

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

DOSSIER

N° 6 - avril 2021

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile mise en perspective avec celle du Conseil d'État : l'art de l'ouroboros

Écrit par

Alexis MARIE



professeur, université de Reims

Thibaut FLEURY GRAFF



professeur à l'Université Paris-Saclay (UVSQ)

RÉSUMÉ

« Bien que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État soient les organes de sources distinctes du droit d'asile, leurs jurisprudences présentent une grande homogénéité. Marquées par plusieurs phases, celles-ci convergent toujours et inévitablement vers un horizon commun : l'absence de spécificité, voire d'autonomie, du fondement constitutionnel du droit d'asile vis-à-vis du droit international puis du droit de l'Union européenne. Dans un premier temps, ce droit se fonde dans le régime de la convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié. Même après que la valeur constitutionnelle du droit d'asile ait été ensuite consacrée, celui-ci peine à s'émanciper de cette dernière si bien qu'en définitive les deux fondements garantissent les mêmes droits aux mêmes personnes. En un troisième mouvement conjoint, les deux Conseils laissent plus tard le droit de l'Union européenne phagocytter le droit d'asile. Le dernier acte viendra bientôt où, comme la convention en son temps, le droit de l'Union européenne assurera la mise en œuvre du droit d'asile constitutionnellement garanti et, sauf changement de cap jurisprudentiel, le contrôle de constitutionnalité en sera de nouveau neutralisé ».

Il ne fallait pas être moins de deux pour appréhender le sujet que les directeurs de *Titre VII* ont eu l'aimable imprudence de confier à des auteurs de formation internationaliste et le restituer en moins de trente mille signes. La matière se situe en effet au confluent de trois sources, tantôt complémentaires tantôt - au moins *a priori* - inconciliables. Le droit constitutionnel d'abord, dont le contenu s'est longtemps épuisé en l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution 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 qui doit dorénavant être lu à la lumière du second alinéa de l'article 53-1, lequel offre uniquement le droit « *aux autorités de la République* » de donner asile à ces « *combattants de la liberté* » ainsi qu'à « *tout étranger qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* ». Le droit international ensuite et essentiellement, pour ce qui nous intéresse ici, la Convention de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1951, telle que corrigée par son protocole de 1967, dont le statut qu'elle prévoit s'applique aux personnes qui, en substance, craignent des persécutions en cas de retour dans leur pays d'origine en raison de leur appartenance à un groupe (social, racial ou national) ou de leurs opinions (politiques ou religieuses) et qui ne tombent pas dans le cadre des motifs d'exclusion qu'elle prévoit. Le droit de l'Union européenne enfin, dont le régime d'asile européen commun (RAEC) rappelle les exigences de la Convention de 1951 tout en tentant d'éviter les déplacements des demandeurs

entre les États membres en posant le principe selon lequel un seul État est responsable d'une demande d'asile (mécanisme dit de « Dublin »). Le RAEC réduit également les disparités en termes d'accueil (Directive « accueil »), de traitement des demandes (Directive « Procédures »), d'identification des personnes éligibles à une protection (en tant que réfugié au sens de la Convention précitée ou en tant que bénéficiaires de la protection subsidiaire) et de statuts des personnes protégées (Directive « qualification »).

Or, si le Conseil constitutionnel est uniquement l'organe du premier, cela n'exclut pas que le Conseil d'État en puisse se faire l'interprète en plus de ses qualités de juge de droit commun des deuxième et troisième corps de règles. L'étude comparée de leurs jurisprudences respectives en matière de droit d'asile pourrait ainsi faire l'objet d'un véritable traité⁽¹⁾, lequel, au regard de la place prépondérante du droit de l'Union reviendrait en définitive à apprécier l'application française des règles européennes. Plusieurs facteurs l'expliquent. Premièrement, le législateur et dans une certaine mesure le pouvoir réglementaire ont tardé à se saisir de la matière - ce qui contraste avec la rapidité avec laquelle les lois s'enchaînent depuis une quinzaine d'années⁽²⁾. En dehors de quelques exceptions non pérennes⁽³⁾, c'est ainsi essentiellement en exécution ou en transposition - parfois même par anticipation⁽⁴⁾ - des exigences du droit de l'Union européenne que la loi s'intéresse au droit de l'asile et donc que le Conseil constitutionnel a été amené à interroger la Constitution à son égard. Or, deuxièmement, celui-ci, certes contrarié par le constituant dérivé, ne s'est pas employé outre mesure à en asseoir la spécificité et l'autonomie. C'est ainsi pendant longtemps la Convention de Genève de 1951 qui a été le fondement exclusif du droit d'asile en France. Pourtant, troisièmement, celui-ci n'est pas l'objet de celle-là : la Convention ne fait que créer le statut des personnes qui répondent à la définition énoncée à son article 1^{er}. Or, ce statut d'une part ne comprend pas expressément l'asile - *i.e.* le droit de se maintenir sur le territoire d'un État - parmi les droits reconnus et, d'autre part, fonctionne essentiellement comme un mécanisme de renvoi aux droits internes des États parties. Cela n'a pas empêché le Conseil d'État d'y puiser, ne serait-ce qu'indirectement, des éléments essentiels du droit des *réfugiés*, mais la place était libre pour que le droit de l'Union européenne s'empare très largement de la substance du droit de l'asile. Pourtant, malgré cette diversité de sources, le droit de l'asile est gouverné aujourd'hui par un régime unique : mises en perspective, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ont en effet œuvré de concert en ce sens (I.). Ce régime n'est par ailleurs rien d'autre que ce que le droit de l'Union européenne fait de lui. Là encore, c'est en parfaite harmonie que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont permis la construction d'un statut européen des demandeurs d'asile (II.).

