

**LA NATURE CIVILE
DU DROIT DES RÉFUGIÉS
EN DROIT BELGE ET AU SENS
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME.
ESSAI DE DÉFINITION ET ANALYSE
DES ENJEUX**

**L'arrêt de la Cour d'Arbitrage
du 18 mars 1997 (1)**

PAR

Sylvie SAROLEA

ASSISTANTE À L'U.C.L.
ET AVOCATE AU BARREAU DE NIVELLES

Embrayant sur un débat doctrinal et jurisprudentiel récurrent et diversement abordé, la Cour d'Arbitrage s'est à son tour penchée, par un arrêt du 18 mars 1997, sur la question de la nature civile ou politique du droit des réfugiés à accéder au territoire d'un Etat tiers et à ne point en être éloignés.

Ce débat est engagé depuis plusieurs années et sous divers angles d'approche par les juridictions ayant à connaître du droit des étrangers. Il participe notamment des controverses relatives à la compétence du juge des référés en cette matière. Les dispositions législatives écartant l'intervention du juge civil dans le contentieux du droit au séjour des étrangers sont en effet contestées quant à leur conformité à la Constitution et aux engagements internationaux de la Belgique. De manière plus générale, cette question met en cause la constitutionnalité du régime procédural belge en matière de réfugiés. Enfin, du caractère civil ou politique de ces droits dépend l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'on verra que le qualificatif « civil » ne revêt pas la même signification et n'emporte pas les mêmes enjeux en droit constitutionnel belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. A travers son prisme d'approche et compte tenu de la formulation de la question préjudicielle qui lui était adressée, la Cour d'Arbitrage ne s'est d'ailleurs

(1) *cette revue*, p. 671.

intéressée au caractère civil du droit au séjour des réfugiés qu'au sens de l'article 144 de la Constitution, sans évoquer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il reste que ce débat est également ouvert de longue date et qu'il est intéressant de faire le parallèle entre ces notions issues d'ordres juridiques différents mais appelées à se croiser.

La présente analyse saisit l'occasion offerte par cet arrêt de la Cour d'Arbitrage pour étudier la nature du droit des réfugiés et les enjeux de la réponse à cette question en termes de procédure. La réflexion peut être naturellement élargie au droit au séjour de certains étrangers n'appartenant pas au groupe des « réfugiés ». Elle se développe au départ de cet arrêt (I) qui en est le prétexte et n'en demeure pas l'unique objet.

Le droit du réfugié à accéder au territoire belge et à ne pas en être éloigné une fois qu'il y a pénétré est-il un droit civil relevant exclusivement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ou un droit politique assujéti en principe à la compétence de ces derniers, celle-ci pouvant toutefois être écartée au profit d'autres juridictions par le législateur ? La réponse à cette question implique que l'on s'interroge préalablement sur la reconnaissance aux réfugiés d'un droit subjectif à être reconnu comme tel et, en conséquence, à être autorisé à séjourner en Belgique. L'applicabilité des articles 144 et 145 est en effet fonction de l'existence de ce droit subjectif (II).

Il s'agira ensuite d'analyser les notions de droits civils et politiques utilisées par la Constitution belge (III). De nombreuses études doctrinales et jurisprudentielles ont été consacrées à ce débat, sans toutefois aboutir à une définition claire — pour autant que cela soit possible — et surtout moderne de ces termes qui, confrontés au droit actuel, semblent à certains égards désuets. Il s'ensuit un vide juridique à l'origine de multiples incertitudes. Le présent article n'entend pas relancer la controverse sur ce point, mais uniquement montrer combien il est difficile de confronter cette dichotomie au droit actuel (a).

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, garantissant le droit à une procédure équitable, pose également la question préalable de la nature du droit concerné, son champ d'application étant restreint aux contestations de nature civile ou pénale. Il est évident que l'autonomie de compréhension des notions internes et internationales ne permet pas d'étendre l'enseignement d'une jurisprudence nationale à la signification qu'une notion reçoit dans un ordre juridique international. Ainsi, la définition du droit civil au sens du droit constitutionnel belge n'est pas déterminante de celle du terme « civil » tel qu'il figure à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Outre l'autonomie de principe de ces deux ordres, la question posée est distincte : le droit constitutionnel belge se meut autour de la dichotomie « droit civil — droit politique », tandis que l'article 6 de la

Convention distingue entre le procès impliquant des droits civils ou le procès pénal, et laisse hors de son champ d'application une catégorie subsidiaire non définie. Si ces deux ordres restent techniquement cloisonnés, il reste que, inévitablement, ne fut-ce que sur le plan symbolique, l'incidence d'une évolution jurisprudentielle dans l'un sur l'orientation de l'autre est certaine. Ce lien se nourrit, d'une part, de la proximité de l'enjeu — la jouissance de certaines garanties procédurales — et, d'autre part, de l'incertitude qui plane sur la définition strasbourgeoise du droit civil en rapport avec le droit des migrations (b).

Les enjeux de ces distinctions retiendront enfin l'attention. Leurs implications seront confrontées à la procédure actuelle de reconnaissance de la qualité de réfugié et l'on tentera de tirer un enseignement de cette rencontre (IV).

I. — L'ARRÊT DE LA COUR D'ARBITRAGE DU 18 MARS 1997

La question préjudicielle posée à la Cour d'Arbitrage par le Conseil d'Etat le fut dans le cadre des débats relatifs à un recours en annulation formé à l'encontre d'une décision négative de la Commission permanente de recours des réfugiés. La question était formulée comme suit : « *En qualifiant de décisions portant sur un droit politique, les décisions au fond du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de l'un de ses adjoints sur les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié et en confiant, en application des articles 144, 145 et 191 de la Constitution, la connaissance des recours à la juridiction administrative que constitue la Commission permanente de recours des réfugiés, l'article 57/11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution ?* ».

« Traduisant » cette question à la lumière de son spectre d'analyse, la Cour l'a reformulée de la manière suivante : « *L'illégalité du traitement alléguée résulterait de l'attribution à la Commission permanente de recours des réfugiés d'un contentieux portant sur un droit civil et non sur un droit politique. Il y aurait une discrimination en ce qu'une partie à un contentieux portant sur des droits civils serait, à la différence des parties à d'autres contentieux portant sur des droits civils, soumise à une juridiction autre que les cours et tribunaux prévus par l'article 144 de la Constitution* ».

Le contrôle de constitutionnalité des lois auquel procède la Cour est limité à sanctionner la contrariété à trois articles : les articles 10, 11 et 24. L'égalité devant la loi, le principe de non-discrimination et la liberté de l'enseignement constituent les bases du contrôle opéré. Afin d'étendre son contrôle, la Cour, exploitant la généralité des principes d'égalité et de non-discrimination, les a conjugués à d'autres normes, notamment constitution-

nelles, aboutissant ainsi à ce qu'il y ait violation de ces principes dès qu'une norme législative méconnaît une disposition de droit constitutionnel à l'égard de certaines personnes, cette différence de traitement étant présumée disproportionnée. Les dispositions dont la violation était alléguée en l'espèce sont uniquement les articles 144 et 145 de la Constitution, sans que le détour par les articles 10 et 11 ne soit *in abstracto* indispensable. La Cour n'étant pas habilitée à contrôler le respect de ces seules normes, le passage par la liaison aux articles 10 et 11 était obligé en ce qu'il ouvrait le contrôle de constitutionnalité à ces articles 144 et 145.

La Cour rappelle cette grille d'analyse en soulignant qu'elle « *n'est pas compétente pour vérifier directement si une norme législative viole l'article 144 de la Constitution. Toutefois, en disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, l'article 144 accorde à tous une garantie qui ne peut être arbitrairement retirée à certains : s'il apparaissait qu'une catégorie de personnes est privée du droit de saisir les tribunaux à propos d'une contestation portant sur un droit civil, cette différence de traitement ne pourrait être justifiée puisqu'elle se heurterait à l'article 144 précité. Elle violerait donc l'article 10 de la Constitution.* » (2).

Rappelant ensuite son interprétation désormais traditionnelle des principes d'égalité et de non-discrimination, la Cour souligne la portée des articles 10 et 11 dont il se déduit qu'une différence de traitement peut être admise si elle repose sur un critère objectif et est raisonnablement justifiée. L'essentiel du contrôle consiste à jauger cette justification eu égard au but et aux effets de la mesure querellée ; un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé doit s'en dégager.

Ces bornes étant posées, il restait à la Cour à analyser la question spécifique formée devant elle. Pour ce faire, il fallait résoudre un premier problème de définition de la notion de droit politique. La Cour n'étant en effet pas liée par la qualification de « politique » donnée par le Conseil d'Etat et par le législateur au droit du réfugié, il lui incombait de vérifier si ce qualificatif était attribué à juste titre (3).

Par une motivation très succincte, la Cour a conclu de manière péremptoire que « *lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'Etat qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique.* ».

(2) considérant B.3.

(3) considérant B.4.

La Cour en déduit que le législateur peut, en application de l'article 145 de la Constitution, confier la compétence de trancher les contentieux portant sur ces droits « politiques » à une juridiction administrative (4), la Commission permanente de recours des réfugiés. Il en résulte que la procédure organisée par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers est conforme au prescrit constitutionnel.

Après l'évocation de l'objet de l'arrêt commenté et de la position défendue par la Cour d'Arbitrage, il convient de se pencher sur la question préalable à l'analyse de la nature civile ou politique du droit au séjour du réfugié, étant celle de la jouissance par les réfugiés d'un droit subjectif au séjour.

II. — LA JOUISSANCE PAR LES RÉFUGIÉS D'UN DROIT SUBJECTIF AU SÉJOUR

La doctrine classique et une partie de la jurisprudence tendent à rejeter l'existence d'un droit subjectif au séjour dans le chef des réfugiés. Cette position se fonde sur l'impossibilité de trouver un texte international garantissant le droit d'asile comme un droit fondamental de l'être humain, silence dont il se déduit que les Etats sont libres d'accorder ou non l'asile aux étrangers le requérant.

Cette théorie ne convainc pas en ce qu'elle manque, d'une part, d'analyser le droit national et les garanties qu'il offre (a). Elle méconnaît, d'autre part, l'essence du droit au séjour des réfugiés et sa finalité essentielle, étant la protection des droits fondamentaux. Elle se fonde sur une conception dépassée de la souveraineté nationale, restant en défaut d'intégrer l'influence de la protection internationale des droits de l'homme qui s'est affirmée depuis un demi siècle (b).

A. — *Le droit subjectif au séjour du réfugié en droit interne*

Le concept de droit subjectif est sujet à de multiples discussions et tentatives de définition. La présente étude, n'entendant pas participer à ce débat, s'est arrêtée sur une compréhension de ce concept jouissant d'une acceptation large. Cette conception pose deux conditions cumulatives à la reconnaissance d'un droit subjectif. Il faut pouvoir identifier, d'une part, une obligation juridique du sujet passif et, d'autre part, un intérêt du sujet actif. En d'autres termes, « *il faut que le comportement — acte ou abstention — exigé par le sujet actif soit, par l'effet d'une règle de droit objectif, l'ob-*

(4) considérant B.6.

jet d'une obligation juridique précise imposée au(x) sujet(s) passif(s) » (5). L'intérêt de celui qui se revendique créancier du respect de cette obligation doit évidemment pouvoir être identifié comme personnel du sujet actif et ne peut se confondre avec l'intérêt général. Ces conditions doivent être réunies de manière cumulative ; l'on ne reconnaît en effet pas l'existence d'un droit subjectif dans le chef d'un sujet invoquant un intérêt ne correspondant pas une obligation corrélatrice dans le chef de celui dont il postule la satisfaction de cet intérêt.

Lorsque la personne désignée comme débitrice d'un droit est une administration, l'on distingue entre l'intérêt et le droit en fonction du pouvoir d'appréciation de cette dernière. Selon que la compétence de l'administration est liée ou discrétionnaire, l'intéressé peut se prévaloir d'un droit subjectif ou non.

A la suite de Ch. Huberlant, P. Lewalle identifie le droit subjectif comme suit : « *tout en postulant une annulation, une requête a pour **objet véritable une contestation relative à un droit subjectif** lorsque l'acte attaqué consiste en une décision par laquelle l'autorité administrative **refuse de reconnaître ou d'exécuter l'obligation corrélatrice au droit subjectif** allégué par le requérant ;, et lorsqu'en outre, le requérant invoque comme **moyen** qu'en agissant ainsi, l'autorité administrative a **violé la règle de droit qui la soumet à cette obligation** » (6).*

Il n'est pas toujours aisé de procéder à cette distinction. Il est exceptionnel qu'une compétence soit totalement liée ou discrétionnaire. Cette difficulté provient de ce que très peu de règles juridiques fonctionnent de manière purement mécanique. En effet, mis à part les normes purement techniques, la plupart des règles de droit supposent une opération préalable de qualification, consistant à établir un lien entre un fait et un concept juridique. Cela signifie-t-il que la compétence de l'administration n'est jamais entièrement liée, en ce qu'elle implique toujours un exercice préalable de qualification, démarche commune à toute réflexion juridique ? Toute réflexion intellectuelle emporte en effet une part de subjectivité et d'appréciation.

Selon Jacques Velu, « *pour que l'administré puisse se prévaloir à l'égard de l'autorité d'un droit subjectif, il faut que la compétence de celle-ci soit complètement liée, en ce sens que toutes les conditions à la réunion desquelles est subordonné l'exercice de la compétence soient définies de manière objective par la règle de droit de sorte que l'autorité ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation* » (7). Il est important de s'entendre sur le sens du terme « apprécia-

(5) VELU, J., *Avis de l'Avocat général sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 avril 1987*, publié en extraits sous cet arrêt, *A.P.T.*, 1987, pp. 292 et s.

(6) LEWALLE, P., *Contentieux administratif*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 448, n° 290.

(7) *ibid.*

tion ». S'il se réfère à tout raisonnement non mécanique, le cercle des compétences liées de l'administration est réduit à une peau de chagrin. Tel n'est pas le cas si cette expression implique une opération intellectuelle d'analyse et de choix d'une solution plutôt qu'une autre.

