

À PROPOS DE «LE DROIT D'ASILE EN BELGIQUE À L'HEURE DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE» DE PIERRE MERTENS (1966-I)

PAR

Jean-Yves CARLIER*

INTRODUCTION

En 1966, dans le troisième numéro de la *Revue belge de droit international*, Pierre Mertens publie un article de trente pages intitulé : « Le droit d'asile en Belgique à l'heure de la révision constitutionnelle » (1). Le jeune juriste (il a vingt-sept ans), attaché de recherche à l'Institut de Sociologie de l'ULB, propose de « compléter l'article 128 de la Constitution par un alinéa relatif au droit d'asile ». Aujourd'hui encore, cette disposition, devenue l'article 191 de la Constitution, est demeurée inchangée depuis son libellé d'origine : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». En exagérant quelque peu la dichotomie pour l'analyse, on pourrait dire que, par sa proposition motivée d'introduire le droit d'asile dans la Constitution, Pierre Mertens avait tort en 1966, mais qu'il aurait raison en 2016. Même si cette affirmation n'est vraie que pour partie, car il n'avait pas tout à fait

* Professeur, Université catholique de Louvain et Université de Liège.

(1) P. MERTENS, « Le droit d'asile en Belgique à l'heure de la révision constitutionnelle », *R.B.D.I.*, 1966, pp. 218-247. D'autres articles relatifs au droit d'asile et des réfugiés seront publiés dans la *Revue* : dans les n^{os} 1972-I (B. VUKAS, « International instruments dealing with the status of stateless persons and of refugees », p. 143), 1981/1982-II (V. MUNTARBHORN, « Asylum Seekers at sea and piracy in the Gulf of Thailand », p. 482), 1987-I (G. JAEGER, « La détermination du statut de réfugié en Belgique », p. 72), 1989-I, numéro spécial consacré à une journée d'étude sur « La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile » (avec des contributions de M. MOUSSALI, G. JAEGER, R. ERGEC, A. NAYER, O. GUIGNABAUDET, J.-Y. CARLIER, M. BOSSUYT, L.-P. SUETENS, Ph. DE BRUYCKER, O. CORTEN, P. KLEIN et N. WATTÉ), 1996-II (S. SAROLÉA, « La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 mars 1997 », p. 633), 1997-I (E. BRIBOSIA et A. WEYENBERGH, « Extradition et asile : vers un espace judiciaire européen ? », p. 69), 2004-I (V. CHETAIL, « Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme », p. 155), 2009-I (J. PÉRILLEUX, « L'interprétation des notions de "conflit armé" et de "violence aveugle" dans le cadre de la protection subsidiaire : le droit international humanitaire est-il une référence obligatoire ? », p. 113), ainsi que deux chroniques annuelles relatives aux réfugiés dans les numéros 1995-I et 1995-II (B. BLERO, p. 657).

tort en 1966 et n'aurait pas tout à fait raison en 2016, elle permet de rendre hommage à la vision éclairée qui, au-delà des contingences du moment, caractérise la pensée de l'écrivain.

Le plaidoyer de Pierre Mertens pour la « nécessité d'inclure le droit d'asile dans la Constitution belge » reposait sur trois piliers : la « nature du droit d'asile », la comparaison avec « les constituants modernes », et « la pratique belge ». La note qui suit analyse ces trois arguments, d'abord, tels qu'ils furent présentés par Pierre Mertens, ensuite, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » pour reprendre la formule chère à la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle entend promouvoir une interprétation évolutive des droits fondamentaux. Cette analyse en trois temps (II, III, IV) est précédée d'un bref rappel du contexte (I) et suivie d'une interrogation finale sur la place contemporaine du droit d'asile (V).

