

11^{ème} Congrès de l'AFSP
ST21 : Politiques de l'immigration : entre justice et démocratie
Sonny Perseil, CNAM, Paris

1^{er} septembre 2011 - session 2 - 8h45 - 11h30

Craindre avec raison... ou De la rationalité du juge de l'asile

Le droit d'asile, en France aujourd'hui - la France demeurant l'une des principales destinations des demandeurs d'asile, la 2^{ème} au monde après les Etats-Unis - est devenu un contentieux de masse. A tel point que la juridiction spécialisée, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA, ex-Commission des recours des réfugiés), instance compétente pour contester les décisions prises par l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et des apatrides) est parfois considérée, au regard du nombre des affaires traitées, comme étant la première de notre pays ; c'est en tout cas la plus importante des juridictions administratives.

Depuis quelques années, des fluctuations importantes sont enregistrées. Après un pic à plus de 51 700 décisions rendues en 2004, le nombre de dossiers a diminué sensiblement jusqu'en 2007 puis a repris un peu ces dernières années, pour atteindre un total d'environ 24 000 en 2010.

D'apparence, il s'agit de l'une des branches juridiques les plus simples à approcher, non seulement par le faible nombre de sources mobilisées (principalement la Convention de Genève de 1951, posant le statut de réfugié, et la loi relative à la protection subsidiaire : loi du 10 décembre 2003 modifiant la loi du 25 juillet 1952 ; article 712-1 du CESEDA, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) mais surtout par la nature de la question posée, toujours la même : le demandeur éprouve-t-il à une crainte, « avec raison », de persécutions dans son pays d'origine ?

La question qui sera abordée ici consistera à se demander si cette justice de masse est elle-même rendue avec raison. En d'autres termes, quelle est la rationalité du juge de l'asile ? A-t-on affaire à des magistrats intéressés par le respect de la Convention de Genève, dont on célèbre en 2011 les soixante ans, juges qui examinent donc en premier lieu la réalité des craintes de persécution des requérants, ou à des agents des politiques migratoires de l'Etat, visant à un certain contrôle des flux. Pour ce faire, je m'appuierai sur mon expérience professionnelle de juge assesseur à la Cour nationale du droit d'asile, représentant le Haut Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies (HCR) depuis 2004. J'ai ainsi examiné à ce jour plus de 4500 dossiers de demandeurs d'asile, sur lesquels j'ai dû me prononcer. Je reprendrai également les travaux d'autres sociologues, politistes et juristes, parmi lesquels d'ailleurs ceux d'un ancien collègue du HCR, Jérôme Valluy, d'un actuel, Smaïn Laacher, et d'un président de formation de jugement, ancien ministre, communiste, intervenant fréquemment dans ce type de débat, Anicet Le Pors.

Le principal problème auquel le juge de l'asile est confronté est qu'il s'agit d'un contentieux particulièrement délicat en matière d'administration de la preuve : comment authentifier des faits allégués à des milliers de kilomètres ? Comment établir rationnellement que le requérant, débouté en première instance par l'OFPRA, craint avec raison, la crainte étant d'ailleurs une

notion, par définition, ô combien subjective, ne nécessitant pas obligatoirement le fait d'avoir subi au préalable des persécutions ? Face à ces questionnements, il semble que les juges soient de toute façon contraints à la faillibilité.

Cependant, pour que les décisions prises, fondées sur une « intime conviction » - conviction reposant elle-même sur un faisceau d'indices - soient le plus satisfaisantes possibles, on observe des efforts constants pour rationaliser la tâche de ceux qui accordent ou refusent le statut de réfugié, y compris en amont, dès la réception des demandeurs d'asile à l'OFPRA, où officient des professionnels aguerris¹. Ainsi, un important travail de doctrine juridique a vu le jour, notamment pour objectiver la nature des persécutions, des risques encourus et la valeur des preuves fournies : Jean-Yves Carlier, ainsi, propose une méthodologie d'inspiration mathématique, qui n'est pas sans évoquer les outils prospectifs, pour évaluer, grâce à des échelles relativement sophistiquées, les différents éléments constitutifs de la demande d'asile².

