

LA PRESENCE DE L'AVOCAT EN DEBUT DE PROCEDURE D'ASILE
**L'INTERDICTION DE LA PRESENCE DE L'AVOCAT DEVANT L'OFFICE DES ETRANGERS EST-
ELLE CONFORME AU DROIT EUROPEEN ?**

La question de la présence de l'avocat dans la procédure de demande d'asile fait encore l'objet de débats, un côté, principalement doctrinal, penchant en faveur d'une plus grande protection des droits du demandeur d'asile, et l'autre, majoritairement institutionnel et jurisprudentiel, cherchant à garder la demande d'asile dans une procédure distincte de celle prévue pour les matières civiles et pénales.

Plus largement, la question renvoie au débat concernant la nature de la demande d'asile. S'agit-il d'un droit subjectif encadré de garanties procédurales parmi lesquelles la présence de l'avocat ou d'un droit politique relevant des prérogatives de l'Etat ? Pourrions-nous considérer la demande d'asile comme supposant un droit d'asile reconnu et non octroyé par les autorités de l'Etat d'accueil ?

Soixante ans après la rédaction de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, les points de vue divergent encore et mêlent des considérations politiques et sécuritaires au besoin fondamental de protection des droits du demandeur d'asile¹.

Le rôle de l'avocat permet d'analyser de manière précise la dualité dans la procédure d'asile. Après avoir fait l'état des lieux du droit belge en la matière, et principalement de la procédure devant l'Office des étrangers, (I) nous examinerons les évolutions futures que pourraient connaître la procédure d'asile et le rôle de l'avocat sous l'influence du droit européen (II).

I. LA PROCEDURE D'ASILE EN DROIT BELGE

Section 1. La dualité de la procédure d'asile

¹ Pour un aperçu complet de la question du droit international en la matière, voir l'étude pluridisciplinaire dirigée par V. CHETAİL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question. Globalization, migration and human rights : international law under review*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, 728p.

La présence de l'avocat reflète la dualité dans l'approche procédurale de la demande de statut de réfugié en Belgique.

D'une part, la demande d'asile est perçue comme relevant des pouvoirs de puissance publique, ce qui expliquerait l'interdiction de la présence de l'avocat à l'Office des étrangers. Premier lieu où le demandeur d'asile entre en contact avec le territoire de l'Etat belge, l'Office des étrangers assiste, en tant que délégué, le ministre de l'Intérieur dans la gestion de la politique des étrangers. Après ce premier passage, le demandeur d'asile est appelé au Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (CGRA) pour un « entretien personnel »². Organe indépendant quasi-judiciaire, le CGRA ne s'inscrit pas encore dans une logique contentieuse où les droits subjectifs du demandeur sont en cause, bien qu'il ne soit plus l'émanation du pouvoir exécutif. Ainsi, l'avocat peut assister à l'audition, mais il ne peut intervenir pendant cet entretien personnel, si ce n'est à la fin en vue d'expliquer les raisons pour lesquelles le demandeur d'asile devrait bénéficier du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire. Cette situation n'est guère problématique étant donné que la procédure est identique lors de l'audience correctionnelle.

D'autre part, après la première phase d'enquête relative à la crainte de persécution, le demandeur d'asile dispose de la possibilité de recours de la décision du CGRA. Il entre ainsi dans la phase contentieuse assortie de la majorité des garanties procédurales, dont la présence de l'avocat, voire de l'assistance judiciaire. Ainsi, la procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers et devant le Conseil d'Etat prévoit que le demandeur d'asile bénéficie d'un conseil juridique pour faire valoir ses droits de défense.

Section 2. Le rôle de l'avocat et l'Office des étrangers

La première approche de la procédure d'asile s'inscrit dans une logique discrétionnaire et soulève quelques questions par rapport à la présence de l'avocat lors du passage du demandeur d'asile à l'Office des étrangers. Ainsi, l'interdiction de la présence de l'avocat devant l'Office des étrangers³ est jugée « hautement contestable » par S. SAROLEA⁴ et B.

² Terme repris dans l'article 12 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, ci-après directive Procédure.

³ Etude, *R.D.E.*, numéro spécial, n° 161, 5/2010, p. 631.

⁴ S. SAROLEA, *100 questions sur Les droits des réfugiés*, Liège, Editions Jeunesse et droit, 2004, p. 63.

KAGNE⁵, perçue comme contraire au principe général de droit administratif du droit à être défendu par un avocat. Cette première phase est en effet cruciale et fera l'objet de notre analyse quant à la présence nécessaire ou non de l'avocat à l'Office des étrangers. Depuis les réformes de 2006 - opérées à partir du 1^{er} janvier 2007 - , l'Office des étrangers jouit certes d'un rôle plus réduit⁶ car il ne statue plus sur la recevabilité de la demande et ne dispose plus d'un pouvoir d'instruction, son rôle se limitant à un « soutien administratif ». ⁷ Cependant, il garde un impact considérable dans la procédure de demande d'asile, et cela à trois niveaux⁸.

§ 1. Le rôle administratif de l'Office des étrangers

Premièrement, l'Office des étrangers demeure le premier contact administratif de l'étranger cherchant asile sur le sol belge, après l'éventuel contrôle aux frontières. Chargé de recueillir les informations administratives, l'Office des étrangers détermine la langue de la procédure et enregistre la demande d'asile ainsi qu'une déclaration concernant l'identité, l'origine et l'itinéraire de la personne. L'Office des étrangers réceptionne les documents et les éléments de preuve fournis par le demandeur d'asile et remplit également le questionnaire utilisé devant le CGRA. À raison de 14 131 interviews en 2009⁹, l'impact de cette première entrevue est loin d'être négligeable, en sachant que 20% des dossiers ne passent pas le stade de l'Office des Etrangers¹⁰. En ce qui concerne l'information relevée lors de cette interview, même si elle

⁵ KAGNE (B.) (dir.), *Pratiques d'intégration des réfugiés et des demandeurs d'asile en Région wallonne*, Gent, Academia Press, 2008, p. 58-59.

⁶ D. VAN DEN BULCK, « De nieuwe administratieve procedure in het Belgisch asielsysteem anno 2007 », in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE, PH. DE BRUYCKER, (éd.), *Migratie- en migrantenrecht, recente ontwikkelingen. Deel 12. De nieuwe vreemdelingenwet, België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, p. 275-282 ; F. BERNARD, « Het administratieve luik van de nieuwe Belgische asielprocedure », in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE, PH. DE BRUYCKER, (éd.), *Migratie- en migrantenrecht, (...) op. cit.*, p. 293-303.

⁷ Rapport au Roi, Arrêté royal du 18 août 2011 modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des Etrangers chargé de l'examen des demandes d'asile sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 3 septembre 2010.

