

L'asile dans l'Etat administratif

Philip G. Schrag

Delaney Family Professor of Public Interest Law, Georgetown University

Traduit par Pascale Torracinta

Le concept d'asile a ses racines dans les coutumes de nombreuses civilisations, comme les cultures arabes pré- et post-musulmanes, ainsi que dans d'anciennes pratiques hittites, hébraïques, grecques et romaines. A son origine, il est étroitement lié aux institutions religieuses et à leurs prescriptions. Mais les grandes vagues de passage forcé de la frontière du XXe et du XXIe siècle ont transformé la notion d'asile. L'asile est aujourd'hui une entreprise hautement régulée, influencée par la politique, mais contrôlée en grande partie par des lois et par la routine bureaucratique de l'État administratif moderne.

Mais avant de développer ces quelques points, il est nécessaire de définir certains termes et de faire la distinction entre les différents concepts liés à la notion d'asile. Considérons tout d'abord les personnes qui sont contraintes de quitter leur pays d'origine et de trouver refuge ou protection dans un autre pays parce qu'elles craignent d'être en danger. Certaines fuient des persécutions politiques ou religieuses. De nombreux chercheurs les appellent des « migrants forcés » et réservent le terme de « réfugiés de convention » à la catégorie spécifique de migrants forcés qui ont fui certains types de menace ou de persécution, par opposition aux victimes de catastrophes naturelles ou de guerres. Cette distinction provient d'un traité international qui octroie un droit particulier à ce groupe restreint de migrants forcés. Les migrants économiques représentent une autre catégorie d'individus, ceux qui ne sont pas forcés de partir mais qui quittent leur pays d'origine et vont s'installer ailleurs dans l'espoir de trouver une vie meilleure, ou pour pouvoir envoyer de l'argent aux membres de leur famille restés au pays. Jusqu'à il y a cent ans environ, les Etats ne faisaient pas la distinction entre les migrants forcés, les réfugiés et les migrants économiques, mais c'est le cas désormais. Les réfugiés de convention reçoivent le plus grand degré de protection, même si la plupart des pays

industriels sont de moins en moins accueillants vis-à-vis de ces réfugiés même depuis une dizaine d'années. Les autres migrants forcés reçoivent en général encore moins de bénéfices et les migrants économiques sont les moins bien accueillis de tous, sauf lorsqu'ils peuvent fournir une main d'œuvre à bon marché.

Nous devons en outre faire la distinction entre l'asile et le non-refoulement. Le non-refoulement est lié à l'obligation légale de la plupart des pays membres d'un certain traité de ne pas renvoyer des individus dans des pays dans lesquels ils sont susceptibles d'être persécutés. L'asile, en revanche, est un bénéfice discrétionnaire accordé par certains pays seulement. En Europe et aux États-Unis, il consiste en une forme plus durable de protection, grâce à laquelle celui qui en bénéficie a le droit de rester dans un pays-refuge aussi longtemps que nécessaire et reçoit un certain nombre des bénéfices que le pays d'accueil octroie à ses propres citoyens. En général, ces pays offrent l'asile uniquement aux réfugiés de convention, même si de nombreuses nations offrent une forme ou une autre de refuge à court terme à d'autres catégories de migrants forcés.

Le terme d'asile provient du grec *asylou*, qui signifie un endroit qui ne peut pas être profané. Il est difficile de faire la part de l'histoire et du mythe à ce sujet, mais il semble qu'il existât dans la Grèce ancienne des temples dans lesquelles les esclaves maltraités pouvaient trouver refuge et échapper à leurs maîtres, même si cette culture souffrait d'exceptions. Dans certains lieux d'asile en tout cas, un fugitif ne pouvait pas être expulsé, ni forcé à sortir par la fumée ou le feu. Dans la Rome antique, l'asile était limité aux habitants domestiques, mais pouvait être octroyé aux esclaves qui avaient fui d'autres états.

