

Cour européenne des droits de l'homme, 3^e section, 5 février 2002

Prés. : MM. J.-P. Costa

Siég. : MM. W. Fuhrmann, P. Kûris, K. Jungwiert, Sir Nicolas Bratza, MM. K. Traja, J. Velaers (juge belge *ad hoc*)

Greff. : M^{me} S. Dollé

Plaid. : MM^{es} G.-H. Beauchier, N. Van Overloop, O. De Schutter (pour les requérants), Me R. Ergec et M. J. Gilliaux (pour le gouvernement)

(Čonka c. la Belgique)

CONVENTION EUROPÉENNE. — Article 5, 1^o. — Privation de liberté. — Articles 5, 4^o et 13. — Recours. — PROTOCOLE n^o 4. — Article 4. — Expulsion collective d'étrangers. — Violation.

S'il n'est pas exclu que la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles, en revanche, le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter puis de les expulser, n'est pas à l'abri de la critique au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elle. En l'occurrence, la Cour considère qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 de la Convention que, dans le cadre d'une opération d'expulsion planifiée et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux les priver de liberté.

Il faut entendre par « expulsion collective », au sens de l'article 4 du Protocole n^o 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n^o 4.

L'effectivité des recours exigés par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. En conséquence, il s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par

les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention. Les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique. En l'occurrence, les recours en suspension ordinaire et en extrême urgence n'étant pas suspensifs, et l'administration n'étant pas tenue juridiquement d'attendre la décision du Conseil d'Etat pour procéder à l'éloignement, le recours exercé en pareil cas ne présente pas l'effectivité voulue par l'article 13.

(Extraits)

(...)

En droit

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5, § 1 DE LA CONVENTION

34. Les requérants allèguent que leur arrestation au commissariat de police de Gand, le 1^{er} octobre 1999, a entraîné une violation de l'article 5, § 1, dont la partie pertinente se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

35. La Cour rappelle que dans sa décision sur la recevabilité de la requête, elle a joint au fond l'exception préliminaire du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes, en l'occurrence le recours devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel (article 71 de la loi sur les étrangers).

36. Sur le fond, les requérants contestent tout d'abord qu'il ait été nécessaire de les arrêter pour leur faire quitter le territoire belge. Ensuite et surtout, ils dénoncent le procédé utilisé pour les arrêter : on leur aurait tendu un piège en leur faisant croire que leur convocation devait servir à compléter le dossier de leur demande d'asile, alors que dès le départ, les autorités avaient pour seule intention de les priver de leur liberté. Il y aurait donc eu tromperie sur les motifs et, dès lors, détournement de pouvoir constitutif d'une violation de l'article 5, § 1.

En conséquence, l'on ne saurait pas non plus reprocher aux requérants de n'avoir plus fait confiance aux autorités en renonçant à introduire un recours devant les tribunaux du même pays. De toute façon, un tel recours aurait été irréaliste eu égard aux circonstances. Piégés par les autorités, rassemblés en vue d'une opération de rapatriement collectif, placés dans des centres fermés où on leur aurait dit que plus aucun recours n'était disponible, les requérants n'auraient pas été en mesure de contacter directement leur avocat, Me Van Overloop.

Celui-ci n'aurait été informé que le vendredi 1^{er} octobre 1999 de la privation de liberté dont ses clients avaient fait l'objet, par l'intermédiaire du président de la Ligue des droits des Roms. A aucun moment, entre la privation de liberté de ses clients et l'exécution de la mesure d'expulsion, un contact direct n'aurait pu s'établir entre les requérants et leur avocat, à défaut notamment pour ceux-ci de pouvoir recevoir des communications téléphoniques de l'extérieur. Certes, ils auraient pu eux-mêmes communiquer vers l'extérieur, mais ils auraient été convaincus de l'impossibilité d'exercer un recours contre la détention dont ils avaient fait l'objet.

Aussi Me Van Overloop n'aurait-il pu saisir la chambre du conseil de Gand que le lundi 4 octobre. Sachant toutefois que celle-ci ne siège que les lundi, mercredi et vendredi, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le mercredi 6 octobre. Or l'avion emmenant les requérants aurait quitté la Belgique le mardi 5 octobre.

37. Le Gouvernement rappelle que les requérants se sont vu remettre, les 3 mars et 18 juin 1999 respectivement, un ordre de quitter le territoire qui énonçait explicitement qu'ils s'exposaient à une détention en vue d'éloignement au cas où ils n'y donneraient pas suite. Les intéressés auraient donc bien su qu'ils se trouvaient en situation illégale. Par ailleurs, M^{me} Čonková aurait été sous le coup d'une condamnation pénale pour vol, prononcée par le tribunal correctionnel de Gand. Dans ces conditions, il serait fantaisiste de prétendre que les requérants étaient de bonne foi. Au contraire, il faudrait leur appliquer la doctrine des *clean hands* ou l'adage *nemo auditur*.

En outre, la circonstance que la teneur de la convocation pouvait prêter à équivoque ne saurait suffire à en inférer un détournement de pouvoir, lequel serait une accusation grave et ne serait établi que si l'autorité est mue exclusivement par des motifs illicites, ce qui ne serait manifestement pas le cas ici. Du reste, le ministre de l'Intérieur aurait publiquement regretté la « rédaction malencontreuse » de la convocation. Toutefois, la circonstance que d'autres étrangers que les requérants, qui s'étaient rendus au commissariat suite à la même convocation, ont été relâchés après examen de leur dossier, démontrerait qu'elle n'était pas motivée exclusivement par la volonté de procéder à des arrestations. A supposer même le contraire, la méthode utilisée vaudrait toujours mieux que de se rendre au domicile des intéressés ou à l'école des enfants pour les arrêter. Si donc ruse il y a eu, il ne s'agirait que d'une « petite ruse ».

Quant au recours devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel, le Gouvernement ne voit aucune circonstance qui eût pu dispenser les requérants de l'introduire. D'après lui, si les intéressés étaient capables de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, ils devaient aussi pouvoir, dans les mêmes circonstances, recourir à la chambre du conseil.

38. La Cour note qu'il n'est pas contesté entre les parties que l'arrestation litigieuse a eu lieu en vue de l'expulsion des requérants du territoire belge, si bien que l'article 5, § 1 f) trouve à s'appliquer en l'espèce. Certes, les requérants contestent qu'il ait été nécessaire de les arrêter à cette fin, mais cette disposition n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours puisse être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir; à cet égard, l'article 5, § 1 f) ne prévoit pas la même protection que l'article 5, § 1 c). De fait, il exige seulement qu'« une procédure d'expulsion [soit] en cours » (arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, § 112).

39. En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à l'obligation d'observer les normes de fond comme de procédure de la législation nationale, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, parmi d'autres, les arrêts *Bozano c. France* du 18 décembre 1986, § 54, et *Chahal* précité, § 118).

40. En l'espèce, les requérants ont reçu, fin septembre 1999, une convocation écrite les invitant à se rendre le 1^{er} octobre au commissariat de police de la ville de Gand, en vue, selon la convocation, « de compléter leur dossier relatif à leur demande d'asile ». A leur arrivée au commissariat, ils se sont vu remettre un ordre de quitter le territoire, daté du 29 septembre 1999 et accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et d'arrestation à cette fin. Quelques heures après, ils furent emmenés au centre fermé de transit de Steenokkerzeel.

41. La Cour note que d'après le Gouvernement, la convocation en question a certes fait l'objet d'une rédaction malencontreuse, comme l'a d'ailleurs publiquement reconnu le ministre de l'Intérieur (paragraphe 23 ci-dessus), mais celle-ci ne suffirait pas à vicier l'arrestation tout entière, voire à la qualifier de détournement de pouvoir.

Même si la Cour conserve certains doutes quant à la compatibilité d'une telle pratique avec le droit belge, faute notamment pour celle-ci d'avoir été soumise, en l'espèce, à l'appréciation d'une juridiction nationale compétente, la Convention exige la conformité de toute mesure privative de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire (voir le § 39 ci-dessus). S'il n'est certes pas exclu que la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles, en revanche le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter, puis de les expulser, n'est pas à l'abri de la critique au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elle.

Or à cet égard, il y a tout lieu de croire que si la rédaction de la convocation en question était « malencontreuse », elle n'était pas pour autant le résultat d'une quelconque inadvertance, mais au contraire voulue comme telle, dans le but d'inciter le plus grand nombre de destinataires de la convocation à y donner suite. A l'audience, le conseil du Gouvernement a parlé à cet égard d'une « petite ruse », consciemment utilisée par les autorités pour assurer la réussite du « rapatriement collectif » (§ 23 ci-dessus) qu'elles avaient décidé d'organiser.

42. Il convient de rappeler ici que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5, § 1 revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *K.-F. c. Allemagne* du 27 septembre 1997, § 70). De l'avis de la Cour, cette exigence doit se refléter également dans la fiabilité des communications telles que celles adressées aux requérants, que les intéressés se trouvent en séjour légal ou non. La Cour en déduit qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté.

43. Cet élément est à prendre en considération s'agissant de la question à aborder à présent, celle de l'exception préliminaire du Gouvernement, dont la Cour avait décidé de joindre l'examen au fond. A cet égard, il y a lieu de rappeler que dans le cadre de l'article 35, § 1 de la Convention, un requérant doit se prévaloir des recours

normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues (voy., parmi d'autres, l'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, § 66).