⁸ Notre analyse se limite à trois domaines d'action de l'Office des étrangers, les autres domaines se révélant moins problématique par rapport à l'interdiction de la présence de l'avocat ; il s'agit des compétences relatives à l'examen d'une demande d'asile comportant un aspect d'ordre public, à l'application du droit d'injonction, à la demande de retrait et encore des compétences en matière de séjour et d'éloignement du demandeur d'asile, Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, *La procédure d'asile en Belgique, information pour les spécialistes*, brochure d'information publiée par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, avril 2008, p. 9-12.

⁹ Rapport d'activités 2009, Office des étrangers, SPF Intérieur, p. 174.

¹⁰ D. VAN DEN BULCK « De nieuwe administratieve procedure in het Belgisch asielsysteem anno 2007 », M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE, PH. DE BRUYCKER, (éd.), *Migratie- en migrantenrecht, (...) op. cit.*, p. 282 et F. BERNARD, « Het administratieve luik van de nieuwe Belgische asielprocedure », in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE, PH. DE BRUYCKER, (éd.), *Migratie- en migrantenrecht, (...) op. cit.*, p. 302.

ne sert qu'une fin administrative, elle garde une influence considérable lors de la suite de la procédure.

Qui plus est, plusieurs propositions de loi furent déposées récemment en vue de renforcer le rôle de l'Office des étrangers, à l'encontre de la volonté initiale de réduire ses compétences à une simple « boîte-aux-lettres » administrative. Ainsi, la proposition de loi n° 0695/001 du 25 novembre 2010, amendée par la proposition de loi n° 0695/002 du 23 juin 2011, viserait à permettre au ministre ou à son délégué de refuser de prendre en considération une demande d'asile pendant les cinq jours qui suivent l'introduction de la demande d'asile si le demandeur d'asile « ne manifeste aucune volonté claire de coopérer à l'établissement de son identité, de son origine et de son itinéraire »¹¹, ne satisfaisant dès lors pas à l'obligation de coopération prévue par l'article 4 de la directive de qualification 2004/83/CE ou si le demandeur d'asile « refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément aux dispositions de l'article 51/3 ou de la réglementation européenne concernée »¹².

Ces deux nouveaux fondements élargiraient le pouvoir de décision dont dispose l'Office des étrangers de manière fortement critiquable.

A juste titre, les associations Vluchtelingenwerk Vlaanderen et Coördination et initiatives pour réfugiés et étrangers (Ciré) soulèvent les nombreuses lacunes dont souffrent ces propositions de loi, voire les potentielles violations de droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme¹³.

Premièrement, le rejet d'une demande d'asile fondé uniquement sur des motifs techniques tels que le manque de volonté de coopération et le refus de donner ses empreintes digitales ne saurait satisfaire à l'obligation pour les instances d'asile de procéder à un examen de la

¹¹ Article 5 de la proposition de loi du 25 novembre 2010 modifiant, en ce qui concerne la procédure d'asile, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2010-2011, n° 53, 0695/001.

¹² Article 5 de l'amendement de la proposition de loi du 23 juin 2011 modifiant, en ce qui concerne la procédure d'asile, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2010-2011, n° 53, 0695/002.

¹³ Voir Standpunt van Vluchtelingenwerk Vlaanderen over de samengevoegde wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 15 december 1980 - DOC 53 (0695/001 en 0695/002), DOC 53 (0812/001 en 812/002), DOC 53 (1146/001 en 1146/002) du 30 juin 2011, <http://www.vluchtelingenwerk.be/bestanden/Standpunt-VW-wijziging-asielprocedure-20110630.pdf> ; le Positionnement du CIRÉ sur l'ensemble des propositions de modification de la loi du 15 décembre 1980 - DOC 53 - 0695/001, DOC 53 - 0812/001, DOC 53 - 1146/001, juin 2011 (traduction), <http://www.cire.be/ressources/presse/note-propositions-loi-asile-juin-2011.pdf> ; Commentaires du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés relatifs aux textes suivants : Proposition de loi du 25 novembre 2011 modifiant, en ce qui concerne la procédure d'asile, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers 1 et ses amendements du 23 juin 2011 (...), http://www.unhcr.be/fr/no_cache/unhcr-en-belgique/documents-juridiques.html?cid=656&did=455&sechash=13ad5989 .

demande de protection formulée par le demandeur d'asile. Son besoin de protection ne pourrait être entravé par le simple défaut de pièces d'identité.

Ensuite, la proposition d'une procédure accélérée dans un délai de cinq jours (écourtant encore davantage le délai initial de quinze jours prévu dans la proposition du n° 0695/001 du 25 novembre 2010) semble exagérément courte car elle ne laisserait qu'un temps de préparation et d'examen du dossier trop réduit pour le demandeur tout en mettant en danger la « bonne qualité »¹⁴ de la décision sur la demande d'asile. Quand bien même la rapidité de la décision est souhaitée, celle-ci doit prévoir un temps de préparation suffisant en vue de permettre à l'Office des étrangers d'entendre le demandeur et d'examiner ses griefs.

Enfin, l'idée de réinstaurer une première phase de filtrage devant l'Office des étrangers s'avère contraire aux objectifs d'efficacité et de rapidité de la procédure poursuivis par la réforme de 2006. La mise en place de cette phase de recevabilité consisterait en une violation du droit international en ce qu'elle limite considérablement l'accès à la procédure d'asile. Rappelons que la présence de l'avocat n'est toujours pas prévue dans ces propositions, laissant le demandeur seul face au pouvoir de décision de l'Office des étrangers.

§ 2. Les demandes multiples

En second lieu, l'Office des étrangers demeure compétent pour statuer sur les demandes multiples. Il lui incombe alors de vérifier les éléments nouveaux avancés par le demandeur d'asile, lui permettant de rouvrir son dossier et de relancer la procédure de demande d'asile¹⁵. Dans ce cas précis, l'Office des étrangers garde un pouvoir d'instruction. En 2009, l'Office des étrangers dut se prononcer sur 4261 demandes multiples sur les 16 491 demandes d'asile en général, soit plus d'un quart des demandes¹⁶.

Réticents au pouvoir de décision de l'OE dans le cadre des demandes multiples, Vluchtelingenwerk Vlaanderen et le Ciré demandent de rendre le CGRA compétent pour traiter des demandes multiples car, selon eux, « cette instance dispose de l'expertise

¹⁴ Positionnement du CIRÉ sur l'ensemble des propositions de modification de la loi du 15 décembre 1980 - DOC 53 - 0695/001, DOC 53 - 0812/001, DOC 53 - 1146/001, juin 2011 (traduction), p. 5. <http://www.cire.be/ressources/presse/note-propositions-loi-asile-juin-2011.pdf>

¹⁵ Article 51/8 de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers du 15 décembre 1980.