Les civilisations non-occidentales possédaient des concepts similaires. Dans l'Ancien Testament, Dieu ordonne à Moïse de désigner six villes qui puissent servir de lieux de refuge aux enfants d'Israël et aux étrangers, et l'on retrouve ce concept dans d'autres cultures anciennes encore. Dans la culture arabe pré-musulmane, une famille devait assurer protection pendant trois jours à tout étranger qui pénétrait dans sa tente et la demandait. Plus tard, dans les pays arabes musulmans, la loi de la charia forçait tout

musulman à offrir une protection temporaire, ou le non-refoulement, à tout étranger non-musulman qui n'était pas armé. Les demandes d'extradition étaient ignorées. Cette protection temporaire pouvait durer une année, mais si l'étranger souhaitait rester dans le pays, il pouvait le faire en acceptant de devenir résident permanent non-musulman. On peut voir là les prémices de certains principes contemporains du non-refoulement et de l'asile.

On trouve des références dans l'Histoire, de l'Antiquité au XXe siècle, à des rois ou à des souverains qui offraient l'asile, mais le concept de réfugié n'est apparu véritablement qu'à l'époque de la première guerre mondiale. Cette guerre, la dénationalisation soviétique des soldats qui s'étaient battus contre les Bolcheviks et l'exode en masse des Arméniens suite à des massacres, ont poussé un grand nombre de personnes à fuir leur pays et à trouver refuge en Europe, et la Société des Nations a adopté le terme de «réfugiés» pour les englober. Mais l'assistance offerte aux réfugiés par la Société des Nations était très limitée. Fridtjof Nansen fut nommé premier Haut Commissaire aux réfugiés. Il réussit à obtenir des dons financiers, essentiellement de la Grande-Bretagne et de la France, qui permettaient d'offrir une certaine assistance aux réfugiés. Mais cette aide aux réfugiés était fortement politisée, dans le sens où les pays étaient prêts à aider les réfugiés qui venaient uniquement des pays qui avaient été, ou continuaient à être, leurs alliés. Les réfugiés de l'Espagne ou de l'Italie fasciste, par exemple, ne recevaient aucun soutien. Quand l'Allemagne a commencé à persécuter les Juifs qui étaient sous son emprise lors d'une grave crise économique mondiale, la quasi-totalité des pays ont fermé leurs frontières aux réfugiés juifs. Le président Roosevelt a mis sur pied une conférence internationale pour faire face aux flots de réfugiés provenant d'Allemagne et d'Autriche, mais la conférence d'Evian de 1938 a échoué à produire autre chose que le refus des gouvernements, y compris celui des Etats-Unis, d'altérer leur politique d'immigration restrictive. Comme Gil Loescher l'a relevé, « l'Allemagne a considéré la politique du régime d'Évian et des nations occidentales, qui constituait à fermer leurs frontières aux réfugiés, comme une exonération de sa politique, et elle s'est mise à utiliser des mesures plus draconiennes encore pour éliminer la population juive du troisième Reich. Ainsi, l'extermination des Juifs par les nazis qui s'ensuivit fut tolérée de

manière tacite par la plupart des pays occidentaux, jusqu'au moment où il a été trop tard»¹.

Après la seconde guerre mondiale, le concept du droit des individus à une certaine forme de protection et au statut de réfugié a commencé à émerger. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme mentionnait « le droit de chercher l'asile », mais non pas le droit de recevoir l'asile. Quelques années plus tard, les alliés ont négocié une Convention internationale sur le statut de réfugié qui reste, aujourd'hui encore, le traité international le plus important sur cette question. Cette Convention était issue, d'une part, de la constatation que le monde avait échoué à gérer la crise des réfugiés provoquée par la politique nazie et qu'un grand nombre de personnes avait péri en conséquence. Mais la motivation essentielle de la négociation de cette Convention, à l'aube de la guerre froide, était de permettre à la Grande-Bretagne, à la France et aux États-Unis d'accueillir les déserteurs venus des pays du Pacte de Varsovie et, grâce à une loi, de mettre à l'index les nations qui avaient fermé leurs frontières pour sceller leur propre population. Cette Convention était d'envergure modeste. Sous l'insistance des États-Unis et de la France, et pour répondre aux objections de la Grande-Bretagne qui aurait souhaité un traité d'application mondiale, cette Convention ne portait que sur les individus qui se trouvaient en dehors de leur propre pays et qui étaient devenus des réfugiés « à la suite d'événements qui s'étaient produits avant le 1er janvier 1951 », se limitant ainsi de fait aux Juifs déplacés et aux victimes des persécutions soviétiques. La définition de « réfugiés » se limitait ainsi à ceux qui avaient une peur fondée d'être persécutés pour des questions de race, de religion, de nationalité, d'opinion politique ou d'appartenance à un groupe social particulier – définition qui privilégie aujourd'hui encore les réfugiés de convention par rapport à d'autres types de migrants forcés. Qui plus est, cette Convention n'obligeait pas les signataires à offrir des visas aux réfugiés qui souhaitaient s'établir, ni à accorder l'asile à quiconque avait fui, avec ou sans visa. Les signataires s'engageaient seulement à ce que les réfugiés qui remplissaient les critères établis par la Convention et étaient parvenus à rejoindre leur pays ne soient pas refoulés de force vers le pays dans