44. En l'espèce, la Cour relève un certain nombre d'éléments qui ont sans nul doute affecté l'accessibilité du recours dont le Gouvernement invoque le non-épuisement. Il s'agit notamment du fait que l'information sur les recours disponibles figurait en petits caractères, et dans une langue que les requérants ne comprenaient pas, sur le document qui leur a été remis à leur arrivée au commissariat; que pour aider les dizaines de familles tziganes présentes au commissariat à comprendre les communications orales et écrites qui leur étaient faites, il n'y avait qu'un seul interprète, qui était présent au commissariat mais n'est pas resté avec elles au centre fermé; que dans de telles circonstances, il était sans doute difficile pour les requérants d'espérer pouvoir contacter un avocat, avec l'aide de cet interprète, depuis le commissariat, alors qu'au centre fermé, les requérants disposaient certes d'une possibilité de contact téléphonique avec un avocat, mais ne pouvaient plus faire appel aux services de l'interprète; que malgré ces difficultés, aucune autre forme d'assistance juridique n'a été prévue par les autorités, ni au commissariat, ni au centre.

45. Quoi qu'il en soit — et cet élément apparaît décisif aux yeux de la Cour —, comme l'a expliqué à l'audience l'avocat des requérants, sans avoir été contredit sur ce point par le Gouvernement, il n'a été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients que le vendredi 1^{er} octobre 1999 à 22 h 30, ce qui rendait vain tout recours à la chambre du conseil, puisqu'en saisissant celle-ci dès le 4 octobre, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le 6 octobre, alors que les requérants ont été expulsés le 5 octobre. Ainsi, bien qu'il se considérât toujours comme mandaté par les requérants (paragraphe 21 ci-dessus), leur avocat n'a pas pu tenter de recours devant la chambre du conseil.

46. La Cour rappelle que la Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, § 34). Sur le plan de l'accessibilité que doit présenter un recours invoqué au titre de l'article 35, § 1 de la Convention, cela implique notamment que les circonstances volontairement créées par les autorités soient telles que les intéressés aient une possibilité réaliste de l'intenter. Or tel n'était pas le cas en l'espèce, si bien qu'il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire dont il s'agit.

En conséquence, il y a eu violation de l'article 5, § 1 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5, § 2 DE LA CONVENTION

47. Les requérants allèguent une violation de l'article 5, § 2 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. »

Ils affirment ne pas avoir obtenu suffisamment d'informations sur les raisons de leur arrestation, ce qui les aurait empêchés d'exercer le recours qui leur revient en vertu de l'article 5, § 4 de la Convention. D'après eux, aucun représentant du ministère de l'Intérieur, auteur des ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999,

n'a donné une information officielle aux personnes retenues au commissariat de police de Gand. Celles-ci auraient dû se contenter des éléments d'informations figurant sur les documents remis, lesquels toutefois auraient été incomplets, car ils n'auraient pas suffisamment renseigné les intéressés sur les motifs légaux de leur détention, les raisons factuelles qui l'auraient justifiée, l'éloignement dont ils allaient faire l'objet et les voies de recours qui leur étaient ouvertes.

48. Le Gouvernement estime que les prescriptions de l'article 5, § 2 ont été scrupuleusement respectées, précisant que la décision de privation de liberté du 29 septembre 1999 était assortie de motifs et a été notifiée aux requérants le surlendemain, au commissariat de police. Lors de cette notification, un interprète maîtrisant la langue slovaque aurait été présent pour fournir aux intéressés toute explication sur le contenu du document.

49. La Cour rappelle que dans sa décision sur la recevabilité de la requête, elle a joint au fond l'exception préliminaire opposée par le Gouvernement au grief fondé sur l'article 5, § 2. Puisque ladite exception se confond avec celle qui a été soulevée sur le terrain de l'article 5, § 1, et compte tenu de la conclusion reprise au paragraphe 45 ci-dessus, il y a lieu de la rejeter, ici aussi.

50. Quant au fond, la Cour rappelle que l'article 5, § 2 énonce une garantie élémentaire : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi elle a été privée de liberté. Intégrée au système de protection qu'offre l'article 5, elle oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements « dans le plus court délai », mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994, § 72).

51. En l'espèce, à leur arrivée au commissariat de police, les requérants se sont vu notifier la décision ordonnant leur arrestation. Le document qui leur a été remis à cet effet indiquait que celle-ci avait été ordonnée par application de l'article 7, alinéa 1, 2° de la loi sur les étrangers, eu égard au risque que les intéressés ne tentassent de se soustraire à leur éloignement du territoire. En note, le même document mentionnait, comme recours disponible contre la décision de privation de liberté, le recours à la chambre du conseil du tribunal correctionnel.

52. La Cour a déjà noté que lors de l'arrestation des requérants au commissariat de police, un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent, dans le but notamment de renseigner les intéressés sur le contenu des communications orales et écrites qui leur étaient faites, et en particulier du document ordonnant leur arrestation. Même si, à elles seules, ces mesures ne suffisaient pas, en l'espèce, à mettre les requérants en situation de pouvoir utilement saisir la chambre du conseil (voir le paragraphe 46 ci-dessus), les renseignements ainsi fournis aux intéressés remplissaient néanmoins les exigences de l'article 5, § 2 de la Convention. En conséquence, il n'y a pas eu violation de cette disposition.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5, § 4 DE LA CONVENTION

53. Les requérants se plaignent également d'une violation de l'article 5, § 4 de la Convention, qui se lit ainsi :

« Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

Le seul recours disponible contre leur privation de liberté aurait été celui visé à l'article 71 de la loi sur les étrangers, devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel. Or ce recours ne satisferait pas aux exigences de l'article 5, § 4. En effet, la chambre du conseil n'exercerait sur la détention qui a pour base l'article 7 de la loi sur les étrangers qu'un contrôle très marginal, de légalité formelle, sans s'interroger sur la proportionnalité de la privation de liberté, c'est-à-dire sur la question de savoir si, eu égard aux éléments propres à chaque cas, il se justifie d'y recourir. Ensuite, les circonstances ayant entouré l'arrestation des requérants auraient été telles qu'en l'espèce, une saisine de la chambre du conseil n'aurait pas été possible (§ 36 ci-dessus).

54. Pour le Gouvernement au contraire, ledit recours remplit toutes les conditions de l'article 5, § 4.

55. La Cour estime tout d'abord que la mise en liberté des requérants, le 5 octobre 1999 en Slovaquie, ne rend pas sans objet le grief, eu égard au fait que la privation de liberté litigieuse a duré cinq jours (comp. avec l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, § 45). Elle constate toutefois que sur ce point, l'argumentaire du Gouvernement se confond avec celui qu'il a présenté au titre de l'exception préliminaire opposée aux griefs fondés sur les articles 5, §§ 1, 2 et 4 de la Convention (§§ 37 et 49 ci-dessus). Aussi y a-t-il lieu de renvoyer ici à la conclusion selon laquelle, en l'espèce, les requérants étaient empêchés de saisir utilement la chambre du conseil (paragraphe 46 ci-dessus). En conséquence, il n'y a pas lieu de statuer sur le point de savoir si l'étendue des compétences de la chambre du conseil satisfait aux exigences de l'article 5, § 4.

En conclusion, il y a eu violation de l'article 5, § 4.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4

56. Les requérants dénoncent une violation de l'article 4 du Protocole n° 4, aux termes duquel :

« Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites. »

D'après eux, le terme « expulsion collective » doit s'entendre de toute « mise en œuvre collective de mesures d'éloignement du territoire ». Distinguer la décision préalable de la mise en œuvre de l'expulsion conduirait à vider la disposition de tout contenu, dans la mesure où les législations de tous les Etats membres imposeraient aujourd'hui l'existence formelle d'une décision individuelle précédant la mesure d'expulsion, de telle sorte qu'à distinguer la décision de sa mise en œuvre, plus aucune expulsion collective ne serait plus condamnable de nos jours, ce qui priverait l'article 4 du Protocole n° 4 de tout effet utile.

S'agissant en particulier des décisions d'expulsion prises à l'encontre des requérants, ceux-ci estiment qu'elles traduisent une volonté affirmée des autorités de procéder à un traitement collectif de la situation d'un groupe de particuliers, en l'occurrence les Tziganes de Slovaquie. Ils en veulent pour preuve certains documents officiels, parmi lesquels des lettres adressées le 24 août 1999 par le directeur général de l'Office des étrangers au ministre de l'Intérieur et au Commissaire général aux réfu-

giés et aux apatrides, dans lesquelles le directeur général annonce un traitement rapide des demandes d'asile émanant de ressortissants slovaques, afin de donner un signal dissuasif clair à l'attention de nouveaux requérants potentiels. Les requérants se réfèrent aussi à une « Note d'orientation générale relative à une politique globale en matière d'immigration », approuvée le 1^{er} octobre 1999 par le Conseil des ministres et dans laquelle figure notamment le passage suivant : « Un projet de rapatriement collectif est actuellement examiné, tant pour donner un signal aux autorités slovaques que pour éloigner ce grand nombre d'illégaux dont la présence ne peut plus longtemps être tolérée ». De même, le 23 décembre 1999, le ministre de l'Intérieur aurait déclaré, en réponse à une question parlementaire : « En raison de la concentration de demandeurs d'asile de nationalité slovaque à Gand, un rapatriement collectif en Slovaquie a été organisé ».

De l'avis des requérants, ces éléments révèlent un dispositif général destiné à traiter collectivement un groupe de particuliers, depuis la prise de décision jusqu'à la mise en œuvre de l'expulsion. A cet égard, il serait révélateur que le processus ait été baptisé « opération Golf » par les autorités. Dès lors, quelle que soit l'apparence formelle des décisions produites, il ne saurait être affirmé en l'espèce qu'il y a eu « un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe ».

57. A ce grief, le Gouvernement oppose une exception tirée de ce que les requérants n'ont pas attaqué devant le Conseil d'Etat, notamment par la voie d'un recours en suspension d'extrême urgence, les décisions constitutives de la violation alléguée par les intéressés, à savoir celles du 29 septembre 1999.