Surtout, le HCR a édité un *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, largement mis en pratique par les instances. Ce guide vise notamment à clarifier la notion de crainte avec raison d'être persécutée (chapitre 2, B, 2°). Néanmoins, ces précisions interviennent justement sans imposer une définition impersonnelle de ce concept, même s'il est nettement différencié d'autres traitements difficiles à supporter comme les discriminations ou les châtements. En effet, l'élément subjectif de la crainte de persécution est largement souligné : « *La notion de crainte étant subjective, explique le guide, la définition implique la présence d'un élément subjectif chez la personne qui demande à être considérée comme réfugié. La détermination de la qualité de réfugié consistera donc plus en une évaluation des déclarations de l'intéressé qu'en un jugement porté sur la situation existant dans son pays d'origine. L'élément de crainte - qui est un état d'esprit et une condition subjective - est précisé par les mots « avec raison ». Ces mots impliquent que ce n'est pas seulement l'état d'esprit de l'intéressé qui détermine sa condition de réfugié mais que cet état d'esprit doit être fondé sur une situation objective. Les mots « craignant avec raison » recouvrent donc à la fois un élément subjectif et un élément objectif et, pour déterminer l'existence d'une crainte raisonnable, les deux éléments doivent être pris en considération.* »

Dans le même sens, les différents intervenants - encore une fois le HCR, mais aussi la CNDA, les avocats, les gouvernements, les organisations intergouvernementales ou encore certaines ONG comme Amnesty International ou Human Rights Watch, produisent des documents géopolitiques de référence pour essayer de rendre compte de la situation des pays des demandeurs d'asile : fiches-pays, conférences, rapports d'experts, etc. C'est ainsi que la recherche et l'utilisation des informations sur les pays d'origine (COI pour reprendre l'expression anglaise Country of Origin Information) a acquis une importance considérable ces dernières années, en reposant sur des objectifs de qualité – objectifs louables, si ce n'est réalistes - tels que la pertinence, la fiabilité des sources, l'exactitude des informations et la transparence³. Cette COI permettrait ainsi que la crainte d'être persécuté se réfère à un élément objectif, la caractérisation des pays, du point de vue notamment des violations constatées des droits de

¹ Voir par exemple SPIRE Alexis, « L'asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007/4, 169, pp. 4-21.

² Voir les nombreux ouvrages spécialisés constituant une discipline spécifique, le droit des réfugiés, et tout spécialement CARLIER Jean-Yves, *Droit d'asile et des réfugiés – De la protection aux droits*, Cours à l'Académie de droit international de la Haye, Tome 332, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 195-235.

³ Voir le rapport de KUMMERLE Hélène, *Compte-rendu de la formation sur « la recherche et l'utilisation des informations sur les pays d'origine (COI) dans le cadre de la procédure de détermination du statut de réfugié*, 4 et 5 octobre 2007, Paris, CRR, 13/11/2007.

l'homme et des libertés fondamentales ; cette information constituerait dès lors le socle du raisonnement rationnel du juge.

Toujours dans cette perspective, la jurisprudence des sections réunies de la CNDA vise à imposer des solutions communes pour des cas de figure types (par exemple les mères qui souhaitent protéger leur fille de l'excision dans des pays où celle-ci est très majoritairement pratiquée) ou des populations entières comme les Arméniens d'Azerbaïdjan, les Roms du Kosovo (et plus particulièrement de Mitrovita), ou, à un certain moment, au plus fort de la guerre civile, tous les Tamouls du Nord et de l'Est du Sri-Lanka. Ces sections réunies sont des formations de jugement exceptionnelles qui comptent trois fois plus de juges que les formations ordinaires (trois au lieu de neuf). Elles interviennent en général quand les juges constatent d'eux-mêmes leur grande difficulté face à un type de problème et leur incapacité temporaire à dégager un raisonnement commun. Par exemple, lors de la guerre civile du Sri-Lanka, en 2008, sur des dossiers relativement proches de Tamouls qui ne faisaient pas la preuve d'un engagement militant, on assistait à tous les types de jugement possibles : rejet de la demande – justement justifiée par l'absence de militantisme qui, selon ces juges, déterminait une absence de crainte ; protection subsidiaire, c'est-à-dire une reconnaissance des craintes mais sans motif conventionnel (politique ou ethnique) ; statut conventionnel de réfugié, en reconnaissant si ce n'est le militantisme, du moins la cause ethnique de la persécution encourue.

