



HAL
open science

Refouler les étrangers, hier et aujourd'hui

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Refouler les étrangers, hier et aujourd'hui. Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux, Pédone, pp. 841-855, 2017, 978-2-233-00849-7. hal-01800667

HAL Id: hal-01800667

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01800667>

Submitted on 10 Nov 2018

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.

Refouler les réfugiés, hier et aujourd'hui

Danièle Lochak

Professeure émérite de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense

in *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pédone, pp. 841-855

Les États européens, obsédés par le « risque migratoire », mettent depuis de longues années toute leur énergie à tenir à distance les flux de migrants, demandeurs d'asile inclus, et à leur interdire l'accès à leur territoire. Cette tendance a été poussée à son paroxysme au moment de la « crise migratoire » de 2015, face à l'afflux de réfugiés venus de Syrie, d'Irak, d'Afghanistan ou d'Erythrée. Au point que plusieurs observateurs n'ont pu s'empêcher de faire le parallèle avec l'attitude qui fut celle des États, dans les années précédant la Seconde Guerre mondiale, à l'égard des Juifs fuyant le nazisme¹.

Ce parallèle non seulement n'a rien de scabreux, mais il s'impose. Il n'a rien de scabreux car si les Juifs, à l'époque, sont persécutés, spoliés, humiliés, pourchassés, physiquement agressés, personne ne peut alors anticiper la « solution finale ». Il s'impose, tant les analogies sautent aux yeux : la fermeture de plus en plus hermétique des frontières à mesure que la persécution s'aggrave et que les flux d'exilés augmentent ; des réfugiés contraints à embarquer clandestinement sur des bateaux de fortune avec l'espoir, souvent déçu, qu'on les laissera débarquer quelque part ; l'invocation de la situation économique et de l'état de l'opinion en guise de justification ; le fantasme, hier, de la cinquième colonne – agitateurs communistes, espions nazis –, aujourd'hui de la menace terroriste ; et finalement une diplomatie qui n'hésite pas à pactiser avec les pires dictatures, hier pour tenter de sauver la paix (on sait ce qu'il en est advenu), aujourd'hui pour tenter d'endiguer les flux de réfugiés.

Si l'évocation du passé résonne étrangement au point d'avoir le sentiment que l'histoire bégaie, on peut malgré tout s'en étonner. Car entre les années trente et aujourd'hui une mutation fondamentale s'est produite, avec la décision de placer les droits de l'homme en général et le droit d'asile en particulier sous la protection de la communauté internationale ; et si les États étaient libres, hier, d'agir à leur guise, ils sont aujourd'hui théoriquement tenus par les obligations qu'ils ont souscrites. C'est à l'explication de cette anomalie apparente que nous voudrions nous attacher ici.

I. Préoccupations humanitaires et Realpolitik

La figure dominante du réfugié, au début du XX^e siècle, n'a plus rien à voir avec celle de l'étranger « banni de sa patrie pour la cause de la liberté », selon la formule de la Constitution montagnarde. Ce ne sont plus quelques centaines d'individus, exilés ou proscrits en raison de leurs convictions ou leurs opinions², auxquels les gouvernements décident d'accorder ou non l'asile en fonction de considérations politiques et diplomatiques. Ce sont désormais des centaines de milliers, des millions de personnes qui fuient les guerres civiles, les dictatures,

* Professeure émérite de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense.

¹ Voir par exemple Guy Sorman, « Le sort des réfugiés d'aujourd'hui me rappelle mon père fuyant le nazisme », *Le Monde*, 3 septembre 2015.

² Voir Sylvie Aprile et Delphine Diaz, « L'Europe et ses réfugiés politiques au XIX^e siècle », *La Vie des idées*, 15 mars 2016 : <http://www.laviedesidees.fr/L-Europe-et-ses-refugies-politiques-au-XIXe-siecle.html>

les persécutions. Le changement est radical : d'abord parce que ces réfugiés, comme l'a relevé Hannah Arendt dans un passage célèbre de *L'impérialisme*³, sont persécutés « non plus seulement, ni même principalement, à cause de ce qu'ils [ont] fait ou pensé, mais parce qu'ils [sont] nés pour toujours dans la mauvaise catégorie de race ou de classe » ; ensuite, parce qu'ils fuient en masse, de sorte que la pratique traditionnelle de l'asile offert à titre exceptionnel et individuellement n'est plus adaptée ; enfin, parce que le phénomène se produit au moment même où les États édictent des restrictions de plus en plus sévères pour l'accès et le séjour sur leur territoire.

A. Des arrangements sans obligation ni sanction

Au lendemain de la Première Guerre mondiale, la communauté internationale, soucieuse des risques de déstabilisation engendrés par ces masses de réfugiés, se saisit du problème. Même si les États s'attachent à mettre en avant le caractère humanitaire de leur action en gommant les aspects politiques de la question des réfugiés⁴, les instruments élaborés au niveau international témoignent de ce que les intérêts étatiques restent ici prédominants.

