

L'ACCÈS AU TERRITOIRE ET LA DÉTENTION DE L'ÉTRANGER DEMANDEUR D'ASILE

Cour européenne des droits de l'homme
(Grande Chambre), *Saadi c. Royaume-Uni*,
29 janvier 2008

PAR

Jean-Yves CARLIER

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
et à l'Université de Liège, avocat*

Résumé

Dans son arrêt *Saadi c. Royaume Uni*, la Cour permet une large détention des demandeurs d'asile qui entrent irrégulièrement sur le territoire, sur la base de l'article 5, §1^{er}, f, de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans leur opinion dissidente, des juges estiment à l'inverse que les demandeurs d'asile se trouvent *de facto* légalement sur le territoire d'un Etat. Entre ces deux opinions extrêmes il est possible de soutenir que, comme toute privation de liberté, celle-ci devrait faire l'objet d'un examen *in concreto* de proportionnalité élargie, donc de sa réelle nécessité au regard du but poursuivi.

A un mois d'intervalle, la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé, en Grande Chambre, deux arrêts portant le nom «*Saadi*». Les deux affaires concernent des faits et des personnes différentes. Dans le deuxième arrêt, *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, qui ne sera pas analysé dans la présente note, la Cour dit pour droit que l'expulsion de Monsieur Saadi vers son pays d'origine, la Tunisie, serait constitutive d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du risque de traitement inhumain, dégradant ou de torture. Dans le premier arrêt, *Saadi c. Royaume-Uni*, du 29 janvier 2008, la Cour dit pour droit que la privation de liberté de M. Saadi, candidat réfugié d'origine irakienne, n'est pas contraire à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est cette affaire qui fera l'objet du présent

rtdh.eu

L'arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu (Documents proposés).

rtdh.eu

rtdh.eu

commentaire. En conclusion, on s'interrogera sur la recherche d'une voie médiane entre les deux thèses extrêmes en présence dans *Saadi c. Royaume-Uni*, l'une condamnant, l'autre acceptant, la détention du demandeur d'asile. Cette voie plus nuancée permettra de revenir au rapprochement avec l'affaire *Saadi c. Italie*.

Les faits

Médecin hospitalier, Shayan Buram Saadi fuit la région autonome kurde d'Irak fin 2000. Il craint des persécutions parce qu'il a soigné et facilité l'évasion de personnes qui, comme lui, étaient membres du parti communiste. Arrivé à l'aéroport de Heathrow, il demande l'asile. Le centre de rétention pour demandeurs d'asile d'Oakington étant complet, il bénéficiera d'une «admission provisoire» pour passer la nuit à l'hôtel, sous condition de revenir le lendemain à l'aéroport. A deux reprises, quand il se présente volontairement, cette admission provisoire sera prolongée. La troisième fois, il sera appréhendé et transféré au centre d'Oakington où il sera détenu pendant sept jours, avant de bénéficier d'une nouvelle admission provisoire. Deux ans plus tard, il sera reconnu réfugié. C'est la période de privation de liberté de sept jours qui est contestée par le requérant au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La décision

A l'unanimité, la Cour condamne le Royaume-Uni pour la violation de l'article 5, §2, de la Convention, considérant que les raisons de sa détention n'ont pas été données au requérant «dans le plus court délai».

Cet aspect de l'arrêt ne suscite pas de débats théoriques. On notera simplement que si «une communication orale» peut satisfaire aux exigences d'information de l'article 5, §2, un délai de soixante-seize heures, comme en l'espèce, ne satisfait pas à l'obligation de fournir les motifs de privation de liberté «dans le plus court délai».

De façon plus disputée, par onze voix contre six, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, §1^{er} de la Convention, la privation de liberté d'un étranger étant justifiée, par la lettre f, pour «l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire».

Commentaire

Le commentaire se divise en trois parties. Puisque la privation de liberté a, en l'espèce, pour but d'«empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire», il convient de s'interroger sur l'accès irrégulier au territoire (I) avant d'examiner la privation de liberté (II) et les cas dans lesquels la privation de liberté d'un demandeur d'asile serait possible (III).