Cette seconde optique permet de parler de compétence liée lorsque l'administration prend sa décision après avoir qualifié les faits, sans que subsiste dans son chef une liberté d'estimer qu'une orientation est plus opportune qu'une autre. Dans cet esprit, il est question de compétence discrétionnaire lorsque l'auteur, après avoir effectué une première analyse qualificative, dispose encore du pouvoir de choisir la solution qu'il juge plus indiquée. Cette compréhension de la distinction entre la compétence liée et la compétence discrétionnaire paraît plus à même de refléter la spécificité de l'action administrative en matière de réfugiés. Les autorités sont en effet amenées à reconnaître à une personne un statut sur base du récit de cette personne et de la crainte de persécution qu'elle exprime. L'exercice de cette compétence implique que des faits soient rapprochés du concept juridique complexe de réfugié tel que défini par la Convention de Genève.

La complexité de ce concept et le pouvoir d'interprétation corrélatif qu'il confère à l'autorité appelée à le manier signifie-t-elle que l'autorité administrative jouit d'un pouvoir discrétionnaire de reconnaître un réfugié en cette qualité. Tout en reconnaissant que les autorités appelées à se prononcer ne le font pas sans analyser, interpréter et qualifier un ensemble de faits, l'on ne peut considérer que ces autorités disposent d'un pouvoir discrétionnaire. Elles sont en effet liées par une Convention internationale ratifiée par la Belgique qu'elles se doivent donc de respecter.

L'on touche ici à la particularité de l'action administrative confrontée au respect de normes obligatoires, ayant trait à la protection des droits fondamentaux. Ces droits, formulés souvent sous la forme de principes, contraignent l'action administrative qui ne peut se soustraire à leur respect qui suppose toutefois, vu la généralité des concepts usités, une appréciation qui ne peut cependant être qualifiée de discrétionnaire. Les conclusions du Procureur général préalables à l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 mai 1974 (8) expriment la participation des droits fondamentaux aux droits subjectifs qu'elles posent comme principe : « *pour que l'on puisse s'écarter des principes inhérents à la mission de juger, dans le cadre des articles 30, 92 et 93 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs — a fortiori les droits fondamentaux — il faudrait que l'on puisse en trouver la justification par une affirmation formelle dans les travaux préparatoires de la Constitution* ».

(8) Cass., 1^{re} ch., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974. Cet arrêt traite de la compétence des cours et tribunaux face aux poursuites sanctions disciplinaires prises par l'Ordre des médecins.

Les réfugiés ont-ils un droit subjectif, d'une part, à être reconnus comme tels et, d'autre part, à bénéficier d'un droit de séjour une fois qu'ils l'ont été ?

Le droit à être reconnu comme réfugié

La loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dispose en son article 48 que :

« Peut être reconnu comme réfugié l'étranger qui réunit les conditions requises à cet effet par les conventions internationales liant la Belgique. ».

La formulation de cet article semble induire que la reconnaissance de la qualité de réfugié est une possibilité pour l'État et non une obligation. Cette conclusion surprend toutefois en ce qu'elle prive de tout effet utile la Convention de Genève et la ratification de celle-ci par la Belgique. Quel sens donner à la ratification d'une convention définissant le réfugié et énonçant les droits qui lui sont garantis si le droit interne, d'un autre côté, prévoit que l'État conserve la liberté de refuser de suivre cette définition. Outre l'absurdité d'un tel système qui doit conduire à interpréter l'article 48 de manière à ce qu'il ait un effet utile, la lecture de l'article 49 écarte tout doute quant au caractère obligatoire de la reconnaissance de la qualité de réfugié. Il dispose en effet, sans ambiguïté cette fois, que

« Sont considérés comme réfugiés au sens de la présente loi et admis au séjour ou à l'établissement dans le Royaume :

- 1° l'étranger qui, en vertu des accords internationaux antérieurs à la Convention internationale relative au statut des réfugiés, et des Annexes, signées à Genève, le 28 juillet 1951, possédait en Belgique la qualité de réfugié avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 1953 portant approbation de ladite convention ;*
- 2° l'étranger auquel la qualité de réfugié a été reconnue par le Ministre des Affaires étrangères ou par l'autorité internationale à laquelle le Ministre a délégué sa compétence ;*
- 3° l'étranger auquel la qualité de réfugié est reconnue par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. »*

La première catégorie est devenue évidemment de moins en moins importante au fil du temps. La seconde vise les réfugiés qui ont été reconnus avant le 1^{er} février 1988 par le délégué en Belgique du Haut Commissariat pour les réfugiés auprès des Nations Unies. La dernière a trait à la procédure actuelle de reconnaissance du statut de réfugié d'application depuis le 1^{er} février 1988 sur base de la loi du 14 juillet 1987. Dans ces deux dernières hypothèses, pour être reconnu réfugié, il faut se trouver dans une situation correspondant à la définition de l'article 1 de la Convention de Genève.

Le droit interne belge reconnaît donc à l'étranger dont la situation correspond à la définition édictée par l'article 1^{er}, A, 2) de la Convention de Genève, d'être reconnu comme réfugié et, corrélativement, de bénéficier du statut organisé par cette même Convention.

Il s'en déduit que la compétence de l'Etat belge est liée et que les autorités appelées à traiter les dossiers ne jouissent pas d'un pouvoir d'appréciation purement discrétionnaire (9), même si appréciation il y a indiscutablement.

Le droit au séjour du réfugié

Une fois reconnu comme réfugié, l'étranger a-t-il le droit de séjourner sur le territoire belge ?

La réponse de la loi belge est claire, l'article 49 disposant que les étrangers reconnus comme réfugiés sont « admis au séjour ou à l'établissement dans le Royaume ». L'on partage par cette lecture de la loi du 15 décembre 1980 celle développée par Bernard Blero qui estime que « l'article 49 énonce, de manière explicite, le principe que celui à qui la qualité de réfugié a été reconnue par les instances compétentes doit être admis au séjour ou à l'établissement. Compte tenu de la portée de l'article 48, cette disposition, on s'en aperçoit, est fondamentale, car elle consacre dans le chef de celui qui répond à la définition internationale du réfugié un véritable droit subjectif à l'asile » (10).

Le droit interne belge fait donc certainement échec au principe dégagé de la lecture du droit international — principe qui doit être nuancé, on le verra — selon lequel le droit au séjour du réfugié n'existe pas, en ce qu'il consacre explicitement ce droit (11).

L'arrêt de la Cour d'Arbitrage accepte d'ailleurs ce postulat, engageant directement le débat sur la nature civile ou politique du droit subjectif existant, sans s'interroger sur l'applicabilité des articles 144 et 145 qui est restreinte aux litiges impliquant la violation d'un droit subjectif.

B. — *Le droit subjectif au séjour du réfugié en droit international* (12)

Traditionnellement, le droit pour un Etat de contrôler l'accès à son territoire et le droit des étrangers à séjourner sur celui-ci participe de sa souve-

(9) Voyez notamment en ce sens BLERO, B., « Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1995, pp. 241 et s.

(10) Voyez en ce sens, BLERO, B., *op. cit.*

(11) Voyez notamment sur cette question DE BRUYCKER, P., « La compatibilité de la législation belge avec le droit international », in *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Actes de la journée d'études du 21 avril 1989, Bruxelles, Bruylant et Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1990, pp. 200 et s.

(12) Sur la protection des droits fondamentaux des étrangers, voyez notamment BLERO, B., *op. cit.* ; BOUCQUEY, P., « La Cour d'Arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann. Dr. Louvain*, 3/1996, pp. 289 et s. ; CALLEWAERT, J., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'éloignement des étrangers », *R.D.E.*, 1996, Actes du Colloque Droits des étrangers. Loi du 15 décembre 1980. 15 ans après, pp. 607 et s., DE SCHUTTER, O., « La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée », *R.D.E.*, 1995, pp. 261 et s. et « La Convention européenne des droits de l'homme et l'asile », *R.D.E.*, 1995, pp. 471 et s. ; SAROLEA, S., « La

raineté. Deux des éléments constitutifs de l'Etat sont en effet en jeu lorsque est évoquée la problématique migratoire : le territoire et la population.

Si cette conception traditionnelle garde son actualité, elle se conjugue avec la limitation que les Etats ont consentie à cette souveraineté, de manière conventionnelle, en organisant par exemple la libre circulation des personnes au sein d'ensembles régionaux ou en acceptant d'offrir une protection efficace aux réfugiés et en s'engageant à respecter certains droits humains reconnus comme fondamentaux (13). Certains d'entre eux ont même été érigés en principes généraux de droit international, applicables indépendamment de tout engagement conventionnel. Il s'agit du droit au respect de la dignité humaine et de ses implications, notamment, du droit au respect de l'intégrité physique. Se référant aux affaires *Barcelona Traction* (14) et à celle du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (15), J. Velu et R. Ergéc soulignaient qu'« en tant que droits fondamentaux de la personne humaine, certains des droits consacrés dans les instruments universels et régionaux, tels le droit à la vie ou à l'intégrité physique, ont été érigés à la dignité de normes impératives de droit international général, s'imposant aux Etats même en l'absence de tout lien conventionnel et ce, à l'égard de tous les autres Etats » (16).

Si certes la Convention de Genève ne garantit pas explicitement un droit au séjour aux étrangers postulant que leur soit reconnue la qualité de réfugié et à ceux qui ont été reconnus comme tels, il se déduit de l'esprit de ce texte, joint aux textes internationaux protégeant les droits fondamentaux, que l'étranger craignant pour sa vie jouit d'un droit au séjour et à ne pas être éloigné de l'Etat où il a trouvé refuge.

Ni la Convention de Genève, ni aucun autre texte international revêtu de la force contraignante ne reconnaît un droit d'asile au sens du droit pour un étranger d'entrer sur le territoire d'un Etat tiers pour y demander protection. La portée de la Convention de Genève participe ainsi du paradoxe ingérable que constitue en droit international la rencontre du droit à quitter tout pays, y compris le sien, du droit au respect de la dignité humaine (17) et de l'inexistence du droit à pénétrer sur le territoire d'un Etat tiers. L'on n'entrera pas ici dans cette problématique passionnante,

jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt *Chahal*, *R.D.E.*, 1997, pp. 19 et s.

(13) DUPUY, P.-M., « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *Arch. de philo. du dr.*, 1987, pp. 119 et s.

(14) C.I.J., affaire de la *Barcelona Traction*, *Rec.*, 1970, p. 32.

(15) C.I.J., affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Rec.*, 1980, p. 42.

(16) VELU, J., ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 34, n° 15.

(17) Sous les différentes formes plus précises que lui donnent les différents textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme.

s'agissant uniquement dans le présent article de discourir sur la nature des droits du (candidat) réfugié se trouvant déjà sur le territoire belge.

Il reste qu'une fois qu'il a pénétré sur le territoire d'un Etat tiers et y réclame protection, l'étranger est protégé contre l'éloignement, tant par la Convention de Genève que, dans les pays du Conseil d'Europe, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autres conventions méritent que l'on s'y attarde, tel le Pacte sur les droits civils et politiques. Toutefois, seule la Convention de Rome du 4 novembre 1950 est assortie d'un mécanisme de contrôle juridictionnel contraignant. Aussi s'y limitera-t-on.

— La Convention de Genève du 28 juillet 1951 se limite à définir ce qu'il faut entendre par réfugié et à déterminer son statut. Elle ne garantit pas le droit d'asile au sens positif du terme, mais le reconnaît sous une forme négative au travers du principe de non-refoulement inscrit à l'article 33 de la Convention :

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

Ce principe bénéficie tant au réfugié reconnu qu'au candidat réfugié dans l'attente d'une décision de l'Etat accueil et ce, sans que l'on puisse distinguer selon qu'il a pénétré ou non régulièrement sur le territoire de l'Etat de refuge. Il s'agit d'un droit provisoire qui s'éteint le jour où tombe une décision négative définitive. A l'inverse, il est consolidé le jour où l'étranger est reconnu comme réfugié.

Ce texte ne garantit pas un droit « absolu » au séjour en ce qu'il n'interdit le refoulement que vers le pays où l'intéressé risque d'être persécuté. Il faut toutefois remarquer le caractère théorique de cette restriction qui suppose qu'il y aurait un autre Etat susceptible d'accueillir l'intéressé. En l'absence d'un droit à accéder au territoire d'un Etat tiers, l'on ne voit pas comment soutenir que rien n'empêche un renvoi vers un pays tiers en tout état de cause libre de refuser l'accès à son territoire. Au risque de condamner le réfugié à errer d'un Etat à l'autre, traitement jugé inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (18), il est difficile de nier qu'en réalité, l'article 33 ne s'oppose pas à un éloignement du territoire du réfugié.

— La Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour et de la Commission, offre également des garanties précieuses aux réfugiés, si bien que l'on peut s'interroger sur la

(18) Sur la condamnation du placement d'un « réfugié en orbite », voyez Commission europ. dr. homme, req. n° 7612/76, aff. *Giama/Belgique*, Vol. 21, p. 73.

reconnaissance d'un droit d'asile *de facto* issu de la combinaison des garanties offertes (19).

La jurisprudence constante des organes de Strasbourg rappelle le postulat selon lequel les Etats jouissent du droit de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire et précise que la Convention ne garantit pas le droit d'asile. Ce pouvoir des Etats n'est toutefois pas souverain, étant limité par les droits reconnus par la Convention et, principalement, le droit à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant — article 3 — et le droit au regroupement familial — article 8. Si l'article 8 n'offre pas une garantie absolue à l'étranger, l'Etat pouvant s'ingérer dans l'exercice de sa vie familiale et de sa vie privée par des mesures « prévues par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique » à la sauvegarde de « la sécurité nationale, [...] ou à la protection des droits et libertés d'autrui », à l'inverse, l'article 3 participe des droits indérogeables, selon le vœu de l'article 15, même « en cas de guerre ou de tout autre danger public menaçant la vie de la nation ».

L'article 3 offre à l'étranger une garantie absolue, la protection qu'il confère ne pouvant souffrir d'aucune dérogation (20), même en cas de danger pour la sécurité nationale. Il diffère de ce point de vue de l'article 33 de la Convention de Genève, qui prévoit une exception au principe de non-refoulement s'il y a des raisons sérieuses de considérer le réfugié comme un danger pour la sécurité nationale ou si, ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour crime ou délit particulièrement grave, il constitue une menace pour la communauté de l'Etat d'accueil.

Le pouvoir souverain des Etats d'autoriser l'accès à leur territoire est donc borné par les droits subjectifs reconnus à certaines personnes d'y accéder ou, en tout état de cause, de ne pas en être éloigné, en sorte qu'il faut distinguer entre l'immigration « classique ou ordinaire », prérogative de l'Etat souverain, et l'accès au territoire en tant qu'exercice d'un droit qui limite ce pouvoir souverain.