¹ Gil Loescher, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis* 45 (Oxford, 1993)

lequel ils risquaient de toute évidence d'être persécutés. Malgré ces limitations et le rôle majeur qu'ils avaient eu dans la création de ce traité, les États-Unis refusèrent de le signer. Toutefois, vers la fin des années soixante, au moment où la Guerre Froide s'est globalisée, un protocole a été négocié, qui étendit l'application géographique de cette Convention dans le monde. Les États-Unis la signèrent à ce moment-là, mais douze ans durent passer encore avant qu'ils n'adoptent une législation qui garantisse son application.

En 1980, quand le Congrès américain fit passer le « Refugee Act », une protection supplémentaire importante fut ajoutée pour les réfugiés qui remplissaient les critères définis par la Convention. Le ministre de la justice avait le pouvoir non seulement de refuser de renvoyer un réfugié dans le pays dans lequel il avait été persécuté, comme le réclamait ce traité, mais il pouvait aussi lui accorder l'asile. Un demandeur d'asile pouvait désormais travailler aux États-Unis et obtenir un visa pour faire venir son épouse et ses enfants mineurs qui vivaient à l'étranger. Après avoir bénéficié du statut de réfugié pendant un an, une personne pouvait demander à devenir résident permanent et après cinq ans de résidence aux États-Unis, elle pouvait passer des tests d'anglais et de citoyenneté pour devenir citoyen américain. L'asile devenait ainsi quelque chose de beaucoup plus précieux que le simple droit au non-refoulement.

Les persécutions politiques qui eurent lieu au Guatemala, au Salvador, en Haïti, au Nicaragua et dans de nombreux pays d'Afrique et d'Asie produisirent un afflux de réfugiés vers les États-Unis. En même temps, les révolutions qui se produisirent dans l'Afrique postcoloniale provoquèrent un afflux de réfugiés vers l'Europe. Parmi ces réfugiés, il y avait des centaines de milliers de migrants forcés et de migrants économiques qui ne remplissaient pas les critères de réfugiés selon la définition de la Convention. La tâche de séparer ceux qui remplissaient ces critères de ceux qui ne les remplissaient pas était trop énorme pour que chefs politiques puissent s'en charger eux-mêmes. Des deux côtés de l'Atlantique, les gouvernements ont donc été contraints de rédiger des règlements détaillés pour interpréter la Convention et définir leur propre législation au sujet du statut de réfugié. De nombreux postes de fonctionnaires furent

créés à ce moment-là, qui furent occupés par des bureaucrates capables d'examiner les dossiers au cas par cas et de déterminer qui, parmi les réfugiés potentiels, remplissaient les critères de protection permanente. Ainsi, ce qui avait été pendant longtemps un droit discrétionnaire de certains souverains et, par la suite, un pouvoir discrétionnaire de quelques hauts fonctionnaires, se transforma désormais en de vastes programmes de sélection mis en place par les bureaucrates de l'État administratif moderne. Le fait que l'asile et le non-refoulement soient régulés par la loi mais administrés par des bureaucrates conduisit aussi inévitablement à un autre aspect de notre vie légale moderne : la multiplication des recours et, dans certains cas, des révisions de jugements.