En 1922, la SDN confie au Norvégien Fridtjof Nansen, avec le titre de « haut-commissaire de la SDN pour les réfugiés », la mission de coordonner les actions d'aide matérielle et de réinsertion des réfugiés russes et arméniens. Son initiative la plus célèbre est la création d'un document d'identification et de voyage, le fameux « passeport Nansen », qui confère aux individus qui ne sont plus reconnus ni protégés par leur pays d'origine un minimum d'existence juridique, les rendant moins vulnérables à l'arbitraire des gouvernements. La mesure, qui concerne initialement les seuls réfugiés russes, est entérinée par un arrangement du 5 juillet 1922 et approuvée par plus de cinquante États. Elle est étendue aux Arméniens par un arrangement du 31 mai 1924, adopté par une résolution du Conseil et signé par 38 États. Si ces textes sont salués comme « une importante étape dans la voie d'une réglementation internationale du statut juridique des réfugiés [et de] la protection des individus en dehors de leur État d'origine »⁵, leur portée est en réalité très limitée, tant au regard de leur champ d'application que de la faiblesse des garanties qu'ils confèrent et de leur absence de caractère obligatoire. Ils sont complétés par l'arrangement du 12 mai 1926, signé par les représentants de 22 États, qui vise à faciliter le déplacement des réfugiés par l'apposition sur les certificats d'identité d'un visa de retour permettant de revenir dans le pays qui l'a délivré. L'arrangement du 30 juin 1928 relatif au statut des réfugiés russes et arméniens précise la portée de la protection qu'il est recommandé de leur accorder, notamment en matière de séjour, de travail et de non refoulement⁶, et ce régime est parallèlement étendu aux réfugiés assyriens, assyro-chaldéens et turcs.

Mais ces arrangements sont de simples recommandations : la résolution de l'Assemblée de la SDN du 25 septembre 1928 dit très clairement qu'il faut « laisser aux gouvernements respectifs la liberté de décider si, et dans quelle mesure, ils veulent donner force de loi aux recommandations adoptées »⁷. Leur portée concrète est donc subordonnée à la bonne volonté des signataires. La Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés, qui reprend les principales dispositions des arrangements précédents, en particulier

³ Hannah Arendt, *L'impérialisme*, Fayard, 1982, pp. 277-278 ; rééd. Gallimard, Quarto, 2002, p. 596.

⁴ Dzovinar Kevonian, *Réfugiés et diplomatie humanitaire. Les acteurs européens et la scène proche-orientale pendant l'entre-deux guerres*, Publications de la Sorbonne, 2004.

⁵ Egidio Reale, « Le problème des passeports », *RCADI*, Vol. 50, 1934, p. 145.

⁶ Il préconise notamment que les expulsions soient évitées ou suspendues à l'égard des réfugiés lorsque celui qui en est frappé est dans l'impossibilité d'entrer légalement dans un pays voisin.

⁷ Voir Egidio Reale, « Le droit d'asile », *RCADI*, Vol. 63, 1938, p. 469-601, spéc. p. 567.

celles qui portent sur l'expulsion et le refoulement des réfugiés⁸, est censée leur donner un caractère plus contraignant ; mais elle n'est ratifiée que par huit pays⁹, souvent avec des réserves. Elle n'aura donc guère plus d'effectivité que l'arrangement de 1928. Compte tenu de l'aggravation de la situation économique après la crise de 1929, les États cherchent à se débarrasser des réfugiés, considérés comme un fardeau, n'hésitant pas à les refouler ou les expulser. Et cette attitude reste la même lorsque viennent frapper à leurs portes les victimes de la persécution nazie, d'autant qu'aux considérations économiques s'ajoutent, à l'approche de la guerre, des considérations de police et de sécurité.

B. Le sort des réfugiés juifs

C'est dans ce contexte, en effet, que surgit la question des réfugiés provenant d'Allemagne, puis d'Autriche, pour lesquels on crée, une fois encore, un dispositif spécifique – avec toujours le souci de ne pas encourager l'arrivée en masse de nouveaux réfugiés. Un « arrangement provisoire intergouvernemental concernant le statut des réfugiés venant d'Allemagne » est signé le 4 juillet 1936, dont les dispositions sont reprises dans la Convention du 10 février 1938. Les États s'engagent à délivrer aux réfugiés un titre de voyage ou un document tenant lieu de passeport ; lorsqu'ils les ont autorisés à séjourner, ils ne peuvent les expulser ou les refouler qu'en cas de risque pour la sécurité nationale ou l'ordre public, et en aucun cas vers l'Allemagne... sauf « s'ils ont de mauvaise foi refusé de prendre les dispositions nécessaires pour se rendre dans un autre territoire ». Mais la Convention n'est signée que par sept pays : la Belgique, la Grande-Bretagne, le Danemark, l'Espagne, la France, la Norvège et les Pays-Bas et elle n'aura guère le temps, de toutes façons, de produire des effets avant le déclenchement de la guerre.

Les États – qui ont juridiquement toute latitude pour agir à leur guise – n'ont aucun scrupule à fermer leurs frontières. Les États-Unis s'en tiennent à la politique adoptée depuis l'*Immigration Act* de 1924 et à un quota annuel de 27 370 immigrants pour l'Allemagne et l'Autriche. Après l'Anschluss, le ministre de l'intérieur britannique, s'adressant à la Chambre des Communes, affirme que le pays maintient sa tradition d'asile, mais qu'il faut « éviter de donner l'impression que la porte est ouverte aux immigrants de toutes sortes. Car alors de prétendus émigrants se présenteraient dans les ports en si grand nombre qu'il serait impossible de les admettre tous ; les services d'immigration auraient de grandes difficultés à décider qui devrait être admis et d'inutiles épreuves seraient imposées à ceux qui effectueraient un infructueux périple à travers l'Europe »¹⁰. Pour les Britanniques, à vrai dire, la question centrale est celle de la Palestine : depuis l'arrivée de Hitler au pouvoir, l'immigration est passée de 9 500 personnes par an à 30 000 en 1933 et à près de 62 000 en 1935. Alors que ce territoire apparaît comme le seul lieu de refuge potentiel pour les Juifs, la Grande-Bretagne, confrontée à l'hostilité des Arabes, remet en question son engagement en faveur de l'établissement d'un Foyer national juif : le Livre blanc du printemps 1939 limite le quota annuel d'immigrants à 10 000 personnes par an pour les cinq années suivantes. Des navires de la Royal Navy patrouillent pour empêcher les réfugiés d'accoster. S'ils n'ont pas de certificat, ils sont refoulés ou bien internés à Chypre, sur l'île Maurice ou en Palestine même.