I. La construction d'un statut constitutionnel unique à tous les demandeurs d'asile

En tant que principe de valeur constitutionnelle, le droit d'asile aura attendu 1993 pour connaître sa « grande décision ». Préparée par la décision de 1991 relative à la loi d'autorisation de ratification de la Convention de Schengen⁽⁵⁾, la décision du 13 août 1993 consacre, sur le fondement de l'alinéa 4 du Préambule de 1946, l'existence au profit « *de tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté* » un droit subjectif à recevoir asile et estime ce faisant contraire à la Constitution la volonté du législateur de priver certains demandeurs de ce droit. Ainsi le Conseil constitutionnel protégeait-il, en réaction aux premières tentatives européennes en la matière, une garantie spécifiquement nationale du droit d'asile. Ce rempart érigé autour de la protection constitutionnelle due aux « *combattants de la liberté* » allait cependant se fissurer rapidement, sous les coups conjugués du constituant et des deux Conseils eux-mêmes.

La même année, une loi constitutionnelle fit en effet céder un premier pan de cette modeste et éphémère forteresse, introduisant dans la Constitution un article 53-1 en vertu duquel le combattant de la liberté perd son *droit* d'asile, au profit de celui de l'État de le lui accorder - ou non⁽⁶⁾. En outre, construit face aux assauts du droit de l'Union, ce rempart ne fut pas conçu pour préserver une éventuelle spécificité de la conception française du droit d'asile par rapport au droit international des réfugiés. De la jurisprudence constitutionnelle et administrative, se dégage tout au contraire un édifice commun, fondé sur une attraction réciproque entre la protection constitutionnelle de l'asile, au sens de l'alinéa 4 du Préambule, et la protection conventionnelle des réfugiés, au sens de la Convention de Genève de 1951. Le giron constitutionnel offre ainsi au réfugié une garantie que ne lui accorde pas, par définition, la Convention (1.). « Mis en œuvre » par la Convention, le droit d'asile de l'alinéa 4 y gagne, pour sa part, un régime juridique (2.).

1. La protection constitutionnelle de tous les demandeurs d'asile

Secondé par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a œuvré pour la construction d'une protection constitutionnelle au bénéfice de tous les demandeurs d'asile, qu'ils aient été persécutés pour leur action en faveur de la liberté ou qu'ils craignent des persécutions pour l'un des motifs prévus par la Convention de Genève.

Certes, la décision de 1993 est ambiguë sur ce point. Si elle est assurément très claire quant à l'affirmation du droit, fondé sur l'alinéa 4 du Préambule de 1946, de solliciter l'asile auprès de l'État français, elle est beaucoup plus floue quant aux titulaires de ce droit. S'agit-il uniquement de ceux qui se prévalent de la qualité de « *combattants de la liberté* », comme le prévoit expressément le texte, ou bien, également, de la qualité de « *réfugié* », au sens de la Convention de Genève ? Le quatrième considérant⁽⁷⁾ incite, parmi d'autres, à choisir la première option - quand d'autres, dont le quatre-vingt-cinquième⁽⁸⁾, plaident pour la seconde. Ainsi, dès lors que dans cette décision, « *la superposition des concepts et des normes* » rend « *très malaisé de*

savoir à quelle catégorie, si catégoriel il y a, de demandeurs s'appliquent les différentes parties de la décision »⁽⁹⁾, il faut en conclure que le Conseil constitutionnel n'a, à tout le moins, pas fermé la porte constitutionnelle au réfugié conventionnel.