Ce qui ne veut pas dire pour autant que la politique ne continua pas à jouer un rôle important dans l'octroi de l'asile. En fait, dans la décennie qui a suivi le passage du « Refugee Act », la politique des États-Unis en matière d'asile a été souvent critiquée et accusée d'être influencée par des choix politiques: ainsi, les citoyens du Salvador et du Guatemala obtenaient rarement l'asile, car l'administration reaganienne soutenait les gouvernements de ces deux pays, alors que les Nicaraguayens l'obtenaient fréquemment au contraire, puisque l'administration américaine était opposée au gouvernement marxiste sandiniste. Mais à partir des années quatre-vingt-dix, les États-Unis ont mis sur pied des équipes de fonctionnaires de l'asile bien formés et professionnels, qui étaient moins guidés par des critères politiques dans leur application de la loi.

Les États-Unis et les nations d'Europe furent bientôt confrontés à un problème supplémentaire, dans la mesure où ils se sont mis à essayer de réduire la charge que représentaient les réfugiés en les imposant à d'autres pays industrialisés et en s'assurant, disaient-ils, que « chaque pays prenait bien sa part de réfugiés ». Les États-Unis envoyèrent des inspecteurs de l'immigration dans les aéroports européens et formèrent le personnel des compagnies aériennes et les inspecteurs des aéroports européens à repérer les faux passeports et les faux visas. En installant dans certains cas – comme dans l'aéroport de Shannon, par exemple – des stands de l'immigration américaine dans les aéroports étrangers, ils reculèrent, en quelque sorte, les frontières de l'Amérique de l'autre côté de l'Atlantique. Le but des États-Unis n'était pas d'exclure les demandeurs d'asile en

particulier, mais ces efforts s'inscrivaient dans le cadre d'un programme plus large de prévention de l'immigration clandestine. Quoiqu'il en soit, le résultat fut que les réfugiés qui avaient pu fuir leur pays en fabriquant des faux papiers étaient désormais incapables de transiter par les aéroports européens pour rejoindre les États-Unis et qu'ils sont devenus du coup un problème pour l'Europe. Les États-Unis ont adopté en outre une politique de renvoi systématique de tous les Haïtiens arrêtés par les gardes-côtes en haute mer alors qu'ils tentaient d'atteindre les rives américaines. Les pays européens se sont mis de leur côté à limiter l'accueil des réfugiés et à sanctionner les compagnies d'aviation qui transportaient des individus ne possédant pas les papiers nécessaires, même si ceux-ci étaient des réfugiés potentiels.

Au même moment, les pays européens ont négocié une série d'accords entre eux, dont le plus récent est le « Règlement de Dublin », grâce auquel un Etat a le droit de détenir, puis de renvoyer un requérant d'asile dans le pays par lequel il a pénétré dans l'Union Européenne, afin que celui-ci tranche sur son cas. Ce qui a mis, bien sûr, une pression énorme sur certains pays comme Malte ou la Grèce, par lesquels les réfugiés du Sud pénètrent souvent sur le continent européen.

Aujourd'hui, aux États-Unis comme en Europe, l'asile implique l'examen de dizaines de milliers de demandes par année. Il est octroyé par des bureaucrates et des tribunaux dont les compétences se chevauchent parfois et exige l'application de procédures complexes et un important arsenal de lois qui sont en constante augmentation.

Aux États-Unis, 20 % des demandes d'asile sont faites par des personnes qui ont été arrêtées à la frontière ou lors de raids d'immigration, ou encore parce qu'ils ont enfreint la loi. S'ils ne résident pas légalement aux États-Unis, ces individus doivent se soumettre à une procédure de déportation dans une cour fédérale d'immigration, qui est en réalité une agence du Département de la Justice. Ils peuvent alors demander l'asile pour éviter la déportation. En appliquant les lois sur l'immigration, dont le *Refugee Act*, et en suivant les nombreux règlements d'application et les décisions du *Board of Immigration Appeals* (qui est la cour d'appel pour les questions d'immigration et une

agence qui dépend, elle aussi, du Département de la Justice) et des tribunaux fédéraux, le juge préposé à l'immigration peut exiger la déportation ou accorder l'asile.

