

**OLIVIER DELAS, LE PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT
DANS LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE DES DROITS
DE L'HOMME : DE LA CONSÉCRATION À LA
CONTESTATION, BRUXELLES, BRUYLANT, COLLECTION
MONDIALISATION ET DROIT INTERNATIONAL, 2011**

Kristine Plouffe-Malette *

De tous temps l'homme a-t-il migré; de tout temps l'homme a accueilli sur son territoire l'étranger, mais lui a aussi refusé l'accès à son territoire, sans égards aux motifs justifiant la migration. Le principe de non-refoulement est, à n'en point douter, d'actualité : tous les pays sont appelés à jouer un rôle dans la migration humaine, que ce soit d'origine, de transit ou de destination, et tous jouissent de la même prérogative, c'est-à-dire la souveraineté étatique et son corollaire, le refus de pénétrer son territoire. La protection des droits de l'homme, tels que nous les concevons depuis un peu plus de 60 ans¹, n'a eu de cesse, elle aussi, d'être analysée, mais demeure encore inscrite à l'agenda mondial². Le principe de non-refoulement se veut un outil de protection des droits de l'homme. Cependant, est-ce que ce dernier doit être limité et l'est-il lorsque des enjeux de nature sécuritaire sont soulevés ? Olivier Delas, professeur de droit international et européen à l'Université Laval, offre une réponse juridique à cette question dans son manuscrit, produit de sa thèse de doctorat soutenue à l'automne 2010 à l'Université Paris II – Panthéon-Assas, intitulé *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence international des droits de l'homme: De la consécration à la contestation*³.

Comme le dit à juste titre le professeur Emmanuel Decaux dans sa préface, « si le XIXe siècle a été le siècle des immigrés, chassés par la misère et la famine, le XXe siècle a été celui des réfugiés, fuyant les dictatures et les persécutions. »⁴ Le XXIe siècle sera lui aux couleurs de la sécurité, du contrôle des frontières et de la criminalisation des clandestins. S'étant illustré de tous les siècles derniers et présents,

* Candidate au doctorat en droit, Université de Sherbrooke; Avocate; Chargée de cours, Université de Montréal et UQAM.

¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III), Doc NU A/810 (1948) [DUDH]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3.

² Voir par exemple Philippe Alston, dir, *The United Nations and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992; Sayegh, Raymond, *L'évolution millénaire des droits humains : Une approche de 5000 ans*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2000; Alexander T. Aleinikoff et Vincent Chetail, dir, *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003; Ludovic Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2007; Patrick Waschman, *Les droits de l'homme*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2008; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e éd, Paris, PUF, 2012.

³ Olivier Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence international des droits de l'homme : De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, Collection Mondialisation et droit international, 2011.

⁴ *Ibid*, Préface à la p VIII.

le principe de non-refoulement est consacré à l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*⁵, adoptée en juillet 1951 :

Aucun des [É]tats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

La présente disposition ne pourra toutefois être invoquée par un demandeur d'asile ou un réfugié s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, s'il constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Ce principe général s'applique à tous, demandeur comme titulaire du droit d'asile. Or, ce droit n'a pas fait l'objet ni des deux *Pactes* relatifs aux droits de l'homme ni d'une convention en la matière⁶. Ainsi se trouve-t-on devant un choc des paradigmes entre la protection des droits humains, notamment la prohibition du renvoi vers la torture ou un traitement inhumain ou dégradant, et la compétence souveraine des États en matière d'accès à leur territoire, lorsqu'il est question d'enjeux sécuritaires⁷. Afin de dresser le bilan de la pratique en la matière, le professeur Delas a analysé les décisions du Comité des droits de l'homme et du Comité contre la torture, ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, principalement quant au respect de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Il démontre

que la volonté réelle [des] juridictions et quasi-juridictions internationales d'affirmer en droit international des droits de l'Homme le principe de non-refoulement tout en mettant en exergue le pouvoir souverain des États de contrôler l'accès et le séjour sur leur territoire engendre une situation aux conséquences paradoxales.⁸

En effet, cette « jurisprudence » contribue à l'affirmation du principe de souveraineté et, par conséquent, à l'affaiblissement du principe de non-refoulement qu'elle tend pourtant à protéger.

À souligner que l'auteur intègre un nombre très élevé de citations des décisions qu'il a minutieusement étudiées pour appuyer son analyse. Si cela peut parfois alourdir le texte, le lecteur attentif, qu'il soit universitaire, professionnel ou étudiant, n'en sera que plus satisfait, bénéficiant ainsi de la source primaire. Si de nombreux auteurs se sont déjà penchés sur le droit des réfugiés ou des étrangers et la protection internationale des droits humains indérogeables dans un contexte

⁵ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

⁶ L'article 14 de la DUDH prévoit que toute personne soumise à la persécution a le droit de chercher asile et d'en bénéficier. DUDH, *supra* note 1, art 14.