I. — CONTEXTE

En avril 1965, les chambres législatives ont déclaré qu'il y avait lieu à révision de la Constitution. Les préoccupations des communautés linguistiques, qui conduiront à la première réforme de l'État, sont le principal moteur de cette révision. Mais l'insertion de la Belgique dans le cadre international est aussi à l'examen. Du reste, le même numéro de la *Revue* publie un document intitulé : « L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales contemporaines ». Ce document faisait suite à un colloque organisé par les Centres de droit international des Universités de Bruxelles et de Louvain, et fut rédigé par un comité présidé par Henri Rolin (2). Ce document ne comportait pas de proposition relative à l'article 128 de la Constitution. L'article 128 (devenu 191) qui établit le principe d'égalité en faveur des étrangers n'était pas soumis à révision. Pierre Mertens voit, dans le silence de la Constitution sur le droit d'asile, une « omission regrettable ». Certes, note Pierre Mertens, en 1830, l'omission était, en partie, volontaire. Un premier projet de rédaction de la Constitution, sans évoquer expressément le droit d'asile, libellait toutefois l'article 128 comme suit : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens. *Il ne peut être dérogé au présent article, soit par extradition, soit de toute autre manière, que par une loi* ». Dans la version finale, les mots ici en italique seront remplacés par la formule générale « sauf les exceptions établies par la loi ». Le constituant considéra qu'il suffisait d'affirmer que la protection accordée aux étrangers devait constituer la règle et que le législateur seul pouvait y apporter des exceptions. C'est dans ce

(2) Le Comité de rédaction était composé de I. De Troyer, Y. De Vadder, P. De Visscher, R. Legros, J. Masquelin, F. Muls, H. Rousseau, J. Salmon, P.-F. Smets, Y. Van der Mensbrugghe et M. Waelbroeck, *R.B.D.I.*, 1966-I, p. 317.

contexte que Pierre Mertens raisonne. Cela le conduit à analyser la nature du droit d'asile (II). Pour l'essentiel, il y voit une forme de protection permettant d'éviter des risques d'abus en matière d'extradition, risques visés par le libellé du projet d'article 128 reproduit ci-dessus. Il souhaite que cette protection figure dans la loi fondamentale belge, comme elle figurait déjà dans d'autres constitutions (III), afin de garantir, au-delà de la pratique belge, fut-elle généreuse (IV), une protection « dont la valeur juridique ne soit pas illusoire » (p. 237)(3).

II. — NATURE DU DROIT D'ASILE

Le débat est connu : le droit d'asile est-il un droit de l'État ou un droit de l'individu ? La doctrine majoritaire, très correctement citée et analysée par Pierre Mertens, souligne que le droit d'asile est un droit de l'État. Cette position, toujours dominante en 2016, se fonde sur divers arguments dont l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Son libellé, trompeur, affirme que « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Les travaux préparatoires et les explications de René Cassin montrent que la volonté certaine était de ne reconnaître qu'un droit de chercher asile « faute de désignation non équivoque du débiteur de l'obligation corrélative » (p. 225, note 35). Toutefois, Pierre Mertens prend distance avec cette position classique : « il ne faut pas craindre d'affirmer que la tendance actuelle de la doctrine et même de la pratique, est de situer la reconnaissance du droit d'asile dans le cadre général de la protection des droits de l'homme. Cette évolution va tout naturellement de pair avec la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit international » (p. 227). Depuis, la thèse de l'individu, sujet de droit international, a connu quelque déclin. Sans doute était-il prématuré, en 1966, d'y voir le fondement d'un droit subjectif à l'asile. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, après la rédaction de l'article de Mertens, ne comportera aucune disposition relative au droit d'asile. Le droit d'asile constitue, avec le droit de propriété, la paire de droits inscrite dans la Déclaration, comme un essai qui ne sera pas transformé dans le Pacte. En outre, la pratique constante des États lira le droit d'asile comme le droit pour l'État d'accorder souverainement l'asile à qui il le souhaite. Si limité fut-il dans le chef de l'individu, ce droit de l'État n'est pas sans conséquence dans les relations internationales, l'octroi de l'asile étant un « acte pacifique et humanitaire qui, en tant que tel, ne saurait être considéré comme inamical à l'égard d'un autre État », comme le rappellera la déclaration des Nations Unies du 14 décembre 1967 sur l'asile territorial.

(3) Les numéros de page mentionnés entre parenthèse dans le texte, sans autre référence, renvoient à l'article de Pierre MERTENS selon la pagination de la *R.B.D.I.*, 1966-I.

Dans le cadre régional, en 1969, la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régit les aspects propres aux réfugiés en Afrique affirmera de même, en son article 2, paragraphe 2. S'agissant d'un texte contraignant, la chose n'est pas négligeable, en particulier dans le contexte des relations entre États en Afrique.