⁸ Les États s'engagent à ne pas éloigner par expulsion ou refoulement les réfugiés, sauf raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, et dans tous les cas à ne pas les refouler sur les frontières de leur pays d'origine et de suspendre les mesures aussi longtemps qu'ils n'auront pas reçu les autorisations et visas nécessaires leur permettant de se rendre dans un autre pays.

⁹ Belgique, Grande-Bretagne, Bulgarie, Danemark, France, Italie, Norvège et Tchécoslovaquie.

¹⁰ Cité par Michael R. Marrus, *Les exclus. Les réfugiés européens au XXe siècle*, Calmann-Lévy, 1986, p. 169.

En France, en 1933, les premiers réfugiés passent facilement la frontière. Mais très vite les pouvoirs publics s'inquiètent de cet afflux des exilés et, dès la fin de l'année, l'attitude change : nombre de candidats à l'entrée sont refoulés et ceux qui, ayant réussi à entrer, ne sont pas en règle sont expulsés. L'arrivée au pouvoir du Front populaire marque une accalmie temporaire, mais la situation des réfugiés, considérés comme une menace pour la sécurité, voire la porte d'entrée pour les espions et les agitateurs, se dégrade à nouveau sous le gouvernement Daladier. En aucun cas, dit le ministre de l'intérieur de l'époque, « la France ne saurait consentir à ouvrir ses frontières inconditionnellement et sans limitation à des individus par le fait seul qu'ils se prévaudraient de leur qualité de réfugiés. En effet l'état de saturation auquel nous sommes arrivés en matière d'immigration étrangère ne nous permet plus d'adopter une politique aussi libérale »¹¹.

La Suisse entrouvre sa porte aux réfugiés allemands en 1933 – mais seuls peuvent se revendiquer de cette qualité ceux qui sont menacés pour leurs activités politiques¹². Les Juifs, eux, sont considérés comme de simples étrangers, considérés comme en transit et se voient reconnaître au mieux un droit de résidence temporaire, sans possibilité de travailler. En août 1938, après l'Anschluss, le gouvernement décide la fermeture des frontières à tous ceux qui ne sont pas formellement habilités à entrer et l'expulsion de ceux qui sont en situation irrégulière. Pour faciliter le travail des autorités suisses amenées à faire le tri parmi les ressortissants du Reich, une négociation s'engage avec les autorités nazies pour que soit apposé un cachet spécial sur les passeports des Juifs – un grand J rouge de trois cm de hauteur – qui permet de repérer ceux qui doivent demander une autorisation spéciale pour entrer dans le pays¹³.

Il n'est guère étonnant, dans ces conditions, que la conférence d'Evian, convoquée à l'initiative de Roosevelt en juillet 1938 pour chercher des solutions concrètes au problème des réfugiés juifs allemands et autrichiens, se solde par un échec¹⁴. Les représentants des trente-deux États présents, tout en affirmant leur implication dans le règlement de la question des réfugiés, se retranchent derrière des considérations économiques et politiques pour justifier la fermeture de leurs pays à l'immigration et le refus d'accueillir des réfugiés juifs.

Les pays d'Europe occidentale se disent tous « saturés » : la Grande Bretagne, la France, la Belgique, le Danemark, la Suède, la Suisse se déclarent les uns après les autres dans l'incapacité d'accueillir des réfugiés et n'envisagent d'accorder que des visas de transit.

Le représentant de l'Australie déclare sans complexe que : « n'ayant aucun réel problème racial en Australie nous ne sommes pas désireux d'en importer en encourageant une large immigration étrangère ». Et le délégué canadien, interrogé sur le nombre de réfugiés que son gouvernement pourrait envisager d'accueillir, répond : « un seul serait déjà trop ».

Même les pays d'Amérique du Sud, terres traditionnelles d'immigration, font part de leurs réserves : les uns invoquent la crise économique, les autres craignent de déplaire à l'Allemagne à laquelle les lient des accords commerciaux. La Colombie dit pouvoir accepter

¹¹ Cité par Vicki Caron, *L'asile incertain, les réfugiés juifs en France 1933-1942*, Tallandier, 2008, p. 25.

¹² Selon une directive du Département fédéral de justice et police, « seuls les "hauts fonctionnaires, les dirigeants des partis de gauche et les écrivains célèbres" devaient être considérés comme tels : 644 personnes se sont vu reconnaître l'asile politique par la Suisse entre 1933 et 1945.

¹³ On peut se reporter au remarquable travail de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale, qui a débouché sur la rédaction d'un rapport consacré à « La Suisse et les réfugiés à l'époque du national-socialisme » (1999) et d'un rapport général sur « La Suisse, le national-socialisme et la Seconde Guerre mondiale » (2002). Ils sont téléchargeables ici : <https://www.uek.ch/fr/index.htm>.

¹⁴ Sur la conférence d'Evian, on peut consulter : Catherine Nicault, « L'abandon des Juifs avant la Shoah : la France et la conférence d'Évian » in *Les cahiers de la Shoah* n° 1, 1994 ou la notice figurant sur le site <http://jewishtraces.org/conference-d-evian/>.

des travailleurs agricoles, l'Uruguay également, à condition qu'ils possèdent quelques ressources. Seule la République dominicaine de Trujillo offre d'accueillir 100 000 réfugiés juifs autrichiens et allemands, pour des raisons qui ont peu à voir avec la compassion humanitaire : c'est une occasion de « blanchir » une population jugée trop noire ; et cette offre généreuse vise aussi à redresser l'image d'un pays ternie par le massacre, en octobre 1937, à l'instigation des autorités, de milliers de Haïtiens travaillant dans les plantations.