¹⁶ Rapport d'activités 2009, Office des étrangers, SPF Intérieur, p. 173.

nécessaire pour statuer sur toutes les demandes d'asile au fond en ce compris les demandes multiples » procurant ainsi « un gain de temps et d'efficacité puisqu'une seule instance sera compétente pour statuer »¹⁷ sans que la procédure ne puisse devenir purement écrite.

En cela, ils rejoignent les constats formulés par le Comité Belge d'Aide aux Réfugiés (CBAR) qui pointe le dilemme auquel l'OE fait face. En effet, l'OE se trouve pris entre, d'une part, l'obligation légale d'examiner si les éléments apportés par le demandeur sont nouveaux à tel point qu'il y a de sérieuses indications d'une crainte fondée de persécution ou d'un risque réel d'atteintes graves, et, d'autre part, l'interdiction formulée par la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la nature de l'élément nouveau¹⁸. L'interdiction du juge constitutionnel enlève par-là même toute possibilité à l'OE de statuer au fond sur la force probante potentielle, le législateur lui ayant de surplus retiré la possibilité de se prononcer sur le caractère manifestement (non) fondé de la demande¹⁹.

Par conséquent, les solutions face au dilemme diffèrent dans la jurisprudence, les uns – principalement les chambres néerlandophones du Conseil d'Etat ou du CCE, ainsi que l'OE lui-même – optant pour une attitude maximaliste en faveur d'un pouvoir de contrôle de l'OE, les autres – surtout les chambres francophones – adoptent une attitude minimaliste, suivant l'interprétation constitutionnelle de l'article.

Le problème de l'attitude maximaliste réside en ce que la charge de la preuve est alourdie pour le demandeur d'asile, ce dernier devant non seulement avancer des faits nouveaux, mais également prouver que ces faits constituent une *sérieuse indication* d'une crainte fondée de persécution ou d'un risque réel de préjudice grave, et cela devant une instance où la présence de l'avocat est interdite. Ce régime de charge de la preuve semble bien plus lourd que celui prévu par la directive Procédure, la charge n'étant au surplus même pas partagée lors de l'examen par le service administratif.

Par ailleurs, le recours contre une décision de refus de prise en compte d'éléments nouveaux n'est pas suspensif de plein droit, ce qui pourrait se révéler contraire à la directive Procédure

¹⁷ Positionnement du CIRÉ sur l'ensemble des propositions de modification de la loi du 15 décembre 1980 - DOC 53 - 0695/001, DOC 53 - 0812/001, DOC 53 - 1146/001, juin 2011 (traduction), p. 7. <http://www.cire.be/ressources/presse/note-propositions-loi-asile-juin-2011.pdf>

¹⁸ C.C., arrêt n° 81/08 du 27 mai 2008.

¹⁹ - Suite à la réforme opérée en 2006 retirant la compétence de l'OE de se prononcer sur la recevabilité des demandes, il semble que tout contrôle d'un nouvel élément sorte de la compétence de l'OE.
- CBAR, *L'accès à la procédure d'asile en Belgique, analyse de l'application en Belgique de l'acquis communautaire en matière d'accès à une procédure de qualité*, juin 2010, p. 49. http://www.cbar-bchv.be/InformationJuridique/AccessProcEDURE/Analyse_Acces_Procedure.pdf

ainsi qu'au droit à un recours effectif garanti par le droit communautaire et le droit européen des droits de l'Homme (*infra*).

Bien que l'OE adopte une attitude maximaliste en vertu de laquelle elle évalue tant la force probante que la crédibilité des nouveaux éléments, un arrêt de principe du Conseil d'Etat paraît indiquer la différence entre ces deux compétences, restreignant peut-être la tendance maximaliste de l'OE. Selon le juge administratif et le Professeur VANHEULE, « l'OE ne peut que vérifier si l'élément nouveau apporté n'est pas « manifestement dépourvu de pertinence » pour juger au fond de la demande d'asile »²⁰. Cela n'empêche que les différentes tendances que les juges et les services administratifs adoptent ne paraissent pas réellement respecter le principe de sécurité juridique et de clarté des décisions.

§ 3. La détermination de l'Etat responsable selon la procédure « Dublin II »

Troisièmement, l'Office des étrangers détermine l'Etat membre de l'Union européenne responsable sur base du Règlement « Dublin II »²¹. Statuant sur 2681 demandes de reprise à un autre Etat en 2009²², l'Office des étrangers conserve un impact important. Il dispose d'un pouvoir de décision considérable en ce qu'il peut refuser l'accès au territoire belge s'il s'avère qu'un autre Etat membre de l'Union européenne est responsable de la demande d'asile.

Cependant, la procédure belge souffre de quelques failles qui lui ont valu d'être condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme à plusieurs reprises²³. De fait, les autorités belges ont des obligations procédurales qui s'imposent également dans la phase pré-contentieuse. Elles doivent examiner la situation du demandeur d'asile avant de décider son renvoi vers l'Etat membre responsable de sa demande, opérant ainsi une instruction en amont. Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme révèle ces failles

²⁰ C.E., arrêt n° 113.002, 27 novembre 2002 ; D. VANHEULE, « Noot – Bonita en de witte pater : over nieuwe bewijzen in de asielpcedure », (noot R.v.St. n° 113.002) cité par CBAR, *L'accès à la procédure d'asile en Belgique, analyse de l'application en Belgique de l'acquis communautaire en matière d'accès à une procédure de qualité*, juin 2010, p. 54. http://www.cbar-bchv.be/InformationJuridique/AccesProcedure/Analyse_Acces_Procedure.pdf

²¹ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt M.S.S c. Belgique et Grèce », *J.T.*, 18/2011, n° 6436, p. 353 et sv.

²² Rapport d'activités 2009, Office des étrangers, SPF Intérieur, p. 175.

²³ Cour EDH, *Conka et autres, et Ligue des droits de l'homme c. Belgique*, arrêt du 5 février 2002 ; Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011.

de la procédure belge, lançant en même temps un appel à tous les autres Etats membres en vue de se conformer aux garanties procédurales requises en matière de demande d'asile²⁴.

Au moment de la détermination de l'Etat responsable, la procédure devant l'Office des étrangers ne laisse aucune possibilité de faire état des raisons s'opposant au transfert du requérant, aucune rubrique n'étant prévue à cet égard dans le formulaire²⁵. Le demandeur se trouve dès lors laissé « à distance »²⁶ car la phase de détermination de l'Etat responsable se joue principalement entre les Etats. La faiblesse des garanties procédurales est dénoncée par la Cour lors de ce premier stade, pointant l'absence d'échanges contradictoires et l'information minimale de la procédure, sans que le demandeur puisse être assisté d'un avocat²⁷. L'Office des étrangers ne semble respecter que partiellement les obligations d'information complète et précise sur la procédure dans une langue que le demandeur d'asile comprend, ainsi que les obligations qui lui incombent en vertu des droits de la défense du demandeur (droit d'être assisté et droit au contradictoire)²⁸.