Tous ces efforts, de méthodologie, de recherche d'informations et d'élaboration d'une jurisprudence commune, montrent bien que le juge de l'asile – comme bien d'autres magistrats mais la tâche est cependant très particulière compte-tenu de la distance qui sépare les juges des faits qu'ils ont à apprécier – a conscience des problèmes auxquels il est confronté pour mener à bien sa mission.

Tout récemment, au cours de l'année 2011, un nouvel essai visant à l'amélioration du travail des juges de l'asile a encore eu lieu avec la création de l'association française des juges de l'asile. Pourquoi la création d'une association des juges du droit d'asile ? Voici ce que disent ses promoteurs, trois présidents permanents de la CNDA : « *Il nous semble que cette création va de pair avec le processus de professionnalisation des juges à la Cour nationale du droit d'asile qui est une juridiction récente. Elle s'inscrit dans la ligne de l'association internationale des juges de l'asile (IARLJ) qui est une association professionnelle de juges dont le souci premier est d'assurer un meilleur exercice du droit d'asile pour les juges.* »

Pourtant, en dépit de ces tentatives, la jurisprudence reste disparate. Le taux d'annulation des décisions du directeur général de l'OFPPRA connaît ainsi d'importantes variations selon l'identité des personnes qui composent les formations de jugement. « *Dis-moi comment tu juges, je te dirai qui tu es* »⁴, conclut Anicet Le Pors, qui a constaté une véritable dispersion statistique des décisions rendues selon la composition des formations de jugement. Les taux qui ont circulé « sous le manteau », et qui paraissent assez crédibles, montraient des différences de 1 à 10 des annulations des décisions du directeur général de l'OFPPRA (reconnaissance du statut de réfugié conventionnel ou protection subsidiaire) en fonction de la personnalité du président de la formation de jugement. Comme le note Anicet Le Pors, on peut croire que « *de manière générale, l'intime conviction des juges se constitue sur la base de leurs savoirs et de leurs convictions [...], dans le respect des dispositions juridiques applicables mais qui laissent une très large place à l'appréciation personnelle sur des faits rarement établis dans leur ensemble et des craintes souvent difficiles à apprécier* ». « *Le juge dispose toujours [...] dans l'interprétation*

⁴ LE PORS Anicet, *Le droit d'asile*, Paris, PUF, collection Que sais-je ?, 4ème édition, mai 2011 ; LE PORS Anicet, *Juge de l'asile*, Paris, Michel Houdiard Editeur, collection Le sens du droit, 2010.

des faits invoqués, d'une telle latitude que les solutions sont très largement aléatoires », explique également Jean-Michel Belorgey, conseiller d'Etat, autre président de section à la CNDA très fortement incliné à annuler les décisions de l'OFPRA et donc à accorder le statut de réfugié (il est parfois surnommé Annulator !)⁵.

En fait, on observe bien que chaque juge questionne les demandeurs d'asile, examine les dossiers et finalement statue, non seulement en fonction de tous les éléments qui sont soumis à son appréciation mais aussi beaucoup par rapport à ses compétences concernant certains pays ou régions du monde, son expérience professionnelle (tel juge a été ambassadeur dans tel pays, tel autre a assuré des missions humanitaires alors qu'un autre a été en activité en préfecture ou au ministère de l'Intérieur ; tel président est conseiller d'Etat ou juge administratif tandis que d'autres viennent des juridictions de l'ordre judiciaire), voire politiques : on a affaire à des juges qui se perçoivent comme étant en premier lieu des humanistes et qui souhaitent donner le statut de réfugié à pratiquement tous les demandeurs d'asile, tandis que d'autres semblent s'être donnés pour mission de bouter hors de France le maximum de requérants. Dans le même ordre d'idées, il apparaît des nuances sensibles entre ceux qui évaluent le potentiel d'intégration des requérants (usage du français, scolarité des enfants, etc.) et ceux qui refusent de juger autre chose que de l'existence de craintes sérieuses de persécution. Ainsi, comme l'estime Anicet Le Pors, « *dès lors, la tentation sera grande de prendre appui sur l'incertitude qui entoure les cas examinés et de déplacer le terrain d'analyse rationnelle sur celui d'une croyance intuitive. Au délibéré le juge dira : « je ne crois pas à cette histoire.* »