Faut-il dès lors considérer qu'en 1966, faisant du droit d'asile un droit de l'individu, Pierre Mertens s'est lourdement trompé ? Non. D'une part, aujourd'hui encore, le débat sur la place de l'individu en droit international et sur la portée du droit d'asile est loin d'être clos (4). D'autre part, de plus en plus, c'est la portée exacte du droit de chercher asile qui a été scrutée (5). Ainsi, en 1989, le titre du numéro spécial que la *Revue* consacre à ce sujet est explicite : « La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile ». Philippe De Bruycker insiste sur la nécessaire précision sémantique rappelant que l'expression droit d'asile pour parler du droit des personnes « introduit beaucoup de confusion dans le droit des réfugiés » et qu'il est plus correct de parler d'un droit à l'asile provisoire, comme conséquence du principe de non-refoulement inscrit à l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (6). Or tel était bien l'objet central de la proposition de Pierre Mertens. Le texte proposé de l'ajout à l'article 128 de la Constitution se lisait comme suit :

« Tout étranger qui vient d'un pays où il craint, avec raison, d'être poursuivi pour un délit politique ou bien d'être persécuté pour des motifs politiques ou philosophiques, ou du fait de son appartenance à un certain groupe social, de sa race, de sa religion ou de sa nationalité et qui ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner, jouit en Belgique du droit d'asile ».

Chacun reconnaîtra, dans la formulation de Pierre Mertens, les éléments constitutifs de la définition du réfugié tels qu'inscrits à l'article 1 de la Convention de Genève. Y avait-il donc une quelconque utilité à proposer une disposition qui paraphrasait la Convention de Genève ? Oui, pour trois

(4) Voy. les travaux de la Société française pour le droit international sur *Le sujet en droit international*, colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005, et, notamment, la contribution de H. RUIZ FABRI, « Les catégories de sujets du droit international »; voy. aussi dans les travaux de la S.D.F.I. sur le *Droit d'asile et des réfugiés*, colloque de Caen, Paris, Pedone, 1997, la conclusion de M. CHEMILLIER GENDREAU : « Je pense qu'il faut aller plus loin et qu'il est temps de mettre au jour ce qui est latent mais a été masqué pendant des siècles : que seul l'être humain est souverain » (p. 378). Pour ma part, je considère que le droit d'asile demeure un droit de l'État et que, quand bien même cette souveraineté de l'individu comme sujet de droit international était acceptée, il reste que les acteurs qui en assurent la garantie sont multiples et que l'État y joue un rôle-titre (« Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *R.C.A.D.I.*, t. 332, 2007, p. 340).

(5) G. S. GOODWIN-GILL, « The right to seek asylum: Interception at sea and the principle of non-refoulement », *I.J.R.L.*, 2011, p. 443; Th. GAMMELTOFF-HANSEN, *Access to asylum*, Cambridge University Press, 2011; V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, à paraître.

(6) Ph. DE BRUYCKER, « La compatibilité de la législation belge au droit international », *R.B.D.I.*, 1989, p. 200. J'ai toujours soutenu la même position : J.-Y. CARLIER, « L'état du droit international », in Fr. RIGAUX (dir.), *Droit d'asile*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 29, et *R.C.A.D.I.*, *op. cit.*, p. 76.

motifs. Les deux premiers motifs sont contingents et ne devraient plus être retenus aujourd'hui. C'est que, premièrement, à l'époque, la définition du réfugié inscrite à la Convention de Genève était limitée dans le temps en ce qu'elle s'appliquait aux événements survenus avant 1951. Pierre Mertens n'ignorait pas les travaux en cours. Il cite le colloque organisé en avril 1965 à Bellagio par la Dotation Carnegie qui avait conclu à la nécessité de supprimer ce verrou dans le temps par un protocole à la Convention de Genève. En revanche, l'auteur ne pouvait imaginer la rapidité avec laquelle ce protocole, parfois appelé Protocole de Bellagio plutôt que de New York, serait, peu de temps après la publication de son article, dès le 16 décembre 1966, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en même temps que les deux Pactes, et ouvert à la signature dès le 31 janvier 1967. Peu d'États ont mesuré à quel point ils offraient un blanc-seing en ratifiant ce protocole. Ils convertissaient la définition du réfugié, initialement conçue pour régir les suites de la Seconde Guerre mondiale, en définition générale et abstraite applicable à tout réfugié, passé, présent et à venir. Deuxièmement, même une fois cette définition acquise en droit international, sa primauté sur la loi belge était incertaine. Il convient de garder à l'esprit que l'arrêt *Le ski* de la Cour de cassation, qui va consacrer la primauté du droit international, date de 1971 (7). Mais le troisième argument est, pour l'époque contemporaine, le plus important. La proposition de Pierre Mertens garantissait non seulement, selon les termes d'aujourd'hui, un droit à l'asile provisoire au candidat réfugié pendant l'examen de sa demande, mais aussi un droit à l'asile — appelé droit d'asile — au réfugié reconnu. Pierre Mertens soulignait que « l'hospitalité n'est pas l'asile » (p. 223). Selon la formule de Kant dans le *Projet de paix perpétuelle*, non reprise par Pierre Mertens, l'hospitalité est un « droit de visite ou droit de s'offrir à faire partie de la société ». Ce n'est pas « un droit d'être admis au foyer » qui se traduirait aujourd'hui par un droit de séjour. Ce droit de séjour du réfugié doit se mesurer au travers des deux autres arguments de Pierre Mertens : la protection constitutionnelle et la pratique belge.

III. — PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

Pierre Mertens note en 1966 qu'un « grand nombre de constitutions modernes ont consacré le droit d'asile », mais reconnaît aussi que plusieurs « permettent un tel pouvoir d'appréciation, qu'elles tendent à vider véritablement la notion de son contenu » (p. 227). Aujourd'hui, on mesure aisément le caractère plus politique que juridique du droit d'asile inscrit, à l'époque, dans de nombreuses constitutions de pays communistes cités par Mertens.

(7) Même si cette évolution était pressentie depuis la mercuriale de l'avocat général R. HAYOT DE TERMICOURT (*J.T.*, 1963, p. 481). Voy. J. VERHOEVEN, « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1971, p. 649.

Il est plus utile de s'arrêter un instant sur les Constitutions françaises et allemandes. Le constituant français avait inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946 que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile en France ». La Constitution allemande prévoyait, en son article 16, que « les personnes victimes de persécutions politiques jouissent du droit d'asile ». Deux remarques peuvent être faites à cet égard. La première est déjà faite par Pierre Mertens à propos de la Constitution allemande. La référence à la notion de persécution lie ce droit d'asile à la définition du réfugié telle qu'inscrite dans la Convention de Genève. Depuis, ce constat du lien entre l'asile constitutionnel et la notion de réfugié est renforcé par l'interprétation donnée en France par le Conseil constitutionnel de la disposition du préambule. Le Conseil en déduit que le droit d'asile est un « principe de valeur constitutionnelle [qui] implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande (...) [pour lui permettre de saisir l'autorité compétente] (...) d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié » (8). En d'autres termes, le prescrit constitutionnel confirme le droit à l'asile provisoire qui peut se déduire du principe de non-refoulement de la Convention de Genève. La deuxième remarque, qui ne pouvait être anticipée en 1966, porte sur les modifications ultérieures de ces dispositions constitutionnelles allemande et française. Pour l'essentiel, elles permettent au législateur de modaliser ce droit à l'asile provisoire dans le cadre des engagements résultant du droit européen organisant la répartition des demandeurs d'asile entre États membres (mécanisme de Dublin) ou permettant le renvoi vers des pays tiers sûrs. Pour le surplus, ces dispositions constitutionnelles n'imposent pas à l'État d'accorder l'asile, même au réfugié reconnu, mais lui permettent de l'accorder, même au réfugié non reconnu. Dès lors, ni un droit subjectif au séjour pour le réfugié reconnu, ni un droit absolu à l'asile provisoire pour le candidat réfugié ne peut se déduire de cette comparaison avec des constitutions comportant une disposition relative au droit d'asile. Faut-il en inférer que la proposition de Pierre Mertens était impertinente — ce qui ne serait pas pour lui déplaire — mais aussi non pertinente ? Ce serait méconnaître la pratique belge.