Lors de l'introduction d'un recours contre la décision de l'Office des étrangers devant le Conseil du Contentieux des Etrangers (CCE), la procédure souffre également de certaines faiblesses, notamment au vu de l'exigence d'effectivité du recours prévu à l'article 13 CEDH. Commençant par dénoncer « l'absence de toute perspective d'obtenir un redressement approprié »²⁹, la Cour souligne que l'accès à un recours doit être effectif et réalisable sur le plan pratique. Le requérant doit ensuite pouvoir se prévaloir d'un grief défendable fondé sur l'article 3 CEDH³⁰. En effet, la Cour soulève l'impossibilité d'instruire le dossier administratif entre l'entretien et la décision de transfert³¹, ainsi qu'après la décision de transfert. Par conséquent, le requérant se trouve dans l'impossibilité « de démontrer *in concreto* le caractère irréparable du préjudice entraîné par la violation potentielle engagée »³².

²⁴ Déclaration du Président de la Cour EDH, Monsieur Jean-Paul COSTA, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011.

²⁵ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 130 et 351.

²⁶ F. MAIANI ET E. NERAUDAU, « L'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011. De la détermination de l'Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux », *R.D.E.*, n° 162, 1/2011, p. 11.

²⁷ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 130 et 351.

²⁸ F. MAIANI ET E. NERAUDAU, « L'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011... », *op. cit.*, p. 12 ; Etude, *R.D.E.*, numéro spécial, n° 161, 5/2010, p. 644-645.

²⁹ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 94.

³⁰ F. MAIANI ET E. NERAUDAU, « L'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011... », *op. cit.*, p. 13.

³¹ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 144.

³² Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 94.

Cette lacune s'explique en partie par la qualité du contrôle administratif, limité à un contrôle de légalité et non de plein contentieux³³. Le CCE ne peut prendre en considération que la légalité de la décision administrative à la date de l'exercice du recours et non l'état du risque à la date de l'éloignement³⁴. Deux arrêts rendus par le CCE³⁵ suite à la condamnation par la Cour strasbourgeoise semblent vouloir réduire la distinction entre le recours de légalité et le recours de plein contentieux en annonçant un examen rigoureux des griefs au regard de la CEDH³⁶. Cette lecture paraît toutefois compromettre l'obligation du CCE de passer par une réforme légale de sa procédure en faveur d'un contrôle de plein contentieux³⁷.

Pendant la procédure de recours, la charge de la preuve est encore alourdie au lieu d'être partagée, car il incombe au requérant de renverser la présomption de « pays sûr » dont jouit un Etat membre de l'Union européenne et de prouver un risque individuel de traitement contraire à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En condamnant la Belgique, la Cour fait évoluer sa jurisprudence antérieure concernant la présomption simple de respect de l'article 3 CEDH en faveur d'un Etat membre de l'Union européenne³⁸. La confiance de principe entre Etats membre de l'Union n'est en effet « pas suffisante pour garantir de manière effective les droits fondamentaux »³⁹, chaque Etat ayant la responsabilité de vérifier si le renvoi d'un demandeur d'asile ne viole pas l'article 3 CEDH. L'obligation d'un examen individuel et de la suspension corrélative des éloignements vers des pays européens ne pouvant garantir un niveau de protection suffisant est renforcée suite au constat que la situation sur le terrain ne s'est pas améliorée. La jeunesse de instruments européens et la réforme en cours du régime européen de l'asile sont d'autres raisons ayant conduits à un renforcement de l'obligation de contrôle individuel⁴⁰.

³³ J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *J.T.*, 12 février 2011, 7/2011, n° 6425, p. 119.

³⁴ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 356 ; J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger ... », *op. cit.*, p. 119, citant l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 mai 2008, n° 81/2008, B.37.3 et B.16.3.

³⁵ CCE, 17 février 2011, arrêts n° 56201 à 56208 et communiqué du 18 février 2011 accessible sur www.cce-rvv.be

³⁶ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 357.

³⁷ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 357.

³⁸ Voir entre autres Cour EDH, *T.I. c. Royaume Uni*, décision du 7 mars 2000 et Cour EDH, *K.R.S. c. Royaume Uni*, décision du 2 décembre 2008.

³⁹ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 355 et Cour EDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 345 : « Les autorités belges auraient dû écarter la présomption selon laquelle les autorités grecques respecteraient leurs obligations internationales en matières d'asile, nonobstant la jurisprudence *K.R.S.* que, selon le gouvernement, les autorités administratives et judiciaires ont voulu suivre en l'espèce ».

⁴⁰ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 355.

Le caractère suspensif du recours fait également défaut dans la procédure belge, ce qui est contraire aux exigences du droit à un recours effectif de l'article 13 CEDH. La Cour juge en effet que le caractère suspensif d'un recours fait partie des conditions inhérentes à l'effectivité d'un recours⁴¹, le Président de la Cour l'ayant encore rappelé dans sa déclaration récente⁴².

Le caractère suspensif du recours suppose qu'il puisse « empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »⁴³.

Cette obligation montre bien que l'exigence d'un recours effectif s'impose tant en fait qu'en droit. Si, d'une part, le recours doit pouvoir conduire à des remèdes suffisants contre le risque de violation de ses droits, il doit également prévoir dans ses textes la suspension de plein droit en cas de recours⁴⁴.

Notons qu'à ce stade la présence de l'avocat est bien sûr admise, mais les faiblesses procédurales devant le CCE compromettent déjà en partie son rôle.

Outre le manque de prise en compte des éléments postérieurs à l'entretien devant l'Office des étrangers⁴⁵, l'absence de l'avocat pendant cette première phase pré-contentieuse se révèle préjudiciable aux droits du demandeur d'asile. Le moment décisif pour le demandeur d'asile risquant d'être renvoyé vers un Etat membre qui pourrait ne pas respecter ses droits fondamentaux se fixe à l'Office des étrangers. À cela s'ajoute la situation particulièrement vulnérable du demandeur d'asile imposant une protection accrue de ses droits et particulièrement le bénéfice de conseils juridiques spécialisés.

Le rapport du CBAR du mois de juin 2010⁴⁶ suggère plusieurs propositions précises visant à réduire le problème, notamment par rapport au droit d'information du demandeur⁴⁷.

A contrecourant du mouvement vers plus de garanties procédurales, les propositions de loi n° 0695/001⁴⁸ et n° 0812/001⁴⁹ citées précédemment invitent à rédiger une liste de « pays sûrs »

⁴¹ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 388, même si elle semble rester assez « évasive » sur le contenu précis du caractère suspensif du recours, comme le relèvent J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 355.

⁴² Déclaration du Président de la Cour EDH, Monsieur Jean-Paul COSTA, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, p. 2.

⁴³ Cour EDH, *Conka et autres, et Ligue des droits de l'homme c. Belgique*, arrêt du 5 février 2002, § 79.