⁷ Delas, *supra* note 3 à la p 3.

⁸ *Ibid* aux pp 22-23.

migratoire⁹, l'étude ici présentée est originale en ce que peu d'auteur dresse un portrait aussi complet, appuyé sur une lecture transversale de la jurisprudence des instances internationales.

La recherche est présentée sous le traditionnel plan en deux parties, lequel est très efficace en l'espèce. Dans une première partie, l'auteur expose l'évolution vers la reconnaissance du principe de non-refoulement par la jurisprudence internationale relative aux droits humains. Dans un premier chapitre, il est clairement démontré, par le biais d'une fine analyse de la jurisprudence de la Commission puis de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle aura influencé les décisions du Comité des droits de l'homme – ce dernier passant du refus de reconnaître ce principe à sa consécration¹⁰ – que le principe général de non-refoulement est dorénavant retenu. Certaines précisions s'imposent. Si ces juridictions et quasi juridictions se sont largement influencées, celles-ci ne sont pas parfaitement cohérentes dans leurs approches. Les institutions européennes ont tout d'abord reconnu le non-refoulement par l'application de l'article 8 prévoyant la protection de la vie privée et familiale, mais principalement pour le maintien des liens familiaux dans des affaires datant du contexte post-guerre des années 1950 et 1960, pour bifurquer vers l'article 3 interdisant la torture et les traitements inhumains ou dégradants¹¹. Le Comité contre la torture n'aura retenu que la torture dans les affaires impliquant le principe de non-refoulement, le risque de mauvais traitement ne trouvant pas écho¹². Finalement, dans les autres systèmes juridiques régionaux – l'Amérique, l'Afrique et l'Union européenne – le principe a été consacré soit par le biais du droit international ou africain des réfugiés, soit par la protection des droits fondamentaux.

Le second chapitre de la première partie examine le champ d'application de la prohibition du renvoi vers la torture et les traitements inhumains et dégradants. Y sont tour à tour analysés la nature de la mesure d'éloignement, l'imputabilité du risque de torture, la nature du traitement prohibé dans l'État de destination (ex. la peine de mort et le déni de justice¹³) et la mesure d'éloignement elle-même constitutive d'un traitement prohibé lié à l'exécution matérielle de la mesure (ex. la détention) ou aux groupes de personne visés (ex. les femmes enceintes¹⁴, les

⁹ Vincent Chetail, dir, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001; Rene Bruin et Kees Wouters, « Terrorism and the non-Derogability of non-Refoulement » (2003) 15:1 International Journal of Refugee Law 5; Erika de Wet, « The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law » (2004) 15 :1 EJIL 97; Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3^e éd, Oxford University Press, Oxford, 2007; Augusto Cançado Trindade, « Le déracinement et la protection des migrants en droit international » (2008) Revue trimestrielle des droits de l'homme 289; Marc Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges en terrains glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Maarten Den Heijer, « Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the *Hirsi* Case » (2013) International Journal of Refugee Law à paraître.

¹⁰ Delas, *supra* note 3 aux pp 53 et s.

¹¹ *Ibid* aux pp 36 et s.

¹² *Ibid* aux pp 73-74.

¹³ *Ibid* aux pp 171 et s.

¹⁴ *Ibid* aux pp 202-205.

personnes discriminées¹⁵, les enfants¹⁶). Bien que généralement il soit question de protéger un droit indérogeable, il demeure une question de gestion du risque lorsque vient le temps de mettre en œuvre le principe de non-refoulement.

Tel qu'il est établi en première partie, le droit international des droits de l'homme appréhende généreusement la protection et largement la portée du principe de non-refoulement. La deuxième partie est toutefois consacrée à la démonstration de la limitation de ce principe, articulée en fonction de la réaffirmation constante, par les mêmes juridictions et quasi-juridictions, du principe de souveraineté propre aux États. Dans un premier chapitre, Olivier Delas démontre l'étendue des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la protection contre l'éloignement, principalement dues à la manière dont les juridictions et quasi-juridictions se saisissent du contentieux. Cela est fonction du risque, plus particulièrement de son individualisation et du moment de son appréhension. Le risque pour la personne soumise à une mesure d'éloignement de subir de la torture ou d'être soumise à un traitement inhumain ou dégradant doit être sérieux ou réel et permet d'évaluer la crainte alléguée et son fondement. Cette exigence est similaire d'une instance à l'autre. Ainsi, si la nature et la source de la crainte ont reçu une large interprétation, l'évaluation du risque qu'elle se matérialise se fait à l'aune du principe de la souveraineté et a entraîné une interprétation stricte de celle-ci¹⁷.