I. – *L'accès irrégulier au territoire*

Selon une formulation classique, «les migrants [...] sont considérés comme pourvus de documents ou en situation régulière s'ils sont autorisés à entrer [...]». *A contrario*, ils sont considérés «comme dépourvus de documents ou en situation irrégulière s'ils ne remplissent pas [c]es conditions». Il importe peu que cette définition soit inscrite dans une convention qui concerne les «travailleurs» migrants et qui soit peu ratifiée (1). La même définition se déduit des législations nationales qui exigent pour entrer sur le territoire d'un Etat «les documents requis», étant «un passeport valable ou un titre de voyage en tenant lieu, revêtu d'un visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa» (2). Il en va de même au Royaume-Uni, pays concerné par l'affaire. M. Saadi, ressortissant d'Irak, devait en principe disposer d'un passeport avec visa pour entrer sur le terri-

(1) Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, 18 décembre 1980, article 5. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, cette convention n'est toutefois ratifiée par aucun Etat d'immigration, notamment en Europe. Texte reproduit notamment in V. CHETAIL, *Code de droit international des migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 271.

(2) En Belgique, loi du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers, telle que modifiée (www.dofi.fgov.be). Pour des commentaires : M. KAISER, I. DOYEN, J.-P. JACQUES, S. SAROLÉA, *La réforme du droit des étrangers*, Bruxelles, Kluwer, 2007 ; K. DE HAES et J.-F. HAYEZ, *Le statut administratif des étrangers*, Bruxelles, ADDE, 2009, p. 14. En France, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), art. L211-1 : «Pour entrer en France, tout étranger doit être muni [...] des documents et visa exigés par les conventions internationales [...]». Pour des commentaires, V. TCHEN et F. RENAULT-MALIGNAC, *Code commenté*, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2008. Pour les mêmes formulations aux Pays-Bas, voy. VOS et DE VRIES, *Vreemdelingenrecht*, Sdu uitgevers, 2005, p. 2. Les mêmes contrôles sont prévus dans le *Code frontitière Schengen*, règlement CE 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, *J.O.U.E.*, 2006, L 105/1.

toire du Royaume-Uni, ce qu'il n'avait pas (3). L'*Immigration Act* de 1971, tel que modifié, comporte toutefois une formulation un peu différente de celle des législations continentales qui font directement référence au passeport et au visa, puisqu'il fait référence à l'autorisation d'entrée, qui elle-même est en principe conditionnée par la possession d'un passeport avec visa (4). En principe donc, un étranger doit être muni d'un passeport avec visa pour entrer sur le territoire d'un Etat (5). En principe, car les lois nationales précitées ajoutent qu'il s'agit des documents requis «en vertu d'un traité international» (6). Ceci explique notamment la dispense dont bénéficient les citoyens de l'Union européenne.

Un candidat réfugié, comme M. Saadi, qui n'est pas en possession des documents requis, entre-t-il irrégulièrement sur le territoire ou est-il, «en vertu d'un traité international», dispensé de ces documents en manière telle qu'il entre régulièrement sur le territoire? La réponse de la Cour est claire : «tant qu'un Etat n'a pas 'autorisé' l'entrée sur son territoire, celle-ci est 'irrégulière'» (§65). A l'inverse, le Haut-commissariat aux réfugiés des Nations Unies (H.C.R.) qui est intervenu à la cause, soutenait que, «lorsqu'un Etat donne à un demandeur d'asile accès à une procédure et que l'intéressé respecte le droit interne, son entrée temporaire et sa présence sur le territoire national ne peuvent être considérées comme 'irrégulières'» (§56). Les juges dissidents ajoutent, de façon encore plus nette, que «les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande de protection internationale se trouvent *de facto* légalement sur le territoire d'un Etat».

Que faut-il en penser? Le demandeur d'asile est-il, du seul fait de sa demande, en séjour régulier? Une réponse positive à cette question est peu probable pour un motif assez simple : si tel était le cas, un demandeur d'asile ne pourrait jamais être détenu. S'il l'était, il y aurait en effet, selon ce point de vue, en tout cas dans le chef des Etats membres du Conseil de l'Europe, une détention illicite puisque l'énumération des cas de privation de liberté, inscrite à

(3) www.ukba.homeoffice.gov.uk, site du U.K. Border Agency, du ministère de l'Intérieur.

(4) *Immigration Act*, 1971, article 3(1) : «Except as otherwise provided by or under this Act, where a person is not a British citizen, he shall not enter the United Kingdom unless given leave to do so in accordance with the provision of, or made under, this Act» (www.opsi.gov.uk).

(5) Pour la politique européenne en matière de visa et la liste de pays dont les ressortissants doivent être munis d'un visa, voy. J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 141.

(6) Loi belge, article 2; loi française, article L211-1.

l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, est limitative et que la lettre f ne permet la détention de l'étranger qui veut accéder au territoire que si cet accès se fait «irrégulièrement». Si la plupart des Etats détiennent certains demandeurs d'asile, c'est que, par hypothèse, ils sont considérés comme n'accédant pas régulièrement au territoire.