⁴⁴ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile ... », *op. cit.*, p. 358.

⁴⁵ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 389.

⁴⁶ CBAR, *L'accès à la procédure d'asile en Belgique, analyse de l'application en Belgique de l'acquis communautaire en matière d'accès à une procédure de qualité*, juin 2010, http://www.cbar-bchv.be/InformationJuridique/AccessProcedure/Analyse_Acces_Procedure.pdf

⁴⁷ CBAR, *L'accès à la procédure d'asile en Belgique, analyse de l'application en Belgique de l'acquis communautaire en matière d'accès à une procédure de qualité*, juin 2010, p. 18, 20-21, 23, 24, 29. http://www.cbar-bchv.be/InformationJuridique/AccessProcedure/Analyse_Acces_Procedure.pdf

pour lesquels l'Office des étrangers ne doit pas effectuer un examen individuel. Récemment, la Chambre a même approuvé le principe de pays sûrs proposé dans le projet de loi du 21 novembre 2011⁵⁰ en vue d'« envoyer un signal fort dans les meilleurs délais »⁵¹ quant à l'utilisation « abusive » de la procédure d'asile. Le nouvel article 9/1 tel qu'amendé permet d'accélérer la procédure en cas de provenance d'un pays sur la liste (décision du CGRA prise dans un délai de 15 jours) tout en renversant la charge de la preuve dans le chef du demandeur d'asile qui doit « fournir des raisons substantielles dont il ressort que, dans sa situation particulière, son pays d'origine ne peut être considéré comme sûr »⁵².

La reconnaissance de pays sûr pose un problème de principe car il est impossible de postuler de manière générale que dans un pays visé le demandeur d'asile n'encourt aucun risque de traitement contraire à l'article 3 de la CEDH, sous peine de violer le principe de détermination du statut de réfugié sur base d'un examen individuel⁵³. En tout état de cause, le projet risque fort de faire l'objet d'une demande d'annulation devant la Cour constitutionnelle à l'instar de l'ancien article 52, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 15 décembre 1980. La Cour d'arbitrage de l'époque avait annulé⁵⁴ l'article qui posait la règle du double 5 pourcents⁵⁵ en ce que la distinction entre les étrangers qui sont originaires d'un « pays sûr » selon la règle du double 5 pourcents et les autres étrangers est en rapport avec le but poursuivi, mais est « hors de proportion » car le but peut être atteint par l'application d'autres dispositions de la loi⁵⁶. La disposition va au-delà de ce qui est nécessaire en imposant un renversement de la charge de la preuve à une seule

⁴⁸ Article 6.

⁴⁹ Articles 3 et 4.

⁵⁰ - Article 9/1 (nouveau), amendement n°4 du 8 novembre 2011 concernant le projet de loi du 21 novembre 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2011-2012, n° 53, 1825/003.

- Rapport fait au nom de la Commission de l'Intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par J. GALANT et T. FRANCKEN concernant le projet de loi du 21 novembre 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2011-2012, n° 53, 1825/006.

⁵¹ Réponse du secrétaire d'Etat dans le rapport fait au nom de la Commission de l'Intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par J. GALANT et T. FRANCKEN concernant le projet de loi du 21 novembre 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2011-2012, n° 53, 1825/006, p. 19.

⁵² Justification de l'article 9/1 (nouveau), amendement n°4 du 8 novembre 2011 concernant le projet de loi du 21 novembre 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2011-2012, n° 53, 1825/003, p. 7.

⁵³ J.-Y. CARLIER et D. VANHEULE, « Belgian Bricks for Fortress Europe : Comment on the New Refugee Law after a Judgement of the Cour d'Arbitrage », *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, 1994, p. 334.

⁵⁴ C.A., n° 20/93, arrêt du 4 mars 1993.

⁵⁵ « Si l'étranger est originaire d'un pays d'où provenaient, au cours de l'année civile précédente, 5 p.c. au moins des demandeurs d'asile, et dans la mesure où il ressort du dernier rapport annuel du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides que moins de 5 p.c. des décisions finales qui ont été prises ont attribué le statut de réfugié aux demandeurs d'asile originaires dudit pays, et pour autant qu'il ne fournisse aucun élément indiquant un risque sérieux pour sa vie ou sa liberté, dans le sens de la Convention internationale de Genève relative au statut des réfugiés... », article 52, § 1^{er}, 7^o de la loi du 15 décembre 1980.

⁵⁶ C.A., n° 20/93, arrêt du 4 mars 1993, B.2.8.

catégorie de demandeurs d'asile⁵⁷. La Cour conclut dès lors à l'incompatibilité de cette disposition avec les articles 128, 10 et 11 de la Constitution. La liste proposée pour l'instant pourrait ainsi satisfaire un objectif d'éviter les abus et d'accélérer la procédure, mais il nous semble que le gouvernement pourrait faire appel à d'autres dispositions moins discriminatoires, comme la demande manifestement fondée sur des motifs étrangers à l'asile⁵⁸.

Au demeurant, les quelques pays ayant adopté ce système de liste énumèrent des séries de pays différents, montrant la difficulté de s'accorder sur la qualité de « pays sûr »⁵⁹.

II. LA PROCEDURE D'ASILE EN DROIT EUROPEEN

Section 1. Le droit à l'asile et le droit d'asile en Europe

Le refus de la présence de l'avocat s'explique par une conception traditionnelle et toujours d'actualité du droit d'asile, perçu comme une prérogative de l'Etat. La Cour européenne des Droits de l'Homme confirma dans plusieurs arrêts que les Etats ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement du territoire des non-nationaux⁶⁰. De même, la Cour constitutionnelle belge considère la demande d'asile comme un droit politique, exercé au nom des prérogatives de puissance publique et se situant en dehors des litiges à caractère civil⁶¹.

J.-F. FLAUSS confirme l'absence de règles coutumières garantissant un droit à l'admission au territoire⁶², mais S. SAROLEA conjugue néanmoins la souveraineté ou l'intérêt de l'Etat aux droits des migrants permettant à ces derniers d'entrer « dans le droit »⁶³. Il en va ainsi des

⁵⁷ C.A., n° 20/93, arrêt du 4 mars 1993, B.2.8. ; J.-Y. CARLIER et D. VANHEULE, « Belgian Bricks for Fortress Europe ... », *op. cit.*, p. 332-333.

⁵⁸ Article 52, § 1er, 2° de la loi du 15 décembre 1980.

⁵⁹ - Rapport du 21 novembre 2011 fait au nom de la Commission de l'Intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par J. GALANT et T. FRANCKEN concernant le projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch, sess. ord., 2011-2012, n° 53, 1825/006, p. 10 ;

- Positionnement du CIRÉ sur l'ensemble des propositions de modification de la loi du 15 décembre 1980 - DOC 53 - 0695/001, DOC 53 - 0812/001, DOC 53 - 1146/001, juin 2011 (traduction), p. 7. <http://www.cire.be/ressources/presse/note-propositions-loi-asile-juin-2011.pdf>

⁶⁰ Cour EDH, *Vilvarajah et autres c. Royaume Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, § 102.