La Cour constate que ce recours coïncide avec celui que le Gouvernement invoque au titre de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4. En conséquence, il y a lieu de joindre l'exception au fond et de renvoyer, quant à celui-ci, à l'examen du grief tiré d'une violation de ces dispositions.

58. Quant au fond du grief tiré d'une violation du seul article 4 du Protocole n° 4, le Gouvernement se réfère à la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour dans l'affaire *Andric c. Suède* (du 23 février 1999, non publiée) pour estimer qu'il n'y a pas d'expulsion collective lorsque la situation de l'étranger requérant a fait l'objet d'un examen individuel et objectif lui permettant d'avancer ses arguments contre l'expulsion. Or, bien que les ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999 se soient substitués aux précédents, tant l'Office des étrangers que le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, qui est un organe indépendant, impartial et quasi-juridictionnel, auraient donné aux requérants la possibilité d'exposer leur cas. La décision concernant M^{me} Čonková comporterait trois pages de motivation circonstanciée, tapée en petits caractères et expliquant en quoi l'intéressée ne s'exposait pas à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention dans son pays d'origine. Quant à M. Čonka, il n'aurait même pas daigné se présenter devant le Commissaire, alors pourtant que celui-ci l'avait dûment convoqué.

L'examen de l'opportunité d'éloigner les intéressés se serait encore poursuivi à la police de Gand, puisque certains demandeurs déboutés auraient été néanmoins autorisés à quitter librement le commissariat, notamment pour des motifs humanitaires et administratifs. L'examen individuel se serait même poursuivi pour certains, dont les époux Čonka, jusqu'au pied de l'avion, puisque le versement des montants de l'aide sociale pour tout le mois d'octobre aurait été effectué pour chaque chef de ménage au prorata exact de la composition de chaque famille, au franc près. Bref, il aurait été largement satisfait aux exigences de l'article 4 du Protocole n° 4.

59. La Cour rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe (*Andric c. Suède*, précité). Cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4.

60. En l'espèce, les demandes d'asile des requérants ont fait l'objet de décisions de rejet prises le 3 mars 1999 et confirmées le 18 juin 1999. Motivées et accompagnées d'un ordre de quitter le territoire du même jour, les décisions du 3 mars 1999 ont été rendues à la suite d'un examen de la situation personnelle des intéressés, sur la base de leurs dépositions. Quant aux décisions du 18 juin 1999, elles se fondent, elles aussi, sur des motifs tirés de la situation personnelle des requérants et renvoient à l'ordre de quitter le territoire du 3 mars 1999, dont les recours urgents avaient suspendu les effets.

61. La Cour note toutefois que les mesures de détention et d'éloignement litigieuses ont été prises en exécution d'un ordre de quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, lequel était fondé uniquement sur l'article 7, alinéa 1, 2° de la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait trois mois. En particulier, le document ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999 intervenues en la matière. Certes, ces décisions étaient, elles aussi, accompagnées d'un ordre de quitter le territoire, mais à lui seul, celui-ci n'autorisait pas l'arrestation des requérants. Celle-ci a donc été ordonnée pour la première fois par décision du 29 septembre 1999, sur un fondement légal étranger à leur demande d'asile, mais suffisant néanmoins pour entraîner la mise en œuvre des mesures critiquées. Dans ces conditions, et au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée.

62. Ces doutes se trouvent renforcés par un ensemble de circonstances telles que le fait que préalablement à l'opération litigieuse, les instances politiques responsables avaient annoncé des opérations de ce genre et donné des instructions à l'administration compétente en vue de leur réalisation; que tous les intéressés ont été convoqués simultanément au commissariat; que les ordres de quitter le territoire et d'arrestation qui leur ont été remis présentaient un libellé identique; qu'il était très difficile pour les intéressés de contacter un avocat; enfin, que la procédure d'asile n'était pas encore terminée.

63. Bref, à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées.

En conclusion, il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

64. Les requérants affirment n'avoir disposé, pour dénoncer les violations alléguées des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4, d'aucun recours satisfaisant aux exigences de l'article 13 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

65. D'après les requérants, la procédure devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne présentait pas les garanties requises par l'article 13. D'abord, la personne concernée n'aurait aucune garantie d'être entendue, sa convocation étant un usage et non un droit. Ensuite, elle n'aurait pas accès à son dossier, ne pourrait relire le procès-verbal des notes prises lors de son audition et ne pourrait exiger qu'il lui soit donné acte de certaines mentions. Quant aux recours possibles devant le Conseil d'Etat, il leur manquerait, pour être effectifs au sens de l'article 13, un effet suspensif automatique. En effet, dans les affaires d'éloignement du territoire, où la mise à exécution de la mesure étatique querellée produit des conséquences irréversibles, le caractère suspensif du recours en conditionnerait le caractère effectif et constituerait ainsi une exigence requise par l'article 13 de la Convention.

66. S'agissant en particulier du recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat, les requérants admettent qu'en pratique, l'arrêt est rendu avant que la mesure d'éloignement du territoire n'ait pu être exécutée, mais ils soulignent que la loi n'offre aucune garantie en ce sens et qu'il est tout à fait loisible à l'autorité administrative d'exécuter la décision d'éloignement sans même attendre l'arrêt du Conseil d'Etat. De plus, le taux de succès de ce recours ne dépasserait pas 1,36 %. Au demeurant, le Conseil d'Etat jugerait que l'étranger cesse d'avoir un intérêt à poursuivre la procédure lorsqu'il a quitté le territoire belge et se déclarerait incompétent pour prononcer l'annulation ou la suspension d'un ordre de quitter le territoire lorsqu'il n'est qu'une mesure d'exécution d'une autre décision, sauf à se prévaloir de nouveaux griefs relatifs à cet ordre de quitter le territoire, indépendamment de ceux articulés contre la décision dont il assure l'exécution.

67. Selon le Gouvernement, l'effectivité des recours disponibles doit s'apprécier dans leur globalité, eu égard au fait qu'il existe, en droit belge, deux catégories de recours successifs et cumulables contre une décision d'éloignement prise par l'Office des étrangers : l'un devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, l'autre devant le Conseil d'Etat.

68. Le premier serait un organe quasi-juridictionnel, indépendant et impartial, ce que la Cour de cassation aurait encore récemment confirmé dans son arrêt du 14 mars 2001. Un recours porté devant le Commissaire serait doté d'un effet suspensif automatique et la procédure offrirait plusieurs garanties procédurales. Ainsi la décision du Commissaire serait dûment motivée, par l'indication de toutes les circonstances pertinentes de la cause. De plus, la procédure suivie respecterait le principe du contradictoire, qui veut que toute décision en matière d'asile soit fondée sur des pièces et éléments connus du candidat réfugié ou de notoriété publique ou, à défaut, soumis à la contradiction.

En l'espèce, M^{me} Čonková aurait été longuement entendue par les services du Commissaire, en présence d'un interprète, mais elle n'aurait pas demandé l'assistance d'un avocat, alors qu'elle aurait pu le faire. M. Čonka, quant à lui, n'aurait même pas déféré à la convocation.

69. La décision du Commissaire, quant à elle, pourrait être attaquée devant le Conseil d'Etat, par la voie de recours en annulation, en suspension ordinaire ou en suspension d'extrême urgence. Or les requérants auraient omis d'agir en suspension d'extrême urgence contre les décisions du 18 juin 1999. Ils auraient négligé aussi

d'introduire pareils recours contre les ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999, lesquels se seraient substitués à ceux du 18 juin 1999.

70. Certes, lesdits recours au Conseil d'Etat seraient dépourvus d'effet suspensif automatique et il serait juridiquement loisible à l'administration de ne pas surseoir à l'exécution d'une mesure d'éloignement du seul fait qu'un recours, même en extrême urgence, a été introduit devant le Conseil d'Etat. Cependant, l'existence, par le passé, d'un tel effet suspensif automatique aurait conduit très rapidement à l'introduction de nombreux recours dilatoires, ce qui aurait forcé en 1991 le législateur à le supprimer. Afin toutefois de sauvegarder le caractère effectif du recours devant le Conseil d'Etat, le législateur aurait introduit par la même occasion la procédure d'extrême urgence, rétablissant ainsi le juste équilibre entre deux valeurs fondamentales de la Convention : la bonne administration de la justice et le délai raisonnable des procédures, d'une part, et l'effectivité de la protection juridictionnelle, de l'autre.

71. Ladite procédure de suspension en extrême urgence serait effective, en pratique comme en droit, et remplirait dès lors les exigences de l'article 13.

En droit tout d'abord, la jurisprudence de la Cour en la matière n'exigerait pas que les recours disponibles soient assortis d'un effet suspensif automatique et de plein droit. Au contraire, il ressortirait par exemple de l'arrêt *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000 (§ 50) qu'un simple pouvoir de suspension peut suffire aux fins de l'article 13. Or, au travers du recours en suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat disposerait d'un tel pouvoir.

Très rapide, la procédure suivie en pareil cas serait à introduire avant l'expiration du délai laissé à l'étranger pour quitter le territoire et pourrait, le cas échéant, se dérouler en une seule journée. En effet, le président de la chambre pourrait, en vertu de l'article 16, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, convoquer à tout moment les parties, même les jours de fête, d'heure à heure, ce qui se ferait fréquemment dans des cas de refoulement à la frontière. En outre, l'étranger pourrait, en vertu de l'article 33 du même arrêté royal, inviter le président à prendre des mesures provisoires d'extrême urgence, notamment une injonction de ne pas l'éloigner en attendant l'issue de la procédure. Applicables 24 heures sur 24, ces procédures offriraient donc un remède efficace contre d'éventuelles velléités de l'administration d'éloigner l'étranger avant même l'arrêt en référé du Conseil d'Etat. A cet égard, le Gouvernement renvoie aux instructions du Conseil d'Etat sur la procédure à suivre pendant les gardes du week-end, d'où il ressortirait que l'audience et le prononcé de l'arrêt sont à fixer avant l'exécution de la mesure, au cas où l'administration n'entendrait pas surseoir à l'exécution de la mesure d'éloignement.