Cette réponse, qui fonde en grande partie le raisonnement de la Cour, paraît évidente. Elle ne l'est toutefois pas. D'abord, elle justifie la cause (l'existence d'une entrée irrégulière) par la conséquence (la privation de liberté), considérant que parce qu'il y a une pratique généralisée de privation de liberté des demandeurs d'asile c'est que, par hypothèse, ils sont entrés irrégulièrement aussi longtemps qu'ils n'y ont pas été autorisés par les autorités. Or un raisonnement logique serait de justifier la conséquence par la cause et de s'interroger s'il y a privation de liberté parce qu'il y a eu entrée irrégulière, non l'inverse. Ensuite, le raisonnement selon lequel «tant qu'un Etat n'a pas 'autorisé' l'entrée sur son territoire celle-ci est 'irrégulière'» (§65) ne résiste pas au rapprochement avec l'autre exemple d'entrée sur le territoire sans documents, entrée qui est justifiée «en vertu d'un traité international»: la libre circulation au sein de l'Union européenne. Si, en principe, le citoyen européen doit être en possession de sa seule carte d'identité pour franchir les frontières intérieures à l'Union, il ne doit pas être «autorisé» à entrer. La régularité de son entrée se déduit du seul fait de sa citoyenneté européenne indépendamment de tout titre ou document. Si des contrôles sont possibles, ils doivent être proportionnés et occasionnels (7).

Faut-il, par parallélisme, en déduire que si le citoyen européen entre régulièrement sur le territoire d'un Etat membre de l'Union du seul fait de sa citoyenneté, un candidat réfugié entre régulièrement du seul fait de sa demande d'asile? Telle était la portée de l'ancienne législation belge qui prévoyait expressément que toute personne qui «se déclare réfugié est autorisée à entrer» sur le territoire belge (8). Tel n'est plus le cas. Comme dans de nombreux pays,

(7) Directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *J.O.U.E.*, 2004, L136, art. 5 «Aucun visa d'entrée ni obligation équivalente ne peuvent être imposés au citoyen de l'Union». C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*.

(8) A.R., 8 octobre 1982, art. 72: «L'étranger qui se présente à la frontière sans être porteur des documents requis et qui se déclare réfugié, est autorisé à entrer dans le Royaume» (version de 1981, disposition supprimée en 1987).

la détention du candidat réfugié est autorisée, au moins durant une première phase d'examen de la demande d'asile afin d'établir si celle-ci n'est pas manifestement non fondée.

Il convient donc de poursuivre l'examen de façon un peu plus approfondie afin de mesurer si tous les Etats ne violent pas le droit international par cette pratique de détention des demandeurs d'asile. Le principal texte invoqué pour la protection des réfugiés et des candidats réfugiés est la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (9). Ainsi, le Conseil d'Etat de France a considéré que la réserve des traités internationaux limitant l'exigence des documents requis «vise en particulier la Convention de Genève [...] dont les stipulations font obstacle à ce que [d]es documents [...] puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié au sens de l'article 1^{er} de la Convention». En conséquence, aucune disposition de droit interne «n'a à dispenser expressément les personnes pouvant prétendre au bénéfice de la Convention de Genève de la présentation de documents» (10). Faut-il déduire de cette dispense internationale de document que l'accès au territoire est régulier? Faut-il déduire de l'article 33 de la Convention, qui interdit le refoulement vers un pays à risque, que le candidat réfugié qui va bénéficier d'un accès temporaire au territoire pour l'examen de sa demande d'asile, y accède «régulièrement»? A mon avis la réponse à cette question est négative. Le principe de non refoulement ouvre un droit à l'asile provisoire du candidat réfugié qui ne peut être envoyé vers un pays qui ne serait pas sûr, il ne convertit pas pour autant son accès au territoire en accès régulier. L'Etat demeure maître de la portée qu'il donne à cet accès au territoire. L'importance de l'article 33 est précisément de protéger le candidat réfugié qui accède irrégulièrement au territoire d'un Etat, à la différence de l'article 32 qui ne protège que le réfugié «se trouvant régulièrement» sur le territoire (11).

Il est aussi fait référence au Pacte international relatif au droit civil et politique, particulièrement dans l'opinion dissidente, pour justifier qu'un candidat réfugié serait en séjour régulier. Le Comité

(9) *R.T.N.U.*, n° 2545, vol. 189, p. 137, *Code de droit international des migrations*, op. cit., p. 369; *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 58.