La conférence d'Evian se conclut donc sur un constat d'impuissance de la communauté internationale. Ce qui permet au journal allemand *Reichswart* d'ironiser : « Juifs à céder à bas prix – Qui en veut ? Personne ! ».

Visas refusés, frontières closes : les réfugiés sont acculés, en désespoir de cause, à prendre la mer, le plus souvent clandestinement. À la veille de la guerre, des dizaines, des centaines de bateaux, parfois des paquebots de ligne, souvent des bâtiments de fortune ou de contrebande qui ont pris leurs passagers en charge frauduleusement, errent sur les océans à la recherche d'un port où ils seront autorisés à débarquer : à Alexandrie, à Shanghai, au Panama, à Cuba...¹⁵ Même ceux qui ont des papiers d'immigration en règle ne sont pas assurés de pouvoir débarquer, comme le montre l'histoire cruelle du *Saint-Louis*. Ce paquebot transatlantique quitte Hambourg le 13 mai 1939 en direction de la Havane. Ses 937 passagers, presque tous des Juifs fuyant le Troisième Reich, sont en possession de certificats de débarquement émis par le directeur général de l'Immigration de Cuba. Mais, dans l'intervalle, le président cubain a invalidé ces certificats. On interdit donc aux passagers de débarquer. La demande qu'ils adressent au président des États-Unis, lorsqu'ils passent près des côtes de Floride, afin qu'il leur accorde l'asile, ne reçoit pas de réponse. Le 6 juin 1939, le *Saint Louis* repart vers l'Europe. *In extremis*, avant que le bateau ne soit contraint de revenir en Allemagne, le *Jewish Joint Committee* réussit à négocier avec les gouvernements européens une répartition des passagers entre la Grande-Bretagne, France, la Belgique et les Pays-Bas. Temporairement sauvés, une majorité d'entre eux connaîtra le sort réservé aux Juifs dans les pays occupés par l'Allemagne.

II. La Convention de Genève : un universalisme de façade

L'approche qui prévaut dans l'entre-deux guerres dans le traitement de la question des réfugiés est collective, sectorielle et ponctuelle. Collective et sectorielle parce qu'on raisonne en termes de groupes de population : l'appartenance à l'un de ces groupes est une condition nécessaire et suffisante pour être reconnu comme réfugié ; ponctuelle, car on tente de résoudre les problèmes au coup par coup, jamais globalement. Cette approche a pour avantage de limiter l'engagement des États à des catégories de personnes définies par avance sans les exposer à devoir accorder des avantages à un nombre potentiellement illimité de réfugiés – un enjeu qui va se révéler crucial au moment de l'élaboration de la Convention de Genève.

A. Les enjeux de la définition du réfugié

La méthode de définition du réfugié est en effet un des points qui va être le plus âprement discuté¹⁶, laissant clairement apparaître les enjeux politiques et diplomatiques sous-jacents

¹⁵ Diane Afoumado, *Exil impossible. L'errance des juifs du Paquebot Saint Louis*, L'Harmattan. Sur le voyage du Saint-Louis on peut aussi consulter l'encyclopédie multimédia de la Shoah, en ligne : <http://memorial-wlc.recette.lbn.fr/fr/>.

¹⁶ Les travaux préparatoires sont consultables en ligne sur le site du HCR. On trouve une synthèse de ces débats dans Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p. 74-78.

aux conceptualisations juridiques¹⁷. Certains défendent le projet ambitieux d'un instrument de protection internationale des réfugiés véritablement universel applicable sans considération de temps ni de lieu à toute personne fuyant les persécutions ; mais ils se heurtent à l'opposition des États qui redoutent de contracter des obligations à l'égard de futurs réfugiés dont ils ne connaîtraient à l'avance ni le nombre ni l'origine. Si la Convention opte finalement pour une définition générale et synthétique, c'est avec beaucoup de garde-fous qui limitent fortement son universalisme apparent.

En définissant le réfugié comme toute personne « qui, par suite d'événements survenus [en Europe] 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 veut se réclamer de la protection de ce pays », la Convention introduit un changement radical dans le mode d'appréhension du réfugié : on passe de la conception collective et sectorielle décrite plus haut à une conception individualiste et universaliste, en phase avec la promotion des droits de l'homme au plan international dont elle est contemporaine. Individualiste en ce qu'elle met au premier plan la crainte personnelle de persécutions – même si les motifs de persécution pris en compte témoignent de ce que l'appartenance à un groupe reste présente. Universaliste car elle s'applique potentiellement à tout réfugié, présent ou futur. La contrepartie de ce dispositif est que l'éligibilité au statut suppose un système de détermination au cas par cas que la Convention laisse à la compétence des États. La combinaison d'un élément subjectif (« qui craint ») et d'un élément objectif (« avec raison ») pose la question – qui se révélera épineuse – de la preuve, d'autant qu'il ne suffit pas d'appartenir à un groupe dont les membres sont habituellement persécutés pour être reconnu réfugié, il faut encore établir qu'on risque soi-même de l'être.

Mais surtout, le caractère universel de la définition du réfugié est compensé par une double limitation dans le temps et – de façon optionnelle – dans l'espace : les événements qui sont à l'origine des craintes de persécutions doivent s'être produits avant 1951 et en Europe : faute d'accord sur ce dernier point, les négociateurs ont toutefois laissé aux États le choix de limiter ou non à l'Europe l'étendue de leurs obligations. La référence aux « événements survenus en Europe avant le 1^{er} janvier 1951 » désigne, d'une manière à peine voilée, les réfugiés des pays de l'Est : car la Convention de Genève, il ne faut pas l'oublier, est adoptée dans le contexte de la guerre froide. La définition du réfugié prend donc en compte l'état de la division du monde, confirmant ainsi que le problème des réfugiés n'est jamais traité *in abstracto* : sur ce point encore l'universalisme apparaît comme un leurre.