Cette conclusion est en toute hypothèse confirmée par d'autres décisions. En 2003, le Conseil juge par exemple qu'il existe entre « *la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié fondée sur l'article 1^{er} de la Convention de Genève et sur le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » un « *lien étroit* »⁽¹⁰⁾, ce qui l'a systématiquement conduit à valider le rapprochement et l'unification des procédures et statuts en matière d'asile⁽¹¹⁾. La mise en perspective de ces décisions avec les arrêts du Conseil d'État, lequel affirme de longue date et de manière constante⁽¹²⁾ que « *Le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié* »⁽¹³⁾, achève de convaincre que le réfugié conventionnel a été attiré dans le giron constitutionnel : la garantie constitutionnelle de l'asile protège tout demandeur de protection, quel que soit le fondement de celle-ci.

2. L'affirmation constitutionnelle d'un régime commun

Si les décisions précitées témoignent ainsi de l'attrait prétorien des « réfugiés conventionnels » dans le giron constitutionnel, la jurisprudence constitutionnelle a beaucoup fait également pour favoriser le mouvement inverse. Le Conseil constitutionnel juge en effet de manière constante - avant comme après 1993 - que celui-ci est « *mis en œuvre par la loi et par la Convention de Genève* ». Dès avant la décision du 13 août 1993, le Conseil jugeait qu'une loi « *réservant expressément l'application des conventions internationales* », parmi lesquelles « *figure notamment la Convention de Genève de 1951* », « *ne saurait, dans ces conditions* », porter atteinte au droit d'asile tel que garanti par l'alinéa 4⁽¹⁴⁾. Il emprunte ensuite, dans sa décision du 3 septembre 1986, la démarche suivie par le Conseil d'État un an auparavant⁽¹⁵⁾ selon laquelle l'alinéa 4 est « *mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution* »⁽¹⁶⁾. Répétée en 2003⁽¹⁷⁾, la formule surprend autant que le contrôle qu'elle recouvre : en somme, c'est la Convention de Genève qui met en œuvre l'alinéa 4 du Préambule de 1946, si bien que la loi qui réserve l'application de cette dernière est conforme à celui-ci. L'assimilation est telle que le contrôle confine ici au contrôle de conventionnalité⁽¹⁸⁾, et permet, *in fine*, de valider l'unité de traitement des demandeurs de protection, quel que soit le titre de protection sur lequel se fonde cette demande.

L'extension du champ de la garantie constitutionnelle de l'asile aux demandeurs de la qualité de réfugié, couplée à la « mise en œuvre » de cette garantie par la Convention de Genève, a en effet conduit le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État à reconnaître à tous les demandeurs d'asile un ensemble de droits constitutionnellement protégés. Le Conseil constitutionnel a en outre validé la construction progressive, par le juge administratif et le législateur, d'un statut et de procédures uniques pour les demandeurs de protection.

Ainsi le droit d'asile, principe à valeur constitutionnelle, est-il constitué en premier lieu d'un droit du demandeur à se maintenir provisoirement sur le territoire français, tout comme d'y entrer selon des modalités facilitées par rapport aux autres étrangers, tiré de la Convention de 1951. Celle-ci en effet, en vertu de son article 31 § 2, implique « *nécessairement* », comme l'a précisé le Conseil d'État, « *que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande* »⁽¹⁹⁾. La solution est reprise par le Conseil constitutionnel en 1993⁽²⁰⁾. Sont également constitutives du droit d'asile tel que protégé par la Constitution les stipulations de la Convention de Genève qui font obstacle à ce que certains documents soient exigés « *des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugiés au sens de l'article 1^{er} de la Convention* »⁽²¹⁾, ainsi que l'obligation de garder confidentiels les éléments d'information détenus par l'OFPRA⁽²²⁾. Les seules garanties attachées au principe constitutionnel d'asile qui ne sont pas déduites de la Convention, mais d'autres textes - notamment européens - sont finalement celles d'assurer au demandeur un niveau de vie digne et adéquat, le temps de l'examen de sa demande⁽²³⁾, et le principe d'indépendance de la juridiction administrative chargée de statuer sur ces questions⁽²⁴⁾.

Les droits constitutifs du droit d'asile, principe à valeur constitutionnelle, sont ainsi conçus de manière similaire par les deux Conseils, quelle que soit la protection recherchée. L'identité de statut des personnes protégées, et des procédures permettant d'accéder à cette protection a en outre été systématiquement validée.