IV. — LA PRATIQUE BELGE

Pierre Mertens note qu'en matière d'extradition « le législateur belge a servi d'exemple et de modèle à maints autres législateurs », et que le Conseil d'État a joué un « rôle important et salubre » en procédant « à l'examen de la légalité externe et interne » de décisions d'expulsion « poussant cet examen jusqu'à vérifier la réalité des événements matériels et à statuer sur le point de savoir

(8) C.C. fr., 13 août 1993, n° 93-325, *R.F.D.A.*, 1993, p. 871.

si les faits retenus ressortissent aux catégories d'agissements pour lesquels la loi autorise l'expulsion». Il note encore que «le problème des réfugiés a toujours reçu en Belgique des solutions généreuses» (pp. 230-231). Pierre Mertens rappelle encore les positions en pointe que la Belgique adopte dans les cénacles internationaux, citant par exemple la déclaration de Fernand Dehousse à l'Assemblée générale des Nations Unies, en 1948, dans le cadre du débat sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, soulignant que la reconnaissance du droit d'asile se situe «dans le prolongement de la longue conquête du progrès humain (...), conquête qui fait partie intégrante de ce que nous appelons aujourd'hui les droits de l'homme» (p. 235). Tous ces aspects positifs de la pratique belge poussent Pierre Mertens à considérer que le constituant devrait accepter de graver ce droit d'asile dans les tables de la loi fondamentale. Sur ce point, ce n'est pas en raison du constat positif du moment, mais par anticipation, que l'auteur a raison.

En sollicitant la solidité du marbre de la loi fondamentale, Pierre Mertens anticipe la fragilité de la loi et de la pratique belge. En voici deux exemples, tirés des points positifs évoqués par l'auteur dans son article. Le premier porte sur la compétence en matière de reconnaissance de la qualité de réfugié, le second sur l'accès au territoire du candidat réfugié. Pierre Mertens rappelle que la Belgique est citée en exemple par la doctrine pour avoir, en 1954, délégué au Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies la compétence de reconnaître la qualité de réfugié en Belgique, considérant, par exemple, que «cela a permis de réaliser pleinement le concept traditionnel de "protection internationale" auquel la Belgique était attachée» (9). Las, vingt ans après l'article de Pierre Mertens, en 1987, la Belgique reprend cette compétence et crée le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides. Certes, des motifs procéduraux expliquaient cette évolution. Le Conseil d'État se déclarait incompétent pour connaître d'un acte administratif d'une autorité internationale, la compétence de cette autorité fut-elle acquise par délégation du ministre belge des Affaires étrangères (10). Il n'empêche, cette «nationalisation» constitue un recul par rapport à l'idée d'une protection internationale, moins soucieuse de l'exercice de la souveraineté sur un territoire. Le deuxième exemple concerne précisément l'accès à ce territoire. Par hypothèse, à défaut de compétence d'une autorité internationale qui pourrait être saisie à tout endroit, il faut nécessairement que le fugitif accède au territoire d'un État, pour pouvoir introduire une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. Pierre Mertens note avec satisfaction qu'en 1964 la loi nouvelle tend, selon le texte même de ses travaux préparatoires, à «faciliter aux étrangers ayant pénétré irrégulièrement en Belgique la vérification de leurs titres à la qualité de réfugié, [et à les] protéger contre les mesures de refoulement» (p. 234). Quatre ans après la publication de l'article de Pierre Mertens, les

(9) G. S. VAN HEUVEN GOEDHART, «The problem of refugees», *R.C.A.D.I.*, 1953, t. 82, p. 347.

(10) C.E., 25 septembre 1970, *R.A.A.C.E.*, 1970, p. 796.

étudiants des différentes universités soutiennent les étudiants étrangers qui demandent un véritable statut. À Louvain, sous la direction de François Rigaux, des étudiants analysent les textes et font des propositions pour l'ensemble du droit des étrangers. Parmi ces propositions, un article clarifie la portée du principe de non-refoulement en ces termes : « L'étranger qui, sans avoir encore été reconnu comme réfugié, prétend avoir cette qualité, ne peut être refoulé ou ramené à la frontière jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, à moins qu'elle n'apparaisse tant au ministre de la Justice qu'à l'autorité internationale comme mensongère ou sans rapport avec les critères de la définition du réfugié » (11). Ce mouvement des étudiants conduira à la création d'une Commission d'étude du statut des étrangers en Belgique, présidée par Henri Rolin. Les travaux aboutiront, dix ans plus tard, à la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Cette loi régit, encore en 2016, le statut des étrangers mais a été plusieurs fois modifiée. Par exemple, le principe de non-refoulement inscrit, non dans la loi, mais à l'article 72bis de l'arrêté royal d'application du 8 octobre 1981, est susceptible d'exception par voie de « refus d'accès » au territoire. Depuis 1987, à plusieurs reprises, divers motifs ont été introduits dans la loi relative aux étrangers permettant de faire exception au droit d'accès au territoire des candidats réfugiés et au principe de non-refoulement, ou encore permettant le refus de reconnaissance ou le retrait de la qualité de réfugié en cas de danger pour la société ou pour la sécurité nationale, selon les modifications introduites en 2015 (12).

