire que la menace est individuelle et directe procède de la même logique que démontrer qu'il y a un motif à la persécution. Pour Hemme Battjes et Thomas Spijkerboer la preuve des premiers est même plus difficile à faire que la preuve du second¹⁴²¹.

Le caractère temporaire de la protection subsidiaire mérite, pour conclure, les mêmes critiques faites à l'endroit de la protection temporaire, sur le fait que le statut de réfugié n'est

¹⁴¹⁸ Ivor C. JACKSON, « The 1951 Convention relating to the Status of Refugee : A Universal Basis for Protection », *IJRL*, Vol. 3, n° 3, 1991, pp. 405-406.

¹⁴¹⁹ Thomas SPIJKERBOER, « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », dans Daphnée BOUTEILLET-PAQUET (dir), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, 2002, pp. 19-42.

¹⁴²⁰ CEDH, 8 juillet 1989, *Soering c./ Grande-Bretagne*, Série A 161.

¹⁴²¹ Hemme BATTJES et Thomas SPIJKERBOER, « The systemic nature of the common European Asylum System », dans *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 263-277. Pour les auteurs, le régime d'asile européen est un système bien intégré, et non une compilation d'instrument légaux. Pour d'autres, l'harmonisation est au contraire une superpositions de disparités : Emmanuel BLANCHARD et Claire RODIER, « Les étrangers dans la constitution européenne : faire sortir l'UE du non-droit ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2005.

par définition pas voué à durer.

À nouveau, l'établissement d'une nouvelle norme supposée répondre à de nouveaux besoins émanant eux-mêmes de situations prétendument nouvelles, aboutit à un appauvrissement du texte fondateur. Mais dans le cas de la protection subsidiaire, les dommages s'inscrivent au-delà de la seule *Convention de Genève*.

2) Déficit de légitimité.

En sus d'avoir fait de la *Convention de Genève* un carcan privé d'évolution, le travail d'« adaptation » et d'« élargissement » de cette dernière trouve la totalité de ses bases juridiques dans des obligations internationales déjà existantes¹⁴²², ce qui en définitive, ne change pas le champ de protection applicable aux réfugiés. Ce qui change, précise Thomas Spijkerboer, est l'étendue du pouvoir discrétionnaire des gouvernements et l'échelle des droits accordés aux individus¹⁴²³.

La directive évoque ainsi un élargissement de protection alors qu'elle n'apporte aucune nouveauté juridique. Pour Geoff Gilbert, le texte de la directive est trompeur lorsqu'il suggère que les réfugiés n'entrant pas dans le cadre de la *Convention*, sont désormais autorisés à rester sur le territoire d'un État membre, par compassion et humanitarisme, alors qu'une base légale est déjà présente dans les obligations internationales adéquates¹⁴²⁴.

Cette tromperie serait encore plus grave si elle donnait lieu à une évasion juridique de la part des États vis-à-vis de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Par exemple, *quid* de l'exclusion/cessation/révocation de la protection subsidiaire envers un individu encourant un risque de peine de mort ? Révocation parfaitement légale dans le cadre de la directive, mais totalement interdite dans le cadre de la *Convention européenne des droits de l'homme*?¹⁴²⁵ Dans une recherche sur les problèmes de primauté du droit soulevés par la directive, María-Teresa Gil-Bazo conclut que ce type de conflit ne sera réglé que par une

¹⁴²² Notamment la *Convention européenne des droits de l'homme*, la *Convention contre la torture* et le *Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques*. Voir Thomas SPIJKERBOER, « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », dans Daphnée BOUTEILLET-PAQUET (dir), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, 2002, pp. 19-42, et María-Teresa GIL-BAZO, « Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law », Research Paper n° 136, HCR, novembre 2006, 32 p.

¹⁴²³ Thomas SPIJKERBOER, « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », *op.cit.*, note précédente, p. 29.

¹⁴²⁴ Geoff GILBERT, « Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees? », *European Journal of International Law*, 2004, Vol. 15, p. 980.

¹⁴²⁵ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec, 1996-V, p. 1853

jurisprudence concordante de la CJCE et de la CEDH. Et le risque que les droits les plus fondamentaux ne soient pas suffisamment garantis ne s'atténuera, selon elle, que lorsque l'Union européenne sera membre de la *Convention européenne des droits de l'homme* et lorsque la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* annexée au *Traité de Lisbonne* entrera en vigueur¹⁴²⁶.

Bien qu'elle constitue le premier instrument international contraignant reconnaissant un statut de protection à des individus protégés par les droits de l'homme, la légitimité juridique de la directive est remise en cause. En empiétant sur la protection internationale issue des instruments des droits de l'homme, elle la réduit et la met en danger. En réalité, ces chevauchements et concurrences juridiques soulèveraient moins de difficultés si le statut associé à la protection subsidiaire n'était pas si précaire et temporaire. De la même façon, l'isolement de la *Convention de Genève* poserait moins de problèmes si la protection subsidiaire était véritablement subsidiaire.

Si nous avons choisi de consacrer un tel développement à la protection subsidiaire alors qu'elle a été à plusieurs occasions évoquée plus haut, c'est parce qu'elle illustre et synthétise tous les éléments de cette seconde partie : directement issue de la faiblesse supposée de la *Convention de Genève*, elle consiste également à la disqualification globale du réfugié et concourt à dire qu'un réfugié n'en est pas un. Elle précarise le statut du protégé. Elle fait l'objet d'une norme spécifique dans le cadre d'une communautarisation dont nous avons vu qu'elle était discutable. Elle isole la *Convention de Genève*, empêche d'entrer, empêche de rester.

¹⁴²⁶ María-Teresa GIL-BAZO, « Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law », Research Paper n° 136, *HCR*, november 2006, 32 p.

Conclusion chapitre 2

Nous avons développé dans ce chapitre des problématiques qui ne sont pas forcément chronologiques, qui auraient trouvé une place ailleurs, et ont d'ailleurs pour la plupart été évoquées au cours de la recherche. Nous les avons rappelées ou développées ici pour mettre en exergue la logique dans laquelle elles s'inscrivent : faire taire la *Convention de Genève* et faire taire le réfugié.

La disparition du principe de non-refoulement au bénéfice du principe de non-entrée, et la fausse inadéquation de la *Convention de Genève* aux « nouveaux » mouvements de réfugiés sont elles-mêmes deux problématiques inextricablement liées. Non seulement entre elles, mais à tout le processus de fragilisation et de rejet du réfugié.

La pratique générale est de sortir les réfugiés de leur protection, en disant qu'ils ne sont pas des réfugiés. La démarche présentée dans ce chapitre va même au-delà. Elle vise en fait à faire sortir de leur cadre les droits de l'homme applicables aux réfugiés, pour les faire entrer de force dans le cadre d'un nouveau droit des réfugiés en pleine réécriture. C'est le cas de la détention, la protection temporaire et la protection subsidiaire, qui illustrent un déclasserment des droits de l'homme dans le droit des réfugiés. Déclasserment, car les droits perdent au passage les mécanismes de garanties associés à leur statut de norme de droits de l'homme.

Et même ce qui constituait traditionnellement un noyau dur de protection propre aux réfugiés (le non-refoulement notamment) est tout simplement ignoré.

Conclusion Titre 2

Ce titre pourrait être résumé en une seule phrase : il faut dissimuler le problème des réfugiés à défaut de le régler.

Le principal enseignement que l'on peut tirer de ces derniers développements est que le nombre fait peur. « Partout où les étrangers sont rares, ils sont bienvenus », écrivait Jean-Jacques Rousseau, « rien ne rend plus hospitalier que de n'avoir pas besoin de l'être: c'est l'affluence des hôtes qui détruit l'hospitalité »¹⁴²⁷.

Voilà peut-être la clé du changement. En misant toute la répression sur l'argument du nombre, et sans jamais revenir sur elle lorsque ce nombre diminue, les États justifient et pérennisent l'isolement de la *Convention de Genève*.

La démarche d'assiégés qui les caractérise prive alors le réfugié d'existence. Il est noyé dans la masse du « flux », ou désigné comme ennemi, souvent les deux.

Une accumulation de règles et de pratiques vise principalement à disqualifier le plus grand nombre. Soit en disant que le réfugié ne risque rien chez lui, soit en disant qu'il n'est pas un réfugié, au besoin en précisant qu'il est peut-être dangereux. Dans les deux cas, il s'agit de ne plus assumer ce qu'il représente, et de l'englober dans la problématique surexploitée de l'immigration illégale, à laquelle s'ajoute désormais la problématique naissante de l'« émigration illégale ». Avec elle, un nouveau pas est franchi dans la dénaturation de concepts et l'atteinte aux droits de l'homme. Le réfugié n'a pas droit à l'asile, a de moins en moins le droit de le demander, et dorénavant, c'est le « droit de quitter tout pays, y compris le sien » inscrit à l'article 13(2) la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qu'on lui refuse¹⁴²⁸.

¹⁴²⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Emile ou l'éducation*, 1762, Livre V, p. 65 de l'édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi en mars 2002.

¹⁴²⁸ Claire RODIER, « «Emigration illégale», une notion à bannir », *Libération*, 13 juin 2006.

Conclusion Partie 3

La *Convention de Genève* doit résister à deux grandes séries d'assauts : les coups qui lui sont frontalement portés, et la concurrence normative qui grandit en dehors.

Pour l'heure, elle résiste. Mais il faut être vigilant vis-à-vis de la multitude de tentatives visant à la récuser. Celles-ci passent dans un premier temps par le dépassement de la *Convention de Genève*, dans un second temps par son isolement, et grâce à elles, les États sont parvenus à nier le réfugié. Ils l'ont totalement exclu du débat, non pas en tant que participant qu'il n'a jamais été, mais en tant que sujet de la discussion. Il devient presque l'accessoire étalon de l'affirmation de leur souveraineté. Un objet stratégique. L'individu a disparu pour faire place à une « chose » juridique qui doit être régie. Le réfugié est complètement occulté par la figure du demandeur d'asile, elle-même parfois occultée par la figure de l'ennemi. De fait, le droit des réfugiés ne peut plus s'appliquer, et on assiste à la naissance illégitime d'un « droit des demandeurs d'asile », sans « droits » des demandeurs d'asile.

En introduction de cette thèse, nous évoquons le fait que le XXI^e siècle serait sans doute celui des « demandeurs d'asile », en redoutant de fait, une difficile mise en œuvre du droit des réfugiés. Cette crainte manquait clairement d'anticipation, puisqu'un « droit des demandeurs d'asile » qui ne prend pas les traits de la protection s'impose précisément en marge du « droit des réfugiés ».

CONCLUSION GÉNÉRALE.

Le statut de réfugié, objectif principal de ce travail, et qu'il nous fallait retrouver, est à la croisée de plusieurs chemins que nous avons identifiés. Pour le trouver, il faut l'inscrire dans ses trois dimensions juridiques: celles des droits de l'homme/droits fondamentaux, celle du droit des réfugiés traditionnels, et celle de la gestion de l'immigration, qui se double d'un paradigme sécuritaire.

La branche des droits fondamentaux organise le passage du réfugié « simple objet de droit » à réfugié « sujet du droit ». Et ce passage est rendu possible précisément parce que les droits fondamentaux gomment sa spécificité de réfugié. Ce sont sur les fondements universels des droits de l'homme que le réfugié s'émancipe d'un traitement purement catégoriel. Et pour revenir sur l'importance du discours, ce sont sur des points de vocabulaire que certains tournants de la protection se sont joués. Ainsi, c'est parce que la *Charte canadienne* donne à « **chacun** » le droit à la vie à la liberté et à la sécurité que même un réfugié est concerné. C'est parce que la *Constitution française* dit que « **nul** » ne devrait être arbitrairement détenu, que même un réfugié est concerné. C'est parce que la *Convention contre la torture* et la *Convention européenne des droits de l'homme* disent que « **toute personne** » doit être protégée contre la torture, qu'un réfugié ne sera pas refoulé vers un endroit où il risque d'y être confronté.

On assiste à l'opposé dans la branche gestion de l'immigration/sécurité, à une réécriture du « droit des réfugiés » à la marge de la *Convention de Genève*. Cela se réalise essentiellement par le jeu de normes supranationales qui organisent l'évitement suprême de la *Convention de Genève*, c'est-à-dire le glissement de régime fondateur du non-refoulement vers un régime de non-entrée.

La branche du droit des réfugiés « traditionnel » véhiculé par la *Convention de Genève* est tiraillée au centre de cette confrontation. Elle résiste, mais n'est absolument pas autonome. Elle porte des lacunes structurelles et des faiblesses (parfois réelles, mais le plus souvent imputées) qui favorisent davantage son « agression » par les questions migratoires/sécuritaires, que son renforcement par les droits de l'homme/droits fondamentaux. Ce qui de fait, au regard de sa réception par les droits internes, organise la raréfaction du droit de demander l'asile. Ainsi, alors qu'aux termes de la *Convention de*

Genève, un réfugié est un réfugié jusqu'à preuve du contraire ; aux termes de sa réception par les droits internes, un demandeur d'asile est un faux réfugié jusqu'à preuve du contraire. Ce que les États font de la lettre, et surtout de l'esprit de la *Convention de Genève*, s'inscrit donc dans le thème de la fragilisation du statut.

Nous avons ici le résultat principal de cette recherche, lequel est d'ailleurs une validation de l'hypothèse de départ. Mais relativement aux causes et enjeux des trois dimensions juridiques identifiées, ce résultat se subdivise. En réalité, les branches droits fondamentaux et droit des réfugiés traditionnels coexistent depuis l'origine. C'est la forte incursion de la branche migratoire/sécuritaire qui a le plus redistribué les cartes du statut du réfugié, en accompagnant une mutation de l'asile et en modelant une mutation de la figure du réfugié (1). Impossible à remettre en cause ou à combattre, cette incursion a contribué à déplacer la réflexion juridique vers la question de la péremption de la *Convention de Genève* et de la pertinence d'une réécriture du droit des réfugiés traditionnel (2). Mais elle donne également tout son poids à la dynamique des droits fondamentaux (3). Enfin, les résultats de cette recherche nous invitent à tirer quelques leçons : rien n'est joué, tout se joue encore (4).

1) Mutation de l'asile et transfiguration du réfugié.

Le droit d'asile est avant tout soumis à une décision politique. Il a toujours été et reste un acte discrétionnaire de l'État souverain. Selon Elizabeth Zoller¹⁴²⁹, l'asile a une nature double qui place cette institution dans un « nœud de contradictions ». Il s'agit certes d'un acte de charité ouvert aux persécutés, mais il ne peut en aucun cas être accepté comme règle juridique obligatoire par les États. Selon elle, et c'est ce qui ressort également d'une grande partie de notre propos, l'asile revêt même les caractéristiques d'un acte de récompense « parcimonieusement distribué aux plus méritants ». À l'époque où elle écrivait ces lignes, il lui était néanmoins encore possible de relever que les États avaient au moins consenti à une règle impérative, d'ailleurs souvent rappelée dans les normes internes, celle du non-refoulement. Près de vingt ans plus tard, cela n'est plus aussi sûr.

Politiquement très dévaluée au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix¹⁴³⁰, la notion d'asile semble même être aujourd'hui devenue une cause contre laquelle on « entre en

¹⁴²⁹ Elizabeth ZOLLER, *Le droit d'asile*, Académie de droit International de La Haye, 1989, pp. 15-61.

¹⁴³⁰ François CRÉPEAU, « L'impératif renouvellement du Droit international des Réfugiés », *RQDI*, 1993-1994, Vol. 8, p. 59.

guerre »¹⁴³¹. Certains vont jusqu'à prononcer sa mort, au regard du constat qui s'impose à eux : le droit d'asile n'existe plus, car les demandes ne peuvent plus être déposées¹⁴³².

Peu à peu privé de son assise humaniste, de solidarité et d'hospitalité, l'asile entre définitivement dans les questions d'immigration et d'affirmation de souveraineté. Rien de ce que nous évoquons n'est franchement chose nouvelle puisque le même constat est fait par une importante partie de la doctrine depuis les années quatre-vingt-dix¹⁴³³.

L'asile n'est plus défini par des principes, mais par des frontières, ce qui a fatalement un impact considérable dans un monde occidental qui « coopère sur » et « harmonise » les questions d'asile. On se demande davantage quel pays est le premier à avoir été pénétré, quelles procédures faut-il « rationaliser » pour devenir plus « performants », et quelle est la ligne des « partenaires » européens ou autres qu'on ne se rappelle l'attachement historique et humaniste du peuple français ou canadien, au droit fondamental que représente l'asile¹⁴³⁴. De fait, c'est le critère géographique qui l'emporte de plus en plus. Il fait le « pays de premier asile » en même temps qu'il fait le réfugié. Un vrai réfugié se contentant de premier État sûr qu'il rencontre, sinon, c'est un faux réfugié.

Les réfugiés ne viennent jamais de pays amis (ils viennent soit de pays ennemis, soit de pays « dominés »¹⁴³⁵). C'est peut-être la seule vérité que l'on détienne. Et le temps où ils permettaient à un État d'accueil de donner des leçons d'humanité et de démocratie à ses voisins est désormais révolu.¹⁴³⁶ C'est précisément quand le réfugié a cessé de venir du pays voisin, mais de plus loin, et qu'il est devenu plus « étranger » que d'habitude, qu'il a cessé de servir de faire-valoir, pour n'être plus que le porteur contaminant du chaos dont il vient¹⁴³⁷.

Le réfugié vient alors cristalliser la question de l'affirmation et de l'abandon de souveraineté, en venant se placer à la croisée de deux souverainetés étatiques : la souveraineté externe (de l'État vis-à-vis du droit international), et la souveraineté interne (de l'État vis-à-

¹⁴³¹ Alain MORICE, « L'Europe enterre le droit d'asile », *Le Monde diplomatique*, mars 2004.

¹⁴³² Jérôme VALLUY, « Vers une Europe continent d'asile », allocution dans le cadre de *L'autre campagne*, 5 mars 2007, URL : <http://www.lautre campagne.org/lautreTele.php?numPage=5> (consultée le 15 septembre 2007).

¹⁴³³ François CRÉPEAU, « L'impératif renouvellement du Droit international des Réfugiés », *RQDI*, 1993-1994, Vol. 8, pp. 59-73.

¹⁴³⁴ Evoquant le fait que les gouvernements sous-estiment l'attachement de leurs citoyens au droit d'asile, Andrew SHAKNOVE, « From asylum to containment », *IJRL*, Vol. 4, n° 5, 1993, p. 517.

¹⁴³⁵ Abdelmalek SAYAD, « L'asile dans « l'espace Schengen » : la définition de l'Autre (immigré ou réfugié) comme enjeu de luttes sociales », dans CALOZ-TSCHOPP Marie-Claire, CLEVENOT Axel, TSCHOPP Maria-Pia (eds) (Ed.), *Asile-violence-exclusion en Europe : histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des sciences de l'éducation de l'Univ. de Genève, Genève, 1994, pp.193-196.

¹⁴³⁶ Andrew SHACKNOVE, « From asylum to containment », *IJRL*, Vol. 4, n° 5, 1993, p. 520

¹⁴³⁷ Howard ADEMAN, « Canadian Refugee Policy in the Postwar Period: an analysis », in Howard ADELMAN (dir), *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991.

vis de ses frontières)¹⁴³⁸. Le réfugié vient également cristalliser la question de la dichotomie du devoir et du droit, c'est-à-dire des principes et des idéaux dont les États se réclament, et le fait qu'il n'y a pas, il n'y a jamais eu et il n'y n'aura jamais, de droit d'asile.

À cela sont venus s'ajouter quelques épisodes où l'*asile* (nécessité individuelle) devait se faire *refuge* (dans le sens compris par le HCR, d'une nécessité collective de protection), qui ont, semble-t-il, déstabilisé les États dans la conception qu'ils avaient du droit des réfugiés.