La notion de violation virtuelle développée par la Cour, pour la première fois dans l'arrêt *Soering* et suivie à maintes reprises depuis (21), protège la personne face à une violation non seulement actuelle ou passée mais également face à « un risque d'agissements prohibés par l'article 3 [qui] peut se heurter lui-même à ce texte s'il est suffisamment réel et immédiat » (22). Ce texte offre par conséquent une protection « par ricochet » aux étrangers

(19) Voyez notamment sur cette question EINARSEN, T., « The European Convention on Human Rights and the Notion of a Implied Right to *de facto* Asylum », *I.J.R.L.*, 1990, pp. 361 et s.

(20) Voyez notamment l'arrêt *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, *R.D.E.*, 1997, p. 88 ; *Chahal*, 15 novembre 1996, *R.D.E.*, 1997, p. 77, §§ 79-81 : « les agissements de la personne considérée, aussi inacceptables et dangereux qu'ils soient, ne sauraient entrer en ligne de compte ».

(21) Voyez notamment l'arrêt *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, Série A, n° 234-A ; *Nasri c. France*, 13 juillet 1995 ; *Ahmed c. Autriche*, *op. cit.* ; *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *R.D.E.*, 1997, p. 94 ; *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, *R.D.E.*, 1997, p. 91.

(22) Arrêt *Campbell et Cosans c.* 25 février 1982, Série A, n° 48, § 26.

sujets à un éloignement du territoire en raison de leur situation irrégulière, dans le cadre d'une extradition ou encore lorsque leur Etat de résidence a décidé leur expulsion. «... *La Convention ne consacre pas en soi un droit de ne pas être extradé. Néanmoins, quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un Etat contractant au titre de la disposition correspondante* » (23).

Ce droit à ne pas être expulsé est à l'évidence un droit subjectif de l'étranger l'invoquant. Le lien avec le statut de réfugié est naturel, la persécution dont allègue souffrir ou risquer de souffrir le réfugié étant le fruit d'une violation de ses droits fondamentaux, le plus souvent de son droit à la vie, à la liberté et de son droit à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant.

Il est essentiel, pour saisir le caractère indéniable de ce lien entre les droits fondamentaux et la protection du réfugié et le droit au séjour qu'il confère corrélativement à ce dernier, de rappeler l'essence du droit au refuge (24). Ce droit à trouver un pays où vivre n'est pas la finalité essentielle du droit d'asile, mais bien sa finalité instrumentale, immédiate. Le droit au séjour du réfugié est un palliatif au respect de ses droits dans son pays d'origine ; il est un moyen pour lui de les voir respecter ailleurs. En ce sens, le droit au séjour est uniquement le droit d'accès à la protection de droits fondamentaux.

Il se déduit des développements qui précèdent que l'étranger se déclarant réfugié jouit incontestablement de droits subjectifs. En droit interne, ils se déclinent comme suit : l'étranger dont la situation correspond à celle définie par l'article 1^{er}, A, 2), de la Convention de Genève a le droit à être reconnu comme tel et à bénéficier d'un permis de séjour. En droit international, les Conventions de Genève et de Rome expriment l'obligation pour les Etats de ne pas éloigner le réfugié vers un Etat où ses droits risquent d'être violés. Si cet éventail de droits ne lui assure certes pas l'accès à une terre d'asile, il lui garantit indubitablement un droit au séjour dans le pays où il est entré pour y chercher refuge.

III. — LES NOTIONS DE DROITS CIVILS ET DE DROITS POLITIQUES

Dès lors qu'il est admis que le réfugié jouit d'un droit subjectif à être reconnu comme tel et à être admis au séjour en conséquence, il y a lieu

(23) Arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A, n° 161, § 85.

(24) CARLIER, J.-Y., « Les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme comme instruments de la démocratie », *Asile — Violence — Exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective.*, p. 419 à 423 ; SAROLEA, S., « Asile — Violence. Exclusion en Europe », *Journ. Proc.*, 1995, n° 284, pp. 10 et s.

d'analyser la nature de ce droit. En droit belge, la classification bipartite des droits subjectifs entre les droits civils et les droits politiques exigent que l'on choisisse entre ces deux catégories qui ne s'y prêtent pas. La Convention européenne des droits de l'homme se meut autour de catégories d'un autre ordre, la Convention distinguant en son article 6 entre les litiges à caractère civil ou pénal et les autres. L'autonomie de ces deux ordres juridiques et des termes qu'ils utilisent n'exclut toutefois pas un rapprochement, leur coexistence, certes hiérarchisée, fonctionnant à certains égards en osmose. Ces notions autonomes se recouvrent partiellement, comme le soulignent M. Melchior et L. De Greve : « *La notion de 'droits et obligations à caractère civil' visée à l'article 6 de la Convention est plus large que celle de 'droits civils' visée à l'article 92 de la Constitution et englobe certains 'droits politiques' visés à l'article 93 de celle-ci* » (25).

A. — *En droit belge*

Les données constitutionnelles et leur interprétation

La Constitution établit une répartition bipartite des droits subjectifs entre les droits subjectifs civils et les droits subjectifs politiques. L'article 144 — anciennement 92 — dispose que : « *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux* », alors que l'article 145 — anciennement 93 — prévoit que : « *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* ».

Le principe consiste à déférer à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire l'ensemble du contentieux des droits subjectifs. S'ils peuvent être qualifié de civils, cette compétence est exclusive. Lorsqu'ils sont de nature politique, le législateur peut déroger à cette compétence en confiant le soin d'en connaître à d'autres juridictions, par exemple administratives, comme le Conseil d'Etat ou, en matière de réfugiés, la Commission permanente de recours des réfugiés.

La Belgique a en effet opté pour un système de pluralité des contrôles juridictionnels (26), la clé de répartition des compétences étant fixée dans la Constitution. Cette répartition suppose que l'on classe tous les droits subjectifs selon qu'ils sont civils ou politiques et que l'on définisse ces concepts.

(25) MELCHIOR, M., DE GREVE, L., « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité. Rapport de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217 et s.

(26) Voyez notamment sur cette question LEWALLE, P., *op. cit.*, n^{os} 290 et s. ; DELPÉRÉE, F., « Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique ? », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 869-871 ; VAN ORSHOVEN, P., « Administratieve rechtbanken ? Ja en neen. Pleidooi voor juridictioneel monisme. », *R.W.*, 1994-1995, pp. 897 et s.

Un siècle et demi de vie de la Constitution n'a, semble-t-il, pas permis de faire la clarté sur cette distinction. Outre que les définitions proposées aient évolués, parallèlement à la modification du contenu normatif de notre ordre juridique, d'importantes controverses ont partagé la doctrine, surtout dans les années soixante. Ces controverses n'ont pas trouvé la paix et ne permettent certainement pas de rencontrer la complexité du droit et la naissance de nombreux nouveaux droits depuis la rédaction de la Constitution.

Selon J.-J. Thonissen, l'idée du constituant (27) était de distinguer entre les droits « *dérivant de la nature de l'homme et de ses rapports avec les choses, comme conséquence des règles du juste et de l'injuste relatives aux personnes* » et les droits qui ne se transmettent à l'individu qu'en sa qualité de membre de la nation. Participent de ces derniers les droits des citoyens à l'effet d'élire. Les premiers sont qualifiés de civils, les seconds de politiques.

Cette théorie traditionnelle conduit à identifier les droits civils aux droits subjectifs : les « *droits civils s'entendent de ceux qui reviennent à l'homme par la vocation naturelle qu'il a à la protection et au développement de sa personne. L'intégrité physique de l'individu, les prérogatives de son statut familial et patrimonial, la liberté individuelle, s'intègrent dans ce qui est essentiel à l'exercice de ces 'facultés du droit des gens' qui reçoivent, dans les droits civils, une consécration* » (28).

Au début du siècle, la Cour de Cassation désignait comme étant des droits civils « *tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent* » (29). La doctrine assimilait par ailleurs aux droits civils la plupart des droits fondamentaux reconnus par le Titre II de la Constitution.

Cette optique dualiste n'a pas résisté à la naissance des droits sociaux, économiques, de certains droits fondamentaux, ..., qui ne sont pas exclusivement privés, sans toutefois être liés au droit d'élire et d'être élu. Le développement de nouvelles catégories de droits issus du concept de solidarité collective (30), opposables par le citoyen à l'administration, a interrogé ces notions et la conception du pouvoir les sous-tendant. Ce débat a pris un essor particulier avec l'instauration d'un Conseil d'Etat en droit belge en 1946, compétent notamment pour contrôler l'action administrative. Il a fallu régler la question du partage de compétence entre le Conseil d'Etat et

(27) THONISSEN, J.-J., *La Constitution belge annotée*, 1876, Bruxelles, Bruylant-Christophe, pp. 262 et s.

(28) CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, T. I, *Le juge dans l'Etat. Le contrôle de l'administration*, 1961, Bruxelles, Larcier, pp. 315 et s. qui rappelle que Paul DE VISSCHER incluait dans les droits civils « *le droit de l'individu à l'intégrité de sa personne physique, à sa liberté individuelle, à l'inviolabilité de la Constitution* ».

(29) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 130 ; Cass., 14 avril 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 139.

(30) PERIN, F., *Cours de droit constitutionnel*, Livre II, *Organisation compétence des pouvoirs*, 1984, pp. 198 et s.

le pouvoir judiciaire et définir de manière plus précise les concepts constitutionnels.

Plusieurs critères ont été proposés, de nature organique, s'inspirant de la conception traditionnelle ou plus complexes. Aucun d'entre eux n'a trouvé une consécration jurisprudentielle claire.

Le critère organique ou « *du droit d'action* », défendu notamment par André Mast (31), consiste à déterminer la nature des droits subjectifs qui ne peuvent aisément être rattachés à l'une ou l'autre catégorie en fonction de la juridiction à laquelle le législateur a confié la compétence de connaître les contestations les concernant. Certains droits civils peuvent être définis par leur contenu parce qu'ils sont issus des rapports entre les particuliers entre eux ou parce qu'ils ont trait à l'état des personnes. Il en va de même de certains droits politiques : le *ius suffragii*, le *ius honorum*, le *ius tributi* et le *ius militiae*. Outre ces droits identifiables « naturellement », il en est dont la répartition implique un critère externe, étant, selon cette théorie, l'ordre juridictionnel appelé à en connaître.

Cette approche réserve au législateur un pouvoir souverain. Elle appelle les réserves suivantes : outre qu'il peut difficilement être admis que le législateur dispose d'une liberté illimitée d'interpréter et de « traduire » le texte constitutionnel au risque d'en altérer le sens, cette conception est mise en échec par l'instauration d'un contrôle, certes limité, de constitutionnalité de la loi (32). En l'espèce, la Cour d'Arbitrage n'a d'ailleurs pas déterminé la nature des droits subjectifs en cause en référence à l'ordre juridictionnel auquel appartient la juridiction appelée à en connaître. Son approche semble confirmer que c'est dans la nature du droit en cause qu'il faut trouver les éléments permettant de le rattacher aux droits civils ou aux droits politiques.

Une autre théorie propose un critère mixte et défend l'existence, à côté des droits civils et politiques, de droits administratifs « *chaque fois qu'un droit n'est accordé qu'en contrepartie ou comme défense à un privilège revenant légalement à la puissance publique* ». Elle fut largement développée par C. Goossens (33) et défendue par P. Wigny, mais a été rejetée par la Cour de Cassation par un arrêt du 21 décembre 1956 (34) consacrant la division bipartite traditionnelle.

Le critère organique ne résiste pas à la confrontation avec le principe d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. Le critère mixte a été rejeté de longue date par la Cour de Cassation. L'on en revient au critère tradi-

(31) MAST, J., ALEN, A., DUJARDIN, J., *Précis de droit administratif belge*, Story-Scienta, 1989.

(32) LEWALLE, P., *op. cit.*, pp. 229-230.

(33) Voyez l'importante étude publiée par les *Annales de droit de Liège* en 1960, pp. 149 et s., « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques et droits administratifs ».

(34) Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 430. Il s'agissait en l'espèce de la responsabilité civile des magistrats sur base des articles 1382 et 1383 du Code judiciaire.

tionnel consistant à rechercher la nature du droit subjectif étudié en lui-même (35).

Cette optique a été implicitement adoptée par la Cour d'Arbitrage dans l'arrêt étudié et par la Cour de Cassation, notamment par un arrêt du 19 décembre 1991 (36) : « *En attribuant aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, l'article 92 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils ; en vue de réaliser cette protection, le Constituant n'a eu égard ni à la qualité des parties contendantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation.* ». La Cour de Cassation a confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 10 mars 1994 (37).

La nature des droits des réfugiés

Il y a lieu à présent de s'interroger sur la nature des droits subjectifs au séjour des étrangers, en particulier les réfugiés, au regard des articles 144 et 145 de la Constitution. Quel enseignement peut être tiré des controverses décrites ?

Premièrement, aucune d'entre elles ne traite expressément la question de l'insertion des droits fondamentaux dans la répartition bipartite constitutionnelle. La théorie traditionnelle l'effleure toutefois, rattachant les libertés publiques aux droits civils et précisant que les droits civils sont ceux qui « *dérive[n]t de la nature de l'homme et de ses rapports avec les choses, comme conséquence des règles du juste et de l'injuste relatives aux personnes* » (38). Les droits reconnus à l'homme de manière « universelle », en d'autres termes, indépendamment de sa qualité de citoyen d'une nation, sont des droits civils. Relèvent uniquement des droits politiques les « *droits traditionnellement reconnus au citoyen — l'électorat, l'éligibilité, l'égalité devant l'impôt ... — et de ceux qui se fondent sur une intervention de l'autorité publique pour réaliser une solidarité nationale — indemnités de dommage de guerre, pensions de réparation militaire ...* » (39).

(35) Voyez notamment CAMBIER, C., *op. cit.* ; FLAMME, M.A., *Droit administratif*, Première partie, Deuxième éd., 1977-1978, pp. 66-68.

(36) Cass., 1^{re} ch., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, pp. 316 et s. Voyez également un arrêt plus ancien (Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513) posant pour principe que les litiges portant sur la réparation pécuniaire d'un droit, fût-il politique, relèvent des tribunaux de l'ordre judiciaire.

(37) Cass., 1^{re} ch., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, pp. 237 et s. : « *Relèvent de la compétence exclusive des cours et tribunaux, en tant que contestations ayant pour objet des droits subjectifs à caractère civil, les demandes faites par une partie, fondées sur une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre ; la circonstance qu'une autorité administrative puisse, dans certains cas, accorder des dérogations à l'obligation en question ne modifie pas la nature de cette obligation ni celle des droits qui en sont le corollaire.* »

(38) Voyez *infra*, THONISSEN, J.-J., *op. cit.*

(39) DELPÉRÉE, F., *op. cit.*, p. 870.