Le Protocole de New-York, en 1967, permet de lever les restrictions géographiques et temporelles au champ d'application de la Convention de Genève ; mais si la définition du réfugié devient ainsi véritablement universelle sur le papier, la suite des événements va vite montrer le caractère purement formel de cette universalité.

B. La « crise » du droit d'asile

Car si, en Europe, le nombre des réfugiés a fortement diminué entre 1951 et le milieu des années soixante, il n'en va pas de même dans le reste du monde où une série d'événements engendrent de nouveaux flux de réfugiés : les suites de la décolonisation puis, plus tard, l'établissement d'un régime communiste au Vietnam, l'installation de dictatures en Amérique latine, les guerres civiles dans la Corne de l'Afrique, l'invasion de l'Afghanistan par l'Union soviétique en 1979, l'exacerbation des conflits ethniques au Sri Lanka ou en Turquie,

¹⁷ Danièle Lochak, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, n° 144.

l'établissement d'un régime islamique en Iran... Confrontés à ce phénomène, les pays occidentaux n'auront de cesse que de trouver les moyens d'endiguer ces flux issus désormais en majorité des régions déshéritées de la planète et de s'affranchir des obligations de la Convention de Genève.

Dans les années 1990, on va ainsi, pour la première fois depuis la fin de la guerre, évoquer la « crise » du droit d'asile. Mais l'expression est ambiguë, car elle peut s'entendre dans deux sens opposés. Aux yeux des gouvernements il y a crise parce que la croissance très forte de la demande d'asile¹⁸ a provoqué l'engorgement des mécanismes destinés à l'examen individuel des demandes – une croissance qui va de pair, font-ils valoir, avec une « baisse de la qualité de la demande » (*sic*) : dans leur grande majorité, les personnes qui affluent vers l'Europe ne seraient pas de « vrais » réfugiés, mais des migrants économiques cherchant à tourner les dispositions restrictives sur l'immigration de main d'œuvre en utilisant de façon abusive la protection de la Convention de Genève. À l'inverse, pour les défenseurs du droit d'asile la « crise » réside dans la réaction des États occidentaux qui aboutit à restreindre considérablement la portée de ce droit jusqu'à le priver de toute effectivité.

Plusieurs facteurs expliquent cette réaction, qui montre bien les limites de l'ambition d'universalité contenue dans la Convention de Genève :

– l'origine des demandeurs d'asile a changé. Dans leur écrasante majorité – si l'on met à part le cas des réfugiés d'ex-Yougoslavie –, ils ne sont pas européens, et la différence ethnique et culturelle accroît la réticence à les accueillir. Ils viennent de pays pauvres dans lesquels l'oppression politique et le dénuement économique conjuguent leurs effets, ce qui renforce encore la suspicion sur les motifs de leur départ ;

– les pays européens ont opté, depuis le milieu des années 1970, pour une politique dite de « maîtrise des flux migratoires », de sorte que toute arrivée d'étrangers susceptibles de s'engager sur le marché du travail est considérée avec méfiance ;

– enfin, la fin de l'affrontement est-ouest a fait disparaître les raisons idéologiques et les enjeux politiques qui avaient poussé, dans les années cinquante, à accueillir les réfugiés d'Europe de l'Est puis, dans les années soixante-dix, la première vague de *boat people* indochinois.

Par conséquent, s'il y a bien une crise du droit d'asile, c'est parce que les États utilisent toutes sortes de stratégies pour contourner les obligations de la Convention de Genève au risque de ne plus en laisser subsister qu'une coquille vide.

III. Les stratégies de contournement de la Convention de Genève

On n'imagine guère, aujourd'hui, un responsable politique d'un État démocratique s'exprimer dans les termes où le faisait, en 1933, le ministre de l'intérieur britannique : « nous n'admettons pas qu'il puisse y avoir un droit d'asile, et lorsque nous devons décider s'il convient d'accueillir chez nous tel ou tel réfugié politique, nous devons nous demander si c'est l'intérêt de notre pays »¹⁹. En faisant prévaloir la *Realpolitik* sur les considérations humanitaires, il n'enfreignait pourtant à l'époque aucune norme du droit international puisque, comme on l'a rappelé plus haut, les « arrangements » n'avaient pas de portée contraignante. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Hésitant à violer de front les obligations

¹⁸ Alors que 30.000 réfugiés en moyenne gagnaient chaque année l'Europe occidentale, le nombre des demandeurs d'asile est passé à 300.000 environ à la fin des années 1980 et a atteint près de 700.000 en 1992, au plus fort des événements d'ex-Yougoslavie.

¹⁹ Cité par Michael Marrus, *op. cit.*, p. 150.

résultant de la Convention de Genève, les États cherchent donc à s'en affranchir subrepticement.