La portée conceptuellement dérangeante du réfugié a pris tout son poids. Et comme il est moralement et politiquement difficile de rejeter le réfugié, la solution d'évitement la plus opportune a été de dire qu'il n'en était pas un. A ainsi été politiquement et juridiquement construite l'image des « flux » de « faux » réfugiés ».

La collusion entre asile et immigration, facilitée du fait que les uns et les autres viennent des mêmes pays et sont les produits de la même histoire, vient alors ranger le réfugié dans la catégorie globale du « migrant ». Puis, quand l'occasion se présente, dans la catégorie du danger. Le principe de « liberté » qui gouvernait le respect des réfugiés qui « passaient à l'Ouest » a cédé le pas au principe de « sécurité » qui gouverne désormais la protection de cet Ouest (devenu Nord)¹⁴³⁹.

Il ressort que le statut de réfugié s'approche en effet de plus en plus du statut de l'immigrant. Retours donc, sur ce que James Hathaway dit depuis vingt ans. À la différence qu'aujourd'hui, le statut de réfugié est peut-être, *au mieux*, réduit au statut de l'immigrant¹⁴⁴⁰, et qu'il y a désormais un « au pire », avec le statut de l'ennemi. Il est très net que par ailleurs, on reproche au réfugié sa propre exclusion. Dans ce cas, doit-il réintégrer sa *Convention*, ou faut-il profiter des sorties orchestrées pour redéfinir le droit des réfugiés?

2) Haro sur la *Convention de Genève*?

À la question, qui n'est pas neuve, du renouvellement du droit des réfugiés par une réécriture de la *Convention de Genève*, nous rejoignons les partisans du status quo. Et de manière générale, nous pensons que ce n'est pas au droit des réfugiés, de régler le problème

¹⁴³⁸ Sylvie SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations, De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 18-24.

¹⁴³⁹ Voir en ce sens Abdelmalek SAYAD, « L'asile dans « l'espace Schengen » : la définition de l'Autre (immigré ou réfugié) comme enjeu de luttes sociales », dans CALOZ-TSCHOPP Marie-Claire, CLEVENOT Axel, TSCHOPP Maria-Pia (eds) (Ed.), *Asile-violence-exclusion en Europe : histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des sciences de l'éducation de l'Univ. de Genève, Genève, 1994, pp. 193-241.

¹⁴⁴⁰ Auquel cas, pour le connaître, nous renvoyons notamment à la thèse de Christel Cournil, qui traite des mutations du statut de l'étranger dans le cadre français, européen et international : Christel COURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, 2005, 740 p.

des réfugiés.

Certes la *Convention* est datée, partisane et inadéquate. Datée, car elle n'a pas vu venir l'après guerre-froide, l'instabilité politique et économique grandissante, ni les tensions sociales, claniques et religieuses qui provoquent l'éclatement des sociétés ni la mondialisation. Partisane, car elle a mis en place un système qui fait qu'à victimes égales, seules celles qui auront pu prouver le caractère idéologique de la persécution seront reconnues, seules seront protégées celles qui le méritent politiquement. Inadéquate à plusieurs égards enfin, parce qu'elle soumet la protection d'une personne au franchissement d'une frontière, et parce qu'elle n'a dans son ensemble aucune fonction curative.

Certes, la définition qu'elle propose du réfugié est vague et ambiguë.

Certes, elle est de plus en plus réduite à un rôle de figuration dans la multiplication des instruments normatifs portant sur l'asile.

Mais, si d'un point de vue strictement juridique il peut être pertinent de retoucher la *Convention de Genève*, d'un point de vue pragmatique, il ne faut surtout pas le faire. Aucune renégociation sur le texte fondateur n'ira dans le sens de la protection, au contraire.

De plus, les critiques qu'on lui fait ne sont pas forcément pertinentes. La critique portant sur la fonction uniquement palliative du droit international des réfugiés n'a selon nous pas lieu d'être, ou du moins, s'inscrit dans une recherche, qui n'est pas la notre, de méta-solutions visant à régler le problème des mouvements de réfugiés à sa source. La *Convention de Genève* n'est pas taillée pour le rôle, au contraire, elle prend précisément acte du constat d'échec, et c'est peut-être là sa valeur. Elle contraint les États à assumer l'échec, ce qui serait impossible si d'aventure le droit des réfugiés devait prendre une dimension curative. De plus, nous avons vu que les aspects curatifs et palliatifs du problème des réfugiés ont tendance à entrer en conflit. On utilise le premier pour refuser le second, ce qui conduit à nier les dégâts et nier l'urgence : nous n'allons pas ouvrir nos portes, nous allons faire en sorte que les gens veuillent rester chez eux. Même la problématique du développement des pays pauvres est infiltrée par la gestion de l'immigration de façon totalement décomplexée. Il faut laisser au droit international des réfugiés son statut de pansement. La réflexion sur la prévention des causes des mouvements de réfugiés devrait s'inscrire dans les droits de l'homme¹⁴⁴¹, pas dans le droit des réfugiés, dont il faut accepter la nature palliative.

Les différentiels de richesse et de démocratie vont en augmentant. Les flux migratoires

¹⁴⁴¹ La piste qui vise à faire ériger le droit à ne pas être déplacé en droit humain est sans doute à ce titre intéressante : Maria STAVOPOULOU, « The right not to be displaced », *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, n° 3, 1994, p. 689.

vont sans doute augmenter aussi. La solution n'est évidemment pas dans le blocage, qui n'encourage que la prise de risque et la clandestinité. Ce n'est pas au droit des réfugiés de régler le problème des « root causes », mais il devrait au moins éviter de les prolonger/alimenter. À ce titre, faire remonter la *Convention de Genève* dans le corpus des droits de l'homme est une proposition intéressante, au moins pour lui en donner les mécanismes de contrôle et de supervision¹⁴⁴².

Enfin, la critique sur la dimension incomplète et partisane de la définition du réfugié, et la question de sa réécriture n'est pas la plus pertinente, car, encore une fois, nous mettons en doute la fonction correctrice d'un tel projet. C'est peut-être même sur cette définition que percent les espoirs puisqu'elle porte en elle, et trouve en dehors d'elle, les moyens de s'adapter. En son sein, nous avons vu que certaines critiques ne sont pas justifiées, et que la question du caractère collectif des mouvements de réfugiés peut par exemple être réglée¹⁴⁴³. En elle toujours, la notion de groupe social et la capacité que les tribunaux ont pu montrer à l'élargir, constituent sans doute la dimension de la définition sur laquelle l'avenir du droit des réfugiés se joue. En dehors d'elle, les droits de l'homme permettent de corriger certaines lacunes et contourner certaines rigidités. Par exemple, la protection subsidiaire est intrinsèquement un immense progrès. Si en France et en Europe, elle s'entache d'un sous-statut et d'un certain déclasserement de la protection, elle constitue au Canada une protection véritablement complémentaire.

Le réfugié est donc toujours protégé dans et hors sa *Convention*, lorsque des espaces de discussion s'ouvrent : entre la *Convention* et le droit international des droits de l'homme, entre le droit international des droits de l'homme et les droits internes, entre les droits internes et la *Convention*.

3) La clé de la dynamique des droits fondamentaux.

À l'issue de la première partie de la recherche, la dynamique positive des droits de l'homme en droit international et des droits fondamentaux en droits internes a été établie. Le recours individuel s'est par ailleurs imposé comme principal moteur de ce dialogue, et sa portée protectrice ne laisse aucun doute. La possibilité de demander un droit, et surtout de

¹⁴⁴² James HATHAWAY, « Taking oversight of refugee law seriously », allocution lors des Consultations mondiales sur la protection internationale, Genève, 11 décembre 2001, 14 p.

¹⁴⁴³ Voir Thomas Spijkerboer qui rejette par exemple, l'inadéquation de la *Convention de Genève* aux mouvements collectifs massifs. Thomas SPIJKERBOER, « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », dans Daphnée BOUTEILLET-PAQUET (dir), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, 2002, pp. 19-42.

contester qu'il puisse nous être refusé, le caractère clé du recours, et « super-clé » de l'appel ont été largement démontrés. Ce n'est pas la jurisprudence (interne, internationale, constitutionnelle, administrative ou spécifique à la détermination du statut) qui a opacifié et fragilisé la protection du réfugié, mais la législation interne qui, de son côté, a également fait son chemin et s'est facilement imposée dans les espaces de discussion laissés ouverts.

Il ressort de cette recherche que l'avenir de la protection des réfugiés ne va pas tant se jouer sur la prise en compte de sa vulnérabilité, que sur un attachement renouvelé des États aux grands principes de justice qui fondent l'État de droit. En l'occurrence, le principe de non-discrimination et le droit à une procédure équitable constituent les clés présentes et futures de la détermination du statut du réfugié.

L'horizon offert par le Canada dans cette recherche est également riche d'enseignement.

La principale dévaluation de l'asile au Canada vient du fait que le pays a cédé aux sirènes de l'insécurité et qu'il brade son attachement au droit international des droits de l'homme et à ses propres droits fondamentaux. Sa plus grosse faillite est l'absence d'appel d'une décision de refus de reconnaissance de statut.

Malgré cela, le Canada évite de nombreux écueils, parmi lesquels le rejet originel de l'immigrant et les avatars de l'« universalisme ». Par « universalisme », nous entendons l'idéal français qui rejette toute désunion de l'unité républicaine (négation des minorités par exemple et grande frilosité à aborder les rapports hommes/femmes), et qui s'oppose à l'« individualisme » nord-américain, très libéral, qui autorise les mouvements « minoritaires ». L'une et l'autre de ses conceptions se défendent et se critiquent, et il ne s'agit pas de le faire ici. Relevons simplement qu'au Canada, les femmes par exemple, ont eu accès au débat public dès la rénovation du pays¹⁴⁴⁴. Très vite financés par les gouvernements, les mouvements féministes se sont officialisés, les femmes ont eu des postes dans les institutions assurant la continuité du mouvement, et la politique du statut de la femme réfugiée est nettement plus protectrice au Canada qu'en France¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁴ Dans les années 1960 lorsque suite à un bouleversement de l'économie, un grand mouvement de contestations sociales a émergé, au sein desquelles, la cause des femmes, (notamment au Québec avec la « révolution tranquille ». Lorsque le Parti Québécois prend le pouvoir, il accueille et finance les mouvements féministes). À la même époque en France, les mouvements féministes tentent de faire leur place dans des institutions républicaines déjà bien établies, et le Général De Gaulle est au pouvoir.

¹⁴⁴⁵ Il va de soi que l'histoire et le propos sont très accélérés ici. Et qu'évidemment, le Canada n'est pas le modèle absolu du droit des femmes. Voir Human Rights Watch, *Philippines*, Rapport thématique, bilan 2003, et Condition féminine Canada, *Le Canada et le mariage de Philippines par correspondance : La nouvelle frontière*, novembre 2000, URL :

http://www.swc-voirc.gc.ca/pubs/pubspr/0662653343/200011_0662653343_1_f.html (consultée le 20 septembre

Quant au rejet initial de l'immigrant, nous avons évoqué à diverses reprises sa qualité de pays d'immigration, qui structure à plusieurs niveaux sa politique envers les réfugiés. Le parrainage privé et gouvernemental (qui devient une stratégie alternative à l'asile, mais ne l'était pas au départ), et le fait que les réfugiés reconnus aient vocation à rester, en sont des manifestations. La protection subsidiaire est une réussite totale au Canada, du seul fait que le statut qui l'accompagne est le même que celui du réfugié.

Enfin, le juge canadien s'illustre selon nous en acceptant d'appréhender les conflits de valeurs qui sont portés devant lui et, pour les résoudre, en allant chercher une partie de la solution dans ce que la doctrine avance, ce que le HCR suggère, ce que le droit international propose ou même, les principes que la Cour européenne des droits de l'homme peut dégager. Sans doute le juge français procède de la même façon, mais la transparence et la visibilité du raisonnement canadien semblent octroyer une place plus importante aux « valeurs » dans l'enceinte du tribunal et dans la rédaction des décisions de justice. Ce qui est structurant.

4) Les leçons.

Ces trois composantes ont déjà redéfini le droit des réfugiés et nous en avons apporté les éléments d'identification, tout en relevant qu'elles sont mouvantes en leur sein et entre elles, et que s'il est possible d'inscrire la direction que prend le droit des réfugiés dans une tendance, il n'est pas pour autant toujours évident d'anticiper de quel côté va venir la protection ou la fragilisation. Il peut y avoir des surprises.

Ainsi, le Conseil constitutionnel et la Cour suprême, après avoir considérablement renforcé la protection du réfugié, en le hissant à hauteur de justice constitutionnelle, sont devenus relativement frileux en remplaçant les concepts d'ordre public ou de circonstances exceptionnelles qui fondent la distinction entre un citoyen et un non-citoyen au premier plan de leurs décisions. Ainsi, la CEDH peut décevoir, en validant un discours discutable, alors que la CJCE, qu'on attend moins, ou pas encore, sur ce terrain va dénouer une situation.

Relèvent également de la « surprise », les avaries du concept de pays sûrs devant les tribunaux canadiens, français, et communautaire. Ce concept, qui part du principe qu'un pays, qu'il soit d'origine, ou de transit, est suffisamment sûr pour disqualifier du statut un candidat réfugié qui en vient, est une construction politique, qui a réussi à intégrer le droit positif, pour devenir un instrument clé de police à distance des réfugiés. Ce concept, que l'on pouvait

2007)]. Il va de soi également que d'autres facteurs explicatifs existent (l'incidence historique du colonialisme par exemple).

considérer comme solidement institutionnalisé, a pourtant subi un triple et concomitant revers : en novembre 2007 devant la Cour fédérale du Canada qui a invalidé l'entente nord-américaine sur les tiers pays sûrs ; en février 2008 devant le Conseil d'État français qui a fait retirer l'Albanie et le Niger de la liste française des pays sûrs ; et en mai 2008 devant la CJCE qui a partiellement annulé la directive de 2005 dite « procédure » en ce qui concerne les modes d'établissement et de modification de la liste commune minimale des pays sûrs. Bien sûr, il faut noter que ni la Cour Fédérale, ni le Conseil d'État, ni la CJCE (mais ce n'était pas son rôle) n'ont remis en cause le concept même de pays sûr. En revanche, on peut aussi choisir de relever qu'il a été plus ou moins directement fragilisé par ces trois décisions. Il peut en tout état de cause être contrôlé, et être sanctionné.

Les trois dimensions juridiques du statut du réfugié sont très interdépendantes, et le chemin de chacune de ces dimensions est lui-même erratique. De fait, le statut du réfugié qui découle de l'addition et de la soustraction des protections accordées ou refusées n'est finalement valable qu'à un instant T. Le statut du réfugié dépend d'où son (potentiel) destinataire vient, de comment et avec qui il vient, du type de persécution qu'il a subi, éventuellement de son sexe, de la langue qu'il parle, et de qui le reçoit (non seulement le pays, mais aussi l'interlocuteur particulier). Le statut du réfugié s'avère parfois extrêmement spéculatif.

Cela veut également dire qu'il n'y a pas d'impasse définitive au sujet de l'asile et des réfugiés. Tout projet sur le droit est possible.

La leçon que l'on tire est qu'il faut s'inviter dans ces espaces, et ne sous-estimer aucun des intervenants possibles ni aucune forme d'échange possible. On appréciera par exemple la portée du dialogue inter-juridictionnel et inter-normatif, même lorsqu'il sort de son cadre juridique (comme la Cour européenne des droits de l'homme qui évoque la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*). On mesurera ce qui se passe en marge du droit et le rôle des associations de défense du droit d'asile, par exemple, et leur impact direct sur des pratiques¹⁴⁴⁶, sur l'accès au droit¹⁴⁴⁷, et de fait, sur le droit lui-même¹⁴⁴⁸. On ne sous-estimera

¹⁴⁴⁶ Par exemple en France, la pression exercée par plusieurs associations en février 2001, et relayée par l'« opinion publique », a permis aux 900 réfugiés kurdes échoués à Fréjus d'obtenir un sauf-conduit sur le territoire au lieu d'être parqués dans une zone d'attente créée à la dernière minute et juridiquement irrecevable. Voir, Communiqué spécial de *Forum réfugiés* relatif à l'arrivée des 900 réfugiés kurdes irakiens à Boulouris le 17 février 2001, et le bilan d'activité 2001 du GISTI, p. 41, URL : <http://www.gisti.org/IMG/pdf/bilan-2001.pdf> (consultée le 15 septembre 2007).

¹⁴⁴⁷ Voir Spyros FRANGUIADAKIS, Edith JAILLARDON, Dominique BELKIS et Sylvie BERNIGAUD (dir), « L'aide aux demandeurs d'asile - La part du mouvement associatif dans l'accès à l'asile », note de synthèse de

pas non plus, cette « opinion publique » qui, selon la direction dans laquelle on la façonne, et pour peu qu'on cesse de ne la faire intervenir que dans le sens de la peur et du rejet, a sans doute un rôle à jouer.

Même l'harmonisation européenne est, dans une certaine mesure porteuse d'espoir, du seul fait qu'elle permette des débats en Commission et que de véritables experts, et associations de défense du droit d'asile y sont invités. D'ailleurs, une proposition de directive européenne, émise par la commission en 2007¹⁴⁴⁹, a reçu en avril 2008 l'aval du Parlement européen¹⁴⁵⁰. Il s'agit d'amender une directive adoptée en 2003 relativement au statut des résidents longue durée des ressortissants des pays tiers¹⁴⁵¹ afin d'en étendre le bénéfice aux réfugiés et aux personnes bénéficiant de la protection subsidiaire ou temporaire. Cette directive prévoit d'octroyer (de façon très encadrée et assortie de nombreuses conditions) à toute personne régulièrement installée dans un État membre depuis au moins cinq ans, un statut uniforme de « résident longue durée », ouvrant des droits proches de ceux des citoyens de l'Union. À l'époque, le Conseil avait exclu du champ d'application de cette directive, les réfugiés et les personnes titulaires d'une protection temporaire ou subsidiaire, en raison de la précarité de leur situation ou la brièveté de leur séjour. La discussion doit continuer et la proposition de directive n'est pas encore adoptée¹⁴⁵², mais il faut ici relever l'effort – à contre-courant – de consolidation du statut du réfugié.

Dans le même ordre des choses, en janvier 2008, la Commission Justice et Affaires intérieures de l'Union européenne publiait un document de travail sur la gestion intégrée européenne de contrôle des frontières, dans lequel était désavouée la pertinence du lien entre

la *mission de recherche Droit et Justice*, « Accè(s) au(x) droit(s) / accès à la justice », octobre 2002, 7 p. URL : <http://www.gip-recherche-justice.fr/recherches/syntheses/87-aide-demandeurs-asile.pdf> (consultée le 15 septembre 2007).

¹⁴⁴⁸ Avec circonspection cependant, du fait d'une intervention de plus en plus professionnalisée qui porte les germes du désengagement total de l'État. Ces associations ont tendance à entrer en conflits entre elles, mais se trouvent aussi quasiment toutes dans une posture hybride de contestation de, de financement par, et de coopération avec l'État. Voir Jérôme VALLUY, « L'accueil étatisé des demandeurs d'asile : de l'enrôlement dans les politiques publiques à l'affaiblissement des mobilisations de soutien aux exilés. », *TERRA-Ed., Coll. "Esquisses"*, fev. 2007, URL : <http://terra.rezo.net/article556.html> (consultée le 15 septembre 2007).

¹⁴⁴⁹ Commission européenne, Proposition de Directive du Conseil modifiant la directive 2003/109/CE afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale, 6 juin 2007, COM (2007) 298.