72. De nombreux arrêts cités par le Gouvernement, par lesquels le Conseil d'Etat a ordonné la suspension d'extrême urgence de l'exécution de mesures d'éloignement d'étrangers, attesteraient de l'efficacité du recours en pratique. Ainsi, durant les deux années judiciaires qui ont précédé les événements à l'origine du litige, soit les années 1997-98 et 1998-99, la section d'administration aurait suspendu d'extrême urgence, dans 25,22 % des cas, l'exécution de décisions prises à l'égard de ressortissants étrangers. Ce pourcentage serait de 10,88 % devant la chambre néerlandophone.

73. En outre, la jurisprudence contiendrait des exemples de cas où seul l'ordre de quitter le territoire a été suspendu ou annulé. Si, par le passé, il a certes pu y avoir des cas où le Conseil d'Etat a estimé que des décisions de reconduite à la frontière n'étaient que de simples mesures d'exécution d'ordres de quitter le territoire anté-

rieurs, cette jurisprudence aurait évolué depuis lors et serait désormais orientée en ce sens qu'il s'agit bien là d'une décision administrative susceptible de recours. D'autre part, l'étranger qui a quitté le territoire national cesserait certes d'avoir un intérêt à la suspension de la mesure d'éloignement, mais pas à son annulation, sauf bien entendu le départ volontaire.

74. Enfin, le Gouvernement estime que l'on ne saurait apprécier l'effectivité d'un recours en faisant abstraction du contexte politique et juridique qui prévaut en Belgique et, partant, de la marge d'appréciation qu'il convient de lui reconnaître en l'espèce. Le droit à un recours effectif ne garantirait ni le droit d'abuser des procédures ni le droit à l'impéritie.

Le Conseil d'Etat serait actuellement confronté à d'importants abus qui enrayent son fonctionnement, le contentieux né de l'application de la loi sur les étrangers représentant déjà à lui seul plus de la moitié du total du contentieux. Or ces requêtes seraient très majoritairement des requêtes dilatoires. Face à cette réalité, le but du législateur n'aurait pas été de limiter l'accès au juge administratif, mais seulement de ne pas admettre une modalité — l'effet suspensif de plein droit — dont il est certain qu'elle aurait un effet pervers désastreux dans le contexte belge, contraire au principe de bonne administration de la justice qui sous-tend l'article 6 de la Convention.

75. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié. La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les Etats contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit. L'« effectivité » d'un « recours » au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle. En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Kudła c. Pologne* du 26 octobre 2000, § 157).

76. Encore faut-il, pour que l'article 13 trouve à s'appliquer à un grief, que celui-ci puisse passer pour défendable (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, § 147). En l'espèce, ce n'est pas le cas des griefs tirés d'une violation de l'article 3, que la Cour a déclarés manifestement mal fondés le 13 mars 2001. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3.

77. En revanche, le grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 peut, de l'avis de la Cour, passer pour défendable.

78. La Cour rappelle à cet égard que les expulsions litigieuses ont été effectuées sur la base des ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999, lesquels, d'après le Gouvernement, s'étaient substitués à ceux des 3 mars et 18 juin 1999 et étaient susceptibles d'un recours devant le Conseil d'Etat, notamment en suspension d'extrême urgence.

Or les requérants n'ont pas introduit ce recours, bien que leur conseil eût été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients le 1^{er} octobre 1999

à 22 h 30 et se considérât toujours comme mandaté par eux. Les requérants ne contestent pas que le Conseil d'Etat puisse passer pour une « instance nationale » au sens de l'article 13, mais affirment que le recours ne présentait pas l'effectivité voulue par cette disposition, faute pour lui d'être assorti d'un effet suspensif de plein droit. Il convient dès lors d'examiner cette question.

79. La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (voy., *mutatis mutandis*, *Jabari c. Turquie*, arrêt du 11 juillet 2000, § 50). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention. Toutefois, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13 (voy. l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, précité, § 145).

80. En l'espèce, le Conseil d'Etat était appelé à examiner au fond les griefs des requérants dans le cadre du recours en annulation introduit par eux. En prévision du temps que prendrait cet examen et eu égard au fait qu'ils étaient menacés d'expulsion, les requérants ont assorti leur recours en annulation d'un recours en suspension ordinaire, dont le Gouvernement souligne cependant le caractère inadéquat dans les circonstances de la cause. D'après lui, les intéressés auraient dû agir en suspension d'extrême urgence.

La Cour ne peut manquer de relever, pourtant, que le recours en suspension ordinaire fait partie des recours qui, d'après le document contenant la décision du Commissaire général du 18 juin 1999, s'offraient aux requérants pour attaquer celle-ci. Sachant que d'après cette décision, les intéressés disposaient de cinq jours seulement pour quitter le territoire national, que le recours en suspension ordinaire n'est pas lui-même suspensif et que le Conseil d'Etat dispose de quarante-cinq jours pour statuer sur un tel recours (article 17, § 4 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), la seule mention de celui-ci parmi les recours disponibles était, pour le moins, de nature à créer la confusion dans le chef des requérants.

81. S'agissant du recours en suspension d'extrême urgence, il n'est pas suspensif, lui non plus. Le Gouvernement souligne toutefois que le président de la chambre peut convoquer à tout moment les parties, même les jours de fête, d'heure à heure, ce qui se ferait fréquemment dans des cas de refoulement à la frontière, de façon à pouvoir statuer et, le cas échéant, ordonner la suspension de la mesure d'éloignement avant son exécution. L'administration, en effet, n'est pas tenue juridiquement d'attendre la décision du Conseil d'Etat pour procéder à l'éloignement. C'est dans ce but que le Conseil d'Etat a, par exemple, adopté des instructions prévoyant notamment qu'en cas de requête en suspension d'extrême urgence, le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en tirer toutes les conséquences quant à la procédure à suivre. Pareil système appelle deux remarques.

82. D'abord, l'on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou été victime d'une expulsion collective. En pareil cas, le recours exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13.

83. Ensuite, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable en pratique — ce dont la Cour ne saurait juger en l'absence de données fiables — il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention (voy., *mutatis mutandis*, *Iatridis c. Grèce* du 25 mars 1999, § 58).

Or, il apparaît que l'administration n'est pas tenue de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, pas même pendant un délai minimum raisonnable permettant au Conseil d'Etat de statuer. De plus, c'est sur celui-ci que repose en pratique la charge de s'enquérir des intentions de l'administration quant aux expulsions envisagées et à agir en conséquence, mais rien ne semble l'obliger à le faire. Enfin, c'est en vertu de simples instructions internes que, dans ce but, le greffier du Conseil d'Etat, sur instructions du conseiller, prend contact avec l'administration, sans que l'on connaisse les conséquences d'une éventuelle omission dans ce domaine. Au bout du compte, le requérant n'a aucune garantie de voir le Conseil d'Etat et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni *a fortiori* de voir le Conseil d'Etat statuer, ou même siéger, avant son expulsion, ou l'administration respecter un délai minimum raisonnable.

Il y a là autant d'éléments qui rendent le traitement du recours trop aléatoire pour pouvoir satisfaire aux exigences de l'article 13.

84. Quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *Süßmann c. Allemagne* du 16 septembre 1996, § 55). A cet égard, il y a lieu de souligner l'importance de l'article 13 en vue du maintien de caractère subsidiaire du système de la Convention (voy., *mutatis mutandis*, *Kudła c. Pologne*, précité, § 152, CEDH 2000-XI).

85. En conclusion, les requérants ne disposaient pas d'un recours remplissant les conditions de l'article 13 pour faire valoir leur grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4. Dès lors, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention et il y a lieu de rejeter l'exception opposée au grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 (§ 57 ci-dessus).

(...)

Par ces motifs,

La Cour,

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire tirée, sur le terrain de l'article 5, §§ 1, 2 et 4 de la Convention, du non-épuisement des voies de recours internes;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5, § 1 de la Convention;

3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, § 2 de la Convention;

4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5, § 4 de la Convention;

5. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention;

6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3;

7. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4;

8. *Dit*, par six voix contre une,

a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, conformément à l'article 44, § 2 de la Convention, les sommes suivantes :

i. 10.000 (dix mille) euros, pour dommage moral;

ii. 9.000 (neuf mille) euros, pour frais et dépens;

b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;

9. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.



Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M. Velaers, juge *ad hoc*

Au sujet de l'article 5, § 1 et 4 de la Convention

1. Je partage l'opinion de la Cour selon laquelle les conditions dans lesquelles les requérants ont été privés de leur liberté constituent une violation de l'article 5, § 1 et 4 de la Convention.