Premièrement, il est maintenant exigé que le risque encouru par le demandeur soit de nature personnelle. Cette individualisation vise certes à ne pas augmenter outre mesure le caractère hypothétique du risque, mais il ne serait pas nécessaire selon Olivier Delas d'insister sur ce critère lorsqu'il est établi que toute personne dans une situation donnée sera nécessairement confrontée au danger en question¹⁸. Une exception a été introduite par la jurisprudence de la Cour européenne et les décisions du Comité contre la torture lorsque le requérant appartient à un groupe à risque ce qui personnalise le risque par essence, telle une « conclusion naturelle »¹⁹.

Le moment d'appréciation du risque consiste en un second facteur ayant un impact sur le contentieux de l'éloignement; choisir d'apprécier l'existence du risque lors de l'examen de l'affaire, de la prise de décision ou de l'exécution de la mesure d'éloignement ne peut qu'avoir un impact sur l'évaluation même de ce risque de torture ou de traitements inhumains et dégradants. Ces trois moments engendrent des problèmes. Retenir l'examen de l'affaire au titre de l'appréciation du risque peut être délicat, car ce moment peut survenir plusieurs années après la décision des autorités nationales et, par conséquent, la situation, dans l'État de destination, peut avoir changé. Si celle-ci s'est dégradée, cela n'engendre pas de débat, mais si elle s'est globalement améliorée, cela génère un questionnement quant à l'individualisation du risque, ultérieurement abordé dans cette contribution, et au caractère absolu de l'interdiction de torture et des autres traitements. Ainsi serait-il permis aux États de

¹⁵ *Ibid* aux pp 205-208.

¹⁶ *Ibid* aux pp 200-202.

¹⁷ *Ibid* à la p 228.

¹⁸ *Ibid* à la p 253.

¹⁹ *Ibid* à la p 260.

prononcer des mesures d'éloignement et d'attendre l'amélioration de la situation pour les mettre à exécution, ce que déplore, à juste titre, l'auteur. L'appréciation du risque devrait donc se faire au moment de la prise de décision par les autorités nationales, car il s'agit du moment le plus rapproché de l'exécution de la mesure qui n'a pas encore eu lieu, respectant l'idée d'un réexamen de la décision étatique dans les mêmes conditions dans lesquelles elle a été prise. Si la mesure d'éloignement a été mise en œuvre avant que ne soit saisie l'instance internationale, cette dernière option devrait prévaloir, même si dans la jurisprudence actuelle, tant de la Cour européenne que du Comité contre la torture, il est permis de tenir compte d'élément *ex post facto*²⁰.

Un deuxième et dernier chapitre est consacré à l'étude des tentatives des États de contourner la mise en œuvre du principe de non-refoulement au nom des impératifs de sécurité; ils s'appuient principalement sur la compétence souveraine que leur reconnaissent les juridictions et quasi-juridiction en matière de gestion des flux migratoires sur leur territoire. Les exemples sont au nombre de trois : les assurances diplomatiques délivrées par les États, les mesures provisoires prononcées par les instances internationales et l'introduction de la balance des risques au détriment du caractère absolu du principe de non-refoulement. Les premières, même si elles respectent l'ensemble des conditions nécessaires à leur formulation, ne permettent pas d'assurer que la personne refoulée ou éloignée ne soit pas torturée ou ne subisse de mauvais traitements. L'État qui renvoie une personne dans l'État dans lequel elle peut légalement séjourner sous couvert d'assurance diplomatique n'a aucun moyen ni aucun pouvoir de surveillance dans l'État de destination²¹. Les mesures provisoires sont, pour leur part, « un moyen de protéger le droit à la vie ou à la sécurité, mais constituent une véritable garantie procédurale visant à protéger l'effet utile de l'ultime recours que possède la victime présumée. »²² Bien qu'encore difficilement reconnu, le caractère obligatoire des mesures provisoires est primordial, garantissant d'autant leur effectivité. Finalement, les tentatives d'introduction de la balance des risques par les États, particulièrement depuis 2001 et l'avènement de la guerre au terrorisme, ne peut qu'être contraire au principe même de non-refoulement et au caractère absolu de l'interdiction de la torture et d'autres mauvais traitements. Tel que le souligne Olivier Delas,

si cette lutte contre le terrorisme est commandée par le respect même des droits de l'Homme, elle ne peut pas pour autant s'en affranchir. Bien au contraire, ces droits fondamentaux peuvent constituer le garde-fou nécessaire, donnant aux États les moyens de mener une telle lutte sans pour autant reconnecter aux valeurs qu'ils représentent.²³

²⁰ *Ibid* à la p 273.

²¹ *Ibid* à la p 332.

²² *Ibid* à la p 348.

²³ *Ibid* à la p 389.

Si le principe de non-refoulement n'est ni le corolaire ni l'émanation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, il en est une exigence. Ainsi imbriqué, il est difficile de séparer le principe de l'interdiction, de nuancer la mise en œuvre de l'un ou l'autre ou encore d'en relativiser la protection²⁴. Il importe donc de maintenir la protection de l'un comme de l'autre, tout en tentant de trouver l'équilibre avec le principe de souveraineté.

²⁴ *Ibid* à la p 412.