¹⁴⁵⁰ Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2003/109/CE afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale (COM(2007)0298 – C6-0196/2007 – 2007/0112(CNS)), 14 avril 2008, A6-0148/2008 ; et Résolution législative du Parlement européen du 23 avril 2008 sur la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2003/109/CE afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale, 23 avril 2008, P6_TA(2008)0168.

¹⁴⁵¹ Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, *relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, JO L 16 du 23 janvier 2004, pp. 44–53

¹⁴⁵² Un tableau de bord est disponible sur la page du Suivi des procédures interinstitutionnelles de la Commission à l'URL : http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=195807 (consultée le 30 mai 2008).

terrorisme et immigration illégale¹⁴⁵³. L'étude des mesures relatives au contrôle des frontières prises en Europe au nom de la sécurité, ainsi que l'étude de leur impact démontre un échec à deux niveaux. Premièrement, la majorité de ceux à qui est refusée l'entrée au titre des mesures anti-terroristes ne sont ni des terroristes ni des sérieux criminels, mais simplement des individus sans les bons documents de voyage. Deuxièmement, au regard des dernières activités terroristes sur le territoire de l'Union, il apparaît que leurs auteurs sont des citoyens de l'Union ou des étrangers résidant et vivant régulièrement dans l'Union. La Commission relève qu'il s'agit de personnes sur lesquelles aucune information n'est disponible, et contre lesquelles le SIS et autres systèmes de collecte de données ne peuvent rien. Ces systèmes extrêmement coûteux par ailleurs ne servent donc, à tout le moins, pas à servir l'objectif affiché.

Ne sous-estimer aucun intervenant donc. Mais comment s'inviter dans les espaces de la discussion ? Peut-être faut-il revenir aux fondamentaux de la délibération habermassienne et se réapproprier l'espace public ? Ce serait à condition de partir du principe que nous sommes tous idéalement égaux, et que la force de l'argument l'emporte sur les rapports de domination¹⁴⁵⁴. Ce qui, dans un domaine où le principal sujet n'a pas accès au débat, est plus qu'incertain.

La particularité la plus frappante du droit des réfugiés est en effet que les intéressés n'ont pas le droit d'y participer. Les femmes ont eu accès à la délibération portant sur la cause des femmes, les noirs ont eu accès à la délibération sur le droit des minorités, les homosexuels aussi, etc. Dans tous les débats mettant en jeu la justice sociale, les principaux concernés ont joué un rôle. Le réfugié est faible juridiquement, politiquement, socialement... tellement faible qu'il ne parle même pas. Certes on apprécie l'affinement du rôle du HCR et pour la première fois de l'histoire, l'accession de certains réfugiés à la discussion dans le cadre des consultations mondiales. Mais on est encore très loin de la délibération et de la réappropriation de l'espace public telles que souhaitées par Habermas.

¹⁴⁵³ Commission of the European communities, *Accompanying document to the Communication New tools for an integrated European Border Management Strategy, Impact Assessment, Draft v (17/1/2008)*, Brussels, COM(2007) XXX, 104 p., URL : <http://www.statewatch.org/news/2008/feb/eu-com-ia-border-man.pdf> (consultée le 26 mai 2008).

¹⁴⁵⁴ Notamment Jürgen HABERMAS, *L'espace public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, ed. Payot, 1962, 324 p. Pour l'intérêt (et la critique) de ce cadre théorique dans le droit des réfugiés (et plus particulièrement dans la sphère canadienne du système de détermination du statut de réfugié), voir François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, « Critical spaces in the Canadian refugee system: 1989-2002 », à paraître dans *IJRL*, et pour la critique bourdieusienne, notamment sur le conflit « délibération versus rapports de domination » voir Julien TALPIN, « Elitisme et délibération dans la pensée politique de Pierre Bourdieu », *Figures*, 10 octobre 2003.

Dans une dimension plus modeste, et à défaut d'investir tout « l'espace public », il reste aux porte-parole du droit des réfugiés, des brèches, des petits espaces de délibération. Et parmi ces espaces, pour le juriste, il reste le discours. Un discours qu'il faut à la fois repérer, au mieux changer, au minimum ne pas alimenter.

Repérer notamment qu'il n'y a pas de « réalité » susceptible d'être établie pour les réfugiés, seulement des réalités construites. À partir de « situations » qui parfois se ressemblent, souvent différent, les États tirent des vérités objectives qu'ils accompagnent de normes, qui elles-mêmes à l'issue du processus, sont inadéquates aux situations. Le droit ne tire pas des conclusions, il invente des causes.

Repérer aussi que certains seuils décisifs sont franchis au plan symbolique : « immigration et identité nationale », « problèmes », « rationalisation de procédure », « abus », « fraude », « sans fondement », « pays sûr », etc. Tous ces éléments discursifs qui ont déjà fait leur chemin jusque dans le droit positif, et qui ne devrait jamais s'aventurer sans guillemets dans les commentaires qui en découlent. Gare à la banalisation qui légitime. Nous renvoyons ici à l'édifiant propos de Danièle Lochak, « Ecrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy »¹⁴⁵⁵. On s'étonnera peut-être de l'audace du parallèle entre la politique d'asile des années 1990-2000 avec les lois raciales de Vichy. Certains l'ont pourtant fait. Danièle Lochak en tête, dès 1994, qui ose la comparaison entre Vichy et les lois sur les étrangers, pour mettre en garde contre la conception purement formelle de l'État de droit¹⁴⁵⁶. L'analogie, toute empreinte des mêmes précautions imposées, a ressurgi en 2006, notamment sous la plume d'Emmanuel Terray, évoquant les « opérations « coup de poing » dans les quartiers habités par les migrants, contrôles au faciès, interpellation des enfants dans les écoles, convocations-pièges au guichet des préfectures »¹⁴⁵⁷. Le parallèle se renforce en mai 2007, lorsqu'est accolée la référence à l'« identité nationale » à l'intitulé du ministère de l'Immigration

¹⁴⁵⁵ Voir Danièle LOCHAK, « Ecrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », *Le Genre humain*, n°30-31, *Le droit antisémite de Vichy*, mai 1996, Actes du colloque international *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy*, Dijon, 19 et 20 décembre 1994 – Ed. du Seuil., 1996.

¹⁴⁵⁶ Danièle LOCHAK, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre Humain*, n° 28, *Juger sous Vichy*, Été-Automne 1994, Actes du colloque organisé par l'École Nationale de la Magistrature à Bordeaux le 29 novembre 1993, Ed. du Seuil, 1994.

¹⁴⁵⁷ Emmanuel TERRAY, « 1942-2006 : réflexions sur un parallèle contesté », *Centre d'étude et d'initiatives de solidarité internationale*, 15 octobre 2006, URL : http://www.reseau-ipam.org/article.php3?id_article=1278 (consultée le 20 septembre 2007) ; Gérard NOIRIEL, *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIXe-XXe siècle) - Discours publics, humiliations privées*. Paris, Fayard, 2007, notamment son chapitre 6 : « Racailles et métèques », pp. 375-481 ; et Laurent MUCCHIELLI, « L'identité nationale : une régression historique et politique », *Mouvement pour l'égalité*, 30 mars 2007, URL : http://www.mouvement-egalite.org/article.php?id_article=110 (consultée le 1^{er} janvier 2008).

nouvellement créé¹⁴⁵⁸, en fin d'année 2007, lorsque le recours aux tests ADN pour contrôler le regroupement familial est adopté. Il plane, enfin, avec la mise en place d'un « délit de solidarité », bien présent dans le droit positif et dans les tribunaux¹⁴⁵⁹.

De ce parallèle sans doute un peu violent, gardons la mise en garde contre la banalisation d'une législation d'exception pour les « autres », qui devient « exception d'humanité ». Si la justice n'est plus accessible, et par justice il n'est pas question de principe moral sans contenu, mais bien de principe de non-discrimination et de droit à une procédure équitable tels que proclamés par le droit positif, il est légitime de s'interroger sur la pérennité de la capacité correctrice et protectrice des droits de l'homme.

¹⁴⁵⁸ « Confier à l'État le soin de préserver une identité nationale qui n'est pas définissable, appuie Danièle Lochak, professeur de droit à Paris-X et spécialiste de l'immigration, c'est franchir un pas dangereux qui fait penser à Vichy. » : Philippe BERNARD, « Nicolas Sarkozy et l'identité nationale », *Le Monde*, 20 mars 2007. Voir aussi Gérard NOIRIEL, *À quoi sert « l'identité nationale »*, Agone, 2007, 156 p. En mai 2007, l'association des mots « immigration » et « identité nationale » a entraîné la démission de huit chercheurs de la Cité Nationale de l'Histoire de l'Immigration. Voir également Emmanuel LEMIEUX, « Le grand mécano de l'identité nationale », *Témoignage Chrétien*, 6 septembre 2007.

¹⁴⁵⁹ Une criminalisation de l'assistance citoyenne et humanitaire qui se retrouve à l'échelle française, européenne, et canadienne. Voir Violaine CARRERE et Véronique BAUDET, « Délit de solidarité », *Plein Droit*, n° 59-60, mars 2004 ; Ingrid MERCKX, « Délit de solidarité », *Politis*, 29 mars 2007 ; Migreurop, Rubrique *Le procès des pêcheurs tunisiens*, URL : <http://www.migreurop.org/rubrique251.html> (consultée le 1er janvier 2008) ; CCR, « Indignation face aux accusations portées contre une travailleuse humanitaire », Communiqué, 27 septembre 2007, Andrew BROUWER, Mitchell GOLDBERG, Janet DENCH, « Are we all smugglers now ? », *Globe and mail*, 9 octobre 2007, CCR et Amnistie Internationale, « Lancement de la campagne « Aidons et encourageons les réfugiés » », Communiqué, 29 novembre 2007.

Bibliographie sélective.

I) Ouvrages

- ADELMAN H., *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, 455 p.
- ALLAND D. et TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit de l'asile*, PUF, collection Droit Fondamental, 2002, 693 p.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Reasonable Fear: Human Rights and United States Refugee Policy*, New York, N.Y.: Amnesty International USA, 1990.
- ANAFE, *Frontières du droit, frontières des droits - l'introuvable statut de la « Zone internationale »*, Paris, L'Harmattan, 1993, 240 p.
- ARNAUD C., *Droit d'asile au NON de quoi ?*, Paris, ed. Toute latitude, 2006, 256 p.
- AUSTIN J., *Lectures or jurisprudence for the philosophy of positive law*, Campbell, Londres, 1879, 2 vol., 1169 p.
- BAUBÖCK R., *Transnational citizenship – Membership and rights in international migration*, Edward Elgar, 1994, 348 p.
- BEIGBEDER Y., *Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, PUF, Que sais-je?, 1999, 127 p.
- BERGER N., *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p.
- BERGER P., LUCKMANN T., *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, pp. 69-127.
- BETTATI M. et KOUCHNER B., *Le devoir d'ingérence : peut-on les laisser mourir ?*, Paris, ed Denol, 1987, 300 p.
- BETTATI M., *L'asile politique en question : un statut pour les réfugiés*, Paris, PUF, 1985, 205 p.
- BIGO D. (dir.) *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1992, 126 p.
- BODY-GENDROT Sophie, *Les États-Unis et leurs immigrants ; des modes d'insertion variés*, La Documentation Française, 1991, pp.19-20.
- BOURDIEU P., *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Librairie Droz, 1972, p. 160.
- BOURDIEU P., et. Coll., *Le métier de sociologue*, Paris, Mouton, 1983, pp. 52-61.
- BOUTEILLET-PAQUET D. (dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, ULB, 2002, pp. 4-264 et 433-490.
- BOUTEILLET-PAQUET D., *L'Europe et le droit d'asile*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, 396 p.
- CALOS-TSCHOPP M.-C., CLEVENOT A., TSCHOPP M.-P. (eds), *Asile – Violence – Exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective.*, Groupe de Genève « Violence et droit d'asile en Europe » et Cahier de la Section des Sciences de l'Éducation de l'Université de Genève, Genève, 1994, 463p.
- CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 27.
- CARLIER J.-Y. et De BRUYCKER P. (dir), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 704 p.
- CARLIER J.-Y. et VANHEULE D., *Europe and Refugees: À Challenge?*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1997, 280 p.
- CARLIER J.-Y., *Droit des réfugiés*, E. Story-Sientia, Bruxelles, 1989, 409 p.
- CARLIER J.-Y., *Qu'est-ce qu'un réfugié ? : étude de jurisprudence comparée*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 859 p.
- CASSESE A., *International law in a divided world*, Clarendon, Oxford, 1986, 429 p.
- CHALIAND G., JAN M. et RAGEAU J.-P., *Atlas historique des migrations*, Paris, Seuil, 1994, 141 p.
- CHAMPAGNE P., *Faire l'opinion*, Paris, Les éditions de Minuit, 1990, 314 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (textes réunis par) *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d'humeur en l'Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 155-159.
- CHAMPION J., *Mémoires en exil*, Fayard, 1989, pp. 67-80.
- CHANGEUX J.-P. (Dir), *Une même éthique pour tous*, Odile Jacob, 1997, pp. 91 et s.
- CHETAİL V. et FLAUSS J.-F. (eds), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Ed. Bruylant, 2001, 456 p.

- CHIMNI BS, (dir.), *International Refugee Law. A Reader*, New Dheli, Sage Publication, 2000, p. 151.
- CHOMSKY N., *Le Nouvel Humanisme militaire, Leçons du Kosovo*, Montréal, Ed. Ecosociété, 2000, 332 p.
- CICADE/GISTI, *Utiliser le référé-administratif pour la défense des étrangers*, Les Cahiers juridiques, novembre 2005, 96 p.
- CORCUFF P., *Les nouvelles sociologies*, Nathan Université, 128, 1995, p.56.
- COURNIL C., *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, 2005, 740 p.
- CREPEAU F., *Droit d'asile – De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Collection de droit international, Ed. Bruylant, 1995, 424 p.
- CREPEAU F., *La condition du demandeur d'asile en droit comparé – Droit international, droit français, droit canadien et québécois*, Paris, Université de Paris I, Thèse de doctorat, 1990, 881 p.
- DE BRUYCKER Ph. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, ULB, Bruxelles, Bruylant, 2003, 466 p.
- DECAUX E. (dir.), *Les Nations unies et les droits de l'homme enjeux et défis d'une réforme*, Actes de colloque, Pedone, septembre 2006, 348 p.
- DECOURCELLE A. et JULINET S., *Que reste-t-il du droit d'asile ?*, L'esprit Frappeur, n° 92, 2000, 170 p.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 243.
- DIAS URBANO DE SOUSA C. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 376 p.
- DUCLOUX A., *Ad ecclesiam confugere, Naissance du droit d'asile dans les églises (IV^e siècle – milieu du V^e siècle)*, éd. De Boccard, Paris, 1994, 320 p.
- EBERHARD C., *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, Éditions des Écrivains, 2003, 398 p.
- EDELMAN M., *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Le seuil, 1991, 249 p.
- EDSTRÖM Ö., JULIEN-LAFERRIERE F. et LABAYLE H., *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 352 p.
- ELMADMAD K., *Asile et réfugiés dans les pays afro-arabes*, Casablanca, Eddif, 2002, 450 p.
- FAUGERE J.-P. et JULIEN-LAFERRIERE F. (dir.), *Europe : enjeux juridiques, économiques et de gestion*, L'Harmattan, 2001, 432 p.
- FELLER E., TÜRK V. et NICHOLSON F., *Refugee protection in international law : UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge, New York, Geneva, Cambridge University Press; UNHCR, 2003, 717 p.
- FORTMANN M., MACLEOD A., ROUSSEL S. (dir.), *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Montréal, Athéna éditions, 2003, 260 p.
- FORUM RÉFUGIÉS, *L'asile : le rapport annuel de Forum réfugiés*, Paris, juillet 2002, 72 p.
- FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, 388 p.
- GALLIE M., *L'accord de Cotonou et les contradictions du droit international, L'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits de l'homme dans la coopération ACP-CE*, Université Paris XI et Université de Montréal, Thèse de doctorat, 8 juin 2006, pp. 391-405.
- GILBERT G., *Current issues in the application of the exclusion clauses*, UNHCR, 2001, 45 p.
- GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, 44 p.
- GLUCKSMANN, A. & WOLTON, Th., *Silence on tue*, Paris, 1986, Grasset, 290 p.
- GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1996, 584 p.
- GOWLLAND-DEBBAS V. (ed), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues.*, The Hague, Boston, Cambridge, MA, M. Nijhoff; Kluwer Law International, 1996, 180 p.
- GRAHL-MADSEN A., *The Emergent International Law Relating to Refugees: Past, Present, Future*, Bergen, University of Bergen Faculty of Law, 1985, 121 p.
- GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees in International Law*, Vol. 1. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966, 499 p.
- GREEN N., *Et ils peuplèrent l'Amérique*, Découvertes Gallimard, 1994, p. 21.
- GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Librairie Guillaumin, 1867, pp. 73-103.
- GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, LGDJ, 1982, 282 p.
- GRZEGORCZYK C., MICHAUD F. et TROPER M., *Le positivisme juridique*, Paris, Story Scientia, LGDJ, 1992, pp. 33-67.
- GUILLON M., LEGOUX L., et Ma MUNG E. (dir.), *L'asile politique entre deux chaises : Droits de l'homme et gestion des flux migratoires*, L'Harmattan, Espaces Interculturels, 2003, 374 p.
- HABERMAS J., *L'espace public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, ed. Payot, 1962, 324 p

- HATHAWAY J. (ed), *Reconceiving international refugee law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 171 p.
- HATHAWAY J., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University press, Cambridge, 2005, 1184 p.
- HATHAWAY J., *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, 252 p.
- HCR et Conseil de l'Europe, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des personnes déplacées*, Actes du colloque de Strasbourg, 19-20 mai 2000, 173 p.
- HCR, *Agenda pour la protection*, Genève, Juin 2004, 122 p.
- HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979, 107 p.
- HCR, *Les réfugiés dans le monde 1997-1998. Personnes déplacées : l'urgence humanitaire*, Genève, *La découverte*, 1997, 297 p.
- HCR, *Les réfugiés dans le monde : en quête de solutions*, La Découverte, Paris, 1995, p. 201.
- HCR, *Les réfugiés dans le monde. Cinquante ans d'action humanitaire*, Paris, Autrement, 2000, 338 p.
- HCR, *Les réfugiés en chiffres*, édition 2006, 20 p.
- HCR, *Nationalité et apatridie, un guide pour les parlementaires*, 2005, 68 p.
- HCR, *Statistical Yearbook 2001 : Refugees, Asylum-seekers and other Persons of concern – Trends in displacement, protection and solutions*, Genève, octobre 2002, 165 p
- HCR, *Statistical Yearbook 2005*, Genève, avril 2007, 179 p.
- HCR, *The state of the world's refugees refugees - Human displacement in the new millennium*, 2006, 229 p.
- HERSCH J., *Les droits de l'Homme d'un point de vue philosophique*, Document établi pour l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco), Genève - Paris, avril 1990.
- HERSCH J., *Quelques paradoxes des droits de l'homme*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.
- JONAS H., *Le principe responsabilité: Une éthique pour la civilisation technologique.*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1990, 3^èd., pp. 17-46.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., *Droit des étrangers*, PUF, 2000, 550 p.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., *Le droit d'asile en question*, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n°880, 2002, 84 p.
- KNOWLES V., *Les artisans de notre patrimoine – La citoyenneté et l'immigration au Canada de 1900 à 1977*, octobre 2000, 103 p.
- KOSER, KHALID, and HELMA LUTZ (eds.), *The New Migration in Europe – Social Constructions and Social Realities*, London: MacMillan Press Ltd., 1998, pp. 1ff.
- LABAYLE H. et SUDRE F., *Réalités et perspectives du droit communautaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- LAVENEX S., *The europeanisation of refugee policies, Between human rights and internal security*, Ashgate, 2001, 235 p.
- LE MOIGNE G. et LEBON A., *L'immigration en France*, PUF, « Que sais-je », Paris, 2002, 126 p.
- LEGOUX L., *La crise de l'asile politique en France*, Paris, Les Études du CEPED, n° 8, 1995, 344 p.
- LOCHAK D.(dir), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, 250 p.
- LOCHAK D., *Étrangers : de quel droit?*, « Politique d'aujourd'hui », PUF, 1985, 256 p.
- LOCHAK D., *Les droits de l'homme*, ed. La Découverte, 2005, 127 p.
- MARTIN B., *Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme ; Etude à partir du conflit opposant l'excision à l'ordre public français*, Mémoire de troisième cycle de Sciences Juridiques, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 1996, non publié.
- MARX N., *Europe - Mali : les ONG de développement, nouveaux acteurs de la question migratoire ?*, Mémoire de Master-recherche en Science Politique / Etudes africaine, Paris 1, Dir. M. Agier, J. Valluy, 2006, 127 p.
- MATAS D., *Closing the doors : the failure of refugee protection*, Toronto, Summerhill Press, 1989, 336 p.
- MELKEVIK B, *RAWLS ou HABERMAS, une question de philosophie du droit*, Bruylant, Les Presses de l'université de Laval, 2001, 191 p.
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, François Maspero, Paris, 1976, p. 317.
- MODERNE F., *Le droit constitutionnel dans les États de l'union européenne*, Coll. Droit public, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 174 p.
- MOREAU DEFARGES PH., *Un monde d'ingérence*, Paris, Presses de Science Po, 1997, 128 pp.
- NAKACHE D., *La détention des demandeurs d'asile au Canada.*, Mémoire de maîtrise, UQAM, 2002, 285 p.
- NOIRIEL G., *Le creuset français : histoire de l'immigration XIXe-Xxe siècles*, Paris, « L'univers historique », Seuil, 1988.