Le Conseil constitutionnel a refusé en effet en 1998 de consacrer une spécificité statutaire et procédurale au profit des « *combattants de la liberté* ». Le contrôle de constitutionnalité de la loi du 11 mai 1998⁽²⁵⁾ lui en avait pourtant donné l'occasion. L'alinéa 4 y est érigé en un fondement autonome de protection, distinct du fondement conventionnel : pour la première fois, la loi donne au réfugié une définition constitutionnelle. Le législateur a toutefois considérablement atténué la portée de cette évolution, créant un statut et des procédures identiques pour les demandeurs de protection et les bénéficiaires de celle-ci : les mêmes organes - OFPRA et CNDA - statuent sur toutes les demandes, quel que soit leur fondement, constitutionnel ou conventionnel. Le représentant du Haut-Commissariat pour les réfugiés des Nations Unies statue ainsi, par l'effet de cette loi, sur toutes les demandes, y compris celles des « *combattants de la liberté* », quand il ne se prononçait auparavant que sur les demandes fondées sur la Convention de 1951. Le Conseil constitutionnel n'a vu dans ce texte aucune inconstitutionnalité : il était selon lui « *loisible* » au législateur, « *dans l'intérêt du demandeur* » et d'une « *bonne administration de la justice* » d'unifier les procédures⁽²⁶⁾.

Beaucoup, par contre, ont vu dans ces solutions - qui nient quasiment toute spécificité aux « *combattants de la liberté* », auxquels il ne reste finalement

qu'un titre de protection à l'usage erratique - un « amalgame », une « dilution », une « dérive interprétative », voire un « obscurcissement grave »⁽²⁷⁾. Peu cependant - à l'exception bienveillante des deux Conseils - semblent avoir perçu qu'il n'y aurait guère à gagner à développer des droits, des statuts et des procédures spécifiques pour ceux dont la demande de protection est fondée sur l'alinéa 4. Imagine-t-on en effet confier à des organes spécifiques le soin de statuer, par des voies procédurales *sui generis*, sur les demandes de protection formulées au titre de ce texte, alors même que le Conseil d'État juge déjà très sévèrement l'inutile complexité de la matière et l'illisibilité de la répartition des compétences juridictionnelles, appelant le législateur à une simplification « *drastique* »⁽²⁸⁾ ? Perçoit-on qu'une protection fondée sur la seule Constitution de 1958 n'est opposable qu'à l'État français, quand la protection fondée sur la Convention de 1951 l'est à 145 autres ? En outre, et en toute hypothèse, si « dilution » il y a, elle se fait surtout au profit du droit de l'Union européenne, qui, pour le meilleur ou pour le pire, franchit aisément la frontière constitutionnelle sous les regards complices des deux Conseils.

II. La construction d'un statut européen de demandeurs d'asile

Alors que la valeur constitutionnelle du droit d'asile a été consacrée en réaction à ce qui avait vocation à devenir du droit de l'Union européenne, c'est aujourd'hui celui-ci qui lui donne corps. Le constituant a certes levé une digue, mais elle ne concerne que les demandeurs relevant du mécanisme « Dublin ». Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État disposaient donc encore, au moins jusqu'à l'adoption du deuxième « paquet asile » en 2011 et 2013, d'une importante latitude pour définir une conception française du droit d'asile. Pour autant, après avoir conjugué leurs efforts pour fusionner les régimes constitutionnels et conventionnels, c'est ensuite vis-à-vis de cette troisième source qu'ils refusent toute spécificité au fondement constitutionnel du droit d'asile (1). Il ne faut pas nécessairement le regretter : le droit dérivé a souvent permis de contrecarrer des transpositions trop zélées ou des pratiques peu respectueuses des droits en cause. Toujours est-il qu'à terme, à moins d'un sursaut jurisprudentiel, le fondement constitutionnel de l'asile risque à nouveau d'être neutralisé (2.).

1. L'absence de spécificité du fondement constitutionnel de l'asile

Une spécificité française de l'asile peut d'abord être recherchée dans les rares domaines qui échappent encore au droit de l'Union européenne. On pense essentiellement au droit à obtenir un visa au titre de l'asile puisque la Cour de Justice estime que la question n'en relève pas, non sans avertir les États de ses conséquences sur le système « Dublin ». En toute hypothèse, le droit français refuse d'ériger ce droit en une composante du droit d'asile⁽²⁹⁾.

Dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, la spécificité du droit d'asile, principe à valeur constitutionnelle, peut d'abord résulter d'exigences constitutionnelles qui ne trouveraient pas d'équivalent en droit de l'Union européenne. La recherche est vaine. Depuis la première loi de transposition, le Conseil constitutionnel n'a en effet procédé qu'à une réserve d'interprétation et à une déclaration d'inconstitutionnalité⁽³⁰⁾. Or, la première, relative à « l'asile interne », provient des lignes directrices du HCR et a été reprise dans la refonte de la directive « Qualification »⁽³¹⁾. Quant à la seconde, qui concerne le principe de confidentialité propre aux demandeurs d'asile qui doivent, selon le Conseil constitutionnel, bénéficier d'une « *protection particulière* », elle est aujourd'hui caduque. Le Conseil d'État a en effet estimé ce principe compatible avec ce qu'il interdisait pourtant vingt années plus tôt en le noyant dans le droit commun de la protection des données à caractère personnel⁽³²⁾.

Une spécificité constitutionnelle pourrait enfin provenir d'une protection plus rigoureuse d'un droit également consacré en droit de l'Union. Il n'en est rien. Le droit d'asile est d'autant plus tolérant envers la transposition des directives que le Conseil constitutionnel a tôt fait d'abandonner l'« *effet cliquet* » énoncé dans sa décision du 13 août 1993⁽³³⁾. Il estime dorénavant seulement « *qu'il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle* »⁽³⁴⁾. Or, cette appréciation porte sur la loi prise dans sa globalité, de manière presque mathématique⁽³⁵⁾, alors même que les garanties d'un grand nombre de demandeurs sont en pratique diminuées. Le droit d'asile se satisfait en effet aisément, au nom de sa conciliation avec la sauvegarde de l'ordre public et au regard de la préoccupation de célérité du traitement des demandes, du contenu que lui imprime le droit de l'Union européenne depuis 2003.

C'est ainsi que les multiples dérogations au droit au maintien sur le territoire, prévues par la directive « Procédures », notamment dans les cas où il est retiré après une décision négative de l'OFPRA, passent sans difficulté le filtre constitutionnel. Le droit constitutionnel d'asile n'implique en effet pas le caractère suspensif de la saisine de la CNDA. On notera à ce titre que le Conseil constitutionnel se satisfaisait de la seule existence du recours⁽³⁶⁾ alors que le droit de l'Union impose *a minima* de prévoir une voie alternative permettant d'obtenir la suspension de l'éloignement ; option qui a eu les faveurs de la loi du 10 septembre 2018⁽³⁷⁾. Après le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État se range à la constitutionnalité de cette construction à laquelle son Assemblée générale recommandait toutefois « *instamment* » de renoncer en raison de sa contrariété aux exigences d'une bonne administration de la justice⁽³⁸⁾.

Le droit à l'examen individuel de sa demande pourtant au cœur de la décision du 13 août 1993 n'offre quant à lui aucune résistance face aux diverses hypothèses d'irrecevabilité des demandes d'asile énumérées à l'article 33 de la directive « Procédures »⁽³⁹⁾. Aveu d'inconstitutionnalité, le législateur a pris la précaution de réserver la faculté de l'OFPRA « (...) *d'examiner la demande présentée par un étranger persécuté en raison de son action en faveur*

de la liberté ou pour un autre motif»⁽⁴⁰⁾. Bien que formel⁽⁴¹⁾, ce renvoi au second alinéa de l'article 53-1 de la Constitution suffit au Conseil d'État pour estimer dépourvue de caractère sérieux la question soulevant l'inconstitutionnalité de cette disposition dont le Conseil constitutionnel n'avait, quant à lui, pas été saisi⁽⁴²⁾. La solution n'avait pourtant rien de naturel. Le Conseil d'État extrait ici l'article 53-1, al. 2 de son domaine originel, celui du mécanisme « Dublin ». Il faut dorénavant comprendre que cette réserve de souveraineté peut jouer à l'égard de tout obstacle empêchant l'appréciation du bien-fondé d'une demande.

Enfin, le droit constitutionnel d'asile ne s'oppose pas à ce que, conformément aux directives « Procédures » successives, des demandes d'asile soient traitées de manière plus rapide et sans pouvoir bénéficier de l'ensemble des garanties applicables (absence d'entretien devant l'OFPRA, juge unique voire ordonnances devant la Cour et absence d'aide juridictionnelle). Les principales cibles sont ici les demandes de réexamen et la fameuse catégorie de demandeurs provenant de « pays d'origine sûrs » que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État estiment être dans une situation différente des autres alors que la distinction tient à une pure construction normative. Prenant à leur compte l'idée qu'il y aurait de « faux demandeurs d'asile »⁽⁴³⁾, le Conseil constitutionnel, pas plus que le Conseil d'État⁽⁴⁴⁾, ne voient ici de rupture du principe d'égalité. De cette jurisprudence, il résulte que, tant que les demandeurs ont droit à un examen individuel et que l'OFPRA détient le pouvoir de traiter la demande en procédure normale, la différence de traitement n'entre pas en conflit avec « l'obligation d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales » du droit d'asile, principe à valeur constitutionnelle. Elle contribuerait même à leur effectivité⁽⁴⁵⁾. Le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité affiche ici ses faiblesses : chaque année depuis 2015, plus d'un tiers des demandeurs voient leurs garanties restreintes afin d'assurer l'effectivité du système dans son ensemble⁽⁴⁶⁾. L'absence de spécificité du droit français de l'asile ne résulte pas seulement d'une grande tolérance du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État à l'égard des multiples exceptions aux principes qu'ils ont par ailleurs reconnus. Elle découle aussi évidemment de l'articulation entre les ordres juridiques français et de l'Union.