Pour ce qui est de l'étude de la preuve, une opposition divise aussi ceux qui soutiennent la théorie du château de cartes (à partir du moment où un élément du récit est faux, la demande d'asile dans son ensemble paraît infondée) et ceux qui pensent que les dossiers sont complexes, mêlant éléments avérés et controversés. On observe en effet que de nombreux demandeurs d'asile, intimidés par la procédure, croient devoir ajouter à leur requête des éléments pour forcer la décision (des pièces comme des cartes de membre de parti, des documents judiciaires concernant des poursuites dont ils sont l'objet, etc.), éléments dont l'authenticité n'est pas toujours établie et qui peuvent ainsi être contre-productifs : au lieu d'étayer le dossier, ces pièces peuvent le miner !

Surtout, on assiste régulièrement, en audience à la CNDA, à une sorte de compétition, entre les membres des formations de jugement, pour débusquer les mensonges et les incohérences des récits délivrés par les demandeurs d'asile. Anicet Le Pors parle même « d'esprit de chasseur » en montrant que l'audience est souvent construite comme un piège qui vise à prouver que le requérant ment : ce sont alors, pour ainsi dire, les mythes du « réfugié menteur » et du « juge bien-pensant » qui s'opposent frontalement. Il est vrai que le nombre de demandes d'asile est important et que ce nombre est d'autant plus important que les requérants, pendant la procédure, bénéficient du droit au séjour : lorsqu'on est en situation irrégulière, il n'y a donc effectivement guère de raison de ne pas demander l'asile. Le fait est que l'on constate qu'une grande majorité des demandes d'asile ne sont pas fondées, aujourd'hui, sur la Convention de Genève ou les dispositions concernant la protection subsidiaire, et reposent la plupart du temps sur des récits donnés ou vendus par des proches ou des profiteurs de la détresse de ces migrants. Le taux de rejet est de nos jours très important, beaucoup plus qu'il ne l'était autrefois : au début des années 1970, on accordait à l'OFPRA le statut de réfugié à environ 85 % des personnes qui en faisaient la demande. En 2010, les proportions sont inversées : le taux

⁵ BELORGEY Jean-Michel, « L'asile et l'intime conviction du juge », *Revue administrative*, n°336, novembre 2003 ; *Plein droit*, n°59-60, mars 2004.

d'accord global est de 27,4 % : 13,5 % directement par l'OFPRA et 13,9% par annulation par la CNDA.

Les récits des demandeurs d'asile sont ainsi souvent qualifiés de stéréotypés par l'OFPRA ou la CNDA, mais cette critique est elle-même, fréquemment, stéréotypée. Comment en effet s'étonner que des personnes qui sont sensées avoir vécu les mêmes événements ou des événements similaires (manifestations, arrestations en masse, persécutions) livrent des récits fortement convergents ? En fait, pour statuer, le juge de l'asile en vient non plus à rechercher forcément la vérité, peu accessible par l'investigation de l'Officier de l'OFPRA, du rapporteur ou l'examen des dossiers, mais à établir la cohérence des dossiers, c'est-à-dire, selon la formule de Smaïn Laacher, construire le vraisemblable⁶. En s'appuyant sur la cohérence interne – personnelle - du récit du demandeur et la cohérence externe liée à la situation du pays, on statue sur des récits fortement probables ou improbables.

Comme peuvent l'observer les intervenants qui travaillent le plus directement à l'objectivation de certains éléments des récits – et notamment les souffrances physiques et psychologiques endurées par les victimes des persécutions – la preuve formelle est bien un mythe et se contenter par exemple des traces visibles de tortures, comme le relèvent les animateurs de la Fondation Primo Levi, n'est pas un gage absolu de sérieux dans l'établissement des faits, alors que des blessures profondes et réelles, porteuses de traumatismes, peuvent demeurer invisibles aux premiers regards⁷.