Le 80 % restant des demandes d'asile sont initiées par les citoyens de pays étrangers eux-mêmes (processus affirmatif). Le demandeur d'asile doit être photographié, ses empreintes digitales sont prélevées et il doit fournir un grand nombre de documents – pas moins d'une centaine de pages, en général – pour prouver que ses craintes de persécution sont fondées et constituent un motif suffisant de la protection demandée. Il est ensuite interrogé par l'un des centaines de fonctionnaires du Département de *Homeland Security* qui s'occupent des questions d'asile. Si ce fonctionnaire établit que le requérant dit la vérité et qu'il remplit les critères d'admissibilité nécessaires, et qu'aucune loi en outre ne l'empêche d'obtenir la protection demandée², il peut recommander que l'asile soit octroyé. Le dossier est alors relu par un second fonctionnaire. Si celui-ci est d'accord à son tour, l'asile est octroyé et l'affaire est classée. En principe, le pouvoir d'octroyer l'asile est discrétionnaire – comme au temps où les rois pouvaient accorder ou refuser l'asile à tout étranger qui le demandait. En pratique, toutefois, l'asile est pratiquement toujours offert dès qu'on considère qu'un individu est éligible.

Si l'asile est refusé, un requérant qui n'a pas le droit de rester légalement aux États-Unis est soumis à une procédure de déportation dans un tribunal d'immigration. Des centaines de juges fédéraux de l'immigration doivent se prononcer sur ce type de demandes dans toutes les villes du pays, mais certains tribunaux ont un tel retard dans le traitement des demandes que les requérants doivent parfois attendre plus d'une année pour être entendus. Le tribunal offre au requérant d'asile une seconde chance de prouver son admissibilité. S'il échoue, il est renvoyé dans le pays dans lequel il a affirmé avoir peur d'être emprisonné, torturé ou tué.

A quelques exceptions près, on n'accorde pas d'aide sociale particulière aux requérants d'asile. Ils ne sont pas autorisés à travailler et les États-Unis ne possèdent pas

² Il existe plusieurs types d'empêchements légaux, comme celui d'avoir été condamné pour des crimes sérieux, d'avoir persécuté d'autres individus ou fourni du matériel à des organisations terroristes, ou de s'être déjà établi dans un autre pays.

de camps où les loger. Ils doivent donc survivre grâce à la charité d'amis ou de membres de leur famille, vivre dans la rue comme des sans-abri pendant des mois, voire des années, ou encore travailler illégalement jusqu'à ce qu'on tranche sur leur cas et qu'on leur accorde l'asile. S'ils ont gain de cause, ils sont alors éligibles pour huit mois d'aide sociale et obtiennent l'autorisation de travailler.

Environ 40 % des requérants de ce type (affirmatif) reçoivent l'asile des officiers de la ville et parmi les 60 % qui sont forcés de se tourner vers un tribunal de l'immigration, 40 à 50 % d'entre eux ont finalement gain de cause. Autrement dit, environ deux tiers des individus qui en font la demande, soit environ 25 000 personnes chaque année, obtiennent l'asile de cette manière.

Outre le système d'asile, les États-Unis relocalisent entre 50 et 70 000 réfugiés chaque année dans des camps de réfugiés ou dans des régions urbaines d'Afrique et d'Asie, aux frais du gouvernement américain. En principe, ces réfugiés sont soumis aux mêmes exigences que ceux qui reçoivent l'asile: ils doivent avoir des craintes fondées de persécution, selon au moins l'un des cinq critères de la Convention. Dans la pratique toutefois, le gouvernement n'enquête pas sur chaque individu; il accepte l'admissibilité du groupe au statut de réfugié selon les critères établis par les Nations Unies et essaie simplement de déterminer si les personnes en question appartiennent ou non au groupe protégé.