⁶¹ C.A., arrêt n° 14/97 du 18 mars 1997.

⁶² J.-F. FLAUSS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit, XXes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 49-50.

⁶³ S. SAROLEA, « La souveraineté en droit belge : mythe et réalité », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit, XXes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 97-105.

stratégies de contournement donnant un droit d'accès provisoire. Compris comme une protection juridictionnelle provisoire, l'Etat d'accueil ne peut renvoyer le demandeur d'asile dans son pays d'origine ou dans tout autre pays où il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il encourt un risque réel de traitements inhumains ou dégradants ou de torture. En d'autres termes, le principe de non refoulement procure un droit d'accès provisoire aux demandeurs d'asile pouvant laisser songer à un véritable droit à l'asile dans le chef du demandeur d'asile.

Mais, pour l'instant, le droit d'accès provisoire ne figure que comme exception, pointant le paradoxe entre le droit de quitter librement le territoire⁶⁴ et le refus d'un droit d'entrée sur un territoire étranger. Qu'à cela ne tienne, une ouverture semble avoir été entamée par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui énonce un droit d'asile. Certes, il se réfère aux textes conventionnels et semble se limiter à l'application qui en découle, mais une interprétation plus audacieuse permettrait d'y voir une volonté d'octroyer un droit subjectif aux réfugiés cherchant l'asile dans un pays étranger⁶⁵. A ce jour toutefois, la portée de cet article est encore en discussion et la question attend d'être tranchée par la CJUE⁶⁶.

Section 2. Le droit de l'Union européenne

C'est par référence à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux que la Commission a introduit une proposition modifiée de la directive 2005/85/CE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale, datant du 1^{er} juin 2011.

La proposition vise à assurer une procédure plus rapide, plus efficace et plus équitable, s'insérant dans le régime d'asile européen commun (REAC). Ainsi, l'article 22 de la proposition modifiée exige la possibilité effective d'avoir un conseil juridique à toutes les étapes de la procédure. Le rôle de l'avocat est également renforcé à l'article 23 qui prévoit l'accès aux informations pour les décisions qui ont été prises et pour les décisions qui seront prises, et l'accès aux zones réservées.

⁶⁴ Article 12 § 2 du PIDCP.

⁶⁵ C. LADENBURGER, « L'apport de la Charte dans le domaine des droits civils et politiques », in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105-106.

⁶⁶ Etude, *R.D.E.*, numéro spécial, n° 161, 5/2010, p. 620.

En outre, la proposition cherche à améliorer la qualité du processus décisionnel par la mise en place entre autres de l'assistance judiciaire d'organisations non gouvernementales, du Haut Commissariat aux Réfugiés près des Nations unies et d'autres organisations.

Section 3. Le droit du Conseil de l'Europe

§ 1. Le droit à un recours effectif de l'article 13 CEDH

La Cour européenne des Droits de l'Homme semble suivre le même mouvement vers un renforcement des garanties procédurales. Bien que dans l'arrêt *Maaouia c. France* elle refuse d'appliquer l'article 6 aux demandes d'asile, se « rabattant » plutôt sur l'article 13 de la Convention, le recours effectif garanti par l'article 13 reçoit une interprétation de plus en plus poussée.

De manière impérative, l'effectivité du recours au sens de l'article 13 demande ainsi « un contrôle attentif par une autorité nationale, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes desquels il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 ainsi qu'une célérité particulière ; il requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif »⁶⁷.

Ces obligations procédurales ont valu à la Belgique d'être condamnée en 2002⁶⁸ et en 2011. Dans ces arrêts la Cour dénonce le recours en suspension d'extrême urgence comme réduisant « à sa plus simple expression l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause »⁶⁹.

§ 2. Le droit à un procès équitable de l'article 6 CEDH

En ce qui concerne l'assistance de l'avocat, nous pensons pouvoir pousser la réflexion un peu plus loin en se basant sur une opinion dissidente émise dans l'arrêt *Maaouia c. France* par les juges LOUCAIDES et TRAJA. Ces derniers considèrent que l'article 6 § 1 de la Convention trouve à s'appliquer en ce qui concerne la procédure de relèvement de la peine d'interdiction car cette dernière consiste à mettre en cause un droit de caractère civil. Suivant une interprétation téléologique ainsi qu'une interprétation favorisant les droits individuels, le juge

⁶⁷ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 293.

⁶⁸ Cour EDH, *Conka et autres, et Ligue des droits de l'homme c. Belgique*, arrêt du 5 février 2002.

⁶⁹ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, § 389.

LOUCAIDES est d'avis que « dans son contexte, l'expression « de caractère civil » signifie « non pénal » »⁷⁰ et ne peut se limiter aux seules contestations de droit privé⁷¹.

De manière plus large, on pourrait alors concevoir que les demandes d'asile – et non seulement la procédure de relèvement de la peine d'interdiction analysée dans l'arrêt *Maaouia c. France* – ne sortent plus du champ d'application de l'article 6 de la Convention, mais peuvent bénéficier des garanties prévues par le droit à un procès équitable. La même analyse est d'ailleurs proposée par les juges TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL et THOMASSEN dans leur opinion dissidente concernant l'exclusion – contestée par ces juges – du contentieux de la fonction publique du champ d'application de l'article 6. Selon eux, le terme « droits et obligations à caractère civil » s'applique à « tous les litiges qui sont déterminants pour la position juridique d'une personne, fût-elle fonctionnaire »⁷².

Traditionnellement, la jurisprudence de la Commission veut cependant que, « en raison de l'important élément discrétionnaire tenant à l'ordre public que comportent ces décisions, l'on ne peut considérer que les procédures y relatives décident des droits de caractère civil de la personne concernée, même si par la force des choses, mais accessoirement, elles ont des conséquences importantes sur la vie privée et familiale de celle-ci, ses perspectives d'emploi, sa situation financière, etc. »⁷³. Mais cette conception pourrait être remise en cause et donner raison à l'interprétation large que formule le juge LOUCAIDES dans son opinion dissidente.

En effet, la jurisprudence de la procédure d'asile se situe « en marge »⁷⁴ par rapport à l'évolution générale de l'application de l'article 6 CEDH qui s'étend progressivement vers des contentieux publics et non privés. Ainsi, dans un arrêt de 2007 concernant la fonction publique, la Cour semble remettre en question la jurisprudence *Pellegrin* en insistant sur le fait que les exceptions à l'article 6 CEDH doivent être interprétées de manière restrictive⁷⁵ et

⁷⁰ Cour EDH, *Maaouia c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, p. 19.