- NOIRIEL G., *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe 1793-1993*, Calmann-Levy, 1991, 356 p.
 - NOIRIEL G., *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIXe-XXe siècle) - Discours publics, humiliations privées*, Paris, Fayard, 2007, 715 p.
 - NOIRIEL G., *À quoi sert « l'identité nationale »*, Agone, 2007, 156 p.
 - NOREC C., et DOUMIC-DOUBLET F., *Le droit d'asile en France*, PUF, Que sais-je?, 1989, 127 p.
 - PLAUT W. G., *Asylum - a moral dilemma*, Toronto, York Lanes Press, 1995, 192 p.
 - PLENDER R., *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees from the Standpoint of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 1984.
 - REALE E., *Droit d'asile, RCADI*, 1938, t.1, pp. 460-601.
 - RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 1999, 570 p.
 - RÉSEAU MIGREUROPE, *Le livre noir de Ceuta et Melilla*, juin 2006, 106 p.
 - RIGAUD F., *Droit d'Asile*, E. Story-Scientia, 1998, 203 p.
 - SAROLEA S., *Droits de l'homme et migrations – De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 718 p.
 - SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 704 p.
 - SEGUR P., *La crise du droit d'asile*, Coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 1998, p.15.
 - SHEARER I.A., *Extradition in International Law*, Manchester University Press, Oceania Publications, 1971, p. 167-187.
 - SIMMONS A.B. (ed.), *International Migration, Refugee Flows and Human Rights in North America: The Impact of Free Trade and Restructuring*, New York: Center for Migration Studies, 1996, 335 p.
 - SPIJKERBOER T., *Gender and Refugee Status*, Ashgate Dartmouth, 2000, pp. 1-14.
 - SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, « Droit fondamental », 3^e éd. 1997, p. 34. La 8^e édition est publiée.
 - TEITGEN-COLLY C.(dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, 2002, 322 p.
 - TIBERGHEN F., *La protection des réfugiés en France*, 2^e éd., Presses universitaires d'Aix-Marseille ; Economica, Aix-en-Provence, Paris, 1988, 592 p.
 - TIBERGHEN F., *Le droit des réfugiés en France, Tables décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés (1988-1997)*, éditions Economica, Paris, 2000, 492 p.
 - TUITT P., *False images – The law's construction of the refugee*, London: Pluto Press, 1996, 196. pp
 - TURPIN D. (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions -.*, Coll. Droit public positif, Ed. Economica, 1989, 319 p.
 - VILLEY M., *Philosophie du droit - II. Les moyens du droit*, 2^e éd., Paris, Daloz, 1984, 241 p.
 - WIHTOL DE WENDEN C., *L'immigration en Europe*, La documentation française, 1999, 165 p.
 - ZOLLER E., *Le droit d'asile. Bilan des recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie*, La Haye, Martinus Nijhoff publisher, 1989, 121 p.
- *
- *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux – Aspects canadiens et européens*, Acte des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Ed. Yvon Blais, 1992, pp. 237-272
 - *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Actes de la journée d'études du 21 avril 1989, *Collection de droit international*, ULB, éd. Bruylant, 1990, 239p.
 - *The refugee convention, 1951. The travaux préparatoires analysed with a commentary by dr Paul Weis*, Cambridge international documents series, Vol. 7, Cambridge university press, 1995, 383 p.

II) Articles de périodiques et d'ouvrages collectifs.

- ACER E., «Refuge in an Insecure Time: Asylum in the Post 9/11 United States », *Fordham International Law Journal*, 2004-2005, Vol. 28, pp. 1361-1396.
- ACHEMANN A. et GATTIKER M., « Safe Third Countries: European Developments », *IJRL*, Vol. 7, 1995, pp. 19-38.
- ADELMAN H., « Canadian Refugee Policy in the Postwar Period », in Howard Adelman, *Refugee Policy; Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, pp. 172-223.
- AGA KHAN S., « Les droits de l'homme et les exodes massifs », 17 février 1982, Doc. NU E/CN.4/1503.
- AIKEN S. J., «Manufacturing «terrorists» : Refugees, national security and Canadian law», *Refugee*, Vol. 19, n°3, 2002, pp. 116-133
- ALAUX J.-P., « L'asile dans le pot commun de l'immigration », *Plein Droit*, n°59-60, mars 2004.

- ALAUX J.-P., « La réinstallation des réfugiés : protection ou externalisation ? », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 33-36.
- ALAUX J.-P., « L'ennui des frontières », *Plein Droit* n°36-37, décembre 1997.
- ALLAIN J., « The jus cogens Nature of non-refoulement », *IJRL*, Vol. 13, n° 4, October 2001, pp. 533-558.
- ALLAND D., « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094
- ALLAND D., « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RGDIP*, 1994, p. 205.
- ALLAND D., « Jurisprudence française en matière de droit international public », *RGDIP*, 1995, pp. 473-503.
- ALAUX J.-P., « Ouverture à la tête du client », *Plein Droit* n°47-48, janvier 2001.
- AMNESTY INTERNATIONAL, « Les migrants échouent en Ukraine », *La Chronique*, novembre 2006.
- ANDREAS P., « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 », dans Michel Fortmann, Alex Macleod, Stéphane Roussel (dir.), *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Montréal, Athéna éditions, 2003, pp. 43-63
- ANGOUSTURES A. et LEGOUX L., « Les liens familiaux dans les reconnaissances récentes de la qualité de réfugié », *Revue européenne des migrations internationales*, 1997, Vol. 13, n°1 pp. 37-49.
- APODACA C., « Human Rights Abuses : Precursor to Refugee Flight ? », *JRS*, Vol. 11, n°1, 1998, pp. 80-90.
- ARBOLEDA E. HOY I., « The Convention Refugee Definition in the West: Disharmony of Interpretation and Application », *IJRL*, Vol. 5, n°1, 1993, pp. 66-90.
- ARBOLEDA E., « Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism », *IJRL*, Vol. 3, n° 2, 1991, pp. 185-207.
- ARNETT A. K., « One Step Forward Two Steps Back : Women Asylum-Seekers In the United States And Canada Stand To Lose Human Rights Under The Safe Third Country Agreement », *Lewis and Clark Law Review*, Winter 2005, pp. 951-979.
- ATLAN H., « Les niveaux de l'éthique, dans *Une même éthique pour tous*, J.-P. Changeux (Dir), Odile Jacob, 1997, pp. 91 et s.
- AUBIN E., « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen », *RDP*, 1^{er} juin 2000, n° 3, pp. 829-862.
- AUBIN E., « Le système d'information Schengen, les visas de long séjour et le droit d'asile », *Les Petites Affiches*, 4 janvier 2000, n°2, pp. 13-19.
- AZIBERT et BOISDEFRE, chronique sous CE, 12 décembre 1986, *Tshibangu* et CE 19 décembre 1986, *Aramburu Garmendia, AJDA*, 1987, p. 86.
- BAGAMBIERE Davies B.N., « Terrorism and Convention Refugee Status in Canadian Immigration Law: The Social Group Category according to *Ward v. Canada* », *IJRL*, Vol. 5, n2, 1993, pp. 183-204.
- BARD P., « L'enfer des maquiladoras, voyage dans les coulisses de la mondialisation », *Alternatives Economiques*, n°172, Juillet 1999
- BARUTCISKI M. et CRÉPEAU F., « Refugee Rights in Canada and the 1951 Geneva Convention », *Symposium on the human rights of refugees, JRS*, Vol. 7, n°2/3, 1994, pp. 239-248.
- BARUTCISKI M. et SUHRKE A., « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : leçons de la crise du Kosovo », *RQDI*, 2001, n°14, pp. 115-134.
- BARUTCISKI M., « The Reinforcement of Non-Admission Policies and the Subversion of UNHCR: Displacement and Internal Assistance in Bosnia-Herzegovina (1992-1994) », *IJRL*, Vol. 8, n°1/2, 1996, pp. 49-110.
- BATTJES H. et SPIJKERBOER T., « The systemic nature of the common European Asylum System », dans *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.263-277.
- BAUDET V. et CARRERE V., « Délit de solidarité », *Plein Droit*, n° 59-60, mars 2004.
- BEAUDOIN G.-A., « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *Mc Gill Law Journal*, Vol. 48, 2004, pp. 325-344.
- BEIGNER B. et MOUTON S., « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *Recueil Dalloz*, 2001, Chroniques, p. 1636.
- BELAID C., « Ukraine, L'asile sous-traité », *Faim Développement Magazine*, janvier-février 2007.
- BELGUENDOZ A., « Expansion et sous-traitance des logiques d'enfermement de l'Union européenne : l'exemple du Maroc », *Cultures & Conflits*, n°57, 2005, pp. 155-219.
- BERNIER Chantal, « The Immigration and Refugee Board of Canada Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution », *IJRL*, special issue, autumn 1997, UNHCR Symposium on

- Gender-based Persecution, Geneva, 22-23 February 1996, pp.167-173.
- BEYANI C., « State responsibility for the prevention and resolution of forced population displacements in international law », *IJRL*, Special issue, July 1995, OAU/UNHCR, Addis-Ababa Symposium on refugees and forced population displacements in Africa, 8-10 September 1994, pp. 130-147
 - BIGO D. et GUILD E., « Le visa : instrument de la mise à distance des « indésirables » », *Cultures & Conflits*, n°49, Vol. 1, 2003, pp. 82-95.
 - BIGO D. et GUILD E., « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », *Cultures & Conflits*, n°49, Vol. 1, 2003, pp. 22-37
 - BIGO D. et GUILD E., « Schengen et la politique des visas », *Cultures & Conflits*, n°49, Vol. 1, 2003, pp. 5-21.
 - BIGO D., « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », *Culture et Conflits*, n°31-32, Automne-hiver 1998.
 - BLANCHARD E. et RODIER C., « Les étrangers dans la constitution européenne : faire sortir l'UE du non-droit ? », *Mouvements*, n°37, janvier-février 2005.
 - BLANCHARD E., « Qu'est-ce que l'externalisation ? », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 6-9.
 - BLAY S.K.N. et TASAMENYI B.M., « Reservations and Declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of refugees », *IJRL*, Vol. 2, n° 4, 1990, pp. 527-561
 - BLISS M., « Serious Reasons for Considering – Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses » in *Exclusion from Protection: Article 1F of the UN Refugee Convention and Article 1[5] of the OAU Convention in the Context of Armed Conflict, Genocide and Restrictionism*, *IJRL*, Special issue, jul. 2000, pp. 92-132.
 - BOIVIN L., « La régularisation des sans-papiers au Canada – Aperçu historique », *Vivre ensemble*, Vol. 14, n°50, printemps-été 2007, pp. 1-6.
 - BOSSUYT M., « La protection internationale des réfugiés à la lumière de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés et de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 239-256.
 - BOULOT E., « Persécution des femmes et droit d'asile aux États-Unis : Bilan de dix ans de mobilisation et de jurisprudence », *Asylon(s)*, n°1, octobre 2006.
 - BOURDIEU P., « À propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°100, décembre 1993, pp. 32-47.
 - BOURDIEU P., « L'opinion publique n'existe pas », *les temps modernes*, 318, janvier 1973, pp. 1292-1309 repris in questions de sociologie, *Minuit*, 1980, pp. 222-235
 - BOUTEILLET-PAQUET D., « Un droit d'asile qui s'effrite », *Plein Droit*, n°57, juin 2003.
 - BOUTEILLET-PAQUET D., « Quelle protection subsidiaire dans l'Union européenne ? », *H&M*, 2002, n°1238, pp. 75-87.
 - BRACHET O., « La condition du réfugié dans la tourmente de la politique d'asile », dans *Les frontières du droit d'asile, Hommes et migrations*, n°1238, juillet-août 2002, pp. 52-56.
 - BRACHET O., « La dégradation des conditions d'accueil des réfugiés en France », dans *Le droit d'asile en question, Problèmes politiques et sociaux*, n°880, 13 septembre 2002, p. 53,
 - BROCARD L, LAMINE H. et GUEGUEN M., « Droit d'asile ou victimisation ? », *Plein droit*, n°75, décembre 2007.
 - BULLIER A., « Détournement d'avion ou détournement d'asile ? Le cas de l'avion afghan, Immigration Act, 1971 », *Annonces de la Seine*, 30 mars 2000, n. 25, pp. 11-12.
 - BURORGUE-LARSEN L., « La politique de l'asile au service de la réglementation des flux migratoires », *Gazette du palais*, 15 novembre 1994
 - BUSCH H., « Le piège légaliste. La coopération policière après Tampere », *Culture et Conflits*, n°45, 2002, pp. 125-132.
 - CARENS J., « Aliens and Citizens : the case for open borders. », *Review of politics*, n°49, Spring, 1987, pp. 251-273.
 - CARLIER J.-Y. et CRÉPEAU F., « Intégration régionale et politique migratoire — Le « modèle européen » entre coopération et communautarisation », *Journal du droit international*, 1999, n° 4, 953-1019.
 - CARLIER J.-Y., « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger – La directive dite « qualification », dans Örjan Edström, François Julien-Laferrrière et Henri Labayle, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 289-322.
 - CARRERE V., « Une histoire de petits renoncements successifs - Le H.C.R. et les politiques d'asile en

- Europe », *Multitude*, n°19, hiver 2005.
- CASTAGNOS-SEN A., « L'europe protège-t-elle encore les réfugiés ? L'élaboration de normes minimales en matière d'asile », *Questions d'Europe*, n°31, 5 juin 2006.
 - CAVARE L., « la notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, p. 496-509
 - CHEMILLIER-GENDREAU M., « L'introuvable statut de réfugié, révélateur de la crise de l'État moderne », *Hommes et Migrations*, n°1240, nov-déc, 2002, pp. 94-106
 - CHEVALIER J., « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, v. 3, pp. 660-690.
 - CHIMNI B.S., « The Geopolitics of Refugee Studies : A View from the South », *JRS*, Vol. 11, n°4, 1998, pp. 350-374.
 - CHIMNI BS., « The Incarceration of Victims: Deconstructing Safety Zones », in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, N. Al-Naumi and R. Meese (eds), Kluwer Law International, 1995, pp. 823-854.
 - CLARK T., CRÉPEAU F., « Mainstreaming refugee rights ; The 1951 refugee convention and international human rights law », *Netherlands Human Rights Quarterly*, 1999, Vol. 17, pp. 389-410.
 - CLOCHARD O., DECOURCELLE A. et INTRAND C., « Zones d'attente et demande d'asile à la frontière : le renforcement des contrôles migratoires ? », *REMI*, 2003, Vol. 19, n°2, pp. 157-189.
 - COLE C.V., « Is There Safe Refuge in Canadian Missions Abroad? », *IJRL*, Vol. 9, n 4, 1997, pp. 654-665.
 - COLVILLE R., « Les multiples visages de la persécution », *Réfugiés*, 101, III – 1995.
 - COURNIL C., « Vers la reconnaissance du 'réfugié écologique' ? Quelle(s) protections, Quel(s) statuts? », *RDP*, juillet-août 2006, n° 4, pp. 1035-1066.
 - COUTU M. et GIROUX M.-H., « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes de droit international », *RUDH*, 2004, pp. 49-56.
 - CRÉPEAU F. et HOLLAND L., « Temporary Protection, Continuing Insecurity : a Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violation of International Law », *Can. J.L. & Soc.*, n°12, 1997, pp. 239-262
 - CRÉPEAU F. et NAKACHE D., « Une porte encore entrouverte: l'interprétation téléologique de la définition internationale du réfugié en droit canadien » dans Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés Délégation pour la France et Institut International des Droits de l'Homme, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 324-365.
 - CRÉPEAU F. et NAKACHE D., « Controlling irregular migration in Canada, Reconciling security concerns with Human Rights protection », *IRRP Choices*, Vol. 12, n°1, February 2006, 44 p.
 - CRÉPEAU F., « Politique d'immigration ? Politique de l'immigration ? », *Can. J. L. & Soc.*, 1992, pp. 227-236.
 - CRÉPEAU F., « Le réfugié et la protection des chartes », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux – Aspects canadiens et européens*, Acte des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Ed. Yvon Blais, 1993, pp. 237-272
 - CRÉPEAU F., «L'étranger en "zone internationale" des aéroports et le droit canadien», dans ANAFE, *Frontières du droit Frontières des droits, L'introuvable statut de la «zone internationale»*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 99-116.
 - CRÉPEAU F., «Protection des réfugiés et "zone internationale" des aéroports — Convergences canadiennes et européennes», dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'immigration*, Montréal, Yvon Blais, 1993, 107-148.
 - CRÉPEAU F., « L'impératif renouvellement du Droit international des Réfugiés », *RQDI*, 1993-1994, Vol. 8, pp. 59-73.
 - CRÉPEAU F., « Une coopération nord-américaine contre les réfugiés? », *Hommes & Migrations*, n° 1198-99, mai-juin 1996, pp. 31-36.
 - CRÉPEAU F., «Droit comparé de l'asile et du refuge — L'application diversifiée de la Convention de Genève de 1951 en Europe et ailleurs», dans Denis ALLAND (dir.), *Réfugiés et demandeurs d'asile*, Société française de droit international, Colloque de Caen 1996, Paris, Pedone, 1997.
 - CRÉPEAU F., « L'évolution du HCR », *Relations*, novembre 1998 (645), p. 271-274.
 - CRÉPEAU F., « Le contrôle des frontières: le risque d'une mise en cause de l'État de droit » dans J. Renaud, Linda Pietrantonio et Guy Bourgeault, *Les relations ethniques en question*, Montréal, *Les Presses de l'Université de Montréal*, 2002, pp. 41-61.
 - CRÉPEAU F., « The protocol against the smuggling of migrants : the crowning of an intense cooperation on migration containment », *Canadian Council on International Law (eds), Globalism : People, Profits and Progress, Kluwer Law International*, 2002, pp. 125-133.
 - CRISP J., « Le secret des chiffres », *Réfugiés*, n° 68, septembre 1989, pp. 7-9.