2. La Convention exige que toute privation de liberté soit faite « selon les voies légales ». Bien que les mots « selon les voies légales » se réfèrent pour l'essentiel à la législation nationale et qu'ils consacrent donc « la nécessité de suivre la procédure fixée par celle-ci », dans l'arrêt Winterwerp du 26 septembre 1979, la Cour a toutefois ajouté : « (...) il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris les principes généraux énoncés ou impliqués par elle. » (§ 45)

3. La ruse employée par la police belge doit donc être examinée à la lumière des « principes généraux » de la Convention. Les méthodes et techniques de police ne peuvent être qualifiées de régulières et d'équitables qu'à la condition qu'elles soient proportionnées aux buts que les autorités cherchent à atteindre. Le principe de proportionnalité est en effet un principe général de la Convention. Il est largement appliqué dans la jurisprudence de la Cour (notamment celle sur les articles 8-11, § 2, l'article 14 etc.) et il peut être considéré comme compris dans le prescrit de l'article 5 selon lequel une privation de liberté doit se faire « selon les voies légales ». La méthode utilisée par la police de Gand — la ruse — est à mon avis non conforme à ce principe de proportionnalité. Les personnes à priver de leur liberté n'étaient pas des criminels. C'étaient des illégaux dont la demande d'asile avait été rejetée. A juste titre, la Cour n'a pas exclu que la police, dans sa lutte contre la criminalité, soit amenée à employer des ruses, qui lui permettent d'être efficace (§ 45). Mais en l'espèce, l'action de la police de Gand ne se situait pas dans le cadre d'une recherche pénale, mais bien dans le cadre d'une action administrative d'expulsion forcée. Bien que l'Etat ait le droit d'expulser effectivement des illégaux et bien que les alternatives

adéquates pour le faire ne soient pas nombreuses et qu'elles risquent parfois d'avoir des conséquences également néfastes pour les personnes intéressées et leurs enfants, l'emploi d'une ruse telle que celle utilisée par la police de Gand risque d'engendrer la non-crédibilité générale des autorités publiques dans leurs relations administratives avec les étrangers qui résident illégalement sur le territoire national. Cet effet rend, à mon avis, le recours à la ruse par la police de Gand contraire au principe de proportionnalité. Dans un Etat de droit, les illégaux ne sont pas des sans-droits. Ils doivent pouvoir se fier aux communications des autorités administratives faites à leur encontre.

4. L'article 5, § 4 de la Convention garantit à toute personne privée de sa liberté le droit d'introduire un recours devant un tribunal. Je partage l'opinion de la Cour selon laquelle, en l'espèce, le recours devant la chambre du Conseil n'était pas accessible (§ 45). En outre, la Cour se réfère, à juste titre, à son arrêt dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley* (§ 55). Dans cette affaire, les requérants avaient été détenus pendant environ 30 et 44 heures. Le lendemain de leur arrestation, ils avaient introduit une instance en *habeas corpus*, mais ils furent relâchés avant que le contrôle judiciaire n'eût pu avoir lieu. La Cour estima superflu d'examiner le bien-fondé du grief formulé par les intéressés sur le terrain de l'article 5, § 4, au motif que chacun d'eux fut relâché à bref délai avant tout contrôle judiciaire de sa détention. En l'espèce, la privation de liberté a duré cinq jours et non quelques heures. Vu la durée de la détention, l'Etat belge aurait dû garantir le droit d'introduire un recours devant un tribunal, et cela nonobstant le fait que l'intention était de libérer les requérants immédiatement après leur expulsion.

Au sujet de l'article 4 du Protocole n° 4

5. Je ne puis partager l'avis de la majorité selon lequel l'article 4 du Protocole n° 4 a été violé.

Il est important que la Cour ait consolidé la définition de la notion « d'expulsion collective » qui était déjà incluse dans la décision du 23 février 1999 de la première section de la Cour dans l'affaire *Andric c. Suède*. Des mesures contraignant des étrangers en tant que groupe à quitter un pays ne constituent pas une expulsion collective, dans les cas où celles-ci ont été prises à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. La condamnation de l'Etat belge n'est donc pas due au simple fait que les requérants ont été rapatriés en groupe, par avion, mais aux doutes que la majorité a eu sur la réalité de l'examen raisonnable et objectif de la situation individuelle des requérants. Je ne partage pas ces doutes.

6. Les demandes d'asile des requérants ont fait l'objet de décisions de rejet prises le 3 mars 1999 par l'Office des étrangers et confirmées le 18 juin 1999 par le Commissaire général aux réfugiés et apatrides. La majorité reconnaît que ces décisions ont été rendues à la suite d'un examen de la situation personnelle des étrangers et qu'elles étaient motivées. A mon avis, il y a même eu un troisième bref examen de la situation individuelle des requérants. Le jour même de leur arrestation, la police de Gand a pris contact avec l'Office des étrangers pour vérifier s'il n'y avait pas parmi les personnes arrêtées des personnes qui disposaient d'un titre pour rester sur le territoire belge. Le fait que certaines de ces personnes ont pu rentrer librement chez elles, après que la vérification de leur situation individuelle eut révélé qu'elles étaient en situation régulière, prouve que même à ce stade avancé du processus d'éloignement, il a encore été procédé à un dernier examen individuel.

7. Les doutes de la majorité sont dus au fait que les mesures d'éloignement ont été prises en exécution d'un ordre de quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, lequel faisait uniquement référence à l'article 7, alinéa 1, 2° de la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait le délai de trois mois. A mon avis, les mesures prises le 29 septembre 1999 ne peuvent être isolées des décisions antérieures, prises dans le cadre de la procédure d'asile. L'examen de la situation individuelle des requérants avait eu lieu, à deux, voire trois reprises, et fournissait une justification suffisante aux expulsions litigieuses. En attachant de l'importance au fait que le dernier ordre de quitter le territoire ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants, ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999, la majorité semble introduire un élément purement formel dans la définition de la notion « d'expulsion collective ». A cet égard, la majorité aurait dû suivre la décision dans l'affaire Andric, dans laquelle la Cour a jugé : « the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis. » (décision précitée, § 1)

8. Les doutes de la majorité tiennent aussi à « un ensemble de circonstances » entourant l'éloignement forcée des requérants (§ 62). A mon avis, ces circonstances n'ont en rien pu influencer les décisions qui ont été prises à l'égard des requérants, après examen de leur situation individuelle, et ne justifiaient donc pas les doutes de la majorité. Ainsi le fait que le directeur général de l'Office des étrangers s'adressa par lettre du 24 août 1999 au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides pour annoncer son intention de traiter rapidement les demandes d'asile des ressortissants slovaques, afin de donner un signal dissuasif, n'a évidemment pas pu influencer les décisions prises antérieurement, in tempore non suspecto, à l'égard des requérants, par l'Office des étrangers (3 mars 1999) et par le Commissaire général aux réfugiés et apatrides (18 juin 1999). Le Commissaire général est d'ailleurs « une instance nationale, dont l'indépendance est légalement garantie et qui offre des garanties procédurales à l'étranger » (Cour de cassation belge, 23 janvier 2001). Les autres circonstances évoquées par la majorité sont relatives à l'exécution effective du rapatriement en groupe. Elles datent de la fin du mois de septembre et ne peuvent donc justifier les doutes de la majorité par rapport aux décisions prises à l'égard des étrangers le 3 mars 1999 et le 18 juin 1999. La majorité elle-même reconnaît d'ailleurs qu'un rapatriement en groupe n'est pas contraire à l'article 4 du Protocole n° 4, quand il s'agit d'étrangers dont la situation particulière a fait l'objet d'un examen raisonnable et objectif. Un rapatriement en groupe, pour lequel les autorités nationales peuvent opter pour des raisons d'efficacité et d'économie, n'est évidemment pas réalisable sans une préparation préalable.

Au sujet des articles 35 et 13 de la Convention

9. Je ne puis partager l'opinion de la majorité selon laquelle le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge, contre les mesures d'éloignement du 29 septembre 1999, d'une part, n'était pas un recours que les requérants auraient dû épuiser avant de porter plainte devant la Cour européenne des droits de l'homme (article 35 de la Convention) et, d'autre part, ne constitue pas un recours effectif (article 13 de la Convention) qui aurait pu permettre aux requérants d'obtenir le redressement de leurs griefs.

10. S'agissant des griefs tirés de l'article 4, du Protocole n° 4 et liés aux mesures prises le 29 septembre 1999 et aux conditions dans lesquelles celles-ci ont été préparées et effectivement exécutées le 5 octobre 1999 par un éloignement en groupe, par

avion, le seul recours pertinent à examiner était le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge, contre les mesures du 29 septembre 1999.

Le recours que les requérants ont intenté contre la décision de l'Office des étrangers du 3 mars 1999, devant le Commissaire général aux réfugiés et apatrides, n'a, à juste titre, pas été pris en compte par la majorité. Bien que ce recours a un effet suspensif automatique, les requérants n'ont évidemment pas pu soulever leurs griefs tirés de la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 devant le Commissaire général. Celui-ci a en effet pris sa décision le 18 juin 1999 et les griefs étaient liés à la préparation et à l'exécution des mesures prises le 29 septembre 1999. Pour la même raison, les recours que les requérants avaient intentés le 3 août 1999 devant le Conseil d'Etat n'étaient pas non plus à prendre en considération. Le recours en suspension ordinaire, intenté par les requérants, n'entraîne d'ailleurs pas, ni en droit ni en pratique, un effet suspensif. Le seul recours pertinent pouvant offrir un redressement aux griefs des requérants était le recours en suspension d'extrême urgence contre les mesures du 29 septembre 1999.

11. Quant à l'accessibilité de ce recours, la majorité constate, à juste titre, que le conseil des requérants a « été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients dès le 1^{er} octobre 1999 à 22 h. 30 et se considérait toujours comme mandaté par eux. » (§ 78, alinéa 2) Il s'ensuit que ce conseil aurait pu intenter le recours en suspension d'extrême urgence, cette procédure étant applicable 24 heures sur 24 et équivalente à un référé d'hôtel.