Pierre Mertens notait déjà que ces faiblesses dans la protection du demandeur d'asile pouvaient, dans une certaine mesure, être « compensées par ceci que les organes de la Convention [européenne des droits de l'homme] ou un tribunal interne pourraient décider que le refoulement ou l'expulsion d'un asilé constitue un “traitement inhumain ou dégradant” au sens de l'article 3 ou une atteinte à la liberté en vertu de l'article 5 de la Convention » (p. 226, note 45). Les refoulements étaient rares en 1966 et le restent dans les années 70 comme le confirmait le président de l'époque de la Ligue des droits de l'homme, maître Mark De Kock (13). Les textes et les pratiques ultérieures ont toutefois montré que Pierre Mertens avait raison de s'inquiéter pour le futur en ces termes : « il est vain de se leurrer : eu égard aux pressions politiques de tous genres dont le droit d'asile peut faire l'objet — et nous

(11) *Annales du droit de Louvain*, numéro spécial, 1970, vol. 4.

(12) Loi du 10 août 2015, *M.B.*, 23 août 2015, p. 54.500. Pour un commentaire, voy. Fr. BERNARD, *Rev. dr. étr.*, 2015, n° 184. De façon plus générale, voy. V. CHETAIL et C. LALY-CHEVALIER (dir.), *Asile et extradition. Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014. Depuis la rédaction du présent article, la fragilité de la loi relative aux réfugiés est confirmée par une loi du 1^{er} juin 2016 modifiant l'article 49 de la loi du 15 décembre 1980, précitée (*M.B.*, 28 juin 2016, p. 38989). Cette loi supprime l'octroi automatique du séjour illimité au réfugié reconnu. Celui-ci bénéficiera dans un premier temps d'un séjour limité à cinq ans.

(13) *Annales du droit de Louvain*, numéro spécial, 1970, p. 526.

avons montré qu'en Belgique même, ni le pouvoir judiciaire, ni le pouvoir exécutif n'étaient à l'abri de certaines erreurs —, aucune évolution, dans ce domaine, n'est *jamais acquise à titre définitif*: sinon précaire, ce droit apparaîtrait à tout le moins vulnérable. Il serait, du reste, dangereusement ingénu de tenir pour irréversible le mouvement qui a conduit à la consécration des droits les plus fondamentaux » (p. 238, italiques de P. Mertens).

V. — LE DROIT D'ASILE EN 2016 ?

Nul ne contestera, à notre époque, la fragilité des droits fondamentaux. S'agissant du droit d'asile, faut-il, en 2016, en déduire la phrase qui complétait cette citation de Pierre Mertens : « Seule la Constitution (...) paraît à même, parce qu'elle surplombe les contingences politiques, d'assurer, sur le plan interne, sa consolidation » (p. 238) ? Depuis 1965, deux phénomènes majeurs ont profondément marqué le droit des étrangers en général et le droit des réfugiés en particulier : l'internationalisation et la judiciarisation. L'internationalisation concerne les textes et les institutions. Pour les textes, il y a surtout l'application, sans limites dans le temps, de la Convention de Genève relative aux réfugiés. L'objectif principal de Pierre Mertens, qui était de protéger les personnes répondant à la définition du réfugié, fut ainsi acquis dès l'année qui suivait la publication de son article. L'internationalisation sera aussi institutionnelle, en particulier dans le cadre de la construction européenne. Mais l'existence de textes européens, dont une directive « relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection internationale en cas d'afflux massif de personnes déplacées » (14), ne suffit à régler ce problème que Pierre Mertens anticipait : « la répartition des réfugiés entre les États d'accueil, en fonction de leurs possibilités respectives » (p. 236, note 90). De fait, cette directive « protection temporaire », adoptée en 2001 à la suite de la crise de l'ex-Yougoslavie, n'a jamais été mise en œuvre, alors même que les États et les institutions européennes évoquent régulièrement, en particulier en 2015, une crise de l'asile due à des afflux massifs. La deuxième évolution majeure est la judiciarisation. De plus en plus, le droit des réfugiés — comme le droit des étrangers — est du droit, en cela qu'il est soumis au contrôle juridictionnel. Ce contrôle s'exerce au niveau national — le Conseil du contentieux des étrangers en Belgique — et au niveau européen — les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Ne peut-on déduire de l'internationalisation et de la judiciarisation du droit des étrangers, que la constitutionnalisation du droit d'asile n'a plus de raison d'être ? Ce n'est pas certain. Ainsi, dans le cadre du renvoi de candidats réfugiés vers la Grèce, en application du Règlement de Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'Union, les deux juridictions européennes,