2. La neutralisation du fondement constitutionnel du droit d'asile

En matière d'asile comme ailleurs, le contrôle de constitutionnalité tend à se diluer en un contrôle de conformité des actes dérivés avec le droit primaire. Cette tendance ne pourra qu'être accentuée si le projet de Pacte sur la migration et l'asile récemment présenté par la Commission est adopté. Les règlements y ont en effet une place de choix et les directives ont vocation à harmoniser encore davantage les législations internes⁽⁴⁷⁾. Or, d'une part, l'exécution des uns peut se passer d'actes internes si bien qu'ils n'offrent pas l'aspérité nécessaire à la saisine d'un juge et, d'autre part, la transposition des autres n'en sera plus que le miroir si bien qu'elles privent les deux « Conseils » d'une partie de leur compétence.

Le Conseil d'État a déjà estimé que l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux offre une protection équivalente au droit d'asile, principe à valeur constitutionnelle⁽⁴⁸⁾. Il ne se satisfait pas encore uniquement de la validité du règlement litigieux dans l'ordre communautaire, mais c'est toutefois d'elle que découle - « *dès lors* » - la constitutionnalité du décret. Cet ouroboros juridique illustre bel et bien un début de renonciation à l'examen d'un véritable contrôle matériel de constitutionnalité au profit du droit primaire de l'Union, lequel renvoie à la Convention de Genève, laquelle met en œuvre le droit constitutionnel d'asile, lequel trouve une protection équivalente dans l'article 18 de la Charte, laquelle...

Quant au Conseil constitutionnel, pour ne pas qu'il se limite à un contrôle seulement formel d'une loi de transposition « nécessairement impliquée » par une directive dont l'objet est d'harmoniser toujours plus, il lui faudra avant tout déterminer si l'alinéa 4 du Préambule de 1946 énonce « un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Tel est l'avis officieux du Conseil d'État⁽⁴⁹⁾ qui laisse toutefois officiellement la préséance à son voisin en réservant sa position⁽⁵⁰⁾. Cette consécration serait toutefois symbolique. Le premier alinéa de l'article 53-1 pourrait aisément être interprété comme manifestant le consentement du constituant à déroger à un tel principe, au sens de la décision n° 2006-540 DC ou, en toute hypothèse, comme sa volonté « de lever les obstacles constitutionnels s'opposant à l'adoption de dispositions législatives découlant nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union européenne »⁽⁵¹⁾. Il reste toutefois à déterminer le champ d'application de cette habilitation constitutionnelle. Elle n'a originellement pour objet que le mécanisme de répartition des demandes d'asile. Celui-ci restera toutefois au cœur du régime européen d'asile si bien qu'il n'est pas exclu que ce soit l'ensemble du droit de l'asile qui se voit ainsi soustrait au contrôle de constitutionnalité.

On doute en somme que l'alinéa 4 puisse être efficacement ressuscité. Le second alinéa de l'article 53-1 nous paraît plus fertile. Il présente l'avantage de ne pas être ambigu quant à son champ d'application et le Conseil d'État a déjà estimé qu'il pouvait être appliqué en dehors de « Dublin »⁽⁵²⁾. L'alinéa n'est toutefois jamais véritablement sorti de la fonction négative que lui a conféré le contexte sous l'empire duquel il a été adopté : effacer la reconnaissance d'un droit subjectif. En l'état, les législateurs européen et interne peuvent s'en tirer à bon compte en lui adressant un simple clin d'œil pour mieux autoriser, en pratique, tous types de restrictions au droit à l'examen d'une demande d'asile. Il suffirait notamment que le futur règlement « Procédure » laisse la possibilité aux États de traiter une demande pourtant irrecevable pour s'assurer de la constitutionnalité de la notion contestée de « pays tiers sûr »⁽⁵³⁾. Le second alinéa de l'article 53-1 consiste pourtant ni plus ni moins en une réserve de souveraineté. N'est-ce pas le rôle des organes internes de s'en saisir et d'interpréter cette faculté à laquelle la France rappelle son attachement en vue d'assurer son effectivité ? Serait-il incongru d'admettre la constitutionnalité des exceptions au droit à l'examen d'une demande, à la réserve expresse que certains éléments qui seraient impliqués par la Constitution (comme l'intérêt supérieur de l'enfant, la logique de réunification familiale ou encore la vulnérabilité de la personne)