12. Quant à l'effectivité de ce type de recours, il ressort des nombreux arrêts du Conseil d'Etat, cités par le Gouvernement belge, que le recours en suspension d'extrême urgence présente des perspectives raisonnables de succès. Le Gouvernement belge n'a pas seulement attesté, par de nombreux exemples, de l'extrême rapidité avec laquelle la procédure peut être appliquée, mais il a aussi présenté un nombre important d'arrêtés dans lesquels le Conseil d'Etat avait effectivement suspendu la décision d'expulsion dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence. S'agissant du taux de réussite du recours en suspension d'extrême urgence, les parties ont soumis à la Cour des statistiques fort divergentes : les requérants évaluent ce taux à 1,36 %, le Gouvernement présente un document délivré par le greffier en chef du Conseil d'Etat, dont il ressort que le taux atteindrait 25,22 %. A juste titre la Cour, ne connaissant pas les modes de calculs adoptés, ne s'est-elle pas prononcée sur cette divergence entre les parties. En tout état de cause cependant, il convient de rappeler que l'effectivité d'un recours ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant, il suffit qu'il existe des chances réelles de succès. Vu l'effet direct de l'article 4 du Protocole n° 4, il est clair que le Conseil d'Etat belge a le pouvoir de suspendre l'exécution de toute mesure d'expulsion collective, prohibée par cet article.

13. Selon la majorité cependant, le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge ne satisfait pas aux exigences de l'article 13 de la Convention, le caractère suspensif de ce recours étant trop aléatoire. A cet égard, il importe d'abord de souligner que selon la jurisprudence de la Cour, l'effectivité d'un recours est conditionnée par son effet suspensif, lorsqu'il s'agit de griefs tirés de la violation de l'article 3 de la Convention. En soulignant « le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de tortures ou de traitements dégradants se concrétisait », la Cour exige en effet que les mesures contre lesquelles le recours est intenté ne puissent être exécutées avant leur examen par les autorités nationales. En l'espèce toutefois, la Cour a jugé que le grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention était manifestement mal fondé (décision sur la recevabilité du 13 mars

2001, § 7) et par conséquent indéfendable par rapport à l'article 13. (voir arrêt § 74) Il est dès lors établi dans cette affaire que les requérants ne risquaient pas, après leur expulsion, d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans leur pays d'origine, la Slovaquie.

14. Même si on admet, avec la majorité, que le caractère suspensif du recours conditionne aussi l'effectivité de celui-ci par rapport au grief tiré de la violation de l'article 4 du Protocole nr. 4, il faut souligner qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que le recours ne doit pas être suspensif de plein droit, mais qu'il suffit qu'il ait un effet suspensif « en pratique » (voy. les arrêts *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 123, et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, § 125).

15. En l'espèce, le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif de plein droit, mais il peut avoir le même effet en pratique. La procédure en suspension d'extrême urgence est en effet applicable 24 heures sur 24. Elle permet au Conseil d'Etat de statuer en quelques heures, y compris le week-end. Toute demande en extrême urgence est enrôlée de plein droit et directement traitée. Le Conseil d'Etat peut ordonner la comparution des parties en un lieu déterminé, de jour en jour et d'heure en heure. A cet égard, un document interne révèle la manière dont cette procédure est appliquée. On y lit : « Dans les affaires 'étrangers', le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en demande une confirmation par fax. (...) Il est prudent, en cas de rapatriement imminent, d'ordonner la comparution personnelle du requérant. » L'ordonnance de comparution personnelle étant contraignante, l'Etat ne peut plus procéder à l'expulsion de l'étranger. En outre, le Conseil d'Etat peut prendre, dans le cadre de la même procédure, des mesures provisoires d'extrême urgence, consistant en une injonction de ne pas éloigner l'étranger avant l'issue de la procédure.

16. Selon le Gouvernement belge, ces éléments de la procédure garantissent en pratique l'effet suspensif du recours. Force est de constater que les requérants n'ont présenté aucun cas concret dans lequel un étranger, ayant intenté un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat, aurait été expulsé pendant la procédure. Ils n'ont présenté aucun exemple concret qui atteste de l'ineffectivité des pouvoirs que le Conseil d'Etat peut exercer dans le cadre de cette procédure. A défaut de ces éléments, il est raisonnable de considérer qu'en pratique, le recours en suspension d'extrême urgence a un effet suspensif. Au paragraphe 66 de l'arrêt, la majorité résume d'ailleurs la thèse des requérants ainsi : « S'agissant en particulier du recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat, les requérants admettent qu'en pratique, l'arrêt est rendu avant que la mesure d'éloignement du territoire n'ait pu être exécutée, mais ils soulignent que la loi n'offre aucune garantie en ce sens et qu'il est tout à fait loisible à l'autorité administrative d'exécuter la décision d'éloignement sans même attendre l'arrêt du Conseil d'Etat. » Cette thèse étant correcte en droit, revient à dire que le recours n'a pas d'effet suspensif automatique, mais qu'il a cet effet en pratique.

17. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations de l'article 13 de la Convention. La Cour a souligné ce principe essentiel dans son arrêt *Vilvarajah et autres*, du 30 octobre 1991. Dans cet arrêt, qui concernait également l'éloignement forcé d'un étranger dont la demande d'asile avait été rejetée, la Cour a fait observer : « Il (l'article 13) ne va pas cependant jusqu'à exiger une forme particulière de recours, les Etats contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose » (§ 122). A mon avis — et cet élément est pour moi décisif dans cette

affaire — la marge d'appréciation doit être plus large, quand, comme en l'espèce, le grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention est jugé manifestement mal fondé, et par conséquent indéfendable, dans le cadre de l'article 13 de la Convention.

18. C'est pourquoi je suis d'avis que le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge aurait dû être considéré comme un recours interne, accessible et effectif, que les requérants auraient dû épuiser (article 35) et qu'il revêt le caractère d'effectivité que requiert l'article 13 de la Convention.



**Opinion dissidente de M. le juge Jungwiert,
à laquelle M. le juge Kūris se rallie**

Je suis d'accord avec la majorité pour trouver une violation de l'article 5, §§ 1, 2 et 4 de la Convention. Par contre, je ne suis pas en mesure de me rallier à l'opinion selon laquelle il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4, et de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4. En voici les raisons.

S'agissant du respect de l'article 4 du Protocole n° 4, les deux premiers requérants ont chacun introduit une demande d'asile qui a d'abord été déclarée irrecevable, par l'Office des étrangers, au motif que les intéressés n'avaient pas présenté suffisamment d'éléments indiquant que leur vie ou leur liberté seraient menacées pour une des raisons mentionnées dans la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Le Commissaire général confirma les décisions de l'Office des étrangers refusant le séjour des requérants. S'agissant de M. Čonka, il fonda sa décision sur le fait que sans avancer de motifs valables, l'intéressé n'avait pas donné suite à sa convocation. Au sujet de M^{me} Čonková, le Commissaire, sur quelque deux pages de motivation, releva un certain nombre de contradictions importantes dans sa déposition et émit de sérieux doutes quant à sa crédibilité.

Chacune de ces décisions était accompagnée d'un ordre de quitter le territoire. Les requérants n'y ayant donné aucune suite, des mesures d'éloignement forcé ont été prises. Les requérants ont été convoqués au commissariat de police de Gand, où il a été procédé à un dernier bref examen de leur dossier. La police de Gand a pris contact avec l'Office des étrangers. Les personnes déboutées du droit d'asile et ne pouvant rester sur le territoire belge à aucun autre titre ont été privées de leur liberté et rapatriées en groupe. Le fait que certaines d'entre elles ont pu rentrer librement chez elles, après que la vérification de leur situation individuelle eut révélé qu'elles étaient en situation régulière, prouve que même à ce stade avancé du processus d'éloignement, il y a encore eu un dernier examen individuel.

Le fait que les décisions d'expulsion ont été exécutées en groupe, et que quelque soixante-dix étrangers de nationalité slovaque ont été rapatriés ensemble par avion, n'implique pas qu'il y ait « expulsion collective » au sens de l'article 4 du Protocole n(4, puisque la situation personnelle de chaque étranger expulsé a été examinée à trois reprises. La circonstance que les dernières décisions du 29 septembre 1999 ne contiennent aucune référence aux motifs des décisions du 3 mars 1999 et du 18 juin 1999, mais se cantonnent à une référence à la situation illégale des intéressés (art. 7, alinéa 1, 2° de la loi sur les étrangers), n'empêche pas que ces examens individuels ont eu lieu et fournissaient une justification suffisante aux expulsions litigieuses. A cet égard, je partage l'opinion exprimée dans la décision relative à l'affaire *Andric*, selon laquelle « the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is collective expulsion when each person has been given

the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis » (*Andric c. Suède*, § 58 de l'arrêt, § 1).

Par ailleurs, cette disposition ne fait pas obstacle, à mon avis, à ce que, notamment pour des raisons d'économie ou d'efficacité, les Etats regroupent dans un même moyen de transport des personnes qui, au terme de pareille procédure, sont à expulser vers un même pays.

Ces considérations me font conclure à l'absence de violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

S'agissant de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4, il est de jurisprudence constante que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13. En outre, lorsqu'il est allégué qu'une mesure imminente expose l'intéressé à un risque de traitements prohibés par l'article 3 de la Convention, seul un recours avec effet suspensif, sinon de plein droit, au moins en pratique, est un recours effectif au regard de l'article 13 de la Convention (voy. les arrêts *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 123, et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, § 125).

Bien que le recours en suspension d'extrême urgence que les requérants auraient pu introduire devant le Conseil d'Etat contre les décisions du 29 septembre 1999 soit dépourvu d'effet suspensif de plein droit, cette procédure, en pratique, compte tenu de la manière dont elle est appliquée, a le même effet.

La procédure en suspension d'extrême urgence est applicable 24 heures sur 24. Elle permet au Conseil d'Etat de statuer en quelques heures, y compris le week-end. Toute demande en suspension d'extrême urgence est enrôlée de plein droit et directement traitée. Le Conseil d'Etat peut ordonner la comparution des parties en un lieu déterminé, de jour en jour et d'heure en heure. A cet égard, un document interne au Conseil d'Etat révèle la manière dont cette procédure est appliquée. On y lit : « Dans les affaires 'étrangers', le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en demande une confirmation par fax. (...) Il est prudent, en cas de rapatriement imminent, d'ordonner la comparution personnelle du requérant. » L'ordonnance de comparution personnelle étant contraignante, l'Etat ne peut plus procéder à l'expulsion de l'étranger.