Les pays européens ont des systèmes bureaucratiques et des critères assez semblables en matière d'asile, même s'il existe des variations considérables dans la manière dont les requérants sont traités lorsqu'ils attendent une réponse et dans la rigueur du processus de sélection. Dans certains pays, les requérants sont internés en attendant qu'on tranche sur leur cas, alors que dans d'autres pays, on leur offre une aide au logement et une aide sociale temporaire. Dans la plupart des pays d'Europe, le processus d'octroi de l'asile est plus sommaire qu'aux États-Unis et implique moins de procédures qui assurent leur protection.

Le taux de succès chez les requérants d'asile en Europe varie considérablement de pays à pays, selon la réticence plus ou moins grande à l'asile dans l'opinion publique (qui est en augmentation dans toute l'Europe) et selon le pays d'origine des requérants. Ainsi, Malte accorde l'asile à environ deux tiers des requérants, un taux comparable à celui des États-Unis ou du Canada. Mais la plupart des pays européens accordent l'asile à une proportion bien moindre de requérants: les chiffres les plus récents sont de l'ordre de 14 % pour la France, 8 % pour l'Espagne, 4 % pour l'Irlande, et seulement 1 % pour la Grèce.³

Les États-Unis et certains pays d'Europe se sont mis à limiter les droits procéduraux des réfugiés depuis une quinzaine d'années, ce qui a provoqué certaines controverses. Ainsi, en 1998, les Américains ont commencé à rejeter la plupart des demandes d'asile venant de requérants qui avaient déposé leurs dossiers plus d'un an après être arrivés aux États-Unis. Depuis les années quatre-vingt-dix, la France applique une procédure d'octroi plus sommaire aux réfugiés venant d'une liste de pays apparemment assez sûrs, même si certains groupes particuliers peuvent être à risque dans ces pays. Cette procédure prioritaire s'applique à environ un cinquième des requérants d'asile en France. Les critiques du système d'asile européen affirment aussi que le transfert des requérants de pays à pays en respect du Règlement de Dublin a pour conséquence que certains cas sont sans cesse renvoyés dans le temps et qu'on ne tranche jamais sur d'autres.

Qui plus est, les États-Unis et l'Europe offrent une protection moindre à certains individus qui ont été forcés de fuir leur patrie pour des raisons autres que la peur de la persécution et qui ne sont donc pas que techniquement des réfugiés. Les États-Unis accordent souvent ce qu'ils appellent « un statut de protection temporaire » à des citoyens étrangers qui sont déjà aux États-Unis parce que des désastres naturels ou des guerres

³ Eurostat news release, EU Member States granted protection to 78,800 asylum seekers in 2009 (18 June, 2010), http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-18062010-AP/EN/3-18062010-AP-EN.PDF

civiles ont provoqué des conditions catastrophiques dans leur pays d'origine ; mais cette protection s'achève lorsque les conditions de vie redeviennent normales. Les pays européens offrent de leur côté ce qu'ils appellent « une protection subsidiaire » à tous ceux qui ont fui des violences généralisées, comme les guerres civiles, par exemple. Les droits de ceux qui reçoivent une telle protection varient de pays à pays. Ils incluent généralement l'obtention de nourriture, de vêtements et d'un abri, mais plus rarement un accès au marché du travail, qui est accordé uniquement aux réfugiés de convention. L'Europe accorde une protection subsidiaire à quasiment autant de personnes qu'il accorde l'asile. La procédure est individuelle, comme pour l'asile, mais dans certaines situations urgentes, les gouvernements européens peuvent aussi accorder une protection temporaire à un groupe entier.

On le voit donc, dans un continent comme dans l'autre, la protection des personnes qui ont été obligées de fuir leur pays d'origine est devenue une affaire à grande échelle. De chaque côté de l'Atlantique, des dizaines de milliers de cas doivent être traités chaque année, qui requièrent le travail de centaines de fonctionnaires qui appliquent certains critères légaux bien définis. De temps à autre, un cas célèbre ou un ensemble de cas se transforme en une question politique qui est débattue dans la presse populaire, et la question de l'asile se retrouve au centre de l'attention nationale. Mais la plupart du temps, l'asile est une procédure légale très routinière de l'État administratif moderne.