⁷¹ Cour EDH, *Maaouia c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, p. 19 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 1, Articles 1 à 6 de la Convention*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, p. 90-91, n° 141 : l'auteur parle du critère de patrimonialité de l'enjeu du litige comme n'étant qu'un indice qui ne pourrait être « systématiquement concluant » et rajoute une série de litiges dont le caractère civil fut reconnu et auquel l'article 6 CEH fut appliqué sans que la patrimonialité du litige fut le critère déterminant.

⁷² Cour EDH, *Pellegrin c. France*, arrêt du 8 décembre 1999, p. 28 (opinion dissidente commune des juges TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL ET THOMASSEN).

⁷³ Cour EDH, *Maaouia c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, p. 16 (opinion concordante du juge BRATZA).

⁷⁴ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Evolutions jurisprudentielles », in J.-Y. CARLIER et P. DE BRUYCKER (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 21.

⁷⁵ Cour EDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt du 19 avril 2007, § 59.

que le critère fonctionnel retenu par l'arrêt *Pellegrin* révèle quelques anomalies⁷⁶. Il n'empêche que le juge strasbourgeois exclut encore expressément dans ce même arrêt l'application de l'article 6 CEDH aux demandes « s'agissant d'asile, de nationalité et de séjour »⁷⁷. En d'autres termes, la Cour demeure constante dans ses principes concernant la politique d'immigration et d'asile, même si elle fluctue dans l'application de ceux-ci⁷⁸.

Si toutefois le droit de caractère civil de la demande d'asile ne pouvait être reconnu, il pourrait être protégé par les droits attachés à l'accusation en matière pénale. En effet, pour qu'une mesure soit perçue comme disposant d'un caractère pénal, il faut que celle-ci satisfasse aux critères *Engel*⁷⁹. Le premier critère consiste en l'obligation d'une base légale nationale qualifiant l'infraction de pénale ou de disciplinaire, mais cela n'est qu'un point de départ car les indications nationales n'ont qu'une valeur formelle et relative. Ensuite, la nature de l'infraction est déterminante quant à savoir si elle revêt un caractère pénal. Enfin, la nature et le but ainsi que la gravité de la peine indique également le caractère pénal d'une mesure⁸⁰. Le second et le troisième critères ne constituent qu'une alternative et ne sont pas nécessairement cumulatif l'un par rapport à l'autre. Ainsi, une mesure d'expulsion ou une décision de renvoi vers l'Etat membre responsable pourrait revêtir un aspect pénal suffisant pour qu'il soit couvert par l'article 6 § 1.

Dans l'hypothèse où l'article 6 § 1 est applicable en raison de la « matière pénale » rattachée à la demande d'asile, on pourrait facilement se référer à l'arrêt *Salduz* dans lequel la Cour reconnaît le droit à l'assistance de l'avocat en matière pénale. Ce faisant, la Cour impose un seuil de protection du droit à un procès équitable plus élevé car la présence de l'avocat n'est plus exigée dès les premiers stades de l'interrogatoire policier, mais dès le premier interrogatoire. De même, les restrictions à l'assistance de l'avocat ne sont plus admises pour des raisons valables, mais pour des raisons impérieuses⁸¹.

⁷⁶ Cour EDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt du 19 avril 2007, § 51, les juges favorisant la double condition d'exclusion expressément prévue par la loi et d'exclusion basée sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat (§ 62), même si cela constitue des critères moins certains que le critère fonctionnel, cela permet une application plus étendue de l'article 6 CEDH.

⁷⁷ Cour EDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt du 19 avril 2007, § 61.

⁷⁸ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Evolutions jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹ Repris dans Cour EDH, *Jussila c. Finlande*, arrêt du 23 novembre 2006, § 30.

⁸⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 1, Articles 1 à 6 de la Convention, op. cit.*, p. 96-97, n° 150.

⁸¹ Cour EDH, *Salduz c. Turquie*, arrêt du 27 novembre 2008, § 52 et 55.

Toutefois, le renforcement du rôle de l'avocat dans les procédures pénales pose question en terme d'efficacité et de coût. Suite à l'arrêt *Salduz*, la Belgique a en effet adopté une loi appelée la loi Salduz le 13 août 2011⁸², suscitant de nombreuses critiques⁸³. Il n'est dès lors pas certain que l'adoption de ces mesures puisse se révéler aussi efficace en pratique qu'elle n'est légitime en théorie. En matière de demandes d'asile, la même question pourrait se poser. Certes, le rôle de l'avocat doit gagner une place plus importante, mais ce renforcement doit rester réalisable en pratique, en adoptant des mesures propices à une plus grande présence de l'avocat durant la procédure, tout en veillant à ce que ce rôle de conseil ne devienne pas une charge exagérée tant pour l'avocat que pour la rapidité de la procédure en général.

Indépendamment de savoir si la demande d'asile relève de la matière civile ou pénale, le refus d'application de l'article 6 CEDH à la procédure d'asile peut également être mis en question par rapport au principe de non-discrimination compris à l'article 14 CEDH. Dans la mesure où le droit d'accès à un tribunal et le droit à un procès équitable sont des garanties fondamentales imparties à chaque individu, il paraît difficile, du point de vue des droits de l'homme, de justifier une différence de traitement entre les nationaux et les étrangers⁸⁴. Certes, le principe de souveraineté nationale se place en antipode aux droits de l'homme et permet, au nom du contrôle d'accès au territoire et de l'efficacité de ce contrôle, de limiter les droits des étrangers en vue de réaliser cet objectif⁸⁵. Il s'agit dès lors de trouver un équilibre entre ces deux opposés, au travers des voies moyennes qui reconnaissent la « relation complexe et dialectique »⁸⁶ entre souveraineté et droits de l'homme. Une des solutions constituerait en une réforme vers l'uniformisation de la procédure et, en particulier, au niveau du CCE en prévoyant un contrôle de plein contentieux et en principe suspensif pour tous les recours, ainsi que par des améliorations ponctuelles devant l'OE ou le Conseil d'Etat⁸⁷.

⁸² Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *M.B.*, 5 septembre 2011.

⁸³ Voir les critiques formulées par différents acteurs du domaine ainsi que les explications données par C. DEFRAIGNE, sur le site <http://www.justice-en-ligne.be/>

⁸⁴ J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger... », *op.cit.*, p. 122-123.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger... », *op.cit.*, p. 123.

⁸⁷ J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger... », *op.cit.*, p. 125.