(10) C.E. fr., 27 septembre 1985, *France terre d'asile*, *Rec. CE*, p. 263, *Clunet*, 1986, p. 347, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

(11) Sur l'ensemble, voy. J.-Y. CARLIER, «Droit d'asile et des réfugiés», *R.C.A.D.I.*, 2007, t. 332, ici pp. 76 et s.

des droits de l'homme a en effet appliqué l'article 12 du Pacte dans une affaire relative à un candidat réfugié (12). Or, cette disposition s'applique à «quiconque se trouve légalement sur le territoire». Il ne peut se déduire de cette jurisprudence *Celepli* que tout candidat réfugié est, de plein droit, en séjour régulier, mais qu'il peut l'être si, comme en l'espèce, sa présence a été ouvertement tolérée par l'autorité qui, par exemple, n'exécute pas une mesure d'éloignement du territoire. Un enseignement similaire peut se déduire de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à propos des citoyens européens (13). Certes, en raison du mécanisme d'intégration régionale il y a une présomption de régularité de l'entrée d'un citoyen européen, mais celle-ci peut être renversée si la preuve de la citoyenneté n'est pas établie. De même, le réfugié sera en séjour régulier avec effet rétroactif si, *a posteriori*, la qualité de réfugié lui a été reconnue (14). Cela n'implique pas que le candidat réfugié soit, lui, *a priori*, en séjour régulier (15).

La Convention de Genève précitée est encore plus explicite en son article 31, dont le titre est «réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil», indiquant, par là même, comme le confirment les travaux préparatoires, que tout réfugié ou candidat réfugié n'est ni automatiquement en séjour régulier, ni nécessairement en séjour irrégulier. Il peut, selon les circonstances, être dans l'une ou l'autre hypothèse. Or, en l'espèce la situation de monsieur Saadi est pour le moins particulière. D'une part, il n'a pas les documents requis. D'autre part, il demande l'asile et, comme le relèvent les juges dissidents «en fait, le requérant a été admis sur le territoire pendant trois jours». Cette admission temporaire, de courte durée, rend-elle l'accès au territoire régulier? Si oui, aucune privation de liberté n'était possible. Si non, c'est un élément qui doit être pris en considération dans la pesée de la proportionnalité de la mesure privative de liberté.

(12) Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, 18 juillet 1994, *Celepli*, comm. n° 456/1991, CCPR/C/51/D/456/1991.

(13) C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*.

(14) C.E. (fr.), 27 mai 1977, *Pagoaga Gallestragui*, *Rec. Lebon*, p. 244 : «l'étranger à qui la qualité de réfugié a été reconnue [...] doit être regardé [...] comme étant entré sur le territoire français dans des conditions régulières».

(15) *Contra* : F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 356.

II. – La privation de liberté

Selon la Cour, en ce compris les juges dissidents, l'affaire revêt une importance particulière car elle serait la première à se prononcer sur le premier membre de phrase de l'article 5 §1^{er}, lettre f, celui qui concerne l'accès au territoire. Les affaires antérieures concernaient des cas d'expulsion. Ce n'est pas tout à fait exact. Dans l'affaire *Mubilanzila* (2006) (16), la privation de liberté à l'aéroport de Bruxelles, de cette jeune congolaise qui devait rejoindre sa maman réfugiée au Canada, se faisait également dans le cadre d'un refus d'accès au territoire, comme dans l'affaire *Amuur* (1996) (17) à l'aéroport de Paris. Dans ces affaires, la portée arbitraire ou non de la privation de liberté n'a pas été expressément débattue. Toutefois, l'affaire *Amuur* contenait déjà les prémices de ce que dit la Cour dans l'arrêt *Saadi*. Certes, dans l'affaire *Amuur* l'essentiel fut de constater que la zone neutre d'un aéroport n'échappe pas au champ d'application territoriale de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'en conséquence la privation de liberté de demandeurs d'asile dans cette zone viole l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme si une disposition législative suffisante ne le prévoit pas. Mais il se déduit aussi, *a contrario*, que, si une disposition législative le prévoit, telle privation de liberté est possible si elle respecte l'article 5, §1^{er}, f, c'est-à-dire si elle n'a pas pour objet détourné de priver l'étranger de la possibilité d'introduire une demande d'asile, mais a bien pour seul objet d'empêcher son entrée irrégulière (18).