La jurisprudence des juges du fond est partagée. Plusieurs ordonnances prononcées en référé déclinent la compétence de la juridiction présidentielle en matière de droits de réfugiés, se fondant souvent sur le seul article 63, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 qui prohibe l'intervention du juge des référés. Plusieurs ordonnances rejettent toutefois cette prohibition, arguant de la contrariété de la loi belge avec la Convention européenne des droits de l'homme ou avec le prescrit constitutionnel en ce que les droits litigieux revêtent une nature civile. La Cour d'Appel de Bruxelles a soutenu l'existence d'un droit civil dans le chef du candidat réfugié, qu'elle déduit du lien inéluctable existant entre le droit à l'éligibilité au statut de réfugié et « *le droit à la vie et celui de ne pas être soumis être soumis à un traitement inhumain et dégradant qui ne peuvent recevoir d'autre qualification que celle de droits civils. En privant un étranger, dans certaines hypothèses, du droit de recourir au juge des référés, le législateur belge a méconnu les engagements qu'il avait pris en ratifiant la Convention européenne* » (40). Cette jurisprudence a été suivie par plusieurs Présidents statuant en premier ressort (41).

Critiquant un arrêt de la Cour d'appel de Liège, qualifiant le droit d'un étranger d'être inscrit sur le territoire d'une commune de droit politique (42), P. Lewalle liait ce droit à celui de l'étranger à séjour sur le territoire et s'interrogeait en ce sens : « *n'y a-t-il pas là un de ces droits naturels ou artificiels reconnus ou institués par la loi au profit de tout individu humain, national ou étranger, en dehors de sa qualité de citoyen et dont l'objet immédiat est le bien propre et privé de l'individu* » (43). Cette conception du droit civil rappelle l'optique traditionnelle rapprochant les droits civils des droits « naturels ».

La jurisprudence unanime du Conseil d'Etat dénie par contre aux droits mis en jeu par la procédure de reconnaissance du statut de

(40) La Cour d'appel de Bruxelles a interdit à l'Etat d'exécuter un ordre de quitter le territoire tant que le Conseil d'Etat ne s'était pas prononcé quant au fond sur le recours en annulation de l'acte attaqué. La Cour a suivi un argument déduit de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, considérant que le droit « *de ne pas être menacé dans sa liberté par un refoulement irrégulier ne peut recevoir d'autre qualification que celle de droit civil* ». Les termes « contestation ... de caractère civil » et « accusation » pénale utilisés par l'article 6.1 traduisant non pas la volonté de restreindre l'accès aux tribunaux, mais celle « *d'étendre la répression pénale sont l'expression la plus habituelle, les garanties de la Convention européenne* » (J. VERHOEVEN, « Droits de l'homme, discipline et liberté d'expression », *R.C.J.B.*, 1988, 541 — spéc. 559) (Bruxelles (8^e Ch.), 29 juin 1989, *R.D.E.*, 1989, p. 156).

(41) Civ. Mons (référé), 27 septembre 1989, *R.D.E.*, p. 239 ; Corr. Namur, ch. du conseil, 19 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 462 ; Civ. Bruxelles, 8 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 278 et s., *R.D.E.*, 1993, n^{os} 75, 454-459.

(42) Liège, 2 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 925 et s. et note LEWALLE, P. Plus récemment, la Cour d'Appel de Mons a qualifié de civils les droits d'une étrangère « *de voir sa résidence reconnue, d'ouvrir un compte bancaire, d'obtenir un permis de conduire, et, à défaut de pouvoir exercer une activité professionnelle, à tout le moins de bénéficier d'un minimum de moyens d'existence* », en attendant l'aboutissement des démarches accomplies pour que soit reconnue sa nationalité belge (Mons, 12 décembre 1996, *R.D.E.*, 1997, p. 273).

(43) se référant à DABIN, J., « Lésion d'intérêt ou lésion de droit », *Ann. dr. et sc. pol.*, 1948, p. 36.

réfugié la qualité de droits civils pour les qualifier de droits politiques (44).

Le raisonnement ayant conduit la Cour d'Arbitrage à qualifier le droit du réfugié de droit politique est peu explicite et, pour ce qu'il exprime, dépourvu de nuances. La motivation de la Cour repose en un paragraphe, disposant comme suit :

« Lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'Etat qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique. » (45).

La Cour prend pour seul critère le rattachement de cette matière à la souveraineté de l'Etat, ignorant l'autre enjeu du droit des réfugiés à accéder au territoire, étant la protection de leurs droits fondamentaux. Ce faisant, la Cour méconnaît que le droit du réfugié vient précisément limiter cette souveraineté et c'est en cette restriction que réside le facteur déterminant de la compréhension de la nature des droits subjectifs en cause. En se limitant à arguer de la puissance publique de l'Etat, la Cour adopte une conception paraissant dépassée de la souveraineté nationale. Des deux impératifs entrant en compte, le droit de l'Etat de contrôler l'accès à son territoire et le droit de l'étranger à être protégé dans la jouissance de droits fondamentaux, la Cour privilégie le premier alors que le second exprime la finalité essentielle du droit du réfugié. Il en va différemment du droit de tous les étrangers à accéder au territoire qui relève incontestablement du pouvoir souverain des Etats. Tel n'est ni le cas pour les réfugiés, ni, par exemple, pour l'étranger bénéficiaire du regroupement familial, ces catégories particulières d'étrangers pouvant se prévaloir d'un droit subjectif au séjour.

La conception défendue par la Cour est d'ailleurs empreinte de contradictions : d'une part, la Cour admet l'existence dans le chef du réfugié d'un droit subjectif puisqu'elle recherche la nature civile ou politique de ce droit et, d'autre part, elle semble se fonder sur le principe que l'octroi d'un droit au séjour à ce dernier est une prérogative de l'Etat souverain. Soit l'Etat dispose d'un droit souverain de reconnaître un droit au réfugié, ce qui implique que l'on dénie la jouissance dans son chef d'un subjectif ; soit, la souveraineté de l'Etat est limitée par la reconnaissance au réfugié d'un droit subjectif, auquel cas l'on ne peut logiquement s'exprimer en termes de « prérogatives de la puissance publique ».

(44) Voyez notamment C.E., n° 56.394, 11^e ch., référé, 21 novembre 1995. Voyez également en ce qui concerne l'accès au dossier administratif avant l'audition au Commissariat général, C.E., n° 56.225, 13 novembre 1995, *R.D.E.*, 1996, n° 87, pp. 45 et s., note J. DUFASNE. Voyez également C.E., n° 38.993, 13 mars 1992, *R.A.C.E.*, 1992 ; C.E., n° 44.969, 23 novembre 1993 ; C.E., n° 42.305, 16 mars 1993 ; C.E., n° 45.033, 24 novembre 1993.

(45) considérant B.5.

La brièveté de la motivation de la Cour laisse à penser qu'elle fut guidée par deux idées fausses qu'il importe de rectifier. Paradoxalement dans la mesure où la Cour reconnaît implicitement l'existence d'un droit subjectif dans le chef du réfugié, elle développe un raisonnement inspiré des théories niant l'existence du droit d'asile. Ce postulat exige nuances et remise en cause. La seconde reflète l'abus de langage souvent dénoncé mais subsistant tant dans la jurisprudence que dans les discours politiques, consistant à parler de « réfugiés politiques » et non de « réfugiés ». D'une part, cette méprise conduit à une interprétation réductrice de la Convention de Genève qui mentionne, en son article 1^{er}, A, 2), cinq causes de persécution, l'opinion politique étant la dernière citée. La Convention vise également les persécutions fondées sur la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social. D'autre part, elle induit, l'arrêt de la Cour d'Arbitrage en est l'illustration, des liens conceptuels erronés.

La conclusion selon laquelle le droit des réfugiés est un droit de nature civile n'est pas définitive, le débat étant certainement ouvert. On a en effet pu remarquer que les références sur lesquelles peut s'appuyer une recherche sur cette question sont diversement orientées et relativement anciennes. Les catégories désuètes de droits civils et de droits politiques appellent un travail d'exégèse pouvant évidemment aboutir, selon l'orientation prise et les enjeux envisagés, à des solutions diamétralement différentes.

Le rattachement du droit des réfugiés aux droits civils, outre ses fondements intrinsèques, est également dicté par les conséquences qu'il emporte en termes de procédure. L'importance de l'enjeu réside en ces garanties procédurales dont devraient évidemment également pouvoir bénéficier les détenteurs d'un droit politique. Rien ne justifie en effet la discrimination d'un autre âge que la Constitution institue entre ces deux catégories de sujets de droit. Tel est également le message de ces lignes. Même si le droit des réfugiés devait être qualifié de droit politique au terme d'une lecture différente du prescrit constitutionnel, il ne faudrait pas qu'il en résulte une privation dans le chef des réfugiés des garanties procédurales indispensables à la protection de leurs droits.

Au-delà du débat national, le droit international veille à garantir largement le droit à bénéficier de garanties procédurales satisfaisantes. S'il comporte également des catégories désuètes et discriminatoires, lorsqu'il soumet à un statut distinct les droits civils et ceux qui sont liés au procès pénal et les droits administratifs, l'interprétation évolutive qui en est donnée s'emploie à en restreindre les effets.

B. — *En droit international :*
la Convention européenne des droits de l'homme

A la différence du droit interne qui établit une distinction fondamentale et basique entre les droits civils et politiques, la Convention européenne des

droits de l'homme qualifié, sans distinguer entre eux, les droits qu'elle reconnaît de droits de nature civile et politique, ces deux classes de droits semblant naturellement liés et appartenant à une même génération de droits fondamentaux. L'on distingue communément trois générations de droits fondamentaux, la première comprenant les droits civils et politiques, la seconde les droits économiques et sociaux et, enfin, la troisième les « droits de solidarité ». Les premiers visent à « ménager un espace de liberté pour la personne humaine contre l'Etat, celui-ci acceptant le devoir corrélatif de ne pas intervenir : ne pas porter atteinte à la vie et à l'intégrité physique des individus, ne pas les arrêter arbitrairement, ne pas les priver d'un procès équitable, ne pas s'immiscer dans leur vie privée, ne pas empêcher les réunions et les associations de personnes et, positivement, permettre la participation de tous aux affaires publiques » (46). Pour l'essentiel, les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme participent de cette catégorie.

Est-il possible de distinguer entre les droits qu'elle protège en les qualifiant de civils et de politiques ? Une telle catégorisation semble hasardeuse et artificielle, la Convention et ses auteurs n'ayant semble-t-il pas imaginé une telle ventilation. Certains droits sont assurément directement liés à l'exercice d'une activité politique. Il en va ainsi de la liberté d'expression — article 10 —, des libertés de réunion et d'association — article 11 — et du prescrit de l'article 16 : « Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 de la Convention ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes s'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers. ». Il reste qu'indirectement, le droit à ne pas être torturé, le droit à un procès équitable, participent également des garanties permettant à un individu d'exercer en toute quiétude une activité politique. Il existe néanmoins une distinction entre les droits participant directement de l'exercice d'une activité politique et ceux qui ne le sont que de manière marginale et qui, théoriquement, préexistent à toute organisation politique.

La distinction est donc concevable mais paraît d'emblée usurpée et peu conforme à l'esprit de la Convention.

La notion évolutive de litige civil (47)

De la qualification du droit des réfugiés dépend l'applicabilité au contentieux le mettant en jeu de l'article 6 de la Convention qui dispose, en son alinéa premier, que :

(46) NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, A., PELLET, A., *Droit international public*, L.G.D.C., Paris, 1987, p. 590.

(47) Sur l'« irrésistible ascension du contentieux du 'procès équitable' », voyez notamment KOERING-JOULIN, R., Introduction générale au Colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de Cassation sur *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 9 et s.

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur des droits et obligations à caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...] »

Les garanties procédurales offertes par l'article 6 ne bénéficient qu'aux personnes impliquées dans un litige civil ou pénal. Son applicabilité est donc fonction de la signification donnée aux termes « *droits et obligations à caractère civil* ».

La Cour et la Commission européennes des droits de l'homme se sont toujours refusées à définir avec précision ce concept. La jurisprudence a par ailleurs rejeté l'alignement du champ d'application de l'article 6 sur un critère organique ou formel, préférant retenir une approche matérielle : « *c'est en effet au regard non de la qualification juridique mais du contenu matériel et des effets que lui confère le droit interne de l'Etat en cause qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil au sens de cette Convention* » (48). Dans cette optique, la signification de la notion de civil s'est dessinée par touches successives, au fil de la jurisprudence qui a considérablement évolué en un demi-siècle. Il ressort de la motivation des arrêts, décisions et rapports une orientation certaine dans le sens d'un élargissement progressif de la notion de litige civil à la sphère des relations entre les autorités et les particuliers. Cette tendance doit être rapprochée des caractéristiques de l'interprétation strasbourgeoise qui se veut autonome par rapport aux conceptions nationales, téléologique et dynamique (49).

Plusieurs éléments s'en dégagent. Premièrement, la notion de civil n'implique pas qu'il soit uniquement question de rapports entre personnes privées (50). La jurisprudence s'est en effet affranchie, corrélativement à l'accroissement des fonctions étatiques, de la distinction entre les litiges se mouvant dans la sphère privée et ceux touchant au domaine public. Cette « *approche [tend] à élargir sans cesse le champ de la notion vers des contestations qui participent à bien des égards de la sphère du droit public* » (51).

Deuxièmement, au sein même des contestations entre l'administration et les particuliers, la jurisprudence a ensuite abandonné la démarcation entre les situations où l'administration agit comme personne privée et celles où

(48) Arrêt *König c. R.F.A.*, 10 mars 1980, Série A, n° 36, § 89

(49) ERGEC, R., « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993, p. 2.

(50) Arrêt *Ringeisen c. Autriche*, 23 juin 1973, Série A, n° 16.

(51) ERGEC, R., SCHAUS, A., « La Convention européenne des droits de l'homme. Examen de jurisprudence (1990-1994) », *R.C.J.B.*, 1995, p. 370. Voyez également SUDRE, F., « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995/Les 56 arrêts du 1^{er} juin au 31 décembre », *R.U.D.H.*, 1996, p. 10 ; YERNAULT, D., « Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable ? Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les jurisprudences belge, française et européenne », *A.P.T.*, 1995, pp. 241 et s. ; LAMBERT, P., « La Cour européenne des droits de l'homme — 1994 », *J.T.D.E.*, 1995, p. 59.

elle développe son action en tant que détentrice de la puissance publique (52) : « *l'intervention de la puissance publique semble de moins en moins exclusive du caractère civil* » (53).