(14) Directive 2001/55 du 20 juillet 2001, *J.O.* L 212, 7 août 2001.

Strasbourg d'abord, Luxembourg ensuite, ont dit pour droit que c'est en raison même de leur souveraineté nationale, réservée par ce règlement, que les États ne pouvaient renvoyer un réfugié vers un autre État, fut-il comme la Grèce un État membre, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il y aurait là un risque réel de traitement inhumain ou dégradant que des défaillances systémiques de la procédure d'asile dans cet État permettraient de présumer (15). Dès l'instant où c'est la souveraineté nationale même qui sert de fondement au respect des droits fondamentaux, l'inscription du droit d'asile au cœur de cette souveraineté, dans le prescrit constitutionnel, n'est pas dénuée d'intérêt. Certes, il n'est plus nécessaire d'envisager la disposition précise proposée par Pierre Mertens, reprenant la définition du réfugié inscrite à la Convention de Genève. Sa portée s'est, depuis, élargie dans le temps, dans l'espace et aussi dans son champ matériel. Des compléments régionaux apportent des protections subsidiaires, notamment en cas de violence généralisée dans le cadre d'un conflit armé. Mais Pierre Mertens envisageait aussi une formulation plus sobre : « la Belgique reconnaît le droit d'asile » (p. 245). Elle pourrait constituer « sur le plan interne » (p. 238), selon l'incise dans la citation précitée de Pierre Mertens, un complément utile au droit d'asile, inscrit aujourd'hui à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Selon la Charte, « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Comme l'ensemble de la Charte, cette disposition s'adresse « aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (art. 51). La compléter dans la Constitution conforte ce droit d'asile lorsque le droit national est mis en œuvre. Il pourrait alors recouvrir à la fois le droit à l'asile provisoire du candidat réfugié, au sens de l'hospitalité, et le droit à l'asile du réfugié reconnu, au sens du droit de séjour. C'est aussi inviter le législateur, seul autorisé à introduire des exceptions, notamment pour des motifs de sécurité nationale, à ne réécrire les dispositions relatives à ce droit qu'avec des doigts tremblants.

Alors oui, Pierre Mertens avait raison. Par anticipation, le jeune chercheur avait perçu la fragilité d'un droit appelé à protéger les sans droit. Si le chercheur a accordé tant d'importance à la loi fondamentale, c'est qu'il savait déjà que tout exil est au fondement même de la condition humaine. Douze ans plus tard, dans *Terre d'asile*, l'écrivain décrit le parcours d'exil d'un réfugié chilien face à l'administration : « Pourriez-vous préciser tant soit peu la nature des menaces qui pesaient sur vous ? Comprenez que nous ne pouvons nous satisfaire de simples allégations ... » (16). En exergue de ce

(15) Cour eur. D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*; C.J.U.E., 21 décembre 2011, *N.S.*

(16) P. MERTENS, *Terre d'asile*, Paris, Grasset, 1978, rééd. Bruxelles, Labor, 1987, p. 13.

roman, Pierre Mertens évoque, citant un poème de Jean-Paul de Dadelsen, le voyage de Jonas dans la baleine. C'est que l'exil est aussi exil interne. Il est peu probable que le constituant se saisisse de la question du droit d'asile dans un avenir proche, préférant l'abandonner aux humeurs du législateur, sinon de l'exécutif. Il est plus probable qu'en 2065, à l'occasion des cent ans de la *Revue*, un jeune chercheur poursuive cette quête infinie, tel Achab à la chasse de la baleine Moby-Dick.