- CROSBY A., « Les frontières de l'appartenance : Réflexions sur les politiques migratoires en ce début de XXIe siècle », *Inter Pares*, n°7, juin 2006, 14p.
- CROZET A., « Eviter l'application de la Convention de Genève », *Plein droit*, n°44, décembre 1999.
- CUNLIFFE S. A. and PUGH M., « The Politicisation of UNHCR in the Former Yugoslavia », *JRS*, Vol. 10, n°2, 1997, pp. 134-153
- CZAPLINSKI W. et STURMA P., « La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux », *AFDI*, 1994, n°40, pp.156-169.
- DE BRUYCKER Ph., « Harmonisation législative de la politique européenne » dans Örjan Edström, François Julien-Laferrrière et Henri Labayle, *La politique européenne d'immigration et d'asile cinq ans après le Traité d'Amsterdam: bilan critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 46-75.
- DE JONG C. D., «Elements for a More Effective European Union Response to Situations of Mass Influx», *IJRL*, Vol. 8, n1/2, 1996, pp.156-168.
- DECAUX E., « De la « Commission » au « Conseil » des droits de l'homme, Un nom pour un autre ? » *Droits fondamentaux*, n°5, janvier – décembre 2005.
- DECAUX E., « Le progrès des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n°6, janvier - décembre 2006
- DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE A., «Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », *RGDIP*, 1933, pp. 45-70.
- DÉCHAUX R., « L'immigration « choisie », la Constitution et le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, vol. 71, pp. 565-580.
- DECOURCELLE A., « Asile : administration de la preuve », *Vacarme*, n°18, hiver 2002.
- DELOUVIN P., « L'asile s'éloigne de l'Union européenne », *Courrier ACAT*, n°248, Septembre-Octobre 2004.
- DENONCOURT F., « Un acquis précieux – La Charte canadienne des droits et libertés a 20 ans », *Le Journal du Barreau*, Vol. 34, n°8, 1^{er} mai 2002.
- DERAMAIX P., « L'exil, l'épreuve et le défi », dans *Langues, blancs, pouvoirs, inconscient; in : Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique* , Le CIEPHUM, 1997, 30 p.
- DHOMMEAUX J., « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, pp. 446-468.
- DIOUF-KAMARA S., « Canada, États-Unis : un droit d'asile au féminin », *Hommes et Migrations*, n°98-99, mai-juin 1996, pp. 37-39.
- DODET-CAUPHY I., « La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel », *RFDA*, 1999, pp. 469-484.
- DUHAMEL O. et MENY Y., « Droit d'asile », dans *Dictionnaire de Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.
- DUHAMEL O. et MENY Y., « Droit constitutionnel », dans *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.
- DYZENHAUS D., HUNT M. et TAGGART M., «The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation», *Oxford University Commonwealth Law Journal* 1, 2001, pp. 5-34.
- ECRE, «Fair and Efficient Procedures for Determining refugee status: A proposal», *IJRL*, Vol. 3, n°1, 1991, pp. 112-119.
- EFF C., « Dans le labyrinthe des centres de rétention », *Vacarmes*, Automne 2006.
- ELIADIS F.P., «The Swing from Singh: The Narrowing Application of the Charter in Immigration Law », *Imm. L. Rev.*, 1995, Vol. 26, n°2, pp. 130-145.
- ETZIONI A. «Liberals and communitarians», *Partisan review*, 1990, n° 2, pp. 215-227.
- FABRE-ALIBERT V., « L'entrée et le séjour des étrangers en France depuis la loi du 11 mai 1998 : De l'immigration à l'intégration ? », *RTDH*, 1^{er} janvier 1999, Vol. 37, pp. 199-220.
- FABRE-ALIBERT V., « Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *RTDH*, 1994, p. 519 et *RDP*, 1994, p. 1165.
- FABRICOTTI A., « The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and its Application in Asylum Cases », *IJRL*, Vol. 10 n°4, 1998, pp. 637-661
- FASSIN D., « Clandestins » ou « exclus », quand les mots font la politique », *Politix*, 1996, Vol. 9, n°34, pp. 77-86
- FASSIN D., « L'humanitaire contre l'État, tout contre », *Vacarmes*, n°34, hiver 2006.
- FASSMANN H., « Réfugiés et demandeurs d'asile en Europe », *Hommes et migrations*, n°89-90, mai-juin 1996, p. 40.
- FATH J., « Idées pour civiliser l'international », *Regards*, n°44, juillet-août 1999.
- FAVOREU L. et PHILIPP L., *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, n°31-49.
- FAVOREU L., « Droit de la Constitution et constitution de droits », in *Revue française de droit*

- constitutionnel*, n°1, Paris, PUF, 1990.
- FAVOREU L., « La décision du 9 janvier 1980 dans l'affaire de la prévention de l'immigration clandestine », *Revue de Droit Public*, 1980, p. 1631.
 - FAVOREU L., « La liberté individuelle, le droit d'asile et les conventions internationales », *RFD*, 1987, p. 120 – 130.
 - FAVOREU L., « Le droit d'asile : aspects de droit constitutionnel comparé », dans *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales*, Economica, 1989, p. 21.
 - FELLER E., « Carrier Sanctions and International Law », *IJRL*, Vol. 1, 1989, pp. 48-66
 - FELLER E., « Refugees are not migrants », *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 24, n° 4, 2005, pp. 27-35..
 - FITZPATRICK J., « Temporary protection of refugees : elements of a formalized regime », *American Journal of International Law*, Avril 2000, Vol. 94, n°2, pp. 279-306.
 - FLAUSS J.F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1995, p. 722.
 - FOUGEROUSSE J. et RICCI R., « Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la commission des recours des réfugiés », *RDP*, 1998, n°1, p. 179.
 - FOULETIER M., « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* sept-oct. 2000, p. 963.
 - FRESIA M., « Le HCR peut-il rester neutre ? », *Causes Communes*, février-mars 2004, p.26-27
 - FRIGOLI G., « Le demandeur d'asile : un « exclu » parmi d'autres ? La demande d'asile à l'épreuve des logiques de l'assistance », *REMI*, Vol. 20, n°2, 2004.
 - FURNON-PETRESCU H., « La prise en charge sociale des demandeurs d'asile et des réfugiés dans le cadre de la réforme du droit d'asile », *Revue française des affaires sociales*, n°4-2004, pp. 199-203.
 - GACON H., « La zone d'attente, un territoire bien français », *Justice*, mars 2005, n°182, pp. 2-7.
 - GACON H., « Qu'est-ce qu'un recours suspensif pour un étranger maintenu en zone d'attente ? », *AJ Pénal*, n° 11, novembre 2007, pp. 476-479.
 - GAIA P., « Droit d'asile et Constitution », *Revue Belge de droit constitutionnel*, 1994, p. 203.
 - GALLIE M., « Le contentieux de la reconduite à la frontière et le respect des droits de l'homme », dans C. BERTRAND, *L'immigration dans l'Union européenne- Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, L'Haemattan, 2008, pp.279-327.
 - GARDOT A., « Jean Bodin, sa place dans les fondateurs du droit international », *RCADI*, 1934-IV, Vol. 50, pp. 549-743.
 - GARRY H., « The Right of Compensation and Refugee Flows: a 'Preventative Mechanism' in International Law? », *IJRL*, Vol. 10, 1998, pp. 97-117
 - GAUTIER Y., « Les accords Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe (Juris-Classeurs)*, décembre 1993, p. 1.
 - GAUVREAU C. et WILLIAMS G., « Detention in Canada : are we on the slippery slope ? », *Refuge*, Vol. 20, n°3, pp. 68-70
 - GAUVREAU C., « La détention des étrangers au Canada », *Vivre ensemble*, Vol. 13, n°44, Hiver-Printemps 2005, pp. 13-15
 - GENEVOIS B., « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, p. 185
 - GENEVOIS B., « La liberté individuelle, le droit d'asile et les conventions internationales », *RFDA*, 1987, p. 120
 - GENEVOIS B., « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, sept-oct 1993, pp. 881-882.
 - GERMAIN R., « Rushing to Judgement : The Unintended Consequences of the USA PATRIOT Act for Bona Fide Refugees », *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001-2002, Vol. 28, pp. 505-530.
 - GIBNEY M. J., « Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe », *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 14., 1999-2000, pp. 689-707;
 - GILBERT G., « Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees? », *European Journal of International Law*, 2004, Vol. 15, pp. 963-987.
 - GIROD C. et GNAEDINGER A., « La galaxie humanitaire : « le politique, le militaire, l'humanitaire : un difficile mariage à trois » », dans Jean Cot (dir.), *Dernière guerre balkanique? Ex-Yougoslavie: témoignages, analyses, perspectives*. L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 139-163.
 - GISTI, « Schengen – Pologne : un accord de réadmission », *Plein Droit*, n°20, février 1993.
 - GISTI, « Au nom de l'insécurité », *Plein Droit*, n°59-60, mars 2004.
 - GISTI, « Des droits fondamentaux bien encombrants », Edito, *Plein droit*, n°64, avril 2005.
 - GISTI, « Des juridictions d'exception ? », édito de *Plein droit*, n° 65-66, juillet 2005.
 - GISTI, « Envolée Xénophobe », Edito, *Plein Droit* n°67, décembre 2005.
 - GLASSON-DESCHAUMES G., « La « politique européenne de voisinage » », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée

d'étude du 20 mars 2006, pp. 10-15.

- GOLDBERG E. et SCOFFIELD B., « Promoting Protection : Multilateral Efforts to Enhance Refugee Protection and the Search for Durable Solutions », *Refugee*, Vol. 22, 2003, p. 18.
- GOODWIN-GILL G.S., « Safe Country ? Says Who? », *IJRL*, Vol. 4, n°2, 1992, pp. 248-250.
- GOODWIN-GILL G.S., « The language of protection », *IJRL*, Vol. 1 n°1, 1989, pp. 6-19
- GOODWIN-GILL G.S., « Who to Protect, How..., and the Future? », *IJRL*, Vol. 9, n°1, 1997, pp. 1-7
- GORLICK B., « The Convention and the Committee Against Torture: A complimentary Protection Regime for Refugees », *IJRL*, Vol. 11, 1999, pp. 479-486
- GORLICK B., « Human Rights and refugees: enhancing protection through international human rights law », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, n° 2, 2000.
- GORLICK Brian, « Refugee Protection and the Committee Against Torture », *IJRL*, Vol. 7, n°3, 1995, pp 504-505.
- GOWLLAND-DEBBAS V., « La responsabilité internationale de l'État d'origine pour les flux de réfugiés », dans *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, S.F.D.I., ed. À . Pedone, pp. 93-133.
- GRANJON Ph. et DELOCHE P., « Ex-Yougoslavie : le viol devient une arme de guerre », *Réfugiés*, n° 93, août 1993, pp. 42-44
- GREEN Ian and SHAFFER Paul, « Leave to Appeal and Leave to Commence Judicial Review in Canada's Refugee Determination System: Is the Process Fair? », *IJRL*, Vol. 4, n 1, 1992, pp. 71-83.
- GROENENJIK C.A., « The Competence of the EC Court of Justice with respect to inter-governmental Treaties on Immigration and Asylum », *IJRL*, Vol. 4, n°4, 1992, pp. 531-536.
- GROS-ESPIEL H., « Le système interaméricain comme régime régional de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1975-II, Vol. 145, p. 1-56
- GUIMEZANES N., « Commentaire de la loi n°93-1027 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrées et de séjour des étrangers en France », *Semaine juridique (JCP)*, 1994, I, 3728.
- GUIRAUDON V., « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n°45, 2001, pp. 51-79.
- GUIRAUDON V., « Une obsession : la clandestinité », *Plein Droit* n°57, juin 2003.
- HAGENMACHER P., « L'État souverain comme sujet de droit international de Vitoria à Vattel », *Droits*, 1992, pp. 11-20.
- HALEWOOD M., « Excluding Refugees Pursuant to the 1951 Convention: Should the Purposes and Principles of the United Nations Extend Beyond the Promotion of Human Rights to the Exclusion of Drug Traffickers? », *Imm. L.R.*, 1995, Vol. 25 , n°2, p. 305.
- HARVEY V., « La réinstallation, une alternative à l'asile? », *Lex electronica*, Vol. 11, Printemps 2006, 24 p.
- HARVEY C.J., « Talking about refugee law », *JRS*, 1999, Vol. 12, n°2, pp. 101-134.
- HATHAWAY J. et HARVEY C., « Framing Refugee protection in the new world disorder », *Immigration and nationality law review*, 2001, pp. 191- 254
- HATHAWAY J. et HICKS W., « Is there a subjective element in the refugee Convention's requirement of «well-founded fear»? », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26, 2004-2005, pp. 505-562.
- HATHAWAY J. et NEVE R.A., « Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection », *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 10, 1997, pp. 115-212.
- HATHAWAY J. et NEVE R.A., « Fundamental justice and the deflection of refugees from Canada », *Osgoode Hall Law Journal*, 1996, v. 34, n 2, pp. 213-270.
- HATHAWAY J., « Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection », *JRS*, Vol. 4, n°2, 1991, pp. 113-131.
- HATHAWAY J., « The Emerging Politics of Non-Entrée », *Refugees*, 1991, pp. 40-41
- Hathaway J., « The Evolution of Refugee status in International law : 1920-1950 », *International Comparative Law Quarterly*, 1984, pp. 348-380.
- HATHAWAY J.C. et NEVE R.A., « Fundamental Justice and the Deflection », *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, n°2, 1996, pp. 213-270
- HATHAWAY J., « A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law », *Harvard International Law Journal*, 1990, Vol. 31, pp. 129-184.
- HCR, « Neuf millions de fantômes », *Réfugiés*, Vol. 3, n°132, 2003, pp. 12-13.
- HCR, « Protéger les réfugiés – Questions et réponses », *Réfugiés*, n°spécial, septembre 2005, p. 9.
- HCR, *Sale vs. Haitians Centers Council*, Brief, *Amicus Curiae*, *IJRL*, Vol. 6, n° 1, pp. 85-102.
- HCR, « Refugees or migrants, Why it matters? », *Refugees*, n° 148, issue 4, 2007.
- HEBERT J.-C., « La torture : le tourment du Canada », *Le Journal du Barreau*, Vol. 37, 1er juillet 2005.
- HECKMAN G. P., « Securing procedural safeguards for asylum seekers in canadian law : an expanding role for international human rights law ? », *IJRL*, Vol. 15, n°2, 2003, pp. 212-253

- HELLY D., « Les politiques d'immigration au Canada ; de 1867 à nos jours », *Hommes & Migrations*, n°1200, juillet 1996, pp.6-14.
- HELTON A.C., « Toward Harmonized Asylum Procedures in North America : The Proposed United States-Canada Memorandum of Understanding for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of third Countries », *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 737-751.
- HELTON A.C., « The Detention of Asylum Seekers in the United States and Canada », in Howard ADELMAN (dir), *Refugee Policy: Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press Ltd, 1991, pp. 253-267.
- HOULE F., « L'arrêt *Baker* : Le rôle des règles administratives dans l'incorporation du droit international des droits de la personnes en droit interne », *Queen's Law Journal*, 2002, Vol. 27, n° 2, p. 511
- HOULE F., « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, Vol. 47, 2001-2002, pp. 161-194.
- HOULE F., « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert : le traitement des preuves par la Section de la Protection des réfugiés », *Revue Juridique Thémis*, n°38-2, 2004, pp. 263-358.
- HOULE F., «The Credibility and Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status: The Canadian Experience», *IJRL*, Vol. 6, n°1, 1994, pp. 6-33
- ICART J.-C., « Mondialisation et migration de travail », *Relations*, décembre 1998, pp. 311-313.
- IOGNAS-PRAT M., « L'affaire Bereciartua-Echarri », *IJRL*, Vol. 1, n°3, 1989, pp. 403-409
- JACKSON I.C., «The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: A Universal Basis for Protection», *IJRL*, Vol. 3, n°3, 1991, pp. 403-413.
- JANIK K., « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », *Refuge*, Vol. 22, n°1, pp. 71-82.
- JOLY D., « A new asylum regime in Europe », in Francis Nicholson and Patrick Twomey (eds), *Refugee rights and realities : evolving international concepts and regimes*, 1999, pp. 336-356
- JOLY D., «Le droit d'asile dans la communauté européenne», *IJRL*, Vol. 1, n 3, 1989, pp. 365-378.
- JOLY D., «Temporary Protection within the Framework of a New European Asylum Regime.», *International Journal of Human Rights*, Vol. 2, n°3, 1998, pp. 49-76.
- JOLY D., «The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the nineties», *IJRL*, Vol. 6, n°2, 1994, pp. 159-193.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., « De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p. 656.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? », *D.*, 1992, chron. p. 291.
- JULIEN-LAFFERRIERE F., « Le mythe de « l'immigration zéro » », *AJDA*, 1994, pp. 83-94.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits*, n°3, 1996, 24 pp.
- JULIEN-LAFERRIERE F., « Le droit d'asile enterré à peine découvert », dans *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 209 et s.
- JULIEN-LAFERRIERE F., « Le juge des référés administratifs et la Convention de Dublin relative à l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile : les limites de la notion d'atteinte grave et immédiate à une liberté fondamentale », *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence p. 3478
- JULIEN-LAFERRIERE F., « La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », Dans V. CHETAÏL et J.-F. FLAUSS, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, (dir.) Ed. Bruylant, 2001, pp. 257-286.
- JULIEN-LAFERRIERE F., « Le traitement des demandeurs d'asile en zone d'attente, entre théorie et réalités », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 32-44.
- JULIEN-LAFERRIERE F., « La garantie juridictionnelle des droits des étrangers », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°1, 2002, pp. 65-77.
- JULINET S., « Dans les zones d'attente :Atteinte aux libertés et inefficacité », *Plein droit*, n°44, décembre 1999.
- KAPFERER S, « Exclusion Clauses in Europe – A comparative overview of state practice in France, Belgium and the United Kingdom », *IJRL*, Vol. 12, Special supplementary issue, pp. 195- 221.
- KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, Paris, 1928, p. 197-285 (trad. Ch. Eisenmann).
- KELSEN, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953 –III, pp. 5-203.
- KERBER K., « Temporary Protection in the European Union : A Chronology », *Geo. Immigr. L.J.*, Vol. 14, 1999-2000, pp. 35-50
- KERBER K., «The Temporary Protection Directive », *European Journal of Migration and Law*, 2002, Vol.