Il résulte de cette évolution qu'il faut que l'on touche au cœur de l'*imperium*, où le pouvoir discrétionnaire de l'administration paraît irréductible, pour que l'applicabilité de l'article 6 soit écartée, ce qui aboutit à faire entrer dans le champ « civil » de l'article 6-1 « *nombre de contestations fortement imprégnées de droit public [...].* » (54).

Le droit des étrangers et, en particulier, des réfugiés

Outre qu'elle ait rappelé de manière constante le principe selon lequel les Etats jouissent du droit de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire, tout en érigeant les articles 3 et 8 en limites à cette souveraineté, la Cour ne s'est jamais prononcée sur le caractère civil de ces droits au regard de l'article 6. Par contre, la Commission a rendu plusieurs décisions se prononçant sur cette question pendant les années 1980. De leur motivation succincte ne se dégage qu'un élément déterminant : l'accès au territoire est un attribut de la puissance publique, une prérogative de l'Etat souverain. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur ces questions relève des droits politiques et non des droits civils :

« *le droit pour un étranger de résider dans un pays particulier est une question qui est régie par le droit public. [...] lorsque les autorités publiques d'un Etat décident d'expulser un étranger pour des motifs de sécurité, cela constitue un acte de l'Etat qui relève du domaine public et que cela ne représente pas une décision relative à des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6. Il s'ensuit que, bien que la décision d'expulser le requérant puisse entraîner des conséquences à propos de droits de caractère civil, en particulier de sa réputation, l'Etat n'est pas tenu, dans des cas de ce genre d'entendre la cause du requérant conformément aux exigences de l'article 6 (1)* » (55).

Cette jurisprudence manque de nuances en ce qu'elle traite sans les distinguer, les étrangers ne jouissant d'aucun droit subjectif au séjour et ceux

(52) SOYER, J.-Cl., DE SALVIA, M., « L'article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, dir. PETTITI, L.-E., DECAUX, E., IMBERT, P.-H., Paris, Economica, 1995, pp. 239 et s. Voyez notamment l'arrêt *König c. République fédérale d'Allemagne*, 28 juin 1978, série A, n° 27, § 90.

(53) SOYER, J.-Cl., DE SALVIA, M., *op. cit.*

(54) *ibid.*

(55) Req. n° 7729/76, *Agee c. Royaume-Uni*, décision du 17 décembre 1976, *D.R.*, 7, pp. 164 et s. Voyez dans le même sens : Req. n° 7289/75, *X. et Y. c. Switzerland*, décision du 14 juillet 1977, *D.R.*, 9, pp. 57 et s. ; Req. n° 9285/81, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, décision du 6 juillet 1982, *D.R.*, 29, pp. 205 et s., décision qui parle de « pouvoir discrétionnaire des Services d'immigration » ; Req. n° 8244/78, *Uppal, Singh c. Royaume-Uni*, décision du 2 mai 1979, *D.R.*, 17, pp. 149 et s. : « *la décision d'autoriser ou non un étranger à rester dans un pays est un acte discrétionnaire des autorités publiques. Il s'ensuit que ... la décision d'expulser ..., qui est de nature administrative, a été prise dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des autorités d'immigration. Elle n'implique donc pas, comme telle, des droits de caractère civil, au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention.* »

qui ont un droit au séjour sur base du droit national, du regroupement familial — article 8 — ou du droit à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain et dégradant — article 3. La Commission a en effet jugé que les demandes d'asile politique [*sic*] relèvent de la catégories de procédures suivies par les pouvoirs publics pour décider du point de savoir si un étranger doit être autorisé à rester dans un pays ou doit en être expulsé et a rejeté l'applicabilité de l'article 6 (56). Selon l'analyse de la Commission, ces procédures sont de nature administrative et impliquent la compétence discrétionnaire des Etats (57).

Outre l'amalgame immigration — droit d'asile sur lequel repose cette position, révélé notamment par la terminologie utilisée — « asile politique » —, ce raisonnement est erroné lorsqu'il traite du droit d'asile en termes de prérogatives souveraines et discrétionnaires de l'Etat. L'on a en effet démontré que les réfugiés jouissent, dans une certaine mesure, d'un droit subjectif au séjour sur le territoire où ils vivent en exil. Ce droit repose sur le prescrit des Conventions de Genève et de Rome et, certainement, en droit belge, sur le droit interne.

Cette jurisprudence, jamais consacrée par la Cour, est isolée face à l'évolution jurisprudentielle qui n'exclut plus des litiges civils que les matières relevant exclusivement du pouvoir souverain des Etats. Tel n'est assurément pas le cas du droit des réfugiés qui, à différents niveaux, limite ce pouvoir. Le contenu du droit national a d'ailleurs une implication directe sur le « degré » de limitation dont souffre la souveraineté des Etats. Commentant l'article 6, Andrew Grotian critiquait le raisonnement de la Commission en ce qu'il « *se heurte à des limites évidentes puisque les pouvoirs discrétionnaires des agents des services d'immigration sont en général limités par des règles de droit matériel ou par des principes généraux de droit administratif* ». Il va plus loin, soutenant que « *si la légalité d'une décision était attaquée au motif qu'il y aurait violation de ces règles, le fait que la décision en question ait été prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'écarterait pas en lui-même l'application de l'article 6* » (58). Selon lui, même si un certain pouvoir discrétionnaire subsiste, il suffit donc que la légalité de la décision prise puisse être contestée pour qu'il ne s'agisse plus d'un exercice de souveraineté. L'on a vu qu'en droit belge, cette souveraineté est totalement cadecade.

(56) Req. n° 13162/87, *P. c. Royaume-Uni*, décision du 9 novembre 1987 : « *La Commission a cependant constamment déclaré que les procédures suivies par les pouvoirs publics pour décider du point de savoir si un étranger doit être autorisé à rester dans un pays ou doit en être expulsé sont des actes discrétionnaires, de caractère administratif, qui n'emportent pas décision sur des droits de caractère civil au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention [...]. La Commission estime que les demandes d'asile politiques relèvent de cette catégorie de procédures qui n'emportent pas décision d'une contestation sur des droits de caractère civil au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention.* ».

(57) Voyez notamment Req. n° 12122/86, *Lukka c. Royaume-Uni*, décision du 16 octobre 1986, *D.R.*, 50, pp. 268 et s. ; Req. n° 8118/77, *Omkarananda et le Divine Light Zentrum c. Switzerland*, décision du 19 mars 1981, *D.R.*, 25, pp. 105 et s. ; Req. n° 12364/86, *Kilic c. Suisse*, décision du 17 octobre 1986.

(58) § 28.

nassée par la loi du 15 décembre 1980 qui garantit tant le droit d'être reconnu comme réfugié que le droit au séjour du réfugié reconnu. La position de la Commission ne répond pas à cette réalité et n'est plus justifiée face à la compréhension actuelle de la notion de litige civil.

Il faut ajouter qu'il est choquant de voir le contentieux des droits civils s'étendre à de nombreux litiges avec l'administration mettant en cause des droits patrimoniaux (59) tout en déniaut à des droits « préalables » à la jouissance de tout droit patrimonial, tel le droit à la vie ou à ne pas être torturé, un caractère civil.

Les critiques adressées au raisonnement de la Commission s'alignent sur celles qui ont pu être formulées à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'Arbitrage qui succombe à la même erreur, en soumettant à un régime identique des situations fort différentes.

IV. — LES ENJEUX DE CES CLASSIFICATIONS JURIDIQUES

L'enjeu de la catégorisation étudiée, en droit interne et en droit international, est procédural. Il s'agit de déterminer, d'une part, le type de procédure à mettre œuvre et, d'autre part, de dégager les qualités qu'elle doit revêtir. L'intérêt résidant en la confrontation de la procédure à ces exigences, il s'impose de brièvement la décrire (a). L'article 144 de la Constitution implique que le contentieux des droits subjectifs des réfugiés soit confié aux juridictions de l'ordre judiciaire, exigence qu'il y a lieu d'analyser et de modaliser (b). Quant à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il impose l'organisation d'une procédure équitable (c).

A. — *La procédure belge de reconnaissance de la qualité de réfugié* (60)

La procédure belge comporte trois phases, qui se déroulent devant quatre instances différentes : l'Office des étrangers, dépendant directement du Ministre de l'Intérieur, le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, autorité administrative indépendante tout en étant rattachée « orga-

(59) Accès à la profession de médecin (Arrêt *Lecompte*, 23 juin 1981, Série A, n° 326, 10 février 1983, Série A, n° 58), d'avocat (Arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, Série A, n° 127), pension de retraite d'un magistrat (Arrêt *Lombardo c. Italie*, 26 novembre 1992, Série A, n° 249 C), sécurité sociale (voyez notamment (Arrêt *Salesi c. Italie*, 25 février 1993, Série A, n° 257 E), etc.

(60) Pour une analyse plus détaillée du respect des droits fondamentaux procéduraux de la procédure belge de reconnaissance de la qualité de réfugié voyez notamment SAROLEA, S., « La défense du candidat réfugié », Actes du Colloque « Droit des étrangers. Loi du 15 décembre 1980. 15 ans après. », *R.D.E.*, n° 90, 1996, pp. 573 et s. ; VAN HEULE, D., « Vluchtelingen : de vlucht van de rechtstaat », in *Publiek recht, ruim beteken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 323.

niquement » au même Ministère, la Commission permanente de recours des réfugiés, juridiction administrative, et le Conseil d'Etat.

Cette procédure est brièvement décrite ci-après. L'attention est attirée sur les problèmes qu'elle pose en termes de respect des droits de la défense. Il faut d'emblée souligner l'importance accordée à la relation par le réfugié des faits motivant sa demande. Il s'agit d'une procédure essentiellement orale, ce qui entraîne un risque sérieux de malentendus qu'il faut pouvoir rectifier et justifie l'importance du bénéfice d'un droit à la contradiction.

- La première phase, destinée à déterminer l'Etat responsable de l'examen de la demande, a été introduite dans la loi du 15 décembre 1980 lors de la réforme législative des 10 et 15 juillet 1996, en exécution des engagements internationaux qu'imposent à la Belgique la Convention d'application des Accords de Schengen et la Convention de Dublin. L'Office des étrangers se prononce sur la compétence des autorités belges. S'il conclut que la Belgique est responsable de l'examen de la demande, la procédure se poursuit en deux phases : l'admissibilité de la demande et l'éligibilité.

- La seconde phase d'admissibilité au statut consiste à examiner principalement si la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié n'est pas manifestement non fondée. L'examen se fait par l'Office des étrangers avec une possibilité de recours (urgent) au Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides et, le cas échéant, auprès du Conseil d'Etat. Le premier recours est automatiquement suspensif, le deuxième ne l'est pas, mais peut être accompagné d'un recours en suspension dont l'introduction ne s'accompagne toutefois pas d'un sursis à l'exécution de la décision querellée. Si la demande est jugée admissible, le candidat réfugié peut accéder au territoire belge et y séjourner ou y poursuivre son séjour s'il y était déjà. C'est son droit à l'asile provisoire.

Au cours de l'audition devant l'Office des étrangers, il est procédé à une interview sommaire, au cours de laquelle le candidat réfugié ne peut être accompagné d'un avocat, même lorsqu'il s'agit d'un mineur. Cette procédure expéditive, menée par un organe du pouvoir exécutif, est dépourvue de toute garantie en matière de respect des droits de la défense (61).

Quant au Commissaire général, outre l'analyse de la situation du pays d'origine, tant au stade de l'admissibilité qu'au fond, il apprécie la crédibilité du récit en se fondant principalement sur la confrontation des notes d'audience prises à l'Office des étrangers et devant ses services, avec les questionnaires de ces deux organes. Le candidat réfugié et son conseil n'ont

(61) Pour cette raison notamment, l'utilité de conserver ce stade de la procédure a souvent été mise en cause (Rapport du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, 1994, proposition 2.1., p. 119 ; *Doc. parl.*, Sénat, session 1992-1993, *Rapport fait au nom de la Commission de l'Intérieur par Madame VERHOEVEN*, n° 555/2, p. 18 ; *CARLIER, J.-Y., VAN HEULE, D.*, « Les limites de l'égalité », observations sous C.A., n° 61/94, 14 juillet 1994, *R.D.E.*, 1995, n° 80/81, pp. 548 et s.).

pas accès aux notes prises à l'Office des étrangers et lors de la première audition au Commissariat général. La confrontation des notes d'audition, prises au vol lors de l'audition au Commissariat général, sans relecture du candidat réfugié, avec les autres sources d'informations des autorités pose problème.

Le réfugié ne peut pas non plus consulter les autres éléments de documentation collectés par les autorités administrative. La motivation de la décision repose parfois sur ces éléments d'information extérieurs qui n'ont jamais été soumis au candidat réfugié. Celui-ci n'a donc pas eu l'occasion de les commenter ou de contredire leur pertinence ou la portée que le Commissaire général leur donne. Ce droit de prendre connaissance de tout document administratif est pourtant fondamental ; il conditionne la possibilité pour le candidat réfugié de s'expliquer et de répondre aux arguments qui lui sont opposés. Le Conseil d'Etat cautionne toutefois cette position.

La décision du Commissaire général peut être contestée auprès du Conseil d'Etat qui, sans revenir sur les faits, exerce un contrôle quantitativement important de la motivation des décisions rendues (62). Le contentieux devant le Conseil d'Etat est de nature objective et sa compétence se borne au contrôle de la légalité de la décision attaquée. Bien qu'il soit strict et se soit sérieusement accru au cours des ans, le contrôle de la motivation que Conseil d'Etat exerce reste marginal, et sous certains angles, peu contraignant à l'égard de l'action administrative. Ainsi, le Conseil d'Etat n'impose pas à l'autorité administrative de rencontrer tous les arguments avancés par l'intéressé dès lors que la décision prise est basée sur des éléments qui la justifient. Dans la même optique, le Conseil d'Etat estime que le respect des droits de la défense n'impose pas à l'autorité d'inviter l'intéressé à s'expliquer sur toute contradiction, obscurité ou insuffisance relevées dans ses déclarations (63). Qualifiant l'enjeu de l'audition devant le Commissaire général, le Conseil d'Etat a souligné qu'il ne s'agit pas d'engager un dialogue avec le candidat réfugié, ni d'attirer son attention sur les contradictions ou incohérences entachant les récits successifs (64). Le principe du contradictoire est donc absent de cette procédure.