soient systématiquement vérifiés avant d'opposer une irrecevabilité ? L'identification de motifs qui « *entre autres* » permettent d'exercer un pouvoir souverain ne retire rien à la faculté d'agir (éventuellement pour d'autres motifs) ou de ne pas agir. Elle révèle toutefois ce pourquoi la souveraineté est réservée - elle ne l'est plus seulement pour protéger les « *combattants de la liberté* » - et permettrait mécaniquement d'en favoriser la mise en œuvre concrète par l'OFPRA ainsi guidé, voire incité, dans l'exercice de sa faculté. Cela permettrait d'éviter de tracer un second ouroboros, lequel consisterait en un retour regrettable à la situation pré-1993 où le droit de l'Union prendrait cette fois la place du droit de Genève dans sa fonction de mise en œuvre d'un droit constitutionnel neutralisé, et, à défaut de retrouver l'esprit de 1993, de donner du corps à cette prérogative souveraine qu'est et restera le droit d'asile.

(1) : Étant entendu toutefois que pour avoir un réel intérêt, l'étude croisée de ces jurisprudences respectives doit porter sur leur plus petit dénominateur commun. Or, en l'état, le champ d'application de la jurisprudence constitutionnelle est bien plus réduit que celui du Conseil d'État. On exclut ainsi l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État en tant que juge de cassation des décisions de la CNDA. De la même manière, le Conseil constitutionnel n'ayant jamais tiré de conséquences de l'alinéa 4 du Préambule de 1946 à l'égard du statut des personnes protégées, l'étude de cette jurisprudence du Conseil d'État ne sera pas étudiée. C'est donc essentiellement sur le statut des demandeurs d'asile que porte cette étude, statut qui, en toute hypothèse, est l'objet d'attention essentiel du législateur.

(2) : Voy. CE, Avis n° 394206 du 15 février 2018, not. §§ 8-10.

(3) : On pense ici à l'asile territorial, institué par la loi n° 98349 du 11 mai 1998 et supprimé par la loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003.

(4) : Ainsi, la loi de 2003, citée en note précédente, supprime l'asile territorial, au profit de la protection subsidiaire qui allait être instaurée par la Directive « Qualification » du 29 avril 2004.

(5) : Cons. const., déc. n° 91-294 DC 25 juillet 1991, où la réserve de souveraineté prévue par la Convention assure sa conformité à la Constitution, qui oblige à instruire la demande « *des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ».

(6) : Loi n° 93-1256 du 25 novembre 1993.

(7) : Voy. aussi, dans le même sens de l'autonomisation, les considérants 83 et 91. Plus largement, voy. F. Lecoutre, « L'asile constitutionnel », *in* C. Laly-Chevalier, J. Fernandez (dir.), *Droit d'asile. État des lieux et perspective*, Paris, Pedone 2015, p. 219.

(8) : Voy. cons. 85.

(9) : D. Alland, « Jurisprudence française en matière de droit international public. Note sous CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993 », *RGDIP* n° 1993/1, p.223.

(10) : Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 2.

(11) : Cf *infra*.

(12) : Voy. ainsi, pour une illustration récente, CE, 2 oct. 2020, n° 444801, *A.B.*

(13) : CE, réf., 9 juillet 2015, n° 391392.

(14) : Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, cons. 1.

(15) : CE, 27 septembre 1985, n° 44484 et 44485.

(16) : Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, cons. 5 ; Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 9.

(17) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 2.

(18) : La chose est, curieusement, peu relevée par la doctrine. Voy. toutefois D. Alland, « Jurisprudence française... », *op. cit.*, p. 230.

(19) : CE, Ass., 13 décembre 1991, n° 120560 et CE, Ass., 13 décembre 1991, n° 119996.

(20) : Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 84.

(21) : CE, 27 septembre 1985, n° 44484 et 44485. Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 11

(22) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 43 et CE, 1^{er} janvier 2014, n° 349560.

(23) : CE, 23 mars 2009, n° 325884 et 325885.

(24) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 40.

(25) : Loi n° 98-349 du 11 mai 1998.

(26) : Cons. const., déc. n° 98-399 DC du 5 mai 1998.