Pour comprendre comment les États ont réussi le tour de force de se soustraire à ces obligations en faisant mine de les respecter, il faut rappeler que, même lorsqu'est en cause le droit d'asile, la souveraineté étatique reste première. La Déclaration universelle de 1948 proclame certes que « devant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays », mais elle ne prévoit pas d'obligation corrélative pour les États de lui accorder cet asile. La Convention de Genève elle-même n'oblige pas les États à accueillir les réfugiés sur leur territoire et se borne à énoncer un principe de non-refoulement. Ce principe fait obstacle à ce qu'un réfugié soit renvoyé vers son pays d'origine, mais aussi vers tout autre pays où il pourrait être victime de persécution ou d'où il pourrait être à nouveau refoulé vers le pays de persécution. Bien qu'on ait tendance à l'oublier aujourd'hui, le demandeur d'asile doit bénéficier de cette protection même s'il n'a pas encore été reconnu réfugié. En effet, le caractère reconnaissant de la qualité de réfugié impose que le demandeur soit considéré comme réfugié aussi longtemps que sa demande n'a pas été examinée et, le cas échéant, rejetée. Renvoyer un demandeur d'asile, de surcroît, c'est le priver du droit de solliciter et d'obtenir la protection prévue par la Convention de Genève. Par conséquent, le minimum qu'exige la Convention de Genève, c'est que la personne qui se présente à la frontière et demande protection voie sa demande examinée et ne soit pas refoulée avant que cet examen ait eu lieu.

On comprend, dans ces conditions, l'énergie dépensée par les États pour stopper les flux de réfugiés en amont de leurs frontières et la multiplication des procédures expéditives permettant le renvoi d'un demandeur d'asile après un examen superficiel de sa demande. La réponse des États européens, fruit au départ d'initiatives nationales, a obéi à cet égard à un même modèle, aujourd'hui entériné et officialisé par le Régime d'asile européen commun (RAEC)²⁰.

La stratégie de contournement de la Convention de Genève, qui met à mal l'obligation de non refoulement, comporte plusieurs volets : une pratique restrictive de reconnaissance du statut, la multiplication des obstacles visant à empêcher l'arrivée des réfugiés aux frontières de l'Europe, la délocalisation de la protection et finalement – en tant qu'élément et condition d'efficacité de cette stratégie – l'externalisation de la politique d'asile.

A. Une reconnaissance du statut au compte-gouttes

La floraison dans les directives européennes de notions comme celles de « demande manifestement infondée », « pays de premier asile », « pays tiers sûr », « pays d'origine sûr », témoigne de ce que le RAEC poursuit un objectif d'endiguement et de dissuasion plus que de protection : la « demande manifestement infondée », considérée *a priori* comme ne relevant pas de la Convention de Genève, est soumise au mieux à un examen sommaire suivi de

²⁰ Depuis que la politique d'immigration et d'asile est entrée dans le champ de compétences de l'Union, une série de règlements et de directives ont été adoptées, entre 2001 et 2005, en vue d'harmoniser les politiques des États puis, de façon plus ambitieuse, à partir de 2011, en vue de mettre en place un « régime d'asile européen commun » ou RAEC. Il s'agit du Règlement Dublin – Dublin 3 aujourd'hui – sur la détermination de l'État responsable d'une demande d'asile et du Règlement « Eurodac » qui complète le précédent en établissant un système informatisé permettant la comparaison des empreintes digitales dans le but de déterminer l'État membre par lequel le demandeur a pénétré en Europe ; de la Directive du 13 décembre 2011, dite « qualification », qui définit les conditions pour bénéficier d'une protection internationale ; des deux Directives du 26 juin 2013 dites respectivement « accueil », qui établit des normes d'accueil des personnes demandant la protection internationale, et « procédures », qui établit des normes communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

l'éloignement immédiat du demandeur ; les autres notions justifient le rejet d'une demande au motif que l'intéressé aurait pu demander l'asile ailleurs qu'en Europe ou que les risques qu'il invoque sont *a priori* suspectés de n'être pas réels.

On observe par ailleurs, de façon il est vrai très variable d'un État à l'autre, une application restrictive des critères de reconnaissance de la qualité de réfugié, notamment par le biais d'exigences de preuves telles que, si on les avait imposées aux réfugiés d'Europe de l'Est dans les années 1950, bien peu d'entre eux auraient obtenu l'asile. On a ainsi assisté à une chute considérable du taux de reconnaissance de la qualité de réfugié : il était encore en France, dans les années soixante-dix, aux environs de 90 % ; il a baissé progressivement jusqu'à atteindre en moyenne 15 %, avec des écarts importants d'une nationalité à l'autre ; et s'il est remonté sensiblement dans les années récentes²¹, cela tient à la forte croissance de demandes qui paraissent difficilement contestables – ou qu'il aurait paru inopportun de rejeter – compte tenu de l'origine des demandeurs. Mais les fluctuations considérables du taux de reconnaissance selon les années, selon les nationalités, selon le pays qui traite la demande²², sont l'indice de ce que les considérations politiques et diplomatiques pèsent souvent plus lourd que l'appréciation objective des risques de persécution encourus.

B. Les entraves à l'accès au territoire de l'Union européenne

Pour l'immense majorité des réfugiés, les obstacles se situent toutefois bien en amont de la procédure de reconnaissance du statut, en raison des obstacles qu'ils rencontrent, comme l'ensemble des migrants, pour accéder au territoire de l'Union européenne.

Le premier obstacle découle de la politique des visas. Si elle ne vise pas spécifiquement les demandeurs d'asile, elle constitue pour eux une entrave d'autant plus importante qu'ils sont souvent dans l'impossibilité de se procurer des papiers ; or sans passeport, pas de visa. Ils sont par ailleurs directement concernés par la formalité du visa de transit aéroportuaire imposée aux ressortissants de pays tiers dont la liste est établie au niveau européen²³ mais que chaque État-membre peut compléter « *en cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins* ». Ces pays sont en effet précisément ceux d'où proviennent en très grande majorité sinon exclusivement des demandeurs d'asile, ce qui ne laisse aucun doute sur l'objectif poursuivi : bloquer en amont l'arrivée de personnes susceptibles de demander l'asile à l'occasion d'un transit.