- 4, pp. 193-217.
- KERBER Karoline, «Temporary Protection: An Assessment of the Harmonization Policies of European Union Member States», *IJRL*, Vol. 9, n° 3, 1997, pp. 453-471.
 - KJAERGAARD Eva, «The Concept of ‘Safe Third Country’ in Contemporary European Refugee Law», *IJRL*, Vol. 6, n°4, 1994, pp. 649-655
 - KJAERUM M., «Temporary Protection in Europe in The 1990s», *IJRL*, Vol. 6, n°3, 1994, pp. 444-456
 - KOSER K., WALSH M. et BLACK R., «Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union», *IJRL*, Vol. 10, 1998, pp. 444-461
 - KPATINDÉ F., » Zones de transit ou centre de détention », *Réfugiés*, n°101, III, 1995
 - KUHNER G., « Detention of Asylum seekers in Mexico », *Refuge*, Vol. 20, n°3, 2002, pp. 58-64.
 - KYAMBI S., « National Identity and Refugee Law », in Peter Fitzpatrick, Patricia Tuitt, *Critical Beings. Law, Nation and the Global Subject*, Ashgate Publishing Ltd, Aldershot 2004, pp.19–36.
 - LABAYLE H. , « Le droit d’asile en France : normalisation ou neutralisation ? », *RFDA*, 1997, p. 242.
 - LABAYLE H., « L’article 8 de la Convention européenne des droits de l’Homme et le droit de l’étranger au respect de sa vie privée et familiale », dans H. Fulgiron (dir), *Les Etrangers et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1999, pp. 83-107.
 - LABAYLE H., « L’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’étranger au respect de sa vie privée et familiale », in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, de Hugues Fulchiron (dir), LGDJ, 1999.
 - LABAYLE H., « Vers une politique commune de l’asile et de l’immigration dans l’Union européenne », in, Örjan Edström, François Julien-Lafferriere et Henri Labayle, *La politique européenne d’immigration et d’asile cinq ans après le Traité d’Amsterdam: bilan critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 11-43.
 - LACROIX M., « L’expérience des demandeurs d’asile : vers l’élaboration de nouvelles pratiques sociales », *Nouvelles pratiques sociales*, Vol. 16, n°2, 2003, pp. 178-191.
 - LAMBERT H., «The European Court of Human Rights and the Rights of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», *IJRL*, 1999, Vol. 11, n°3, pp. 427- 450.
 - LAMY B. de et DEMIER P., « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *Petites Affiches*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8
 - LANG W., « Asile, refuge et droits de l’homme », dans *Droit d’asile et des réfugiés*, colloque de Caen, Paris, Pedone, 1995, pp. 83-92.
 - LaVIOLETTE N., « La loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture », *Revue Générale de Droit*, Vol. 34, 2004, pp. 587-610
 - LAVIOLETTE N., « Les revendications du statut de réfugié fondées sur le sexe : constat et orientations nouvelles », *Canadian Journal of Women and Law* , Vol. 13, 2001, pp. 285-325
 - Lawyers Committee for Human Rights, « Safeguarding the Rights of Refugees Under the Exclusion Clauses: Summary Findings of the Project and a Lawyers Committee for Human Rights Perspective », *IJRL*, Vol. 12, n°1, 2000, pp. 317-345.
 - LEBEN Ch., « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, p. 143-155
 - LEDUC F., « L’asile territorial et conférence des Nations Unies de Genève, Janvier 1977. », *AFDI*, 1977, pp. 221-267.
 - LEDUC O., « Le droit d’asile existe-t-il en droit constitutionnel français ? », dans B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l’atelier du IIIe congrès de l’Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public, ed. Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 204 p.
 - LEHINGUE P, « L’immigration comme enjeu politique; les contresens des réponses à une « demande sociale » », dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par), *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d’humeur en l’Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 129-134
 - LEMIEUX D. et NORMAND M.-J., « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, pp. 159-186.
 - LEMIEUX D. et NORMAND M.-J., « Les principes directeurs du régime des immigrants et réfugiés au Canada », dans *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, pp. 159-186.
 - LEMONDE L., BOUDERBALAH T, DEGNI-SEGUI R, «Le seuil de l’intolérable. Rapport d’enquête de la FIDH sur la situation des étrangers et des demandeurs d’asile en France », *La lettre hebdomadaire de la FIDH*, hors-série, n. 216, mai 1996, 31 p.
 - LESSANA C., « Loi Debré: la fabrique de l’immigré », *Culture et Conflits*, n°29-30 (1998) pp. 125-141 et, n°31-32,1998, pp. 141-158.
 - LITOWITZ D., «The social construction of law : explanations and implications», *Studies in law, Politics*

and society, 2000, v. 21, pp. 215-241

- LOCHAK D. « La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers », dans *Les lois de l'inhospitalité*, ed. La Découverte, 1997, 288 p.
- LOCHAK D., « Écrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », *Le Genre humain*, n°30-31, *Le droit antisémite de Vichy*, mai 1996, Actes du colloque international *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy*, Dijon, 19 et 20 décembre 1994 – Ed. du Seuil.
- LOCHAK D., « L'accès au territoire français – La réglementation », dans ANAFE, *Frontières du droit, Frontières des droits – L'introuvable statut de la » zone internationale* », Paris, *L'Harmattan*, 1993, pp.179-188.
- LOCHAK D., « L'intégration, alibi de la précarisation », *Plein Droit* n°59-60, mars 2004
- LOCHAK D., « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre Humain*, n°28, *Juger sous Vichy*, Été-Automne 1994, Actes du colloque organisé par l'École Nationale de la Magistrature à Bordeaux le 29 novembre 1993, Ed. du Seuil, 1994.
- LOCHAK D., « Le tri des étrangers, un discours récurrent », *Plein Droit*, n°69, juillet 2006.
- LOCHAK D., « Le trompe-l'œil du Palais-Royal », *Plein droit*, n°22-23, octobre 1993-mars 1994, p. 6.
- LOCHAK D., « L'immigration, une question trop sensible », *Questions sensibles*, CURAPP, P.U.F., 1998.
- LUCA D., «Questioning Temporary Protection, together with a Selected Bibliography on Temporary Refuge/Temporary Protection», *IJRL*, Vol. 6, n°4, 1994, pp. 535-561.
- LUCHAIRE F., « Droit d'asile et révision de la constitution », *RDP*, 1994-1, pp. 5-43
- M. MANGALA J., « Prévention des déplacements forcés de population, - Possibilités et limites», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, décembre 2001, Vol. 83, n°844, pp. 1067-1095.
- M. NGAI M., «The Architecture of Race in American Immigration Law : A Reexamination of the Immigration Act of 1924», *Journal of American History*, June 1999, p.67-92
- MACKLIN A., « The Value(s) of the Canada-US Safe Third Agreement », *Caledon Institute of Social Policy*, december 2003, 23 p.
- MACKLIN A., «Canada (Attorney-General) v. Ward: A review Essay», *IJRL*, Vol. 6, n°3, 1994, pp. 362-381
- MACLAUGHLIN J., « Ireland: An "Emigrant Nursery" in the World Economy », *Migrations Internationales*, 1993, Vol. XXXI, n°1, pp. 149-170.
- MAHMOOD S., «The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime», *IJRL*, Vol. 7, n°2, 1995, pp. 179-200.
- MARX R., «A Comprehensive or a Dualistic Approach?», *IJRL*, Vol. 7, n°2, 1995, pp. 317-319
- MARX R., «Non-Refoulement, Access to Procedures, and responsibility for Determining Refugee Claims », *IJRL*, Vol. 7, n°3, 1995, pp. 383-406.
- MASON E., «Sources of International Refugee Law: A Bibliography», *IJRL*, Vol. 8, n°4, 1996, pp. 597-621.
- MASSIE J., « Rassurer les États-Unis : le processus de sécurisation au Canada », *Centre d'Etude des Politiques Etrangères et de Sécurités* (CEPES), mai 2005, n° 28, 43 p.
- MATH A., « Immigration économique de travailleurs : les réponses des acteurs sociaux au livre vert de la Commission », *Chronique internationale de l'IRES*, n°96, septembre 2005, pp. 3-19.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M., « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *Les petites affiches*, 9 septembre (108) p. 4.
- MATHIEU B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°18, novembre 2004 à mars 2005.
- MAUGÜÉ C., « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, janv-septembre 1999.
- MAWANI N., « Introduction aux directives de la CISR concernant les revendicatrices du statut de Réfugié craignant d'être persécutée en raison de le sexe », *IJRL*, 1993, Vol. 5, pp. 248-256.
- MAZELLA S., « Vie et mort du droit d'asile territorial », *Sociétés contemporaines*, 2005, Vol. 1, n°57, pp. 105-120.
- McALLISTER D., « Refugees and Public Acces to Immigration Hearings in Canada: a Clash of Constitutional Values», *IJRL*, Vol. 2, n°4, 1990, pp. 562-586.
- MERCKX I., « Délit de solidarité », *Politis*, 29 mars 2007.
- MONTCLOS M.-A. de, « Les flux de réfugiés : un enjeu politique au sud comme au nord », *La chronique du CEPED*, Octobre-Décembre 1998, n°31.
- MORICE A., « "Choisis, contrôlés, placés", renouveau de l'utilitarisme migratoire », *Vacarme*, hiver 2000, n°14, p. 56-60
- MORICE A., « Le travail sans le travailleur », *Plein Droit*, n°61, juin 2004.
- MORICE A., RODIER C., « Classer-trier migrants et réfugiés : des distinctions qui font mal », *Hommes et*

- Libertés - Revue de la Ligue des Droits de l'Homme*, n°129, janvier - mars 2005, pp. 58-61.
- MULLER-HOFF C., «Representations of Refugee Women – Legal Discourse in Europe», *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2001, n°1, 27 p.
 - NADEAU Alain-Robert, « Le nouvel équilibre des droits – L'ex-juge en chef de la Cour Suprême, Antonio Lamer, en entrevue au Journal du Barreau », *Le Journal du Barreau*, Vol. 35, n°6, 1^{er} avril 2003.
 - NADEAU Alain-Robert, « L'architecture de la Charte canadienne des droits et libertés », *Le Journal du Barreau*, Vol. 35, n°7, avril 2003
 - NADEAU Alain-Robert, « La genèse de la Charte canadienne des droits et libertés », *Le Journal du Barreau*, Vol. 35, n°6, 1^{er} avril 2003
 - NAKACHE D., « L'intégration économique dans les Amériques : Un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis ? », *Politique et Société*, n°3-4, 2004, pp. 69-107.
 - O'CALLAGHAN M., « Fin des immigrants, création des réfugiés. Fin de l'État-nation, création du nettoyage ethnique », dans Caloz-Tschopp Marie-Claire, Clevenot Axel, Tschopp Maria-Pia (eds) (Ed.), *Asile-violence-exclusion en Europe : histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des sciences de l'éducation de l'Univ. de Genève, Genève, 1994, pp. 179-191.
 - ONDOUA A., « La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes », *RGDIP*, 2000, pp. 985-1001.
 - ORTEGA MENDEZ P., « L'esclavage moderne : Les zones franches », *Diffusion de l'Information sur l'Amérique Latine*, n°2163, URL : <http://www.globenet.org/archives/web/2006/www.globenet.org/horizon-local/dial/2163.html> (consultée le 16 janvier 2008).
 - PACTEAU B., « Les droits fondamentaux des étrangers : de l'abri constitutionnel à l'ombre internationale », *Revue européenne de droit public*, 1995, Vol. 7-8, pp. 599 et s.
 - PACTEAU B., « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA*, sept-oct. 2000, p. 959
 - PARENT M., « Les politiques d'immigration du Canada : stratégies, enjeux et perspectives », *Les études du CERI*, n°80, octobre 2001, 36 p.
 - PELLET A., « « Droits-de-l'hommisme » et droit international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet - décembre 2001, pp. 167-179.
 - PELLET A., « Le droit-de-l'hommisme contre les droits de l'homme ? », dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par), *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d'humeur en l'Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 353-358.
 - PERRIN G., « La nécessité et les dangers du jus cogens », *Mélanges Pictet*, 1984, p. 757.
 - PETEV V., « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *Arch. Phil. Droit*, 43, 1999, pp. 27-34.
 - PETTITI L.-E., « La protection des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme », dans H.FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 27-38.
 - PINTO R., « Le Conseil constitutionnel et la Cour Suprême des États-Unis confrontés au droit international. Entrée et séjour des étrangers », *JDI Clunet*, 1994, p. 303
 - PINTO R., « Réflexions sur le rôle du Conseil constitutionnel », *JDI*, 1987-289.
 - PIQUOIS G., « Droit d'asile », *Annonces de la Seine*, 10 avril 2000, n. 28, pp. 2-3.
 - PUGH M., « L'Europe et ses boat-people : la coopération maritime en Méditerranée », *Cahier de Chaillot*, n°41, juillet 2000, 90 p.
 - RAFFIN M., « L'externalisation du traitement de l'asile : délocalisation et restructuration des frontières », dans Danièle LOCHAK (dir), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, pp.63-82.
 - RAISZ A., «La protection des droits de l'homme au niveau (double) européen : les divergences entre deux jurisprudences », *Miskolc journal of international law*, Vol. 3, 2006, n°1, pp. 13-37.
 - RESEAU MIGREUROP, « Ceuta et Melilla, macabre laboratoire de l'externalisation de la politique européenne d'immigration et d'asile », dans Migreurop, *Le livre noir de Ceuta et Melilla*, pp. 71-82.
 - REYCHLER L., « Les crises et leurs fondements : La prévention de conflits violents » dans *Conflits en Afrique : Analyse des crises et pistes pour une prévention.*, Bruxelles, GRIP, 1997, pp.61-62
 - RICHMOND A. H., « Open and Closed Borders : Is The New World Order Creating a System of Global Apartheid? », *Refuge*, 1993, Vol. 13, n°1, pp. 6-10
 - RIVET M., « Le travailleur étranger au Canada : à l'avant-poste de la précarité », *McGill Law Journal*, Vol. 43, 1998, pp. 181-210
 - RODIER C. et FERRE N., « Visas : le vérou de la honte », *Plein Droit*, n°35, septembre 1997
 - RODIER C. et VALLOIS E., « Quel asile en France ? (un guide) », *Vacarme* n°25, automne 2003.
 - RODIER C., « Dans des camps hors d'Europe : exilons les réfugiés », *Vacarme*, n°24, été 2003.

- RODIER C., « Du provisoire par circulaire », *Plein droit*, n°44, décembre 1999.
- RODIER C., « La Libye : un « voisin » de circonstance », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 19-23.
- RODIER C., « Les camps d'étrangers, dispositif clef de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne », dans P-A Perrouy (dir.) *La mise à l'écart de l'étranger, centres fermés et expulsions*, éd. Labor, 2004.
- RODIER C., « Zone d'attente de Roissy : à la frontière de l'État de droit », *H&M*, juillet-août 2002, n°1238, pp. 23-31
- RODIER C., La construction d'une politique européenne d'asile entre discours et pratiques, *Hommes et Migrations*, n°1240, nov-déc 2002, pp. 81-93
- ROLLAND L., « Suarez », dans *Les fondateurs du droit international; leurs oeuvres - leurs doctrines.*, Paris, Giard & Brière, 1904, pp. 95-124.
- ROSSETTO J., « La Convention de Schengen : controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1994, p. 315.
- ROUGIER A., « La théorie de l'intervention d'humanité », *RGDIP*, 1910, pp. 468-526
- ROUSSEAU C., FOXEN P., CRÉPEAU F. et HOULE F., « The complexity of Determining Refugeehood : A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board », *JRS*, Vol. 15, n°1, 2002, pp. 43-69.
- ROUSSILLON H., « Révision : la chance du Conseil constitutionnel », *Vie judiciaire*, n°2478, 4 octobre 1993.
- RUSU Sharon, «The development of Canada's Immigration and refugee Board Documentation Centre», *IJRL*, Vol. 1, n° 3, 1989, pp. 319-330
- SADIK G., « Droit d'asile et justice internationale : le dilemme du Rwanda », *Plein Droit* n°44, décembre 1999.
- SAINT-SAËNS I., « Des camps en Europe aux camps de l'Europe », *Multitudes*, n°19, hiver 2004.
- SAYAD A., « L'asile dans « l'espace Schengen » : la définition de l'Autre (immigré ou réfugié) comme enjeu de luttes sociales », dans Caloz-Tschopp Marie-Claire, Clevenot Axel, Tschopp Maria-Pia (eds) (Ed.), *Asile-violence-exclusion en Europe : histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des sciences de l'éducation de l'Université de Genève, Genève, 1994, pp. 193-241.
- SCHAEFFER P.V., « Une définition de la pression migratoire fondée sur la théorie de la demande », *Migrations Internationales*, n°1, Vol. XXXI, pp. 43-72.
- SCHOETTL J.-E., « La loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2006 (1), pp. 126-138.
- SHACKNOVE A., «From Asylum to Containment», *IJRL*, 1993, Vol. .5 n°4, pp. 516-533.
- SIMON D., « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé », *Europe*, 1999, Chronique, p. 4.
- SLAMA S., « Roissy-Paris via Strasbourg : les aléas de la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à la frontière », note sous CE 11 août 2005, *AJDA*, n°28, 14 nov. 2005, p. 2134
- SLOAN J., «The application of the article 1F of the 1951 Convention in Canada and United States», *IJRL*, Vol. 12, *Supplementary special issue*, 2000, pp. 222-248.
- SOPF D., «Temporary Protection in Europe After 1990: The «Right to Remain» of Genuine Convention Refugees.», *Washington University Journal of Law and Policy*, 2001, Vol. 6, pp. 109-157.
- SPIJKERBOER T., « Subsidiary in asylum law. The personal scope of international protection », dans Daphnée Bouteillet-Paquet (dir), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant, 2002, pp. 19-42.
- SPIJKERBOER T., « Full Circle? The personal scope of international protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on qualification », dans Constança Dias Urbano De Sousa (dir), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 167-181.
- STAVOPOULOU M., « The right not to be displaced », *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, n°3, 1994, p. 689.
- STEIN B.N., « Une approche régionale pour des solutions durables », *Réfugiés*, n°99, I, 1995.
- STRAUBHAAR T., « Migration pressure », *International Migration*, 1993, Vol. XXXI, N1, pp. 5-42.
- SUDRE F., « La notion de « peines et traitements inhumains ou dégradants » dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RGDIP*, 1984, p. 825.
- SUDRE F., « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999 pp. 61-82

- TALPIN J., « Elitisme et délibération dans la pensée politique de Pierre Bourdieu », *Figures*, 10 octobre 2003.
- TANDONNET M., « Les pays européens sortent difficilement du «chacun pour soi» », *Confluences Méditerranée*, n°42, été 2002.
- TBEL S., « Un exemple, le Maroc », dans GISTI, *Externalisation de l'asile et de l'immigration – Après Ceuta et Mellila, les stratégies de l'Union européenne*, Journée d'étude du 20 mars 2006, pp. 16-18.
- TEITGEN-COLLY C., « Le droit d'asile : la fin des illusions », *AJDA*, 20 février 1994, p. 104.
- TEITGEN-COLLY C., « Asile en France : une législation dissuasive », *H&M*, n°89-90, mai-juin 1996, p. 78.
- TEITGEN-COLLY C., « Y-a-t-il une politique d'asile en Europe ? », dans J.-P. Faugère et F. Julien-Laferrière (dir.), *Europe : enjeux juridiques, économiques et de gestion*, L'Harmattan, 2001, pp. 137-168.
- THORBURN Joanne, «Transcending Boundaries: Temporary protection and Burden-Sharing in Europe», *IJRL*, Vol. 7, n°3, 1995, pp 459-481.
- TIBERGHIE F., « Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la commission des recours des réfugiés », *RDP Compl. : Année : 1998 Compl. : n°1 Page : p. 179*.
- TIBERGHIE F., « Statut de réfugié et persécution par des agents non publics », *RFDA.*, 1998/2, p. 244
- TREPPOZ A., « Les sujets du droit international public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1^{er} décembre 2000, n° 6, pp. 1629-2659.
- TRUYOL Y SERRA A., «Verdross et la théorie du droit », *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 55-70.
- TURPIN D., « La loi du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et aéroports », *Les petites affiches*, 6 novembre 1992, p. 11
- TURPIN D., « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 1.
- TURPIN D., « Le statut constitutionnel de l'étranger », *Petites affiches*, 15 mars 1991, n°32, p. 20.
- TURPIN J.-P., *C.Q.F.D. (Ce qu'il faut Dire, Détruire, Développer)*, n°22, avril 2005.
- VALLUY J., « La fiction juridique de l'asile », *Plein Droit*, n°63, décembre 2004.
- VALLUY J., « La nouvelle Europe politique des camps d'exilés : genèse d'une source élitaire de phobie et de répression des étrangers », dans « L'Europe des camps », *Cultures & Conflits*, n°57, avril 2005.
- VAN DER VLUGT W., «L'œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international », *RCADI*, 1925-II, Vol. 7, pp. 395-509
- VASAK K., « Les différentes typologies des droits de l'homme », dans Bribosia E. et hennel L. (dir) *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 11-25.(396 p)
- VILLA V., « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans *Théorie du droit et science*, sous la direction de Paul Amselek, PUF, 1994, pp. 288-291.
- VON GLASERSFELD E., « Introduction à un constructivisme radical », dans *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, éd. Du Seuil, 1985, pp. 19-43.
- WARD I., « Identifying the European Other », *International Journal of refugee law*, Vol. 14, n°s 2 and 3, avril 2002, pp. 219-237
- WARNER D. et J. HATHAWAY, «Refugee law and Human rights: Warner and Hathaway in debate», *IJRL*, 1992, Vol. 5 n°2, pp. 162-171.
- WATZLAWICK P., «Préface », dans *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, éd. Du Seuil, 1985, pp. 9-11.
- WEIL P., «Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, Vol. 86, pp. 5-47.
- WEILER J.H. et PAULUS A.L., « The structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? », *European Journal of International Law*, Vol. 8, n° 4, 1998, part I.C.
- WEIS P., « Le concept de réfugié en droit international », *JDI*, 1960, pp. 929-1001.
- WEISMAN N., «Article 1F(a) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in Canadian Law», *IJRL*, 1996, pp. 111- 143
- WILCH M., « Détection, Détention, Dissuasion et Déportation », *Réfugiés*, n°119, 2000.
- WILKINSON R., « L'Afrique sur la brèche », *Réfugiés*, n°131, 2003, pp. 12-17.
- WILSON S., «Réfugié séropositif admis au Canada », *Bulletin canadien VIH/Sida et droit*, Vol. .1, n°3, Avril 1995
- WOLMARK C., « La mise à nu de l'étranger », dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par), *Frontières du droit, critiques des droits – Billets d'humeur en l'Honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 155-159.
- ZAMBELLI P., « Procedural aspects of cessation and Exclusion : the canadian experience », *IJRL*, Vol. 8, 1996, pp. 144-155.