• La dernière phase d'éligibilité au statut procède d'un examen approfondi de la demande de statut de réfugié pour décider si la personne est reconnue réfugié ou non, au sens de la Convention de Genève de 1951. Elle

(62) Cette obligation de motiver adéquatement la décision prise est fondée sur l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose que « les décisions administratives sont motivées ». Elle découle également d'un texte exprès, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Le Conseil d'Etat exige d'être en mesure de contrôler la réalité des griefs adressés au récit du demandeur d'asile, ce qui implique une motivation adéquate qui lui permette de vérifier si l'autorité a abouti régulièrement et correctement à sa version des faits. Le Conseil d'Etat sanctionne l'erreur manifeste d'appréciation, l'appréciation (manifestement) déraisonnable.

(63) C.E., n° 42.488, 30 mars 1993.

(64) C.E., n° 51.302, 11^e ch., réf., 25 janvier 1995.

est effectuée par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, avec une possibilité de recours suspensif auprès de la Commission permanente de recours des réfugiés. La Commission permanente est une juridiction administrative, à la différence du Commissariat général. La procédure qui y a cours s'apparente à la procédure suivie devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Elle joue un rôle mixte d'instruction du dossier et décisionnel. Ces deux fonctions sont exercées par le(s) même(s) magistrat(s). La décision de la Commission permanente ne peut être contestée qu'au moyen d'un recours en cassation administrative non suspensif auprès du Conseil d'Etat.

Ces procédures sont parfois extrêmement longues, s'étendant d'un mois à plusieurs années au cours desquelles l'étranger demeure dans une insécurité extrêmement difficile à vivre. Le Conseil d'Etat (65) déniant à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme un titre à s'appliquer, le principe du délai raisonnable (66) ne permet pas de sanctionner la longueur parfois excessive de la procédure au regard de la Convention. La jurisprudence récente, qui repose sur les principes généraux de droit administratif, exige que le retard cause préjudice à l'intéressé (67). Elle rejette cependant systématiquement l'existence d'un tel dommage, arguant que la longueur de la procédure n'a fait que retarder l'éloignement au bénéfice de l'intéressé.

• Il importe de rappeler que le recours au juge judiciaire est formellement prohibé par l'article 63, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980.

B. — *Les implications de l'article 144 de la Constitution sur cette procédure*

Le constituant de 1830 n'avait certainement pas à l'esprit le droit des réfugiés lorsqu'il a conçu la répartition bipartite droits civils — droits politiques, d'autant qu'à l'époque, l'accès des étrangers au territoire participait sans ambages de la souveraineté nationale.

Il reste que la volonté du constituant était de faire des droits « naturels » des droits civils ; la doctrine a d'ailleurs inséré dans cette catégorie les libertés publiques. Il est donc logique d'y insérer les droits fondamentaux.

(65) Une jurisprudence plus ancienne du Conseil d'Etat acceptait de sanctionner une durée de procédure déraisonnable dès lors que le retard n'était pas imputable au réfugié et que les nécessités de l'instruction ne le justifiaient pas. Cette jurisprudence se fondait sur la règle du délai raisonnable en tant que principe général de droit administratif, sans référence à l'article 6.

(66) Voyez également GUILLAIN, C., CORTEN, O., « L'application du principe du 'délai raisonnable' au contentieux du droit des étrangers », note sous C.E., n° 54.900, 28 août 1995 et C.E., n° 59.695, 14 mai 1996, *R.D.E.*, 1996, n° 88, pp. 200 et s.

(67) C.E., n° 40.682, 9 octobre 1992 ; C.E., n° 40.941, 4 novembre 1992 ; C.E., n° 46.280, 25 février 1994 ; C.E., n° 40.941, 4 novembre 1992, *R.A.C.E.*, 1992 ; C.E./, n° 55.165, 11^e ch., 14 septembre 1995.

Si l'on s'inspire de cet esprit originel, les droits fondamentaux des réfugiés sont incontestablement des droits civils.

Un deuxième argument plaide en faveur de cette solution. La classification constitutionnelle présente les droits civils et leur assujettissement à la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire comme la règle, à la manière d'une catégorie résiduaire, le régime juridique auquel sont sujet les droits politiques faisant figure d'exception.

La conséquence d'une telle conclusion est l'inconstitutionnalité du système actuel du contentieux du droit des étrangers pouvant se prévaloir d'un droit subjectif. La prohibition du référé judiciaire méconnaît en effet le prescrit de l'article 144 de la Constitution (68). Ce raisonnement emporte-t-il l'inconstitutionnalité de l'ensemble de la procédure belge de reconnaissance de la qualité de réfugié qui confie à des autorités et juridictions administratives la connaissance des demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié ?

Une telle conclusion, on le conçoit, semble excessive et déraisonnable, d'autant que la dichotomie constitutionnelle droits civils — droits politiques ne semble plus adaptée au droit actuel. Il faut en effet admettre que la spécialisation de cette matière se prête bien à l'intervention d'organes appropriés et spécialement mis en place.

Quels enseignements peut-on tirer de ce qui précède ? Deux leçons s'imposent : la première a trait à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, la seconde au respect de l'esprit du texte constitutionnel.

La compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire (69)

La première est simple et incontournable : la prohibition de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire est inconstitutionnelle et doit être écartée. L'intervention du juge civil est légitime dès lors que l'on est en présence de droits subjectifs de nature civile. Il est dès lors compétent pour interdire l'éloignement d'un étranger si cet éloignement a pour conséquence la violation de ces droits, ainsi que pour prescrire des mesures positives de nature à mettre fin à une atteinte à ses droits.

D'aucuns ont soutenu que la prohibition de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire participait de la logique corrélatrice à l'instauration généralisée du référé administratif qui priverait de sens la subsistance en cette matière d'une compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

(68) En ce sens, voyez également BLERO, B., p. 266.

(69) Sur le référé administratif, voyez notamment NEURAY, F., « L'avenir du référé administratif. Considérations sur la loi du 19 juillet 1991 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat », in *Mélanges offerts à Jacques Velu. Présence du droit public et des droits de l'homme*, T. II, 1992, Bruxelles, Bruylant, pp. 679 et s. ; LAGASSE, J.-P., *Le référé administratif*, Formatique, 1992 ; LEWALLE, P., *Le référé administratif*, Faculté de droit de Liège, 1993.

Ce raisonnement, outre qu'il se heurte à la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire dictée par l'article 144 de la Constitution, méconnaît la différence d'objet et de nature entre ces deux contentieux, l'un étant subjectif, statuant sur des droits, l'autre étant objectif, se satisfaisant de l'existence d'un intérêt et ayant pour objet la violation de la loi.

La doctrine majoritaire a commenté la généralisation du référé administratif en soulignant qu'elle n'affecte pas la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, se situant sur un autre plan. En ce sens, F. Neuray précisait « *on sait que la compétence du Conseil d'Etat est, si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de Cassation, limitée aux atteintes à des intérêts légitimes du fait de décisions prises, en règle générale, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, et cela par opposition aux droits subjectifs, en ce compris les droits politiques, dont le contrôle appartient aux cours et tribunaux* » (70). La réforme ne substitue pas un type de recours à un autre, mais offre un remède juridictionnel complémentaire d'un autre ordre au justiciable.

Ce point de vue est également défendu par P. Lewalle qui, se référant aux travaux préparatoires, soutient que l'intention du législateur n'a d'ailleurs jamais été de réduire les pouvoirs du juge judiciaire aux termes de l'article 584 du Code judiciaire (71). La possibilité de demander au Conseil d'Etat la suspension d'un acte dont il est appelé à apprécier la légalité a pour objectif de dispenser le justiciable du passage obligé par le tribunal civil à cet effet, mais aucunement de le priver de ce passage si un de ses droits subjectifs a été lésé (72).

(70) NEURAY, F., p. 692.

(71) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1990-1991, n° 1300-2, pp. 3, 5 et 6 : « ... *Le projet de loi tend à mettre un terme à la pratique actuelle qui consiste à requérir simultanément l'annulation d'un acte juridique administratif devant le Conseil d'Etat et la suspension de cet acte en référé devant les tribunaux ordinaires sans que la cause comporte véritablement un droit subjectif* » ... « Les mots 'à l'exclusion de toute autre juridiction' ont pour seul objet de mettre fin à cette situation, en excluant explicitement la compétence des juges des référés en matière de différends portant sur des droits objectifs » ... « Ou bien on invoque un droit subjectif et on s'adresse au juge judiciaire, ou bien on invoque un droit objectif et on s'adresse au Conseil d'Etat qui peut ordonner éventuellement la suspension ».

(72) Rapport présenté lors du Colloque consacré aux procédures d'urgence le 14 mars 1992. La Cour de Cassation fut appelée à se prononcer sur cette concurrence de compétence entre le Conseil d'Etat et les juridictions de l'ordre judiciaire par un arrêt du 17 novembre 1994 rendu en chambres réunies. Se reposant sur le critère classique de l'objet véritable et direct du litige, elle a estimé que le Conseil d'Etat doit décliner sa compétence lorsque l'acte individuel attaqué consiste dans le refus d'une autorité administrative d'exécuter une obligation qui répond à un droit subjectif du requérant. Tel est le cas si la compétence de l'administration est liée et ne suppose aucune appréciation discrétionnaire. (*J.L.M.B.*, 1995, pp. 44 à 47 ; note HAUBERT, B., *J.T.*, 1995, pp. 317 à 320). Il s'agissait d'une question d'inscription à la commune.

Cette jurisprudence a suscité de nombreuses critiques en ce qu'elle manque le caractère mixte de nombreux litiges qui justifie que les deux types de recours, appuyés sur des causes distinctes, puissent être utilisés (Voy. en ce sens, TULKENS, F., « Les arrêts du 17 novembre 1994 de la Cour de Cassation, ou les difficultés des articles 144 et 145 de la Constitution », *J.P.*, 1995, pp. 28 à 31.). Nul n'a toutefois soutenu que le référé administratif privait le Président du tribunal de première instance d'un titre à agir.

Le référé administratif prépare l'éventuelle future annulation pour illégalité de l'acte par le Conseil d'Etat, en ordonnant sa suspension. Cette compétence n'empiète pas sur celle des tribunaux de l'ordre judiciaire qui ne sont pas compétents pour suspendre un acte administratif, mais uniquement pour en écarter les effets dans le cas d'espèce qui leur est présenté, en ce qu'il porte atteinte à un droit subjectif de l'intéressé. Cette compétence exclusive permet au juge judiciaire d'intervenir s'il appert que la décision administrative porte atteinte aux droits civils de l'étranger.

La compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire exclut-elle l'intervention d'organe et de juridiction administratifs comme le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides et la Commission permanente de recours des réfugiés ? Une telle interprétation du texte constitutionnel est peut-être excessive. En effet, il suffit pour qu'il soit satisfait au prescrit de l'article 144 que le juge civil puisse connaître de la violation des droits subjectifs de l'intéressé. Concrètement, l'origine d'une telle violation se situe au niveau de la décision quant au séjour et réside en l'ordre de quitter le territoire.

La question du séjour dépend de la compétence du Ministre de l'Intérieur et non du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de la Commission permanente de recours des réfugiés dont les compétences se limitent à reconnaître ou non la qualité de réfugié et, également pour le premier, à juger la demande recevable ou non. Ce qui importe c'est bien que l'ordre de quitter le territoire délivré par l'Office des étrangers et violant les droits de l'intéressé puisse être contesté au travers du référé civil et, le cas échéant, dans le même temps, dans le cadre du contentieux objectif de la légalité devant le Conseil d'Etat.

Rien n'exclut par ailleurs une intervention du juge civil à la requête d'un candidat réfugié débouté lorsqu'en dépit de cette décision négative, il s'avère qu'un éloignement du territoire le soumettrait à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Tel peut être le cas par exemple si la situation dans son pays d'origine est particulièrement mauvaise ; s'il souffre de graves problèmes de santé et serait privé de traitement médical en cas d'éloignement, etc. (73).

Cette interprétation laisse subsister une question : si le droit, non seulement au séjour comme réfugié, mais également à être reconnu réfugié dès lors que l'on se trouve dans une situation correspondant à la définition de la Convention de Genève, est un droit subjectif civil, la question même de la reconnaissance de cette qualité par le Commissaire général et par la Commission permanente de recours peut-elle être soustraite à la compétence des tribunaux judiciaires ? Si l'on s'en tient à une lecture stricte du prescrit constitutionnel, la réponse à cette question est négative. L'on peut cepen-

(73) Arrêt *D. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

dant raisonnablement soutenir que la possibilité d'exercer un recours auprès des tribunaux de l'ordre judiciaire à l'encontre de l'éloignement est satisfaisant puisque c'est l'éloignement qui porte en lui le risque potentiel d'atteinte au droit fondamental et que l'essence de la reconnaissance de la qualité de réfugié est de protéger l'étranger face à cette perspective. La question reste certainement ouverte.

L'importance des droits fondamentaux procéduraux

En 1987, Francois Rigaux soulignait déjà que « *Les atteintes portées à la vie ou à l'intégrité corporelle, les privations de liberté qui ne sont pas l'exécution d'une décision légalement prise font naître un droit à réparation qui est incontestablement un droit civil au sens de l'article 92 de la Constitution. Si l'on affirme, comme l'a fait la Cour de Cassation à propos de l'article 23 de la Convention de Genève, que celle-ci a des 'effets directs' dans l'ordre interne belge, le droit subjectif à se voir reconnaître la qualité de réfugié (art. 1^{er}) et le droit de ne pas être menacé dans sa vie ou sa liberté par un refoulement illégitime (art. 33, al. 1^{er}) peuvent-ils recevoir une qualification autre que celle de 'droit civil' ?* » (74).

Il poursuivait en considérant les conséquences d'un éventuel rattachement des droits des réfugiés aux droits politiques : « *Même si les contestations relatives au droit d'être reconnu comme réfugié et au droit garanti par l'article 33, alinéa 1^{er}, de la Convention de Genève, peuvent être soustraites au pouvoir judiciaire (Constit., art. 93), celui qui, sur le territoire belge, réclame le statut de réfugié a le droit d'être entendu par une autorité impartiale apte à vérifier s'il satisfait aux conditions posées par l'article 1^{er} de la Convention de Genève et à décider qu'il ne peut être refoulé vers un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée. Le législateur ne peut abroger l'article 5 de la loi d'assentiment du 26 juin 1953 sans instituer une procédure qui satisfasse à trois exigences : réserver le bénéfice du statut de réfugié aux seules personnes auxquelles ce statut peut — mais alors doit — être reconnue, accorder à celui qui réclame ce statut les garanties fondamentales liées à l'exercice d'un droit subjectif, assurer un règlement expéditif des demandes introduites* ».