En outre, le Conseil d'Etat peut prendre, selon la même procédure, des mesures provisoires d'extrême urgence, qui prennent la forme d'injonctions de ne pas éloigner l'étranger avant l'issue de la procédure. Le Gouvernement a fourni de nombreux exemples attestant de l'efficacité de ce mécanisme en pratique, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'étrangers qui, en vue de leur expulsion, sont retenus dans un centre fermé, d'où ils intentent le recours en suspension d'extrême urgence.

S'agissant du taux de réussite de ce recours, on peut constater que les parties présentent des statistiques fort divergentes : tandis que les requérants évaluent ce taux à 1,36 %, le Gouvernement présente un document, émanant du greffe du Conseil d'Etat, dont il ressort que ce taux atteindrait 25,22 %. Cette divergence est probablement due à des modes de calcul différents. En tout état de cause, cependant, il convient de dire que l'effectivité d'un recours ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. En l'espèce, le Gouvernement a présenté un tel nombre d'arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat a suspendu la décision d'expulsion, dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence, qu'il est permis de conclure à l'efficacité de ce recours.

En conclusion, les requérants auraient pu, ce qu'ils ont omis de faire, intenter un recours en suspension d'extrême urgence contre les décisions du 29 septembre 1999, lequel recours satisfait aux exigences de l'article 13. C'est pourquoi j'estime qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition et que l'exception opposée par le Gouvernement au grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 est fondée.

OBSERVATIONS

La détention et l'expulsion collective des étrangers ⁽¹⁾

L'affaire *Čonka* est relative à la mise en œuvre collective de l'expulsion, par la Belgique, de Tziganes vers la Slovaquie. Par son arrêt du 5 février 2002, devenu définitif, la Cour condamne la Belgique, à l'unanimité, pour violation des principes liés au droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 Conv. eur. dr. h.) ainsi que, à une faible majorité de quatre voix contre trois, pour violation de l'interdiction d'expulsion collective (art. 4 du Protocole n° 4) et du droit à un recours effectif contre cette expulsion (art. 13 de la Convention). La condamnation claire, prononcée à l'unanimité, laisse ouverte quelques questions pour le futur, notamment quant à l'étendue du contrôle de la détention des étrangers en séjour irrégulier (I). C'est toutefois, dans la condamnation relative de l'expulsion collective et du recours effectif ainsi que dans les condamnations omises dès la recevabilité, en rejetant les griefs tirés du principe de non-discrimination et de la non-exécution des mesures provisoires, que le commentateur trouve les plus belles questions pour le futur (II).

(1) Pour la rédaction de cette note d'observations, j'ai pu bénéficier des réflexions émises lors d'un colloque sur l'arrêt, organisé à Bruxelles le 17 mai 2002 par les étudiants du diplôme d'études spécialisées en droit de l'homme conjoint à l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve) et aux Facultés universitaires Saint-Louis, dans le cadre du cours sur le droit d'asile (cours interdisciplinaire que je dispense avec Marie-Claire Caloz-Tschopp, philosophe, enseignante au programme plurifacultaire d'action humanitaire de l'Université de Genève). Plusieurs étudiants ont préparé ce colloque par des réflexions et questions : Radouane Boudlal, Ingrid Charles, Anne-Valérie de Souza, Déogratias Mirindi Buliga, Didier Muaka Matondo, Jean de Dieu Mulikuza Mulengi, Remy Ngoy, N'do Pabozi, Scarlett Renoirte, Alessandra Bernadete Saboia Fonseca, Jean Nazaire Tama, Lydie Vandoorne, Liesbet Vansteenkiste, Katia Willems.

Les orateurs suivants ont participé au colloque : Philippe Toussaint, Olivier De Schutter, Claudine Mertens, Georges-Henri Beauthier, Claude Debrulle, Julie Lejeune, Pascal Smets, Isabelle Doyen, Frédéric Bernard, Pascal Gilliaux et Marie-Claire Caloz-Tschopp.

Des contributions de Julie Lejeune et Pascal Gilliaux sont publiées dans le n° 118 de la *Revue du droit des étrangers*, 2002, pp. 298 et 313.

I. Les condamnations claires

C'est au regard de la détention (art. 5 de la Convention) que la condamnation de la Cour est la plus ferme. Quelques questions demeurent.

La Cour condamne à l'unanimité pour violation de deux des cinq paragraphes qui composent l'article 5 : le premier paragraphe relatif à la régularité d'une détention et le quatrième relatif au recours. En revanche, la Cour estime, également à l'unanimité, que le paragraphe 2, relatif à l'information donnée au requérant, n'est pas violé. Les paragraphes 3 (détention préventive) et 5 (droit à réparation) n'étaient pas visés par les requérants.

A. La régularité de la détention (art. 5, § 1, f) : la « petite ruse » et la proportionnalité oubliée

L'article 5, § 1, f prévoit expressément la possibilité de détenir « une personne [...] contre laquelle une procédure d'expulsion [...] est en cours ». Encore faut-il situer cette possibilité dans l'ensemble des critères requis pour priver quelqu'un de sa liberté. Le principe étant la liberté, toute exception par privation de liberté devra faire l'objet d'une « interprétation étroite » (§ 42). Trois conditions doivent être réunies. Premièrement, il faut que la détention soit conforme au droit national. En l'espèce, la Cour en doute mais n'est pas en mesure d'en juger à défaut de contrôle par le juge national (§ 41). Deuxièmement, il faut se trouver dans un des six cas limitativement énumérés par l'article 5, § 1 ; cette « liste [...] revêt un caractère exhaustif » (§ 42). En l'espèce, s'agissant de l'expulsion d'étrangers, le cas est visé par la liste (art. 5, § 1, f). On relèvera à cet égard que la Convention européenne est plus exigeante que les autres textes internationaux ou régionaux de protection des droits de l'homme, qui confient à la législation nationale la légalité de la procédure et l'énumération des motifs de détention (Pacte international relatif aux droits civils et politique, art. 9 ; Convention américaine des droits de l'homme, art. 7 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 6). Mais surtout, selon la jurisprudence de la Cour européenne, une troisième condition doit être remplie : « la conformité de toute mesure privative de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire » (§§ 39 et 41). C'est ainsi que dans l'affaire *Chahal* qu'elle cite, la Cour avait estimé qu'en maintenant monsieur Chahal pendant plus de six ans en détention en vue de son expulsion, dont la mise en œuvre paraissait donc impossible, le Royaume-Uni n'avait toutefois pas violé l'article 5, § 1, f dans la mesure où cette expulsion était motivée par la sécurité nationale et

qu'il y avait « une procédure [qui] suffit à garantir qu'il existait au moins de sérieux indices permettant de penser que la mise en liberté de M. Chahal entraînerait des risques pour la sécurité nationale et que, partant, l'exécutif n'a pas fait preuve d'arbitraire en ordonnant son maintien en détention », même si cette procédure était assez secrète, comportant un avis confidentiel ⁽²⁾. En revanche, dans l'affaire *Čonka*, la Cour constate que, en convoquant les intéressés sous le prétexte de « compléter le dossier relatif à leur demande d'asile », l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux les priver de leur liberté » (§ 42). Si l'usage de « stratagèmes » pour « mieux déjouer des activités criminelles » (§ 41) serait légitime aux yeux de la Cour, l'usage de ce que le Conseil du gouvernement a appelé une « petite ruse », consciemment utilisée pour organiser un rapatriement collectif, relève de l'arbitraire. En quelque sorte, une telle pratique est indigne d'une société démocratique et est de nature à saper la confiance que tout administré est en droit d'attendre de l'administration, fût-il étranger en séjour irrégulier. Comme le rappelle avec force le juge *ad hoc* Velaers dans son opinion partiellement concordante et partiellement dissidente : « dans un Etat de droit, les illégaux ne sont pas des sans-droits » (§ 3). Mais n'est-ce pas alors le principe de proportionnalité qui est en cause ? N'est-il pas nécessaire d'examiner le moyen utilisé — la petite ruse — non seulement au regard du but général de l'article 5 de « protéger l'individu contre l'arbitraire », mais aussi au regard du but concret de la mesure privative de liberté, en l'espèce l'expulsion d'étrangers ? Comment distinguer le « stratagème » accepté et la « petite ruse » condamnée si ce n'est par la proportionnalité entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi ? Dans la comparaison de la Cour, ce ne sont pas les moyens qui diffèrent. Les mots « stratagème » et « petite ruse » n'emportent pas de différence significative de contenu. Le « stratagème » est défini par le *Petit Robert* comme une « ruse habile, bien combinée ». C'est l'objectif poursuivi par la détention qui diffère. Dans un cas, il s'agit de déjouer des activités criminelles et, par exemple, d'arrêter des malfrats. Dans l'autre cas, il n'y va que de l'arrestation d'étrangers en séjour irrégulier en vue de leur expulsion, des personnes qui, note le juge *ad hoc* Velaers, « n'étaient pas des criminels » (§ 3). De façon convaincante, le juge Velaers effectue cet examen de proportionnalité considérant que « les méthodes et techniques de police ne peuvent être qualifiées de régulières et d'équitables qu'à la condition qu'elles soient propor-

(2) Cour eur. dr. h., 15 novembre 1996, *Chahal c. R.U.*, § 122.

tionnées aux buts que les autorités cherchent à atteindre » et considère que, en l'espèce, « la ruse est à [s]on avis non conforme à ce principe de proportionnalité ». Ce faisant, le juge Velaers pousse le raisonnement plus avant que la Cour. Le pas suivant à franchir est alors plus facile, il consiste à examiner si la mesure privative de liberté est elle-même — et non seulement ses modalités d'exécution — proportionnée au but poursuivi, ici l'éloignement du territoire. C'est ce que revendiquent les requérants, considérant que leur détention n'était pas nécessaire pour procéder à leur éloignement. On pourra en douter puisque des ordres de quitter le territoire avaient déjà été délivrés antérieurement sans effet. Mais la question du lien entre la détention, en ce compris ses modalités, et l'objectif poursuivi par la mesure privative de liberté est pertinente et pourrait conduire à l'examen du caractère raisonnablement nécessaire de la détention. La Cour écarte cette possibilité considérant que l'article 5, § 1, f « n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours puisse être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple [ajoute la Cour] pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir » reprenant les conditions de l'article 5, § 1, c. Mais l'exemple est mal choisi par la Cour, il ne s'agit pas de confronter la mesure privative de liberté à n'importe quel objectif, mais à l'objectif précis poursuivi par cette détention. Dans le cas de la lettre c l'objectif de la détention préventive est d'empêcher « de commettre une infraction ou de s'enfuir ». Dans le cas de la lettre e l'objectif est d'exécuter une mesure d'éloignement du territoire.