On pourrait objecter qu'un demandeur d'asile n'est pas tenu de présenter des papiers pour être autorisé à entrer sur le territoire d'un État en vue d'y demander protection. Encore faut-il qu'il puisse accéder à ce territoire. Or les transporteurs sont tenus de procéder à la vérification des documents de voyage des ressortissants des pays tiers et ils s'exposent à des pénalités financières lourdes et dissuasives s'ils acheminent vers les États de l'espace Schengen des étrangers dépourvus de ces documents, ce qui ôte aux personnes sans papiers toute chance d'utiliser les moyens de transport normaux.

²¹ Le taux d'acceptation est remonté à 25 % en 2015 et même à 36 % au premier semestre 2016, d'après les chiffres communiqués par l'OFPRA. Notons qu'est incluse dans ces chiffres l'obtention de la protection subsidiaire (27 % du total en 2015), prévue pour les personnes qui ne remplissent pas les critères de la Convention de Genève tout en ayant néanmoins besoin d'une protection internationale.

²² Par ailleurs, selon le pays qui examine la demande, le taux de reconnaissance peut varier de zéro à près de 100 %, pour une même nationalité. A titre d'exemple, en 2014, le taux de reconnaissance pour les Érythréens était de 26 % en France et de 100 % en Suède. Pour les Irakiens, il était de 14 % en Grèce, et de 94 % en France. Pour les Afghans, de 28 % en Grèce, de 95 % en Italie.

²³ Afghanistan, Bangladesh, Éthiopie, Érythrée, Ghana, Irak, Iran, Nigéria, Pakistan, Somalie, Sri Lanka, République démocratique du Congo. La Syrie ne figure pas sur la liste commune mais a été rajoutée par la France.

En fermant les voies légales d'accès à l'Europe aux migrants et plus encore aux demandeurs d'asile, les États les contraignent donc à emprunter des voies illégales infiniment plus dangereuses et à recourir à des passeurs dont les tarifs augmentent à mesure que la demande s'accroît. Mais ces routes migratoires sont elles-mêmes étroitement surveillées pour faire obstacle aux entrées illégales sur le territoire de l'Union : l'agence Frontex, créée en 2004 pour coordonner la coopération opérationnelle en matière de surveillance des frontières²⁴, est la figure emblématique et l'instrument par excellence de la politique dite « de gestion des frontières extérieures ». Son rôle est d'abord dissuasif, par la présence de ses navires, de ses avions et hélicoptères, de ses outils technologiques avancés de contrôle à distance ; mais la dissuasion a pour principal effet de modifier les trajectoires migratoires en obligeant les migrants à emprunter des itinéraires plus longs et plus dangereux, à prendre plus de risques pour échapper aux contrôles lorsqu'ils prennent la mer, à entreprendre la traversée de zones désertiques ou montagneuses, à payer plus cher des passeurs peu scrupuleux, enfin. On connaît le coût en vies humaines de cette politique de fermeture des frontières : des milliers de migrants trouvent la mort chaque année : ils meurent noyés dans la Méditerranée mais aussi de faim, de chaleur ou de soif dans le Sahara ; ils peuvent aussi mourir en détention dans les camps libyens ou tomber sous les balles de l'armée ou de la police.

Frontex, par ailleurs, n'a pas seulement pour but de dissuader : ses interventions visent aussi à détecter et empêcher les tentatives de franchissement illégal des frontières, à intercepter les navires soupçonnés de transporter des « migrants clandestins », qui peuvent alors être refoulés vers le pays qu'ils cherchaient précisément à fuir.

Les textes - notamment le règlement de 2011 – prennent soin de rappeler que les missions de Frontex doivent s'exercer dans le respect de la Convention de Genève et du principe de non refoulement. Mais ils n'interdisent pas de renvoyer les personnes interpellées en haute mer vers le pays tiers d'où le navire est présumé être parti. Cette éventualité est théoriquement subordonnée à une évaluation préalable de la situation générale dans ce pays et de la situation personnelle des intéressés, mais la possibilité de procéder à une évaluation sérieuse et crédible dans le contexte d'une interception en haute mer est pour le moins douteuse.

C. L'asile au risque de l'externalisation

L'externalisation de la politique d'asile et d'immigration vise, d'une part, à repousser toujours plus loin le cordon sanitaire destiné à protéger l'Europe des flux de demandeurs d'asile, d'autre part à reporter sur les États tiers la responsabilité de cette politique.

Les accords de réadmission, qui sont l'un des instruments de l'externalisation, font eux aussi peser des menaces sur l'obligation de non refoulement. Par ces accords passés soit avec l'Union européenne, soit avec les États membres, les pays d'origine ou de transit s'engagent, moyennant des compensations financières, à reprendre en charge les étrangers qui ont pénétré irrégulièrement dans l'espace Schengen, qu'il s'agisse de leurs nationaux ou de personnes ayant simplement transité par leur territoire. Or l'obligation de réadmission vaut aussi pour les personnes qui ont besoin de protection. Pour que l'obligation de non refoulement soit formellement respectée, on prend soin de qualifier le pays tiers de « pays sûr », fût-ce de façon abusive. Car outre que les pays en question ne sont pas tous, loin s'en faut, des pays démocratiques, les demandeurs d'asile n'ont aucune garantie que le pays vers lequel ils sont

²⁴ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil créant l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, modifié par le Règlement (UE) n° 1168/2011 du 25 octobre 2011. L'Agence a été renommée « Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes par le Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 qui en a aussi étendu les compétences.

refoulés examinera leur demande d'asile ou ne les renverra pas vers un État où la Convention de Genève n'est pas respectée, voire vers son pays d'origine.