Cette mise en exergue des garanties procédurales devant assortir la procédure fait le lien avec le second enseignement annoncé. Il s'inspire de l'esprit du texte constitutionnel dont il retient qu'il accorde une importance particulière aux qualités que représente le contentieux judiciaire en terme d'indépendance, d'impartialité, de garanties procédurales. S'engager dans cette voie ne revient pas à remettre en cause toute la procédure actuelle d'asile, mais bien, tirant les enseignements du prescrit constitutionnel, à exiger que cette procédure soit aménagée de manière à offrir aux étrangers davantage de garanties procédurales et, dans tous les cas, un contrôle juridictionnel

(74) RIGAUX, F., « Etre réfugié en 1987 », *J.T.*, 1987.

exercé par un juge de pleine juridiction (75). L'examen du contenu des droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est instructif de ce point de vue.

C. — *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* (76)

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à bénéficier d'un procès équitable. Cette notion recouvre plusieurs éléments dont, essentiellement, l'intervention d'un tribunal suivant une procédure respectant le principe du contradictoire, de l'égalité des armes, de l'impartialité des organes compétents. Il faut que ce tribunal motive ses décisions et examine la cause qui lui est déférée dans un délai raisonnable (77).

— La mise en œuvre de ce texte pose la question préalable du stade de la procédure auquel il doit être respecté. Lorsque la procédure s'articule en plusieurs étapes, le prescrit de l'article 6 s'impose-t-il dès la ou les phases préliminaires non juridictionnelles — comme l'audition auprès de l'Office des étrangers et du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides — ou uniquement en amont devant les juridictions susceptibles d'être saisies ? (78)

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas que toutes les garanties de l'article 6 jouent à chacun des stades de la procédure. Ce postulat a été exprimé dans l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyer* (79). Lorsque l'organe administratif intervenant en première instance a une compétence décisionnelle, le principe du contradictoire doit être respecté. Toutefois, la réalisme et la nature de l'action administrative

(75) Voyez sur l'enseignement du prescrit constitutionnel CAMBIER, *op. cit.* : « donner, à tous les droits, un juge ; aux plus essentiels d'entre eux, un juge particulièrement armé pour en assurer le respect. De là vient que les 'droits politiques', seuls, peuvent être soustraits au 'ressort des tribunaux'. Qui en connaîtra ? Le Constituant s'en explique à peine. Suffisamment, cependant, pour faire apparaître que ce peut être toute autorité qui, sous la seule réserve qu'elle devra cette compétence à une loi (article 94), qu'elle ne pourra constituer un 'tribunal extraordinaire' (article 94), que ses décisions devront être motivées (articles 97), pourra être organisée au gré du législateur ». (p. 329).

(76) Sur l'article 6, voyez notamment SOYER, J.-Cl., DE SALVIA, M., « L'article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, dir. PETTITI, L.-E., DECAUX, E., IMBERT, P.-H., Paris, Economica, 1995, pp. 239 et s. ; *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de Cassation, Bruxelles, Bruylant, 1996.

(77) Voyez LAMBERT, P., « La jurisprudence de la Cour Européenne », KOLH, A., « La Belgique », ERGEC, R., VELU, J., « Essai de synthèse », in *Le délai raisonnable, R.T.D.H.*, numéro spécial, 1991.

(78) Sur cette question, voyez notamment LE GALL, J.-P., « A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 55 et s.

(79) 23 juin 1981, Série A, n° 54, § 51.

appellent une nuance à cette exigence. La Cour, dans l'affaire *Albert et Le Compte*, appelé à statuer sur des procédures disciplinaires, proposait qu'elles se conforment à « *l'un des deux systèmes suivants : ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6, 1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article* » (80).

Par ailleurs, enseignement peut être tiré de la position de la Cour quant à la problématique, des procédures préalables à une procédure devant un tribunal. Ainsi, en matière pénale, s'agissant d'interrogatoires de police, la Cour a souligné l'importance des garanties procédurales encadrant cette étape de la procédure : « *certes, l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un 'tribunal' compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation. Il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ...* » (81).

L'analogie avec la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié est évidente, cette procédure se fondant essentiellement sur la confrontation de faits rapportés à différents stades, dont deux sont non juridictionnels. Ce qui est contestable, ce n'est pas tant le caractère non juridictionnel de ces instances mais le fait que certaines garanties minimales n'encadrent pas les étapes au cours desquelles elles interviennent. Ainsi, l'étranger ne peut être accompagné de son avocat lors de la première audition auprès de l'Office des étrangers. Par ailleurs, le Commissaire général, aux stades de l'admissibilité et du fond, n'est pas tenu de répondre aux arguments présentés, ni de soumettre à la contradiction les informations qu'ils auraient collectées et sur lesquelles repose sa décision.

Cette procédure révèle une carence face aux exigences de l'arrêt *Albert et Le Compte* : les premières phases de la procédure au stade de l'admissibilité ne se conforment pas aux garanties postulées par l'article 6, et la seconde, le recours auprès du Conseil d'Etat, ne se déroule pas devant un organe de pleine juridiction, sa compétence étant limitée à l'examen de la légalité de la décision attaquée, sans revenir sur la consignation des faits.

En droit belge, la façon la plus « simple » de se conformer à ces exigences est d'apporter quelques aménagements à la procédure devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides de manière à ce que, globalement, il soit satisfait au prescrit de l'article 6.

(80) Arrêt *Albert et Le Compte*, 10 février 1983, Série A, n° 58, § 29.

(81) Arrêt *Imbrosia c. Suisse*, 24 novembre 1993 Série A, n° 275.

— L'implication principale du principe du contradictoire est la possibilité qu'il suppose de répondre aux arguments communiqués par l'adversaire, dès lors que la procédure englobe également des questions de fait (82). A cet égard, la jurisprudence de Strasbourg a rappelé « *que la Convention ne vise pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs. Il en résulte que le droit de présenter des observations garanti aux parties par l'article 6, 1° de la Convention ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment 'entendues', c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi.* » (83).

Au regard de cette interprétation, la pratique du Commissaire général consistant à fonder ses décisions sur des informations collectées après l'audition sans que le réfugié y ait été confronté et la jurisprudence du Conseil d'Etat rejetant l'applicabilité du principe du contradictoire à cette procédure administrative est certainement contestable.

Cette exigence est intimement liée au principe de l'égalité des armes qui « *implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause — y compris ses preuves — dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (84). Le réfugié n'est-il pas dans une position réelle d'infériorité face au Commissaire général qui dispose seul des notes d'audition prises à tous les stades de la procédure, qui recoupe les éléments contenus dans différents dossiers, qui reçoit des informations de l'étranger — par exemple qu'une demande aurait déjà été introduite à l'étranger — et qui prend ensuite sa décision sur ces bases sans que le réfugié sache qu'il en dispose et sans qu'il soit appelé à s'expliquer avant que la décision soit prise ?

S'il est exact que le Commissaire général n'est pas l'adversaire du réfugié, étant théoriquement indépendant, il reste qu'il est à la fois l'instructeur du dossier et l'autorité prenant la décision finale. En sa qualité d'instructeur du dossier, il doit offrir au réfugié la possibilité de connaître son contenu et de le contester le cas échéant avant qu'il soit utilisé pour ou contre lui. La Cour exprime clairement cette exigence dans les arrêts *Borgers* et *Vermeulen* lorsqu'elle dispose que « *tout requérant doit pouvoir exposer sa cause, présenter ses arguments et apporter ses preuves à l'instar de son adversaire, s'agirait-il de l'adversaire objectif que constitue le Ministère public* » (85).

(82) Arrêt *Fredin c. Suède*, 23 février 1994, Série A, n° 172, § 22.

(83) Arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, Série A, n° 37, § 33. Voyez également arrêt *Kraska c. Suisse*, 19 avril 1993, Rapport annexé à l'arrêt de la Cour, § 67, *R.T.D.H.*, 1994, pp. 223 et s., note CAMBI, A., « Le droit à l'examen des moyens de défense ».

A été jugée incompatible avec la Convention une procédure devant une commission de recours prévue par la législation nationale néerlandaise sur l'assurance maladie au cours de laquelle la requérante n'avait pas été entendue et n'avait pas été invitée à déposer des observations écrites, pas plus qu'elle n'avait eu l'occasion de consulter et de critiquer le dossier comprenant notamment deux rapports d'expertise (arrêt *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, Série A, n° 99).

(84) Arrêt *Dombo Beer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, Série A, n° 274, § 33.

(85) Arrêt *Borgers*, 30 octobre 1991, Série A, n° 214 A ; *Vermeulen*, 20 février 1996.

— Quant à l'exigence d'instaurer un contentieux de « pleine juridiction », l'arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983 (86) avait jugé, de manière exigeante, que « lorsqu'un particulier voit ses droits et obligations mis en cause dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou administrative, il a le droit de bénéficier, à un moment donné de l'évolution de la procédure, de l'intervention d'un 'organe judiciaire de pleine juridiction présentant' ... les garanties de l'article 6. » (87). Cette exigence comporte plusieurs éléments : la garantie du « droit à un tribunal » (88) et à une solution juridictionnelle du litige (89), « tant pour les points de fait que pour les points de droit ». L'arrêt *Le Compte* insistait sur l'étendue du contrôle opéré qui se devait de couvrir tant les points de fait que les points de droit : « pas plus pour les contestations civiles que pour les accusations pénales ... l'article 6, § 1^{er}, ne distingue entre les points de fait et les questions juridiques. A l'égal des secondes, les premières revêtent une importance déterminante pour l'issue d'une procédure relative à des droits et obligations à caractère civil. Le droit à un tribunal ... et à une solution juridictionnelle du litige vaut donc pour eux autant que pour elle » (90).

Si la Cour a par la suite nuancé la portée de cette exigence (91), se satisfaisant du contrôle limité ou marginal de l'action administrative par des juridictions statuant sur la légalité des décisions qui en sont le fruit, il reste que l'article 6 implique le respect de son prescrit à au moins un des stades de la procédure. La relecture des exigences alternatives de l'arrêt *Albert et le Compte* face à ce bémol de la jurisprudence conduit à exiger que la procédure administrative de première instance respecte le prescrit de l'article 6, au risque de vider celui-ci de sa portée s'il autorise l'intervention, en premier ressort, d'une autorité administrative exerçant une fonction décisive non soumise au respect de l'article 6 et, en degré d'appel, d'une juridiction effectuant un contrôle objectif limité.

Selon M. Melchior, ce qu'exige la Convention c'est qu'après la procédure proprement administrative, qui peut comporter différents niveaux, soit accessible un recours juridictionnel satisfaisant aux exigences de l'article 6 à l'individu qui prétend que ses droits ont été indûment affectés par la décision administrative. La portée de ce recours « de pleine juridiction » est fonction de la nature de la décision contrôlée. Selon que l'administration a exercé une compétence liée ou une compétence discrétionnaire en prenant cette décision, ce contrôle est plein ou marginal. Dans le premier cas, la

(86) Série A, n° 58

(87) MELCHIOR, M., « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Jacques Velu. Présence du droit public et des droits de l'homme*, T.III, 1992, Bruxelles, Bruylant, pp. 1327 et s.

(88) Arrêt *Golder*, 21 février 1975, Série A, n° 18, § 36.

(89) Arrêt *Konig*, *op. cit.*, § 98.

(90) § 51.

(91) MATSCHER, F., *op. cit.*, pp. 46-47.

juridiction d'appel est tenu de trancher la contestation conformément au prescrit légal ; dans le second cas, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité de la manière dont l'administration a exercé son pouvoir de décider en opportunité satisfait aux exigences de l'article 6.

Il est évident qu'un contrôle, fut-il limité à la légalité des décisions administratives, est « entier » si la compétence de l'auteur de la décision est liée précisément par des dispositions contraignantes qui dictent la décision à prendre. En d'autres termes, si la compétence de l'administration est liée, le fait que le contrôle exercé soit limité ne restreint pas son objet, consistant précisément à vérifier si le prescrit normatif qui la lie a été respecté.

La portée actuelle du contrôle exercé par le Conseil d'Etat ne correspond pas cette conclusion. Si l'évolution de la jurisprudence indique qu'il ne se refuse pas totalement à étendre sa mission, au détour de l'examen de la motivation de la décision querellée, à l'analyse des faits, il reste que cet examen reste marginal et ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation. Par ailleurs, il n'accepte que très timidement de se prononcer sur l'existence d'une crainte sérieuse de persécution au sens de l'article 1^{er}, A, 2^o, de la Convention de Genève, sans d'ailleurs effectuer une réelle analyse de la définition du réfugié au sens de ce texte. Il a même jugé que les Etats disposaient d'un pouvoir discrétionnaire pour reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention de Genève selon les critères qu'ils déterminent (92). L'on concède que la nature de cette instance ne se prête pas à exercer un contrôle plus étendu. C'est alors en amont qu'il faut satisfaire à l'article 6, de manière à ce que la combinaison des deux recours soit satisfaisante.

CONSIDÉRATIONS FINALES

Au terme de cette analyse, l'on ressent un certain malaise, issu de la rencontre de certitudes — les droits des réfugiés sont des droits subjectifs ; le pouvoir des autorités belges n'est pas souverain, ... — et d'incertitudes — cela signifie-t-il qu'il faille bannir d'un coup de plume la procédure actuelle qui serait inconstitutionnelle et qui, tous comptes faits, ne tourne pas si mal, ... Cette confrontation est classique et assurément fertile. Admettre une analyse et être dérangé par les conséquences qu'elle implique demeure troublant pour le juriste en quête d'évidences et de leçons concrètes.

D'un autre côté, la procédure, telle qu'elle existe à l'heure actuelle, met également mal à l'aise, parfois. Elle s'accompagne souvent d'une impression de ne pas avoir été écouté ou entendu, d'être pris au piège. En cela, elle choque et appelle la critique, la remise en question.

(92) C.E., n° 51.151, 11^e ch., référé, 17 janvier 1995.