Selon une jurisprudence constante, pour être régulière, la privation de liberté, prévue par une hypothèse de l'article 5, doit non seulement respecter le droit national mais aussi être conforme «au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire» (arrêt annoté, §§66 et 67). L'ampleur de cette protection contre l'arbitraire, examinée au regard du principe de proportionnalité, peut être plus ou moins forte : une proportionnalité stricte ou une proportionnalité large. La proportionnalité stricte, appliquée en matière de détention pour expulsion, se centre sur quatre critères rappelés dans l'arrêt *Saadi* (§74) :

1. une mise en œuvre de bonne foi de la mesure de détention;

(16) Cour eur. dr. h., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006.

(17) Cour eur. dr. h., *Amuur c. France*, 25 juin 2006.

(18) O. DE SCHUTTER, «Privation de liberté et maintien en zone internationale», *Rev dr. étr.*, 1996, p. 345, ici p. 350.

2. un lien entre la détention et le but (expulser ou empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire);
3. un lieu et des conditions de détention appropriés;
4. une durée qui ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre ce but.

Une proportionnalité large ajouterait l'examen de « motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention, par exemple pour empêcher l'intéressé de commettre une infraction ou de s'enfuir » (§72). Constatant que ce test de proportionnalité large n'était pas retenu dans la jurisprudence en cas d'expulsion, le requérant a tenté d'amener la Cour à distinguer l'accès au territoire de l'expulsion et à appliquer une proportionnalité différente aux deux hypothèses. En bonne logique, la Cour refuse cette voie, considérant qu'il « serait artificiel d'appliquer aux affaires de détention d'une personne qui vient d'entrer sur le territoire un critère de proportionnalité différent du critère valant pour les mesures d'expulsion ou d'éloignement d'un individu déjà présent dans le pays » (§73).

Si l'on suit la Cour lorsqu'elle refuse de scinder les deux hypothèses, on peut émettre de sérieux doutes sur deux points. L'un est théorique, l'autre pratique. En théorie, il n'est pas certain que la Cour ait toujours refusé d'appliquer un test de proportionnalité large aux cas d'expulsion. Ce fut certes le cas dans l'affaire *Chahal* (1996) qu'elle cite. Ce fut également le cas dans l'affaire *Conka* (2002) où, malgré le constat de violation de l'article 5, §1^{er} et §4, la Cour refusa d'entrer en matière sur le caractère « raisonnablement nécessaire » de la détention fondée sur l'article 5, §1^{er}, f(19). Ce fut moins évident dans l'affaire *Bozano* (1986) qu'elle ne cite pas. Les faits de la cause étaient particuliers et la Cour y avait principalement constaté que la détention avait pour but de réaliser une extradition déguisée. La Cour terminait toutefois son raisonnement par une manière d'affirmation de principe, constatant qu'il ne s'agissait pas « d'une détention *nécessaire* dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion » (*Bozano*, §66, italiques ajoutées). Le test de nécessité était ainsi ouvertement affirmé. Du reste, et ceci est la deuxième remarque plus pratique, peut-on vraiment exclure le test de nécessité des deux premiers critères qui figurent déjà dans la proportionnalité stricte : la bonne foi et les liens entre la détention et le but poursuivi ?

(19) Cour eur. dr. h., 5 février 2002, *Conka*, §38, commentaire sur ce point, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 199-204.

Qu'en est-il dans l'affaire *Saadi* si l'on se limite aux quatre critères? Les deux derniers étaient respectés : les conditions et la durée de privation de liberté ne sont pas déraisonnables (§§78 et 79). Mais la bonne foi et le lien avec le but poursuivi font l'objet d'une piètre motivation :

«la Cour estime qu'en plaçant le requérant en détention les autorités nationales ont agi de bonne foi. En effet, la politique sur laquelle reposait la création du régime d'Oakington devrait globalement profiter aux demandeurs d'asile; ainsi que l'a déclaré Lord Slynn, 'l'obtention d'une décision rapide est dans l'intérêt non seulement des demandeurs eux-mêmes, mais aussi des personnes en nombre croissant qui attendent leur tour'. De plus, dès lors que la privation de liberté en cause visait à permettre aux autorités de statuer rapidement et efficacement sur la demande d'asile du requérant, la détention de celui-ci était étroitement liée au but poursuivi, à savoir l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire» (§77).