III) Ressources électroniques

Nous présentons ici les principaux sites internet utilisés au cours de cette recherche.

A) Sites institutionnels

Organisation des Nations Unies : www.un.org

- Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies : <http://www.un.org/french/documents/resga.htm>
- Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général : <http://untreaty.un.org/French/treaty.asp>
- Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : <http://www.ohchr.org/french/>
Essentiellement consulté pour accéder aux jurisprudences du Comité contre la torture, pour lesquelles on peut déplorer l'absence d'un moteur de recherche.
- Haut Commissariat des Nations Unies aux réfugiés : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/home>
Site extrêmement complet avec accès numérique à toutes les publications du HCR. Le moteur de recherche « Refworld », en anglais, permet une recherche exhaustive, par pays, par thème, ou type de documents.

Portail de l'Union européenne : http://europa.eu/index_fr.htm

Site exhaustif et cross-référencé.

- Conseil de l'Union européenne <http://www.consilium.europa.eu/showPage.ASP?lang=fr>
- Commission européenne http://ec.europa.eu/index_fr.htm
- Droit de l'Union européenne <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>
- Jurisprudence de l'Union européenne http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index_form.htm
- Justice, sécurité et liberté http://europa.eu/pol/justice/index_fr.htm

Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int/DefaultFR.asp>

- Cour européenne des droits de l'homme <http://www.echr.coe.int/echr/>
Excellent moteur de recherche de la jurisprudence (HUDOC).

Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

- Décisions <http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm>
- Cahiers du Conseil Constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/index.htm>
- Bilans annuels <http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/index.htm>

Conseil d'État : <http://www.conseil-État.fr/ce/home/index.shtml>

Intéressant pour consulter les rapports et avis, et bilans annuels de jurisprudence.

Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

« Le service public de l'accès au droit ». Ce site propose l'accès intégral au droit français et européen. Nous l'avons surtout consulté pour accéder au CESEDA, aux lois et règlements français, et aux jurisprudences administratives et judiciaires. Le moteur de recherche est performant.

OFPPA : <http://www.ofppa.gouv.fr/>

Pas très ergonomique, nous avons essentiellement consulté ce site pour lire les rapports d'activités de l'institution.

CRR: <http://www.commission-refugies.fr/>

Intéressant pour ses rapports d'activités et son moteur de recherche de la jurisprudence par n° de requête ou par thème (mais elles sont anonymisées).

Ministère de la Justice du Canada : <http://canada.justice.gc.ca/fr/>

- Lois et règlements : <http://lois.justice.gc.ca/fr?noCookie>
Accès aux textes intégraux de la Constitution, de la Charte, des lois et règlements, y compris les textes antérieurs.

Institut canadien d'information juridique : <http://www.canlii.org/fr/>

- Jurisprudence de la Cour Fédérale <http://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/index.html>
- Jurisprudence de la Cour d'appel fédérale <http://www.canlii.org/fr/ca/caf/index.html>
- Jurisprudence de la Cour Suprême <http://www.canlii.org/fr/ca/csc/index.html>

Jugements de la Cour Suprême du Canada : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/index.html>

Décisions de la Cour Fédérale : <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html>

Décisions de la Cour d'appel fédérale : <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html>

Ministère de la Citoyenneté et de l'immigration : <http://www.cic.gc.ca/francais/index.asp>

Commission de l'immigration et du statut de réfugié : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/index_f.htm

Toutes les références juridiques et politiques, ainsi que les communiqués utilisés, sont issus de ce site.

Bibliothèque virtuelle du Parlement canadien :

http://www.parl.gc.ca/common/library_prb.asp?Language=F

Consulté pour ses rapports sur les régimes en place et sur les projets de loi.

B) Sites non institutionnels.

Amnesty international : <http://www.amnesty.org/>

- Section française <http://www.amnesty.fr>
- Section Québécoise <http://www.amnistie.ca/>

Anafé: <http://www.anafe.org>

Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers. Site essentiellement consulté pour les rapports annuels de l'association sur les zones d'attente. Tous les communiqués de l'Anafé cités dans les documents sont issus de, et disponibles sur, ce site.

Cimade: <http://www.cimade.org/>

Site de la Cimade, Service œcuménique d'entraide, spécialisé dans la problématique de la rétention des étrangers. Essentiellement consulté pour ses rapports annuels, archivés gratuitement en ligne.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme : <http://www.cncdh.fr/>

Site essentiellement consulté pour les « avis » de la Commission, et les rapports annuels sur la lutte contre le racisme et la xénophobie. Tous les documents cités sont consultables ou téléchargeables sur ce site.

Conseil canadien pour les réfugiés : <http://www.ccrweb.ca/fra/accueil/accueil.htm>

Le plus complet et le plus dynamique des sites non institutionnels canadiens consacrés à la défense du droit des réfugiés. Tous les communiqués du CCR cités dans les documents sont issus de, et disponibles sur, ce site.

Fortress Europe : <http://fortresseurope.blogspot.com>

Un blog rédigé en de nombreuses langues, spécialisé dans la compilation et l'analyse de documents portant sur la détention et l'interception (notamment en mer) des migrants.

Forum réfugiés : <http://www.forumrefugies.org/presse.htm>

Association spécialisée dans la problématique de l'hébergement des réfugiés et dans le conseil juridique aux réfugiés. Cofinancée par le Fonds européen pour les Réfugiés. Elle propose également une revue trimestrielle sur papier et archivée en ligne.

GISTI : <http://www.gisti.org/index.php>

Groupe d'information et de soutien des immigrés. Essentiellement consulté pour ses dossiers thématiques, la présentation de ses publications, et les numéros de la revue *Plein droit* présentés en ligne depuis le n° de 1987, avec accès numérique à certains articles.

Human rights Watch : <http://www.hrw.org/french/>

Défendre des droits de l'homme à travers le monde. Site Essentiellement consulté pour ses rapports et publications sur la thématique des réfugiés. Excellent contenu, mais le site n'est pas très ergonomique.

Migreurop : <http://www.migreurop.org/>

*Site du réseau européen de militants et chercheurs créé en 2002, et dont l'objectif est de faire connaître la généralisation de l'enfermement des étrangers dépourvus de titre de séjour et la multiplication des camps, dispositif au cœur de la politique migratoire de l'Union européenne
Site très complet et dynamique sur plusieurs des thèmes abordés au cours de la recherche (problématique de l'externalisation notamment)*

C) Revues et centres de recherches

Culture et conflits : <http://www.conflits.org/index.html>

« Sociologie politique de l'international ». Revue publiée sur papier et archivée en ligne depuis le n°1 de 1990.

Le journal du Barreau : <http://www.barreau.qc.ca/journal/default.html>

« Edité par le Service des communications, est la publication phare du monde juridique québécois. Il traite de l'évolution de l'exercice de la profession d'avocat, de différents domaines du droit, du système judiciaire et des aspects du droit liés aux enjeux de société ».

Hommes et migrations : <http://www.hommes-et-migrations.fr/index.html>

Site internet de la revue trimestrielle. Certains articles sont archivés en ligne.

Observ.i.x : <http://observix.lautre.net/>

L' Observatoire de l'institutionnalisation de la xénophobie (« Observ.i.x »), est une initiative du réseau scientifique Travaux Etudes et Recherches sur les Réfugiés et l'Asile (TERRA). Constitué au cours de l'été 2007, il prendra place à côté d'un groupe de vigilance sur l'indépendance de l'enseignement et de la recherche et d'un réseau national de soutien aux réflexions collectives et aux débats publics, nationaux et internationaux, sur les amalgames opposant l'immigration à l'identité nationale et sur l'institutionnalisation du racisme et de la xénophobie.

Platform for international cooperation on undocumented migrants: www.picum.org

Plate-forme européenne de défense des droits de l'homme à l'égard des sans papiers.

Réseau scientifique TERRA : <http://terra.rezo.net/>

Travaux, études et recherches sur les réfugiés et l'asile. Réseau créé en mai 2003 qui propose notamment en ligne de nombreux articles, nouvelles, essais, et monographies. Incontournable pour la richesse et la diversité des sources.

Vacarme: <http://www.vacarme.eu.org/>

« Revue trimestrielle publiée sur papier et archivée en ligne, qui mène depuis 1997 une réflexion à la croisée de l'engagement politique, de l'expérimentation artistique et de la recherche scientifique. »

Refugee Studies Center de l'Université d'Oxford : <http://www.rsc.ox.ac.uk/>

Publications des projets de recherche, des working papers, etc.

- Revue des migrations forcées <http://www.migrationforcee.org/>
Revue francophone du centre.

Index thématique

A

Accords de réadmission · 142, 149, 376, 389, 397
Agent de protection · 128, **363–64**, 383, 457
Appartenance sexuelle · **179–81**, **190–92**, 242, 244
Asile constitutionnel · 38, 113, 116, 117, **119–27**, 138, 157, 169
Asile interne · 128, 129, 130, 249, 284, 305, 307, 308, 357, 359, 363, 383, 389, 392, 457
Asile territorial · 124, **125–26**, 128, 454
Auteurs de la persécution · 129, **171–76**, 179, 183, 216, 233, 234, **247–50**, 359, 360, 363

C

Certificats de sécurité · 136, 270, 313, 440
Cessation du statut · 88, 94, 101, 196, 200, 211, 265, 363, 450, 461, 463
Charte canadienne des droits et libertés · 41, 113, **159–67**, 210, 292, 440
Charte des droits fondamentaux de l'UE · 60, **64–66**, 73, 384, 464, 476
Clandestinité · 116, 142, 254, 256, 259, **267–68**, 279, 305, 338, 346, 378, 396, 420, 425, 436, 442, 473
Codéveloppement · 260, 387, 391, 393
Politique de voisinage · 395–**99**
Comité contre la torture · 23, **81–91**, 107, 298
Commission de l'Immigration et du Statut du Réfugié · 134, **161–62**, 165, 211, 219, 242, 266, 271, 285, 290, 439
Directives de · 164, **205–10**, 246
Commission des Recours des Réfugiés · 105, 128, 149, 151, 182, 193, 201, 456, 460
Conseil constitutionnel · 39, 40, **116–25**, **146–49**, 202, 249, 258, 406
Convention contre la torture · 12, 23, 51, 60, 69, 79, 94, 100, 165, 208, **210–15**, 216, 369, 374, 376 *Voir aussi* "Comité contre la torture"
Convention de Dublin · 20, 30, 119, 142, 157, 281, **324–25**, 328, 330, 437
Règlement Dublin II · 348, 357, 399, 409, 416

Convention Schengen · 20, 119, 121, 155, **322–24**, 326, 330, 347, 414
Accords Schengen · 143, 404
Cour européenne des droits de l'homme · 23, 56, 63, 66, 81, **91–108**, 214, 236, 357, 476
Cour Suprême · **42–43**, 45, 85, 89, 113, **132–37**, 159, 162, 169, **173–77**, **184–86**, 207, 219, 240, 251, 407, 426, 440
 Crainte de persécution · **21–22**, 69, 84, 128, 150, 151, 165, 170, 185, 197, 213, 214, 231, 233, 236, **234–40**, 245, 458
Crime contre l'humanité · 246
Crime grave de droit commun · 286, 457, 462

D

Déclaration universelle des droits de l'homme · 338, 466
Demande manifestement infondée · 21, 105, 106, 140, 265, 277, 326–**28**, 330, 406, 418, 419, 437
Canada · 291
Demandeurs d'asile
Concept et définition · 5, 8, **20–21**
Droit de demander l'asile · 131, **138–45**, 264, **276–99**, **350–52**, **354–58**, 369, 403, 413
Droits procéduraux · 43, **103–5**, **145–67**, 210, **297–99**, 337
Droits sociaux · **300–308**, **309–12**, 353
Précarisation · 300–**308**, 309–**12**, 376
Détection des demandeurs d'asile · **70–71**
Article 66 de la Constitution · **146–48**
Canada · 136, 145, 270, **289–90**, 313, **422–26**, **437–40**
CEDH · **102–5**
Etats-Unis · 366, **373–76**
France · *Voir aussi* Zone d'attente

E

Eloignement · 93, 94, 95, 106, 107, 126, 133, 135, 137, 145, 147, 148, **165–67**, 278, 418, 425, 437
Entente sur la frontière intelligente · 269, **365–69**, 403

Entente sur les pays tiers sûrs · 46, 365, 381
États-Unis · 46, 62, 93, 269, 317, 319, 320,
331, 332, 333, 335, 343, 370, 371, 381, 395,
444
Interception en mer · 407
Pays non sûr · **371–76**
Réactions au 11 septembre · **365–67**
Exclusion du statut · 88, 94, 127, 140, 160,
211, 214, 237, 238, 249, 265, 363, 372, 457,
461, 462, 463
Externalisation · 346, 348, 381, 395
"Transfert de responsabilité" · **388–400**
Extradition · 51, 82, 93, 94, 102, 201, 462

F

Faux réfugiés · 9, 45, 284, 314, 316, 330, 402,
470
Femmes · 79, **179–81**, **190–92**, 217, 242, 244,
251, 373, 458 *Voir* aussi "groupe social"

G

Groupe social · 170, **177–92**, 206, 207, 216,
217, 232, 233, **241–47**, 251, 360, 458, 462,
473

H

HCR

Consultations mondiales · 333, 389, 478
Guide des procédures · 175, 181, 186, 193,
225, 233, 235, 238, 243, 248, 250, 251
Mandat · 7, 169, 376, 394, 429, 439, 478
Position · 31, 126, 170, 171, 173, 180, 187,
190, 192, 194, 200, 205, 207, 216, 220,
242, 269, 297, 326, 327, 329, 355, 364,
386, 405, 410, 420, 424, 443, 444, 445,
450, 451, 456, 459, 471

I

Immigration

Amalgames · 10
Au Canada · **35–36**
En France · **36**
Interception · *Voir* Refoulement

M

Motifs de persécution · 8, 21, 170, 173, 177,
234, 241, 358, 360, 373
Groupe social · *Voir* "Groupe social"
Motif de conscience · **193–95**
Opinions politiques · 128, 177, 193, 194,
195, 240, 338, 458

O

OFPPA · 38, 123, 124, 128, 138, 149, 169,
178, 245, 267, 276, **283–85**, 428, 455, 460
Opinion publique · 6, 226, **253–54**, 256, 390,
411, 477
Orientation sexuelle · **181–83**, 185, **187–90**,
217, 243, 338, 360, 459

P

Pays d'origine sûr · 21, 239, 277, 326, **329**,
330, 344
Pays tiers sûr · 21, 96, 286, 344, **356**
Pour le Canada · *Voir* "Entente sur les pays
tiers sûrs"
Persécution · *Voir* " Crainte de la persécution",
"Auteurs de la persécution", "Motifs de
persécution"
Préambule de 1946 · **37–39**, 40, 112, **116–21**,
123–25, 143, 198
Principe de non-refoulement · 59, 64, **68–69**,
72, 78, 109, 110, 137, 138, 140, 141, 329,
383, 405, 409, 412, 413, 445, 451, 469
Élargissement du principe · **92–101**
Par ricochet · 83, **372–76**
Violation du principe · 88, 158, 278, 355,
357, **372–76**, 382, 383, 404, 407, **417**,
448
Protection subsidiaire · **127–29**, 238, 249, 300,
348, 358, **362–63**, 412, 442, **453–64**
Protection temporaire · 21, 23, 318, 359, 412,
442, **443–53**

R

Racisme · 264, 332, 438, 479, 499
Réadmission · *Voir* Accords de réadmission
Recours individuel · 473
En droit international · 56, 58, **79–108**, 109,
168, 298
Recours effectif · 73, 101, 102, 104, 105,
158, 165, 355, 356

Recours suspensif · 105, 128, 148, 153, 154, 158, 159, 166, 278, 282, 284, 353, 355, 455
Réfugié reconnu · 7, 299
 Au Canada · 165, **312–13**
Réinstallation · 37, 412
 Amérique du nord · 365, 371, **418–41**, 445
 Réinstallation-Externalisation · **389–93**
Responsabilité des transporteurs · 267, 323, 402, **404–7**, 413, 422
Rétention · 70, 102, 126, 147, 154, 282, 430, 434, 437
Risque de persécution · *Voir* " Crainte de persécution"

T

Terrorisme · 21, 322, 336, 345, 366, 374
 11 septembre 2001 · 42, 45, 46, 89, 263, 264, 269, 270, 271, 288, 312, 315, 336,

340, 343, 345, 363, 365, 366, 367, 368, 395, 418, 423, 438
 Lutte contre · **268–72**, 338, 367, 403, 414
Traité d'Amsterdam · 20, 96, 321, 331, 342, 344, 347, 448
Traité de Lisbonne · 64, 348
Traité de Maastricht · 321, 325, 342, 446

V

Vie privée et familiale · 36, 51, 66, 193, 201, 202, 204, **200–205**, 219, 259, 260, 313, 362, 450, 460
Visas · 139, 140, 317, 323, 342, 367, 399, 401, 404, 412, 422, 446, 465