Il ne s'agit pas, de manière manichéiste, de juger que la procédure traite de manière « inhumaine et dégradante » les « pauvres » réfugiés, mais plutôt de dénoncer un raisonnement consistant à arguer du nombre d'abus pour justifier le déficit en termes de respect des droits procéduraux fondamentaux. Cet argument doit être écarté parce qu'il est simpliste et, surtout, parce qu'il est dangereux. Par analogie avec la procédure pénale, prive-t-on les prévenus du droit à bénéficier d'un procès équitable parce que nombre d'entre eux mentent ou se sont rendus coupables d'un méfait ? Cette analogie déplaisante, parce que les réfugiés ne sont évidemment pas des criminels, exprime clairement l'enjeu de la problématique abordée : le rejet des procédures d'exception indignes d'un Etat de droit.

Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est qualifié de « texte capital » (93), de « principe fondamental de la prééminence du droit » (94), c'est parce que son respect est le reflet de l'état de santé de la démocratie.

Lorsque le constituant rédige les articles 144 et 145 de la Constitution, il vise à « *accorder la protection des intérêts les plus importants, à un corps de magistrature établi sous le couvert d'un pouvoir non seulement fonctionnellement, mais organiquement indépendant des autres* » (95). Par réaction aux refus des administrations françaises et hollandaises de se soumettre à un contrôle qui leur soit extérieur, le Constituant confie au pouvoir judiciaire une compétence quasi-monopolistique qui comporte en elle des périls, mais traduit symboliquement une volonté d'organiser une protection efficace des droits individuels. Il faut retenir de cet esprit la volonté qu'il exprime de mettre en place des procédures devant des juridictions indépendantes, impartiales, ..., au sens de ce que sera le procès équitable exigé, cent vingt ans plus tard, par la Convention européenne des droits de l'homme.

Si le texte constitutionnel original n'est peut-être pas adaptable avec certitude au droit moderne, complexe et diversifié, son esprit est limpide et c'est de cet esprit qu'il faut tirer enseignement.

Au-delà de la procédure, c'est la « sacro-sainte » souveraineté nationale que l'on met au banc des accusés lorsqu'elle abuse de son droit. Le droit à la vie, à ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant sont des droits fondamentaux de l'homme auquel le refuge est un mode d'accès. Leur caractère essentiel exige qu'ils soient protégés avec un soin particulier, au travers de procédures irréprochables, s'il en est. C'est à ce prix que le texte constitutionnel, les Conventions de Rome et Genève seront respectées. Il n'est pas de frontières à ces droits qui échappent à la souveraineté des Etats.

(93) VELU, J., ERGEC, R., *op. cit.*, citant le *R.P.D.B.*, Complément, t. III, v° « Droits de la défense », n° 11.

(94) Arrêt *Sunday Times*, 26 avril 1979, Série A, n° 30, p. 34, § 55.

(95) CAMBIER, C., *op. cit.*, p. 284.

Plus que ses conséquences techniques, c'est la philosophie sous-jacente à l'arrêt de la Cour d'Arbitrage qui dérange en ce qu'elle repose sur une vision qui semble anachronique de la souveraineté nationale, même si elle répond à une certaine réalité politique. L'on s'arrêtera pour conclure aux propos de Bertrand Badie, auteur d'un ouvrage intitulé « La fin des territoires ». Sans toucher directement au sujet du présent article, ils expriment l'esprit qui le motive. Si le territoire et ses fonctions conservent certainement un sens, ils se conjuguent avec des valeurs qui le dépassent et en relativisent l'absoluité.

« Enfin, nous sommes entrés dans un monde différent où les valeurs de l'universalisme et des droits de l'homme sont beaucoup plus exigeantes que jadis. Face à cette exigence, le filtre territorial paraît en total déphasage. L'aspect premier de la mondialisation n'est pas économique, contrairement à ce d'aucuns prêchent. Il est technique. Fondamentalement, la première définition de la mondialisation est l'abolition des distances. Cela crée une interdépendance entre toutes les collectivités de cette terre qui deviennent de facto solidaires. Nous ne pouvons plus être indifférents, par exemple, aux massacres ou aux guerres qui se perpétuent dans le monde. Quand bien même serions-nous indifférents sur le plan des valeurs, nous ne pouvons l'être sur le plan des faits. Tout acte posé en un quelconque endroit du globe a immédiatement des répercussions partout ailleurs sur la planète. Il devient clair que face à cela, le principe territorial est devenu insuffisant. Et il est devenu banal de dire que l'universalisme ne sera total que lorsqu'il sera mondialiste. » (96).

ANNEXE

Jurisprudence - Cour d'Arbitrage

(18 mars 1997 - arrêt n° 14/97 (question préjudicielle) - N° de rôle 933

Siég. : MM. M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE, prés.,

H. BOEL, L. FRANÇOIS, P. MARTENS, J. DELRUELLE, G. DE BAETS, E. CEREXHE, H. COREMANS et A. ARTS, juges

Plaid : MM^{es} I. DE VIRON *loco* Cl. NIMAL, P. LEGROS et Ph. COENRAETS

Asile — Question préjudicielle — Art. 57/11 § 1^{er}, al. 1^{er}, loi 15/12/1980 — Nature des décisions prises au fond par le C.G.R.A. sur les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié : décisions portant sur un droit politique — Compétence de la C.P.R.R., qualifiée de juridiction administrative — Art. 144, 145, 146 & 191 Constitution — Violation art. 10 & II Cinstitution (Non).

(96) « La fin des territoires », entretien avec Bertrand BADIE, *La Revue Nouvelle*, 1997, pp. 38 et s.

Lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est un droit politique.

Le législateur peut donc confier, en application de la possibilité que lui offre l'article 144 de la Constitution, le contentieux relatif à un tel droit politique à une juridiction administrative disposant en la matière d'une compétence de pleine juridiction, créée en application de l'article 146 de la Constitution.

La Commission permanente de recours pour les réfugiés est une juridiction administrative.

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 57/11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour d'arbitrage,

(...)

Après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. Objet de la question préjudicielle

Par arrêt n° 56.156 du 8 novembre 1995 en cause de *K. Rockson contre l'Etat belge*, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« En qualifiant de décisions portant sur un droit politique les décisions au fond du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de l'un de ses adjoints sur les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié et en confiant, en application des articles 144, 145 et 191 de la Constitution, la connaissance des recours à la juridiction administrative que constitue la Commission permanente de recours des réfugiés, l'article 57/11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers viole-t-il les articles 10 et de la Constitution ? »

II. Les faits et la procédure antérieure

Le requérant, K. Rockson, demande au Conseil d'Etat l'annulation de la décision rendue en sa cause le 10 avril 1992 par la Commission permanente de recours des réfugiés.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt n° 46.651 du 25 mars 1994, sursis à statuer et posé une question préjudicielle à la Cour, telle que la suggérait le requérant, à laquelle la Cour a répondu, dans un arrêt n° 12/95 du 7 février 1995, en déclarant qu'elle n'appelait pas de réponse.

L'affaire ayant été fixée à nouveau devant le Conseil d'Etat, celui-ci accorda, par une ordonnance du 5 mai 1995, un délai de trente jours pour poser une nouvelle question à la Cour, ce qui fut fait à l'audience du 29 septembre 1995.

Considérant qu'à la suite de l'arrêt précité de la Cour, le requérant avait rectifié son erreur et rectifiant d'ailleurs le libellé de la question, le Conseil d'Etat pose à la Cour la question préjudicielle mentionnée ci-dessus.

III. La procédure devant la Cour

(...)

IV. En droit

A.

Mémoire du Conseil des ministres

A.1.1. Tout d'abord, c'est à tort que l'on prétendrait que l'article 57/11 de la loi du 15 décembre 1980 violerait les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que la Commission permanente de recours des réfugiés statuerait sur un droit subjectif civil au sens de l'article 144 de la Constitution.

Les demandes soumises à la Commission permanente de recours des réfugiés ne concernent pas un droit subjectif. Aucun « droit » d'asile n'est en effet accordé ni la Convention européenne des droits de l'homme ni même par la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Ce prétendu droit n'est en réalité qu'un droit appartenant à tout Etat d'accorder l'asile à ceux qui répondent à la définition de réfugié au sens de la Convention de Genève, et non un droit appartenant à tout demandeur d'asile. La seule obligation des Etats est celle de ne pas refouler un réfugié vers les frontières d'un pays dont les autorités compétentes ont établi qu'il y craint pour sa vie ou sa liberté. Le candidat-réfugié débouté en l'espèce ne s'est vu délivrer qu'un « simple ordre de quitter le territoire, modèle B », qui ne lui impose que de quitter le Royaume et non de gagner un quelconque autre Etat.

Les demandes soumises à la Commission permanente de recours des réfugiés ne concernent pas davantage un droit civil. Ceci aurait alors justifié que le législateur confie au pouvoir judiciaire toute la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié. Or, le législateur, par application de l'article 145 de la Constitution, a confié cette mission au Commissaire général aux réfugiés et à la Commission permanente de recours des réfugiés, juridictions administratives qui statuent sur un droit qu'il faut dès lors considérer, par application du critère organique, comme un droit politique. Même en adoptant le critère matériel, c'est à bon droit que le législateur a pu attribuer à des juridictions administratives la connaissance des griefs des demandeurs d'asile. En effet, sur le plan matériel non plus, le droit en cause ne saurait être tenu pour un droit civil : les demandeurs d'asile dont la demande a été déclarée non fondée par l'autorité compétente ne peuvent valablement invoquer la violation imminente d'un droit civil consistant en une persécution au sens de la Convention de Genève puisque l'instance spécialement habilitée et équipée à cet effet a précisément constaté que ces personnes n'avaient pas de craintes fondées de persécution au sens de la Convention de Genève.

Pour le surplus, les demandes qui peuvent être soumises à la Commission permanente de recours des réfugiés ne sont pas non plus des droits civils au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ce, selon une jurisprudence constante de la Commission européenne des droits de l'homme.

A.1.2. C'est à tort, ensuite, que l'on prétendrait que l'article 57/11 opérerait une distinction illicite au sens des articles 10, 11 et 191 de la Constitution.

Il n'y a tout d'abord aucune distinction illicite établie entre Belges et étrangers puisque l'article 191 de la Constitution permet que la loi apporte des dérogations au principe selon lequel l'étranger jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens et qu'en toute hypothèse, l'étranger visé par la disposition constitutionnelle doit se trouver régulièrement sur le territoire de la Belgique.

Il n'y a pas non plus de distinction illicite entre étrangers eux-mêmes puisqu'il faut constater qu'il n'existe pas de catégorie d'étrangers qui puissent introduire contre les décisions administratives les concernant des recours aussi développés et entourés d'autant de garanties que les étrangers qui disposent d'un recours devant la Commission permanente de recours des réfugiés. Il en résulte qu'on ne peut conclure que les réfugiés déboutés qui peuvent s'adresser à la Commission seraient discriminés par rapport à d'autres catégories d'étrangers. La Commission permanente de recours des réfugiés est en effet une instance juridictionnelle rigoureusement indépendante qui dispose d'un pouvoir de décision qui s'impose au pouvoir exécutif.

Mémoire de K. Rockson

A.2. Après avoir exposé les faits et rappelé la procédure antérieure, K. Rockson estime qu'il n'a, à ce stade de la procédure, aucune observation à formuler et conclut qu'il plaise à la Cour de dire pour droit qu'en qualifiant de décisions portant sur un droit politique les décisions de fond du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de l'un de ses adjoints sur les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié et en confiant, en application des articles 144, 145 et 191 de la Constitution, la connaissance des recours à la juridiction administrative que constitue la Commission permanente de recours des réfugiés, l'article 57/11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.

B.1. Il ressort des mémoires déposés devant la Cour ainsi que des pièces de la procédure qui s'est déroulée devant le Conseil d'Etat, et en particulier de la rectification par celui-ci de la question proposée par le requérant, que l'inégalité de traitement alléguée résulterait de l'attribution à la Commission permanente de recours des réfugiés d'un contentieux portant sur un droit civil et non sur un droit politique.

Il y aurait ainsi discrimination en ce qu'une partie à un contentieux portant sur un droit civil serait, à la différence des parties à d'autres contentieux portant sur des droits civils, soumise à une juridiction autre que les cours et tribunaux prévus par l'article 40 de la Constitution.

B.2. Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

B.3. La Cour n'est pas compétente pour vérifier directement si une norme législative viole l'article 144 de la Constitution. Toutefois, en disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, l'article 144 accorde à tous une garantie qui ne peut être arbitrairement retirée à certains : s'il apparaissait qu'une catégorie de personnes est privée du droit de saisir les tribunaux à propos d'une contestation portant sur un droit civil, cette différence de traitement ne pourrait être justifiée puisqu'elle se heurterait à l'article 144 précité. Elle violerait donc l'article 10 de la Constitution.

B.4. Bien que, dans la motivation de sa décision de renvoi, le Conseil d'Etat ait qualifié de contentieux portant sur un droit politique les contestations relatives à la qualité de réfugié et au droit d'asile, il appartient à la Cour de vérifier si c'est à juste titre que le législateur, puisqu'il a confié ce contentieux à une juridiction administrative, a considéré implicitement les droits en cause comme des droits politiques.

B.5. Lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'Etat qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique.

B.6. Le législateur peut donc confier, en application de la possibilité que lui offre l'article 145 de la Constitution, le contentieux relatif à un tel droit politique à une juridiction administrative disposant en la matière d'une compétence de pleine juridiction, créée en application de l'article 146 de la Constitution.

La Commission permanente de recours des réfugiés est bien une telle juridiction. Sa nature juridictionnelle se déduit de sa composition et du mode de désignation de ses membres (article 57/12 de la loi du 15 décembre 1980) qui garantit l'indépendance de ceux-ci par rapport à l'administration (article 57/13), des pouvoirs d'investigation (article 57/15) et d'enquête (article 57/21) qui lui sont reconnus, du débat contradictoire qui y est organisé (articles 57/18, 57/19 et 57/20), de son obligation spéciale de motivation (article 57/22) et du recours en cassation administrative qui peut être exercé contre ses décisions (article 57/23).

B.7. Compte tenu de l'article 145 de la Constitution, le fait d'attribuer la connaissance de litiges portant sur des droits politiques à une juridiction administrative plutôt que de laisser ce contentieux à une juridiction de l'ordre judiciaire ne peut constituer en soi une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

B.8. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

En considérant comme portant sur un droit politique les décisions au fond du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de l'un de ses adjoints sur les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié, et en confiant, en application des articles 144, 145 et 191 de la Constitution, la connaissance des recours à la juridiction administrative que constitue la Commission permanente de recours des réfugiés, l'article 57/11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.