Avec pertinence, l'opinion dissidente souligne que «soutenir que la détention est dans l'intérêt de la personne nous semble une position extrêmement dangereuse» et que, si dans l'absolu il est souhaitable d'éviter des retards dans l'examen des dossiers, «on s'explique mal pourquoi [en l'espèce] le requérant a d'abord été laissé en liberté, invité à se loger à l'hôtel et à se présenter les jours suivants, spontanément, aux autorités en charge de l'examen de son dossier, ce qu'il a d'ailleurs fait».

On peut raisonnablement affirmer que l'exigence de bonne foi n'est pas rencontrée en l'espèce dans le chef des autorités. Il en va de même du lien entre la détention et le but poursuivi, en l'occurrence empêcher l'entrée irrégulière. Si l'on admet que M. Saadi est entré irrégulièrement, selon le raisonnement développé ci-dessus même s'il est candidat réfugié, il est plus difficile de soutenir que, trois jours plus tard, alors qu'il se présente spontanément aux autorités comme demandé, la détention a encore pour but de «l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire». Compte tenu de l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme, au terme duquel «les restrictions [...] apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues», l'insertion d'un test de nécessité entre le fait et le but de la détention paraît inévitable. La détention de M. Saadi était-elle *in concreto* nécessaire pour l'empêcher d'entrer irrégulièrement sur le territoire? On peut avoir de sérieux doutes.

Ce test de nécessité, élément classique du principe de proportionnalité, permettra de préciser les cas dans lesquels la détention d'un demandeur d'asile est possible.

III. – *La détention du demandeur d'asile*

Deux affirmations se déduisent des développements qui précèdent. Premièrement, il est possible que l'étranger soit en accès ou en séjour irrégulier, même quand il est demandeur d'asile. En conséquence, deuxièmement, il peut être détenu, conformément à l'article 5, §1^{er}, f dans le seul but de l'empêcher d'accéder irrégulièrement au territoire, en d'autres termes, quoique la Cour exprime un avis différent dans la présente affaire *Saadi*, si et seulement si la détention est nécessaire pour empêcher l'accès irrégulier au territoire. Ce raisonnement est confirmé par le Comité des droits de l'homme à propos de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, stipulant que «nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire». Rien n'indique que la notion d'arbitraire utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme pour mesurer la légitimité de la détention doive, dans des hypothèses similaires, faire l'objet d'une interprétation différente de celle du terme «arbitraire» inscrit dans le Pacte. Or, dans l'affaire *A. c. Australie*, relative à un candidat réfugié cambodgien, arrivé illégalement par bateau en Australie, le Comité des droits de l'homme a fait une application d'un principe de proportionnalité large, incluant le test de nécessité (20). Sur le principe, contrairement à ce que l'on tente parfois de faire dire au Pacte, le Comité admet qu'il n'est pas «*per se* arbitrary to detain individuals requesting asylum» (§9.3) mais, dans l'examen *in concreto* du caractère arbitraire ou non de telle privation de liberté, «the Committee recalls that the notion of 'arbitrariness' must not be equated with 'against the law' but be interpreted broadly to include such elements as inappropriateness and injustice. Furthermore, remand in custody could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence : the element of proportionality becomes relevant in this context» (§9.2).

On notera toutefois qu'en l'espèce la période de détention était infiniment plus longue, atteignant quatre ans. Sur cette base, la Cour européenne eut également condamné pour dépassement du

(20) Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, 3 avril 1997, *A. c. Australie*, Comm. n° 560/1993, CCPR/C/59/D560/1993.

délai raisonnable. Mais l'intérêt de la formulation réside dans la référence à la «nécessité de la détention au vu de l'ensemble des circonstances de la cause» pour empêcher l'entrée irrégulière.

Le même raisonnement se déduit de l'article 31 de la Convention de Genève qui prévoit dans son premier paragraphe que «les Etats [...] n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés [...]» et précise dans un deuxième paragraphe que «les Etats n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires». Il y va bien d'un principe de proportionnalité, «the duty to rely on less intrusive restrictions on freedom of movement, unless detention is clearly required, is very much in line with the intentions of the Convention's drafters», affirme James Hathaway au terme d'une analyse détaillée des travaux préparatoires de la Convention de Genève, ici en son article 31 (21). Au sein du Conseil de l'Europe, la recommandation (2003)5 du Comité des ministres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile rappelle qu'il «ne faudrait appliquer des mesures de détention aux demandeurs d'asile qu'après avoir examiné avec soin, et dans chaque cas, si elles sont nécessaires» (point 4) et précise, de manière quasi tautologique que, «avant de recourir aux mesures de détention, il faudrait envisager d'autres mesures, non privatives de liberté, applicables au cas particuliers» (point 6) (22). Parmi les textes adoptés au sein de l'Union européenne dans le cadre de la politique d'asile et d'immigration, la directive «procédure» rappelle, en son article 18, que «les Etats membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile» (23). Même la directive «retour», trop rapidement qualifiée de directive de la honte, qui ne concerne pas spécifiquement les demandeurs d'asile mais tous les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, prévoit, selon le principe de proportionnalité, que la détention intervient s'il n'y a pas «d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives [qui] puissent