Z

Zone d'attente · 105, 140, 143, 225, 276, 279, **426–36**

Table des matières

Introduction	4
Section 1: Choix du sujet et problématique générale: l'hétérogénéité du droit des réfugiés.	5
I) De la souffrance humaine à l'embarras étatique.	5
A) Du réfugié au demandeur d'asile.	5
B) De la migration désespérée à la pression migratoire.	6
II) Définitions et concepts généraux du « problème » des réfugiés.	8
III) Problématique générale : le statut du réfugié dépend de la dynamique contradictoire et hétérogène du droit des réfugiés.....	11
Section 2 : Cadre théorique - Le droit des réfugiés est une construction et un discours autour de valeurs et d'intérêts.....	14
I) Le droit des réfugiés est une construction autour de valeurs et d'intérêts.....	15
A) Création de la réalité et création du droit.	15
B) Valeurs et intérêts dans la création du droit.	18
1) Le constructivisme comme explication du processus normatif.....	19
a) L'invention de la réalité.....	19
i. La création du demandeur d'asile.	20
ii. La <i>Convention de Genève</i> et la « crainte de la persécution » : un exemple d'inclusion de l'idéologie politique dans la protection des réfugiés.....	21
b) Le caractère réflexif et historique du droit.	22
2) De la construction en fonction d'intérêts à la construction en vertu de valeurs : la notion de construction responsable.	25
a) Le problème du contenu des valeurs et de sa distinction avec les intérêts.	25
b) L'idée d'une construction plus responsable.	27
II) Le droit des réfugiés est un discours autour de valeurs et d'intérêts.....	28
A) L'ambivalence identitaire du réfugié : l'individu face à la communauté.....	28
B) L'ambivalence des enjeux étatiques.....	31
Section 3 : Cadre méthodologique.....	33
I) France-Canada : Les fondements communs de l'accueil.	34
A) Une tradition d'accueil.....	34
B) La garantie constitutionnelle des droits.....	38
II) France-Canada : Les fondements communs du rejet.	42
Section 4 : Objectif de la recherche et structure de l'étude.	46
I) Au sein des croisements des droits, le statut du réfugié révèle l'ambivalence de sa construction.	46
A) Une réforme du droit des réfugiés?.....	46
1) Réalisme et idéalisme dans la réforme du droit des réfugiés.	47
2) La déconstruction/reconstruction du droit des réfugiés.	48
B) Sur fond de dialogue internormatif et interjuridictionnel, la recherche d'un statut.....	49
II) Le statut du réfugié bénéficie de la dynamique des droits fondamentaux, mais pâtit de la gestion de l'immigration et de la sécurité.	51
Partie I : La protection du semblable.....	53
Un dialogue enrichi par les droits fondamentaux.	53
Titre 1 : Le réfugié dans le sillon protecteur du droit international des droits de l'homme.	56
Chapitre 1 - L'intervention du droit international des droits de l'homme dans le droit des réfugiés.	58
Section 1) L'asile dans le droit international des droits de l'homme.	58

I) Promesses et mise en œuvre des textes contraignants.....	59
II) Nature et rôle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.....	63
Section 2 : L'applicabilité des droits de l'homme au candidat réfugié.....	65
I) Non-refoulement et liberté de circulation.....	67
A) Le principe de non-refoulement.....	67
B) La liberté de circulation.....	68
1) Contrôle de la détention.....	69
2) Liberté de circulation.....	70
II) Le droit à une procédure équitable.....	71
III) Le principe de non-discrimination.....	72
Conclusion chapitre 1 :	75

Chapitre 2 - L'accession du réfugié à la requête individuelle sur la scène

internationale..... 77

Section 1 : Portée d'un recours facultatif - L'exemple du Comité contre la torture.....	79
I) Les enjeux de la requête individuelle pour un réfugié.....	79
II) Le Canada à l'épreuve du Comité contre la torture.....	82
A) Les réponses du Canada.....	83
B) Les résistances du Canada.....	85
1) Failles et exceptions maintenues dans le droit interne canadien.....	85
a) Les failles et exceptions contenues dans la <i>LIPR</i>	85
b) Les « circonstances exceptionnelles » de la <i>Charte</i>	86
2) Défi de l'autorité du Comité contre la torture.....	88
Section 2 : Portée d'un recours obligatoire - L'exemple de la Cour Européenne des Droits	89
de l'Homme.....	89
I) CEDH, interdiction de la torture et réfugié : l'élargissement du principe de non-refoulement.....	90
A) Le principe de responsabilité indirecte des États.....	90
B) Les élargissements de jurisprudence.....	92
1) Sur l'applicabilité de l'article 3.....	92
2) Sur la qualification des traitements contraires à l'article 3.....	95
II) La CEDH, juge détourné des procédures nationales de reconnaissance du statut.....	99
1) Correction des procédures relatives à l'asile.....	99
2) Correction du fondement individualiste des droits des réfugiés ?.....	103
Conclusion du chapitre 2 :	106
Conclusion Titre 1 :	107

Titre 2 : Le réfugié dans le giron protecteur de l'État de droit..... 109

Chapitre 1 - L'élévation du réfugié au rang de justiciable..... 112

Section 1 : La reconnaissance constitutionnelle du principe de l'asile et du concept de	112
réfugié.....	112
I) En France : Sur fond d'un droit d'asile malmené, la reconnaissance constitutionnelle du réfugié... 112	112
A) La technique jurisprudentielle du renvoi aux conventions internationales.....	113
B) La redécouverte du droit d'asile constitutionnel.....	116
C) Droit d'asile constitutionnel : assauts, sursauts, état des lieux.....	117
1) Le doublon du texte constitutionnel en matière d'asile.....	118
2) La réécriture de l'asile constitutionnel.....	120
a) Lissage et déclassement de l'asile constitutionnel.....	120
b) Confusions des protections et dilution de l'asile constitutionnel.....	122
i. Asile territorial et confusions des protections.....	122
ii. Dilution de l'asile constitutionnel.....	123
II) Au Canada: l'applicabilité de la Charte des droits et libertés aux réfugiés.....	127
A) L'impossible garantie constitutionnelle d'un privilège.....	127
B) De l'impact du mot « chacun » vers la garantie constitutionnelle d'un droit.....	129
1) Le tournant « <i>Singh</i> ».....	129
2) L'ère post- <i>Singh</i>	131
Section 2 : Acceptation juridique du « demandeur d'asile » : le véritable test de la	

protection.....	134
I) L'accès au territoire et le droit au séjour des demandeurs d'asile.....	134
A) En France : ne pas vider de son sens le droit d'asile constitutionnel.....	135
1) Le droit d'accès au territoire.....	136
2) Le droit au séjour des demandeurs d'asile.....	138
B) Au Canada : ne pas renier le principe de justice fondamentale.....	140
II) Le droit au recours et les garanties de procédure.....	142
A) En France : un accès légalement et constitutionnellement protégé.....	142
1) La protection constitutionnelle des demandeurs d'asile.....	142
a) La liberté individuelle.....	143
b) L'accès à la justice.....	145
2) Appel, réexamen et cassation de la demande d'asile.....	146
3) Recours contre une mesure d'éloignement.....	148
a) Le recours pour excès de pouvoir.....	149
b) L'urgence.....	150
i. Le contentieux de la reconduite à la frontière prévu dans le CESEDA.....	150
ii. Les principes dégagés par le juge en matière de référé : le droit de solliciter le statut de réfugié.....	152
B) Au Canada : un accès minimalement protégé.....	156
1) Le droit d'être entendu.....	156
2) Appel, cassation et réexamen.....	158
a) De la décision de première instance à la cassation.....	158
b) Réouverture de l'enquête ou de la revendication.....	159
3) Recours contre une mesure d'éloignement.....	162
Conclusion chapitre 1 :	165
Chapitre 2 - La recherche dynamique d'un statut pour le réfugié.....	166
Section 1 : La recherche de souplesse et d'améliorations sur la définition du réfugié....	167
I) Evolutions sur les auteurs de la persécution.....	168
A) La jurisprudence et la législation française: des auteurs de la persécution à la capacité de protection de l'État.....	168
B) La jurisprudence canadienne : le tournant <i>Ward</i>	170
1) Résolution de la question des auteurs de la persécution.....	170
2) Le travail de systématisation de la jurisprudence canadienne : un exemple à suivre ?.....	173
II) Evolutions sur la notion de groupe social.....	174
A) La jurisprudence française: des progrès circonscrits.....	175
1) Issue positive des errements sur le genre.....	175
2) Elargissement aux « comportements » sexuels.....	178
B) La clarté des principes dégagés par la jurisprudence canadienne.....	181
1) Les principes des arrêts <i>Ward</i> et <i>Chan</i> : systématisation de l'interprétation de la notion.....	181
2) La famille comme groupe social ?.....	183
3) L'orientation sexuelle.....	184
4) Le genre.....	187
Section 2 : Des constructions juridiques protectrices autonomes du droit des réfugiés..	189
I) Des fondements jurisprudentiels nouveaux.....	190
A) Statut fondé sur le motif de conscience.....	190
1) En France : une certaine bienveillance idéologique.....	190
2) Au Canada : les effets de l'objection politique.....	191
B) Statut fondé sur la notion de persécution passée.....	192
C) Statut fondé sur le principe de l'unité familiale et sur la notion de dépendance : L'« héritage » du statut.....	197
1) Un principe général du droit des réfugiés... ..	197
2) ...qui fonde l'« héritage » du statut.....	200
II) Les initiatives normatives canadiennes.....	202
A) Les directives de la Commission de l'Immigration et du Statut de Réfugié.....	202
B) La protection fondée sur les risques de torture, menace à la vie, peines ou traitements cruels ou inusités.....	207
1) La notion de personne à protéger.....	207
2) Risques de menace à la vie, traitements ou peines cruels et inusités.....	209

3) Risque d'exposition à la torture.	210
Conclusion chapitre 2 :	213
Conclusion Titre 2 :	215
Conclusion Partie 1 :	217

Partie 2 : La fragilisation du réfugié.
Un dialogue en panne sur la Convention de Genève..... 219

Titre 1 : En panne sur la définition du réfugié..... 221

Chapitre 1 - Ne pas faire entrer le réfugié dans sa définition conventionnelle. 225

Section 1) Les failles de Genève : une définition rigide et lacunaire.	225
I) Le monopole juridique de la Convention de Genève: une définition dépassée.	225
II) Précision superflue et définitions fondamentales manquantes.	226
A) Une crainte difficile à définir.	226
B) Une persécution sans contenu.	227
Section 2) Les réponses des États : une interprétation réductrice des clauses d'inclusion	230
I) Débats sur les critères de la crainte.	231
A) Un crainte impérativement raisonnable : convergence interprétative de la France et du Canada.	232
B) Divergences sur la notion de crainte personnelle.	235
II) Les motifs de la persécution : une crispation essentiellement française.	237
A) Enjeux et controverses sur la notion de groupe social.	238
B) Prolongements canadiens et resserrements français.	241
III) Glissements de perspective : agent de persécution / agent de protection.	244
Conclusion Chapitre 1 :	248

Chapitre 2 - Écarter le réfugié de sa qualité..... 250

Section 1) Le réfugié, un immigrant à maîtriser.....	252
I) En France: L'asile dans l'engrenage d'une politique de l'immigration.	253
A) 1970-1990 : Construction d'une connexité entre immigration et asile.....	253
B) 1990-2000 : Construction normative et alimentation discursive de l'amalgame entre asile et immigration.	254
II) Au Canada: L'asile dans la dynamique d'une politique d'immigration.....	257
A) Une politique sous contrôle.....	257
B) Une politique qui n'empêche pas les amalgames.....	260
Section 2) Le demandeur d'asile, un fraudeur à démasquer et un enjeu sécuritaire.	261
I) Des illégaux et des fraudeurs : une rhétorique d'auto-justification.	261
II) Des criminels et des terroristes.	264
A) Déplacement de la notion de criminalité.....	264
B) Dans le collimateur des mesures anti-terroristes.	265
1) Au Canada.....	266
2) En Europe et en France.	268
Conclusion chapitre 2 :	270
Conclusion Titre 1	271

Titre 2 : En panne sur la vulnérabilité du réfugié. 272

Chapitre 1 - La course à la demande d'asile. 273

Section 1) En France : un filtre de tri.	273
I) L'excès de zèle de l'admission sur le territoire.	273
II) La demande d'admission au séjour et la discrétion des préfectures.....	277
III) La demande d'asile à l'OFPRA, le tri des réfugiés et l' « octroi » du statut.	280
Section 2) Au Canada : un filtre aléatoire.	282

I) L'allongement des étapes de la demande d'asile.	282
A) Le filtrage sécuritaire.	283
B) Les aléas de la décision de recevabilité de la demande d'asile.	284
C) La systématisation de la détention.	286
II) Les insécurités juridiques de la reconnaissance du statut.	287
A) La compétence des décideurs.	289
B) L'absence de procédure d'appel.	294
Chapitre 2 - Précarisation de la situation des demandeurs d'asile et des réfugiés.	297
Section 1) En France : un recul dissuasif de l'assistance.	297
I) L'hébergement.	297
II) Un revenu.	300
A) Les aides financières.	300
B) L'accès du marché au travail.	301
III) L'accès aux soins.	302
A) La négation de besoins spécifiques.	302
B) La menace d'un « asile interne sanitaire »	304
Section 2) Au Canada : un manque initial d'assistance.	305
I) Le manque de prise en compte spécifique du demandeur d'asile.	306
II) Le réfugié reconnu: accessibilité difficile à la résidence permanente.	309
Conclusion chapitre 2 :	311
Conclusion Titre 2 :	312
Conclusion Partie 2:.....	313
Partie 3 : Le rejet de l'autre.
Un dialogue confisqué hors la Convention de Genève.....	314
Titre 1 : Dépasser la Convention de Genève pour exclure le réfugié.....	316
Chapitre 1 - La prise de pouvoir de l'intergouvernemental : l'« a-normativité »	317
Section 1 : De Schengen à Amsterdam - atteindre un objectif communautaire par des moyens qui n'en sont pas.....	318
I) Du laboratoire Schengen au verrouillage Dublin.	318
A) Schengen : Du laboratoire secret à la Convention.	318
B) Dublin : La clé du verrouillage européen.	321
II) Des constructions politiques fondatrices d'un régime juridique.	322
A) La demande manifestement infondée.	323
B) Le concept de pays tiers d'accueil et de pays d'origine sûr.	325
Section 2 : Les illusions de la coopération nord-américaine.	328
I) Les pièges du libre-échange : De l'ALENA au PSP.	330
A) L'Accord de libre-échange nord-américain : première pierre de l'édifice.	330
B) Le partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité : deuxième pierre de l'édifice. ...	332
II) L'incubation sécuritaire : un œil sur Dublin.	333
Conclusion Chapitre 1 :.....	338
Chapitre 2 - La réécriture du droit des réfugiés : la nouvelle normativité	339
Section 1 : En Europe - Impostures et bilans de la communautarisation des politiques d'asile.....	340
I) Les impostures de la communautarisation.	340
A) Le contexte idéologique de la communautarisation.	341
B) Pertinence et dangers de la communautarisation.	343
II) Vers un régime commun ? Le droit d'asile dépouillé.	346
A) EURODAC et « Dublin II » : fichier, s'échanger et bouter les demandeurs d'asile.	347
B) Les normes minimales d'accueil et de procédure.	349
1) La directive « accueil ».	349
2) La directive « procédure ».	351
a) Souplesse de la directive envers les États.	352

b) La notion de pays tiers sûr et « super sûrs ».....	353
c) La notion de pays d'origine sûr.....	353
d) Annulation partielle par la CJCE.....	354
C) Les efforts et les contreparties d'une recherche de définitions communes.....	355
1) L'effort de définition.....	356
a) Statut de réfugié.....	356
b) Protection subsidiaire.....	357
c) Auteur des persécutions ou des atteintes graves.....	358
2) Le dédoublement de statut et fragilisation des titres.....	358
1) Dédoublement de statut.....	359
2) Fragilisation des titres.....	359
3) Asile interne et agent de protection.....	360
Section 2 : En Amérique du nord - Européanisation des politiques d'asile ou simple périmètre de sécurité ?	362
I) Sécuriser la frontière : l'entente sur la frontière intelligente.....	362
A) La réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre.....	362
B) Le Canada montré du doigt.....	364
C) Le Canada intéressé par le processus de sécurisation.....	365
II) Insécuriser les réfugiés : l'Entente sur les tiers pays sûrs.....	366
A) Enjeux et paris de l'Entente.....	366
B) Les États-Unis ne sont pas sûrs.....	368
1) Eligibles au Canada / déboutés aux États-Unis.....	369
2) Demandeurs en danger aux États-Unis.....	371
C) Perversions, effets et échecs de l'Entente.....	373
1) La perversion des valeurs proclamées.....	374
2) Fermeture des portes et renvois sommaires.....	374
3) Echecs sécuritaires.....	376
4) La perspective d'un échec juridique.....	376
Conclusion chapitre 2.....	378
Conclusion Titre 1 :	380

Titre 2 : Distancer la Convention de Genève pour rendre invisible le réfugié..... 381

Chapitre 1 - Maintenir ailleurs : la négation du risque..... 383

Section 1) La délocalisation de l'asile.....	385
I) Le charme discret de la réinstallation : tentation, promesses, leurres.....	386
II) Le rejet du fardeau.....	390
A) Piégés, enfermés, refoulés.....	390
1) Le transfert marocain.....	391
2) Le piège libyen.....	392
3) L'Ukraine piégée.....	394
B) Réadmissions en chaîne.....	396
Section 2) L'interception des déplacements.....	397
I) Les sentinelles du nord.....	398
A) La surveillance des aéroports.....	398
B) La stratégie canadienne de disqualification extra-territoriale des réfugiés.....	400
II) La privatisation de l'immigration et de l'asile avec la responsabilité des transporteurs.....	401
III) L'interception en mer.....	404
A) Police des mers.....	404
B) Police des frontières en mer.....	405
Conclusion Chapitre 1 :	408

Chapitre 2 - Bloquer l'entrée et empêcher de rester : la négation du réfugié..... 409

Section 1 : Le principe de non-entrée.....	410
I) Généralisation des visas et refoulement immédiat.....	410
II) Enfermement des demandeurs d'asile.....	415
A) Disparité des régimes de la mise en détention et des lieux de détention.....	415

1) Les zones d'attente françaises : un régime encadré mais artificiel.	415
2) Les postes d'attente canadiens : une construction juridique hétérogène.	419
B) Précarité des conditions et du contrôle de la détention.	423
1) En France : un écart entre le droit et la pratique.	423
a) Conditions matérielles du maintien en zone d'attente.	424
b) Conditions juridiques du maintien en zone d'attente.	428
i. Demande manifestement infondée et contrôle de la détention.	428
ii. La délocalisation et la déshumanisation des audiences.	429
c) Dysfonctionnements et échecs de la zone d'attente.	433
2) Au Canada : pas assez de droit, pas assez de droits.	434
a) Conditions matérielles de la détention.	434
b) Conditions juridiques : contrôle et problème des délais.	436
Section 2 : Empêcher de rester - la quête du provisoire.	438
I) La protection temporaire : complémentaire ou alternative ?	440
A) A crise humanitaire, crise juridique : une pratique discrétionnaire.	440
1) Protéger l'asile ou les victimes ?	441
2) Au Canada : le mariage de l'urgence et du contrôle de l'immigration.	442
3) Menaces de substitution d'une protection à une autre.	442
B) L'ambivalence de l'harmonisation européenne de la protection temporaire.	445
C) Inutilité, dangers et vacuité du concept.	447
1) Un concept inutile et dangereux.	448
2) Un palliatif non utilisé : l'exemple de l'Irak.	449
II) Protection subsidiaire : de l'auxiliaire au principal ?	450
A) Une pratique hétérogène annonciatrice.	451
B) Les clairs-obscur de la protection subsidiaire.	452
1) Qualification restreinte et glissement de protection.	452
a) Qualification difficile.	453
b) Glissement de protection ?	455
2) Un sous-statut.	457
C) Pertinence et légitimité juridique ?	458
1) Déficit de pertinence.	458
2) Déficit de légitimité.	460
Conclusion chapitre 2.	462
Conclusion Titre 2.	463
Conclusion Partie 3.	464
Conclusion générale.	465
Bibliographie sélective.	478
Index thématique.	497
Table des matières.	500