Le « nœud du débat »⁸⁸ se situe au niveau de la justification objective et raisonnable⁸⁹. Est-il justifié qu'un demandeur d'asile dispose de moins de droits qu'un suspect par exemple sur base du fait que la demande d'asile est considérée comme un droit politique ou parce que le critère de distinction repose sur la nationalité ? Il semble que le critère de la nationalité n'est pas plus objectif que le sexe⁹⁰ et ne peut en aucun cas fonder une distinction de traitement qui a pour seul but de « traduire l'hostilité qu'une partie de la population éprouve à l'encontre d'une catégorie de personnes »⁹¹. Désormais, le critère de nationalité fait même partie des « critères suspects »⁹², comme le confirme l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996. Néanmoins, la Cour continue pour l'instant à se baser sur le critère de nationalité en matière d'asile comme constituant un motif objectif de différence de traitement, à l'inverse des autres domaines⁹³. Quant au critère de droit politique, nous avons analysé précédemment que la question du statut juridique du demandeur d'asile n'est pas encore tranchée, mais qu'une lente évolution favorise une reconnaissance plus fondamentale des droits subjectifs du demandeur d'asile, réduisant la pertinence de ce critère de distinction.

Le recours à l'article 14 CEDH paraît ainsi une voie ouverte pour les étrangers en vue de faire valoir leurs droits. Cela d'autant plus que l'article 14 CEDH, par un usage accru et un assouplissement de son champ d'application, semble s'affranchir vers un véritable droit à la non-discrimination⁹⁴, alors qu'il est traditionnellement considéré comme un droit ayant une « portée autonome », mais sans « existence indépendante »⁹⁵.

Pour reprendre l'opinion de madame la juge TULKENS il s'agit d'une « ressource que les étrangers peuvent et doivent utiliser dans la situation de grande vulnérabilité qui est la leur »⁹⁶.

⁸⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 2, Articles 7 à 59 de la Convention, Protocoles additionnels*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, p. 130, n° 480.

⁸⁹ Pour une analyse jurisprudentielle de la « justification objective et raisonnable », voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 2, Articles 7 à 59 de la Convention, Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 130-132, n° 480-485.

⁹⁰ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Evolutions jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 24.

⁹¹ F. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination... », *op. cit.*, p. 201.

⁹² F. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination... », *op. cit.*, p. 200-201.

⁹³ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Evolutions jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 24-25.

⁹⁴ F. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 195-198.

⁹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 2, Articles 7 à 59 de la Convention, Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 127, n° 472 et jurisprudence citée.

⁹⁶ F. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination... », *op. cit.*, p. 210.

Cependant, même si les garanties procédurales comprises à l'article 6 CEDH sont à ce point fondamentales dans un Etat de droit qu'il serait difficile d'en justifier toute exclusion⁹⁷ et même si l'interprétation extensive de l'article 6 semble progressivement gagner du terrain⁹⁸, l'application de l'article 6 CEDH aux procédures d'asile comporte un risque d'engorgement des tribunaux. Le nombre de demandes individuelles et de violations constatées augmenterait considérablement⁹⁹ car très peu d'Etats respectent les garanties liées aux procédures judiciaires pour ce qui concerne les demandes d'asile, leur appliquant plutôt les règles procédurales administratives. C'est pourquoi il semble « difficile d'imaginer »¹⁰⁰ selon M. BOSSUYT que les demandes d'asile tombent sous le champ d'application de l'article 6 CEDH. Par opposition aux opinions favorables à un rôle plus intensifié de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'asile¹⁰¹, cet auteur parle plutôt d'un « terrain glissant »¹⁰² sur lequel les juges strasbourgeois se risqueraient et pointe ainsi les débats qui ont lieu entre les différents points de vue.

CONCLUSION

Des récentes condamnations de la Belgique et de l'impact que continue à avoir l'Office des étrangers, on conçoit aisément l'importance de la présence de l'avocat lors de ce premier contact avec le pays d'accueil. Elle permet de renforcer les garanties procédurales et d'intégrer plus facilement le respect des droits fondamentaux à l'examen de la demande.

Toutefois, notre analyse ne saurait s'en tenir à une approche de principe arguant de la défense des garanties procédurales en faveur de toute personne à tout moment de la procédure. En pratique, une présence systématique de l'avocat à toutes les instances pourrait se révéler

⁹⁷ « En effet, dans une matière aussi importante que celle de l'accès à un tribunal, une différence de protection juridique entre des personnes qui ont le statut de fonctionnaires et d'autres qui sont engagées dans les liens d'un contrat de travail ou d'emploi mais qui, bien souvent, remplissent les mêmes fonctions et dans des conditions équivalentes ou similaires, est difficile à justifier et peut être arbitraire au regard, notamment, de l'article 14 de la Convention. », Cour EDH, *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1999, opinion dissidente commune à Mme Tulkens, M. Fischebach, M. Casadevall et Mme Thomassen, juges.

⁹⁸ Cour EDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt du 19 avril 2007, § 58, se référant aux articles 1 et 14 CEDH en ce qui concerne les fonctionnaires.

⁹⁹ M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 137.

¹⁰⁰ M. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰¹ F. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 193-226 ; F. RIGAUX, « La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens », in F. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droit de l'homme : le droit international en question*, *op. cit.*, p. 137-160.

¹⁰² M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

problématique tant dans le chef de l'avocat que dans celui du demandeur d'asile voire de l'Etat si le demandeur fait appel à l'aide juridique gratuite de deuxième ligne¹⁰³. Le coût financier risque de ne pas être proportionnée à la tâche d'assistance de l'avocat, tout comme l'efficacité de la présence de l'avocat peut être remise en question lorsque ce dernier doit rester auprès du demandeur d'asile lors de la simple formalité administrative d'enregistrement de la demande.

Il n'empêche que le rôle de l'avocat demeure crucial dans les deux cas du contrôle de Dublin ainsi que dans les demandes multiples, là où l'OE dispose d'un réel, bien que discuté, pouvoir de décision et d'instruction. Dans ces cas précis, il nous semble souhaitable de permettre la présence de l'avocat. Si l'OE actionne le mécanisme de Dublin, la présence de l'avocat pourrait être interdite lors du premier passage devant l'OE, mais devrait alors être complétée par une obligation de ré-audition afin que les motifs de renvoi soient entendus en présence de l'avocat.

En somme, la présence de l'avocat pourrait se renforcer par le biais de l'application de l'article 6 CEDH aux demandes d'asile ou par l'interprétation renforcée de l'article 13 de la Convention. Ce renforcement s'inscrit dans le mouvement vers une augmentation des garanties procédurales sous l'impulsion de l'Europe, tant par la Cour européenne des Droits de l'Homme que par les règles communautaires. Le mouvement est heureux car la situation vulnérable du demandeur d'asile augmente le besoin de protection. En outre, la complexité de la matière et de la procédure demandent la présence d'un avocat spécialisé qui ne doit pas être perçu comme une menace à la prérogative étatique, mais plutôt comme ayant le rôle de clarifier la situation et de permettre une décision « dans le droit ».

Marie-Sophie DE CLIPPELE

* * *

¹⁰³ Etude, *R.D.E.*, numéro spécial, n° 161, 5/2010, p. 625-626.