

Préface

La thèse que M. Olivier Delas a soutenu avec brio à l'Université Paris II à l'automne 2010 était attendue de longue date et sa publication vient à point, tant les questions relatives au principe de non-refoulement sont à l'ordre du jour, non seulement sur le terrain, en Amérique du Nord comme dans le bassin méditerranéen, mais également dans la doctrine, comme en témoigne l'ouvrage au titre provocateur de Marc Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile, Des juges sur un terrain glissant*, récemment publié chez Bruylant.

Olivier Delas a le grand avantage d'examiner ces controverses juridiques avec un triple recul. D'abord celui de l'espace, puisque devenu professeur au Canada, ce bon connaisseur de la jurisprudence européenne des droits de l'homme – qui a organisé avec Peter Leuprecht un dossier spécial de la *Revue québécoise de droit international* à l'occasion de 50^e anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme – regarde désormais les débats européens avec la bonne distance pour en apercevoir les lignes de force ou les lignes de fracture, et pour les comparer avec d'autres systèmes régionaux, notamment dans le cadre africain ou latino-américain. A cet égard, comment ne pas souligner une dimension sociologique et morale essentielle, mise en évidence par le président de la République italienne, Giorgio Napolitano, lorsqu'il a récemment rappelé « *qu'avant d'être un terre d'immigration, son pays avait été une terre d'émigration* ».

Il est loin le temps où un personnage d'un film de King Vidor, des années trente, *Our daily bread*, déclarait « *Quelqu'un qui a traversé le monde pour venir en Amérique mérite d'être Américain* »... Cette prise en compte de la longue durée, est d'autant plus saisissante que l'on assiste à un retournement évident depuis le 11 septembre. Certes les débats sur l'immigration ont toujours été passionnés, autour de la question de l'intégration des étrangers, du « *melting-pot* » et de l'*Arrangement* pour reprendre le titre d'un film de Kazan, traduisant les remords de la seconde génération. La première génération a traversé les mers, au risque de sa vie ; la seconde génération a renié ses parents, au risque de son intégrité, résumait Marguerite Mead, dans *And Keep Your Powder Dry : An Anthropologist Looks At America*, un classique paru en 1942. Si le XIX^e siècle a été le siècle des immigrés, chassés par la misère et la famine, le XX^e a été celui des réfugiés, fuyant les dictatures et les persécutions.

Mais au XXI^e siècle, la dimension sécuritaire a pris le dessus, avec la priorité mise au contrôle des frontières et à la « criminalisation » des clandestins. Ce revirement était en germe dans la montée en puissance de l'Union européenne, à partir des accords de Schengen et de Dublin, face au Conseil de l'Europe avec le déclin des activités du Comité ad hoc sur l'asile et les réfugiés, né lui-même de l'échec de la Conférence de Genève sur l'asile territorial de 1977. Il est manifeste dans les politiques européennes où l'harmonisation se fait sur le plus petit dénominateur de protection des droits de l'homme, dans une sorte de spirale vers le bas, qu'il s'agisse de la responsabilité des transporteurs ou de la mise en œuvre de la « directive retour ». La solidarité policière dans les expulsions collectives a remplacé l'idée de « partage du fardeau » à l'égard des pays de premier asile, face aux flux migratoires. Bien plus des accords bilatéraux comme le traité entre l'Italie de Berlusconi et la Libye de Kadhafi sont

venus délocaliser les contrôles, en fermant les yeux sur les violations des droits de l'homme commises par des Etats tiers. La chute des dictatures du général Ben Ali et du colonel Kadhafi est apparue comme la menace de flux massifs de nouveaux « barbares », avant d'être considérée comme une chance de stabilité démocratique et de sécurité juridique. FRONTEX a remplacé le CAHAR.

En ce sens, la thèse de M. Delas a vu son objet se déplacer au fil des ans, montrant que le droit connaît lui aussi des remises en cause. C'est sur le terrain juridique précisément que la recherche traduit son plus grand décalage, puisqu'elle se situe à la charnière de plusieurs corpus de référence, même si aujourd'hui le Conseil de sécurité évoque fréquemment « *le respect du droit international et notamment du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit des réfugiés* ». Le principe de non-refoulement est en tant que tel consacré par la Convention de Genève de 1951 – dont soit dit en passant le 60^{ème} anniversaire semble bien discret. Ce principe général ne s'applique pas seulement aux personnes titulaires du droit d'asile, mais aux personnes qui demandent l'asile, en attendant qu'il soit statué sur leur sort. La Sous-Commission des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur ce point, malgré un amendement chinois, dans une résolution votée en 2002.

Mais de fait, le droit international des droits de l'homme est très discret en matière de droit d'asile. C'est un des rares cas où un droit figurant expressément dans la déclaration universelle, avec l'article 14 qui proclame que « *devant la persécution, toute personne a droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* », se trouve gommé dans les Pactes, faute de pouvoir être transformée en obligation juridique imputable à un Etat. La quasi-jurisprudence du Comité des droits de l'homme comme la jurisprudence européenne passeront par des biais pour retrouver ce principe, en invoquant notamment le risque de torture et de traitements inhumains et dégradants. De manière atténuée, le respect de la vie privée et familiale peut protéger les étrangers visés par une mesure d'expulsion, mais s'agissant de clandestins menacés de refoulement, cette disposition reste de portée limitée, sauf si les procédures s'enlisent, permettant des formes d'accueil et d'intégration.

De manière très judicieuse, M. Delas se concentre donc sur la pratique comparée du Comité des droits de l'homme, accessoirement du Comité contre la torture, et la jurisprudence de la Cour européenne qui servent de fil conducteur à sa thèse. Il fait montre d'une excellente maîtrise de la casuistique, analysant avec beaucoup de finesse les évolutions jurisprudentielles. Mais derrière cet esprit d'analyse apparaît une vision plus ample, où les arbres ne cachent pas la forêt. C'est le primat de la souveraineté qui avait empêché de transformer le droit de toute personne persécutée « de chercher asile » en obligation de l'Etat, d'accorder le statut de réfugié. Le principe de non-refoulement n'est qu'un palliatif provisoire, avec le risque au terme de la procédure de créer des sans-papiers non expulsables, ou encore des candidats à l'asile en orbite, transitant d'un pays à l'autre pour tenter leur chance. La souveraineté réapparaît avec les difficultés de la coopération consulaire en matière de mise en oeuvre des accords de réadmission. Elle apparaît encore lorsque tout en récusant les « assurances diplomatiques », un Etat plaide pour une protection différée.

Olivier Delas montre bien tous les enjeux de cette dialectique permanente entre souveraineté étatique et protection humanitaire en sous-titrant sa thèse « *de la consécration à la contestation* ». Les avancées progressives d'une jurisprudence fondée sur la prise en compte du risque couru par des individus ou des groupes vulnérables, se trouvent remises en cause par ce retour du refoulé, la souveraineté. Pour pessimiste qu'elle soit, la démonstration faite par Olivier Delas est lucide et nécessaire, témoignant d'une déconstruction juridique au nom d'impératifs sécuritaires. Dans la peinture canadienne française la nature était toujours caractérisée par la présence humaine, même si c'était sous la forme d'une minuscule silhouette, contrairement à l'école de Toronto dont les peintres décrivaient des immensités inexplorées. Il faut espérer que dans la forêt de la jurisprudence, on retrouve cette échelle humaine qui est inhérente au droit international des droits de l'homme.

Emmanuel DECAUX
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II
Directeur du CRDH