rtdh.eu

(21) J.C. HATHAWAY, *The Right of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, p. 429, citant aussi (note 683) Grahl-Madsen, l'un des premiers commentateurs de la Convention de Genève. *Adde*, A. TRICHE NAURNIK, «Asylum seekers and 'necessary' detention», *I.J.R.L.*, 2007, p. 661.

(22) Recommandation (2003) 5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, aux Etats membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, 16 avril 2003, reproduite in *Code de droit international des migrations*, *op. cit.*, p. 1133.

rtdh.eu

(23) Directive 2005/85 du 1^{er} décembre 2005 relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, *J.O.C.E.*, L326, reproduit dans *Code de droit international des migrations*, *op. cit.*, p. 1399.

être appliquées effectivement dans le cas particulier» (24). Dans un cadre national, au terme d'une analyse de la législation et de la jurisprudence en Belgique, Sylvie Saroléa souligne que «le contrôle de la proportionnalité est central en matière de détention des étrangers en situation irrégulière» (25).

Conclusion

Dans un arrêt de 2009, *A. c. Royaume-Uni*, la Cour va reprendre les quatre critères de l'arrêt *Saadi* pour juger de la légalité d'une détention en vue de l'expulsion. En l'occurrence elle va surtout considérer que les dérogations au respect de la Convention invoquées par le Royaume-Uni en raison du terrorisme, au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, sont disproportionnées. Ceci conduit à revenir au rapprochement avec l'autre arrêt *Saadi* condamnant l'Italie pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'expulsion vers un pays jugé à risque (Tunisie) car l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est indérogable et absolu. Si de nombreux points de fait et de droit distinguent les deux affaires *Saadi*, il n'y a pas que leur homonymie qui les rapproche.

Les deux affaires portent sur le droit de tout Etat «de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux» (*Saadi c. Royaume-Uni*, §64, et *Saadi c. Italie*, §124), sous réserve «des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention» européenne des droits de l'homme (*Saadi c. Italie*, §124, alors que *Saadi c. Royaume-Uni* ne cite que la Convention européenne des droits de l'homme, §64, ce qui peut se lire comme un indice de l'attention limitée portée en l'espèce à la Convention de Genève relative aux réfugiés). Dans un cas, *Saadi c. Royaume-Uni*, il s'agit de l'accès au territoire. Dans l'autre, *Saadi c. Italie*, de l'expulsion. Dans l'un, *Saadi c. Royaume-Uni*, d'un candidat réfugié, irakien, reconnu réfugié ultérieurement, n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation. Dans l'autre, *Saadi c. Italie*, d'un

(24) Proposition de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005)391 final; commentaires, J.-Y. CARLIER, in *L'Europe des libertés*, n° 26, Strasbourg, mai 2008, p. 13; A. BALDACCINI, *E.J.M.L.*, 2009, p. 1; Chr. FLAMAND, *R.D.E.*, 2008, p. 177.

(25) S. SAROLÉA, «La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière», *J.T.*, 1997, p. 165-171.

délinquant condamné dans le cadre d'une législation antiterroriste (26). Le premier n'est pas protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et peut être détenu pendant sa demande d'asile. Le second est protégé par la Convention et ne peut être expulsé vers son pays d'origine. On perçoit un sentiment qui n'est pas neuf à l'examen de la jurisprudence de Strasbourg : le « mauvais » étranger, délinquant ou terroriste qui doit être expulsé, serait-il mieux protégé que le « bon » étranger, ici demandeur d'asile ou ailleurs membre de la famille qui demande accès au territoire ? Deux considérations permettent d'expliquer cette différence de traitement, l'une est liée à l'objet de la migration, l'autre à l'objet de la protection. S'agissant de l'objet de la migration, on pourrait considérer que l'entrée n'est pas la sortie et que l'étranger est moins bien protégé contre un refus d'accès au territoire que contre une expulsion. Même si la Cour a répété à plusieurs reprises qu'il ne doit pas y avoir de différence d'analyse entre obligation positive (autoriser l'accès) et obligation négative (ne pas expulser), le résultat des analyses paraît souvent moins protecteur en cas de refus d'accès, notamment parce que l'analyse du principe de proportionnalité n'y est pas toujours poursuivie jusqu'à son terme. La Cour confirme toutefois dans *Saadi c. Royaume-Uni* qu'au regard de l'article 5, § 1^{er}, f, de la Convention européenne des droits de l'homme, elle ne distingue pas l'accès de l'expulsion.