Ainsi, les critiques de la pratique de ce droit, en France ces dernières années, se multiplient, tout particulièrement au sein du réseau Terra, animé par un ancien juge de l'asile représentant le HCR, Jérôme Valluy⁸. Ce dernier est en effet devenu très sévère en ce qui concerne les définitions mêmes du statut de réfugié, qui seraient imparfaites et inachevées. De même, il condamne l'insuffisance des moyens donnés aux juges de l'asile (durée de l'examen des dossiers, possibilités d'investigation, etc.), juges dont par ailleurs le recrutement laisserait à désirer : hauts fonctionnaires conservateurs, du côté des présidents des formations et des représentants de l'administration, qui seraient d'ailleurs fréquemment en collusion ; jeunes universitaires, selon lui de plus en plus malléables, pour ce qui est des représentants du HCR. Ainsi, le travail de ces juges participerait au « *retournement du droit de l'asile contre les exilés en se présentant comme une évaluation objective de ce qu'ils sont au regard de règles juridiques impersonnelles alors qu'il ne procède [...] d'aucune définition consensuelle du réfugié, ne possède aucun moyen significatif d'instruction sur les réalités biographiques des exilés et se trouve de ce fait tributaire des subjectivités et de leurs interactions.* » « *Chaque juge technocratique [...] se construit [...] au fil des dossiers ou des rencontres une certaine image du bon réfugié [...] et chaque fois que certains traits saillants ou mieux aperçus d'un récit d'exil se rapprochent plus que les autres récits de cette représentation[...] alors se renforcent chez le juge l'assurance de sa propre compétence, le sentiment de savoir faire, de savoir repérer le vrai ou plutôt le bon réfugié parmi tous les autres.* »

Alors, *in fine*, est-ce que, comme le dénoncent ces prises de position, le droit d'asile est devenu un élément des politiques de l'immigration, de plus en plus restrictives ces dernières années ? Ma réponse sera claire : sans aucun doute. D'ailleurs, le fait que l'OFPRA soit placé sous la tutelle du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration

⁶ LAACHER Smaïn, « Eléments pour une sociologie de l'exil », *Politix*, n°69, 2005/1.

⁷ AGRALI Sibel, « Le mythe de la preuve », *Mémoires*, n°22, juin 2003.

⁸ VALLUY Jérôme, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Paris, Editions du Croquant, 2009.

corrobore, au moins de façon institutionnelle, cette idée. Cependant, il serait trop caricatural de ne conclure que dans ce sens et la CNDA n'est d'ailleurs pas l'OFPRA.

Tout d'abord, il faut noter l'exception française de la participation de représentants du HCR dans les formations de jugement de la CNDA. Et en plus de ces représentants, qui sont loin d'agir comme un seul homme, on observe aussi nombre de présidents de formation ou de représentants de l'administration particulièrement conciliants avec les requérants, faisant systématiquement profiter le doute aux demandeurs d'asile. D'une façon plus générale, il est clair que ces formations de jugement ne sont pas téléguidées par le pouvoir politique, obligées, comme le laisseraient penser certains, de respecter des quotas. Mon expérience m'a montré que les solutions apportées par les formations de jugement se font toujours dans l'indépendance et sont en premier lieu liées aux éléments constitutifs des demandes d'asile, puis à la personnalité des juges, très variable, comme on l'a observé, selon les formations de jugement.

Surtout, il faut remarquer que les critiques portées à ces mécanismes de justice sont en fait valables pour toutes les juridictions. En effet, même si pour le droit d'asile les preuves sont plus difficiles à établir que pour d'autres contentieux, il n'existe aucun domaine de droit où les dossiers sont si bien instruits qu'il n'y a jamais de doute quant à l'établissement des faits, que ce soit en matière civile, pénale, commerciale ou encore en droit du travail. De même, il serait naïf de croire qu'au sein de toutes les autres juridictions, d'apparence moins politisées que la CNDA, il existe des juges «objectifs», «apolitiques» ou alors que ces affaires n'ont rien à voir avec les convictions et les biographies des magistrats amenés à se prononcer.

La justice des hommes est forcément imparfaite, mais c'est peut-être cette imperfection qui est le gage de son sérieux. Ce n'est que dans les dictatures, que fuient, justement, les demandeurs d'asile, que les juridictions accusent une rationalité à toute épreuve en épousant de façon constante la raison du pouvoir. La faillibilité et la subjectivité du juge de l'asile, qui sont discutées par les différentes parties qui interviennent dans le processus de la reconnaissance du statut de réfugié, y compris par les juges eux-mêmes, apparaissent donc finalement moins choquantes que l'utopie d'une justice parfaite, où le droit d'asile serait défini sans équivoque, les faits établis sans aucun doute et les décisions à prendre... pourraient se passer de juge !