(27) : Voy. par ex. F. Moderne, « Les aspects constitutionnels du droit d'asile », in *Les réfugiés en France et en Europe. Quarante ans d'application de la Convention de Genève (1952-1992)*, OFPRA, 1992, not. p.96 ; I. Dodet-Cauphy, « La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel », *RFDA* 1999, p. 468 ; « Commentaire de Cons. Const., 12 août 1993, n° 93-325 DC (12-13 août 1993), *Maîtrise de l'immigration* », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz 2018, not. §14, p. 544.

(28) : CE, Avis n° 394206 du 15 février 2018, § 8.

(29) : Voy. CE, réf., 9 juillet 2015, n° 391392 et CJUE, 7 mars 2017, aff. C-638/16 PPU. Comp. Cour EDH, 5 mai 2020, req. n° 3599/18

(30) : Avant 2003 et outre la déc. du 13 août 1992, v. la déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, qui empêche que l'irrégularité de l'entrée sur le territoire soit opposée aux demandeurs d'asile sauf lorsque la demande est manifestement infondée. V. les termes moins catégoriques de la directive « Procédures », par. 21. Le droit français connaît par ailleurs d'autres motifs tirés de l'article 43 de la dir. préc.

(31) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 17. Comp. les art. 8 des directives « Qualification » de 2004 et 2011 ; UNHCR, *Principes directeurs n°4*, HCR/GIP/03/04 Rev. 1, 23 juillet 2003.

(32) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 préc., cons. 43 à 48 ; CE, 30 janvier 2017, n° 394686.

(33) : Cons. const., déc. n° 93-325 du 13 août 1993 préc., cons. 81.

(34) : Voir not. Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 25 et déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003.

(35) : Voy. le commentaire disponible sur le site du Conseil constitutionnel de la déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, sous le 2) « Effet cliquet ».

(36) : Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 préc., cons. 87.

(37) : Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, cons. 32-34 ; déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 28 à 48 ; déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, cons. 7. V. les art. 9 et 41 de la directive « Procédures », 2013/32/UE.

(38) : CE, 2 octobre 2019, n° 432740 ; CE, avis, 15 février 2018, n° 394206, par. 28.

(39) : S'agissant de l'irrecevabilité pour forclusion des demandes déposées en rétention, v. Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 57 et comp. avec Cour EDH, 2 février 2012, n° 9152/09. Le Conseil d'État avait pour sa part créé de manière prétorienne un motif d'irrecevabilité : V. CE, 9 mars 2005, n° 274509, *Leb.* et CE, avis, 29 mai 2013, n° 365666 ; CE, réf. 16 décembre 2005, n° 287905.

(40) : Voy. l'art. L. 723-11 Cesda

(41) : Les rapports d'activité de l'OFPRA ne précisent pas le nombre de demandes irrecevables, mais néanmoins traitées au fond. Gageons qu'elles sont anecdotiques, voire inexistantes, notamment s'agissant de l'irrecevabilité d'une demande de réexamen.

(42) : CE, 26 janvier 2018, n° 397611, *Leb.*

(43) : Cons. const., déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 10 et 39.

(44) : CE, 13 février 2008, n° 295443.

(45) : Cons. const., déc. 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 51.

(46) : L'OFPRA a par ailleurs reclassé 206 demandes sur les 40 677 placées en procédure accélérée, OFPRA, *Rapport d'activité 2019*, pp. 22 et 23.

(47) : Commission européenne, COM (2020) 609 final, 23 septembre 2020.

(48) : CE, 30 janvier 2017, n° 394686, *Leb.*, X. Domino, *AJDA*, 2017, p. 821

(49) : V. CE, AG, avis, 16 mai 2018 (non publié, mais disponible sur le site du Gisti).

(50) : CE, 26 janvier 2018, n° 397611, *Leb.*, par. 7.

(51) : Cons. const., déc. n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013, cons. 6. (à propos de l'art. 88-2 et du mandat d'arrêt européen). V. X. Domino, *AJDA*, 2017, p. 821

(52) : CE, 26 janvier 2018, n° 397611, *Leb.*

(53) : Il s'agit en somme d'ériger en motif d'irrecevabilité d'une demande le fait que son auteur a transité par le territoire d'un État où il ne craignait pas de persécutions sans pour autant y être protégé au titre de l'asile. La France a jusqu'à présent choisi de ne pas transposer cette possibilité.

Citer cet article

Alexis MARIE ; Thibaut FLEURY GRAFF. « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile mise en perspective avec celle du Conseil d'État : l'art de l'ouoboros », Titre VII [en ligne], n° 6, *Le droit des étrangers*, avril 2021. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-relative-au-droit-d-asile-mise-en-perspective-avec-celle>