rtdh.eu

S'agissant de l'objet de la protection, la différence de droit est nettement plus importante. La protection contre le traitement inhumain, dégradant et la torture est absolue et indérogeable (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) même si le risque se réalisera indirectement et par ricochet dans un autre Etat. Le point central de l'arrêt *Saadi c. Italie* est précisément d'avoir rappelé que « l'ampleur du danger que représente aujourd'hui le terrorisme et la menace qu'il fait peser sur la collectivité [...] ne saurait [...] remettre en cause le caractère absolu de l'article 3 » (§ 137). Inscrit dans un arrêt de Grande Chambre prononcé à l'unanimité, l'affirmation mérite approbation. Elle est explicitée dans cette affaire par l'opinion concordante des juges

rtdh.eu

(26) Voy. aussi l'arrêt de la Cour européenne *Sellem c. Italie* du 5 mai 2009, qui, s'appuyant sur l'arrêt *Saadi c. Italie*, condamne également l'Etat défendeur en raison de la décision d'expulser le requérant en Tunisie, où il a été condamné pour appartenance à une organisation terroriste. L'arrêt se fonde sur le risque de torture et de mauvais traitements infligés en Tunisie à des personnes reconnues coupables de terrorisme.

Myjer et Zagrebelsky qui rappellent, citant Robert Badinter, que le terrorisme s'il est une menace directe contre les droits de l'homme, est aussi une menace indirecte «venant du fait que les mesures de lutte contre le terrorisme elles-mêmes risquent de violer les droits de l'homme». En revanche, la protection contre la privation de liberté connaît des exceptions expressément prévues par la Convention. Dans l'arrêt *Saadi c. Royaume-Uni*, la Cour, en Grande Chambre, non à l'unanimité mais à onze voix contre six, conclut «qu'eu égard aux sérieux problèmes administratifs auxquels était confronté le Royaume-Uni à l'époque pertinente, où le nombre de demandeurs d'asile connaissait une augmentation vertigineuse [...] il n'était pas incompatible avec l'article 5, §1^{er}, f de la Convention de détenir le requérant pendant sept jours dans des conditions convenables, afin de permettre un traitement rapide de sa demande d'asile» (§80). Il est admis qu'un droit relatif ne bénéficie pas du même niveau de protection qu'un droit absolu. Il est admis en conséquence que le terrorisme n'influence pas l'interprétation du niveau de protection conféré par un droit absolu alors qu'il peut modaliser la balance des intérêts individuels et collectifs protégés par un droit relatif. Il est moins certain que de «sérieux problèmes administratifs» doivent influencer l'interprétation de quelque droit de l'homme que ce soit. Ici comme ailleurs, il y va d'une interprétation classique du principe de proportionnalité dont l'un des principaux avantages est qu'il permet «de ramener le comportement de la puissance publique, traduit en actes administratifs, le plus près possible d'une zone considérée par le juge comme raisonnable : c'est un des moyens de garantir l'Etat de droit» (27). La Cour a très tôt précisé, sous la présidence de René Cassin, que si «la Convention implique un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, [c'est] tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers» (28). Sauf à tendre vers une nette hiérarchisation des droits de l'homme (29), la fermeté de la Cour dans la défense du caractère absolu de certains droits pourrait trouver écho dans une plus grande attention portée aux inté-

rtdh.eu

(27) J.P. COSTA, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat», *A.J.D.A.*, 1988, pp. 434-437, ici p. 436, qui soulignait déjà le «maniement difficile» de ce principe (p. 437).

(28) Cour eur. dr. h., 23 juillet 1968, *aff. linguistique belge*, 1968, p. 32.

(29) Le débat de la hiérarchisation abstraite des droits de l'homme n'est ni facile, ni clos. Voy. M. VERDUSSEN et N. BONBLED, «La hiérarchie des droits fondamentaux dans les ordres juridiques internes», *Annuaire international des droits de l'homme*, 2009, vol. IV (à paraître).

rêts de la personne, et notamment lorsque ceux-ci sont traduits en droit international, quand il s'agit d'apprécier le caractère relatif de certains droits.