La délocalisation de la protection octroyée aux réfugiés constitue elle aussi une façon de contourner les obligations de la Convention de Genève. C'est ainsi que la Directive dite « qualification » de 2011 officialise la notion d'« asile interne » : les États peuvent refuser la protection s'il apparaît qu'une personne peut sans crainte accéder à une partie du territoire de son pays et y vivre sans risque de persécution ou de menaces graves.

On peut aussi mentionner les très nombreuses propositions qui ont fleuri, sans pour autant se concrétiser, à partir des années 2000, visant à délocaliser dans les pays tiers tant les procédures d'examen des demandes d'asile que la protection des réfugiés. Ces « programmes de protection régionale » ont été présentée comme bénéfiques pour les réfugiés qui se verraient ouvrir une voie d'accès légal et sécurisé depuis leurs pays d'origine vers les pays d'accueil, leur évitant de risquer leur vie dans des traversées clandestines²⁵. Mais cette facette vertueuse masque mal l'objectif réellement poursuivi : maintenir les demandeurs d'asile à distance et faire supporter le « fardeau » de l'asile aux pays tiers. L'idée, restée en sommeil, a ressurgi dans le contexte de la « crise migratoire » actuelle, comme le montre le contenu de l'accord passé avec la Turquie en mars 2016 ou encore le processus de Khartoum : inauguré en décembre 2014, celui-ci associe une dizaine de pays d'Afrique et vise à bloquer la route migratoire venant de la Corne de l'Afrique, notamment en aidant les pays concernés à créer des centres d'accueil et offrir sur place un accès aux procédures d'asile. Peu importe que cette coopération implique de s'accorder avec des régimes dictatoriaux qui sont eux-mêmes de grands pourvoyeurs de réfugiés, tels l'Erythrée, l'Éthiopie ou le Soudan.

Ce même objectif d'endiguement a présidé aux négociations menées à partir de novembre 2015 avec la Turquie : moyennant un soutien financier fixé d'abord à trois milliards d'euros annuels, relevé ensuite jusqu'à six milliards, l'Europe lui demande de retenir sur son sol les demandeurs d'asile et à ouvrir pour eux des centres d'accueil. L'accord passé en mars 2016 est allé plus loin encore, en obligeant la Turquie à reprendre tous les migrants arrivés irrégulièrement en Grèce, sans considération de leur qualité de réfugiés. Comme les commentateurs l'ont relevé, cela revient à sous-traiter à la Turquie la gestion de la crise migratoire et par la même occasion le droit d'asile²⁶. Pour légitimer ce refoulement, il a été prétendu que la Turquie était un « pays tiers sûr ». À l'encontre de cette affirmation on peut citer non seulement la dérive autoritaire du régime mais plus encore le fait que la Turquie n'a pas accepté l'extension du champ d'application géographique de la définition du réfugié couvert par la Convention de Genève et le Protocole de New-York ; de sorte que les Syriens ou les Afghans, par exemple, ne peuvent s'en réclamer sur son territoire et qu'ils courent donc le risque – attesté au demeurant par le témoignage des ONG – d'être renvoyés vers leur pays d'origine.

*

La délocalisation de la protection s'inscrit dans une évolution globale préoccupante : tandis que la petite proportion des réfugiés qui peuvent se réclamer de la Convention de Genève se

²⁵ Dans sa communication de 2005 sur les programmes de protection régionale, la Commission envisageait de les jumeler avec des programmes de réinstallation destinés à faire venir, dans un second temps, des contingents négociés de ces réfugiés depuis ces pays de premier accueil vers des pays de l'UE.

²⁶ Henri Labayle, Ph. de Bruycker, « La Marche turque : quand l'Union sous-traite le respect de ses valeurs à un État tiers », 9 mars 2016, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/09/asile/la-marche-turque-quand-lunion-sous-traite-le-respect-de-ses-valeurs-a-un-etat-tiers/>; Henri Labayle, « L'accord Union européenne avec la Turquie : l'heure de vérité ? », 28 avril 2016, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/04/28/asile/laccord-union-europeenne-avec-la-turquie-lheure-de-verite/>.

voient reconnaître au compte-gouttes ce statut dans les pays occidentaux, des millions d'autres sont massivement concentrés au Moyen-Orient et en Afrique : soit qu'ils aient trouvé refuge dans un pays voisin²⁷, soit qu'ils aient été contraints ou incités à rester dans leur propre pays, éventuellement sous la protection du HCR²⁸. Dans ce dernier cas, ils vont grossir les rangs des « déplacés internes », désormais plus nombreux que les réfugiés proprement dits, ce qui en dit long sur la dérive du système de Genève puisque la condition pour être considéré comme réfugié est, précisément, de se trouver hors de son pays. Mais qu'ils aient été déplacés dans leur propre pays ou dans un pays limitrophe, les réfugiés qui peuplent les camps d'Afrique ou d'Asie sont maintenus à bonne distance de l'Europe, sans aucune perspective d'être un jour reconnus comme réfugiés.

²⁷ Les pays qui, à la fin de l'année 2015, abritaient le plus de réfugiés étaient : la Turquie (2,5 millions), le Pakistan (1,6 million), le Liban (1,1 million), l'Iran (979 000), l'Éthiopie (736.000) et la Jordanie (664.000).

²⁸ Les statistiques du HCR au début de l'année 2016 donnent les chiffres suivants : 65,3 millions de personnes déplacées de force, dont 21,3 millions de réfugiés au sens de la Convention de Genève (16,1 sous mandat du HCR, 5,2 enregistrées par l'UNRWA) ; 40,8 millions de déplacés internes, 3,2 millions de demandeurs d'asile.