Le lien entre les modalités de détention et l'objectif poursuivi a été examiné par la Cour dans les jurisprudences relatives aux mineurs ⁽³⁾ et aux aliénés ⁽⁴⁾ visés aux lettres d et e. Pourquoi ne pas examiner ce lien à propos des étrangers visés à la lettre f ? Dans ces jurisprudences, la Cour affirme, d'abord, comme dans l'arrêt *Čonka* que, pour être régulière, la détention exige « la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire » ; mais elle ajoute « de plus, il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention » ⁽⁵⁾ et condamne parce qu'il y a « rupture du lien entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles celle-ci a eu lieu » ⁽⁶⁾. De

(3) Cour eur. dr. h., 29 février 1988, *Bouamar c. Belgique*.

(4) Cour eur. dr. h., 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*.

(5) *Idem*, § 46.

(6) *Idem*, § 49.

même dans l'affaire *Ashingdane*, encore plus ancienne, également relative à la détention d'un aliéné, c'est en termes généraux que la Cour affirme le principe selon lequel la régularité d'une détention « suppose [...] aussi, l'article 18 le confirme, [la conformité] aux buts des restrictions ménagées par l'article 5, § 1 »⁽⁷⁾. Or l'examen de ce lien entraîne, implicitement, l'examen de la proportionnalité du moyen utilisé au regard du but visé : la détention d'un mineur ou d'un aliéné dans un établissement pénitentiaire, lorsque la loi prévoit des établissements spécifiques, n'est pas conforme au but que la loi assigne à ces détentions. De même, il pourrait être considéré que la détention d'un étranger alors qu'il est matériellement impossible de l'expulser — *quod non* en l'espèce — constituerait une détention irrégulière car le moyen utilisé, la privation de liberté, n'est pas approprié pour atteindre l'objectif recherché, l'éloignement du territoire⁽⁸⁾. De même l'appropriation ou à tout le moins la nécessité d'une détention en vue d'exécuter l'éloignement du territoire serait questionnée lorsque cette détention atteint une longue durée⁽⁹⁾.

(7) Cour eur. dr. h., 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume Uni*, § 44 (italiques ajoutées). Si, en l'espèce, la Cour ne condamne pas, c'est parce que « le lieu et les modalités de l'internement n'ont pas cessé de correspondre à la détention régulière d'un aliéné » et qu'il « y a toujours eu un lien entre le but de l'internement litigieux et la maladie mentale de M. Ashingdane » pour lequel « les autorités compétentes [...] ont formellement suivi la seule voie praticable » (*idem*, §§ 47 et 48). Voy. déjà la même formulation dans 24 octobre 1979, *Winterwerp*, § 39.

(8) Voy. la jurisprudence en ce sens in R. ERGEC et P.Fr. DOQUIR, « La Convention européenne des droits de l'homme — Examen de jurisprudence 1995-2000 », *R.C.J.B.*, 2002, p. 85, n° 71, citant Cour eur. dr. h., 22 mars 1995, *Quinn c. France et Chahal*, précité note 2.

(9) Cour eur. dr. h., 24 septembre 1992, *Kolompar c. Belgique*, §§ 36 à 42. Dans cette affaire, la Cour a vérifié la régularité de la détention en vue d'une extradition, compte tenu de sa durée (2 ans et 8 mois). Constatant que c'est l'attitude du requérant qui a été la principale cause de cette durée, elle a considéré qu'il ne pouvait se plaindre d'une situation qu'il avait « dans une large mesure provoquée » (§ 43). Voy. également, en Belgique, Cour arbitrage 22 avril 1998, n° 43/88, *J.L.M.B.*, p. 884, note A. SIMON. La Cour d'arbitrage note trois conditions pour la prolongation d'une détention en vue de l'éloignement du territoire : (1) Les démarches d'éloignement doivent avoir été entreprises rapidement après la détention et (2) poursuivies avec diligence en manière telle que (3) l'on constate qu'il y a une possibilité effective d'éloignement dans un délai raisonnable (§ B.20). La Cour précise que ces trois conditions sont de stricte interprétation, cumulatives et que « l'absence de collaboration de l'étranger ne peut justifier la privation de liberté » (§ B.21). Pour justifier ces trois conditions la Cour d'arbitrage avait rappelé qu'il s'agissait « de vérifier le caractère légal du maintien [en détention], à la lumière de l'objectif poursuivi qui était de garantir l'éloignement effectif du territoire » (§ B.18).

Pourquoi, dans l'affaire *Čonka*, la Cour semble-t-elle exclure cet examen du lien entre la détention et son but précis, et non seulement le but général de l'article 5? L'article 18 de la Convention n'impose-t-il pas cet examen lorsqu'il prescrit que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues »? Sa lecture est renforcée par l'article 17 qui interdit « des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». La liberté est le principe. En conséquence, la restriction qu'est la privation de liberté n'est possible que dans la mesure du but pour lequel elle est prévue. Fallait-il expressément combiner cette clause antidétournement qu'est l'article 18 avec l'article 5, § 1, f pour que la Cour l'examine? Ne fallait-il pas la déduire de la référence au caractère raisonnable de la détention, invoqué par les requérants? Ne pouvait-on espérer que « si la lettre de l'article 18 joue aujourd'hui peu, c'est parce que son esprit s'est diffusé dans les mécanismes généraux du contrôle européen des restrictions aux droits »⁽¹⁰⁾? Dans l'affaire *Bozano*, la Cour rejette expressément l'examen, sollicité par le requérant, de la combinaison de l'article 18 avec l'article 5, § 1, estimant qu'il n'est pas nécessaire de réexaminer sous l'angle de l'article 18 une question déjà tranchée sous l'angle de l'article 5, § 1 considéré isolément. La Cour avait noté « que la procédure d'expulsion a été déviée en l'espèce de son objet et de sa finalité naturels »⁽¹¹⁾. Pour ce faire, la Cour avait intégré l'examen du lien entre la détention et l'objectif poursuivi et tenu un raisonnement de proportionnalité considérant qu'il résultait d'un « faisceau d'éléments concordants » qu'il ne s'agissait pas d'une « détention *nécessaire* dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion »⁽¹²⁾. Dans l'arrêt *Čonka*, en refusant d'entrer en matière sur ce point, la Cour, si elle n'opère pas expressément un recul de jurisprudence, le permet pour le futur, en repoussant la porte de la proportionnalité sur les conditions de détention en vue de l'éloignement du territoire d'étrangers en séjour irrégulier. Dans la mesure où de telles détentions semblent quantitativement en augmentation dans les Etats membres alors que les conditions qualitatives de ces détentions paraissent s'abaisser et les durées s'allonger, cette question est d'importance pour le

(10) Voy. COUSSIRAT-COUSTERE, in L.E. PETITI et al. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 524.

(11) Cour eur. dr. h., 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, § 61.

(12) *Idem*, § 60, (italiques ajoutées).

futur et se reposera ⁽¹³⁾. Il paraît souhaitable que la Cour aligne sa jurisprudence pour les étrangers (lettre f) sur celle relative aux mineurs (lettre d) et aux aliénés (lettre e) et accepte d'examiner l'existence d'un lien proportionné entre les modalités de détention et l'objectif poursuivi.

B. Les garanties procédurales (art. 5, §§ 2 et 4) : le recours à la chambre du conseil et l'exigence floue du niveau d'information

Comme la Cour l'a fait dans sa décision relative à la recevabilité ⁽¹⁴⁾, il est possible d'examiner conjointement les deux formes de garanties procédurales en matière de détention : l'information correcte de la personne détenue (§ 2) et le droit à un recours (§ 4). Les deux aspects de la garantie procédurale sont liés. Pour pouvoir exercer un recours, il faut avoir été correctement informé. En l'espèce la question des garanties procédurales était directement liée à une exception préliminaire invoquée par le gouvernement belge et que la Cour avait réservée pour l'examen au fond. La loi belge permet à l'étranger détenu en vue de son éloignement du territoire d'introduire un recours devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel ⁽¹⁵⁾. Ce recours n'avait pas été introduit permettant au gouvernement d'invoquer le non-épuisement des voies de recours interne (art. 35 de la Convention). La Cour rejette l'exception rappelant que « la Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (§ 46) et constatant qu'en l'espèce les intéressés n'ont pas eu « une possibilité réaliste de l'intenter ». En revanche, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, § 2, les informations étant suffisantes, « même si, à elles seules, ces mesures ne suffisaient pas, en l'espèce, à mettre les requérants en situation de pouvoir utilement saisir la chambre du conseil ». Cette réserve conduit la Cour à constater, sans autres développements, qu'il y a violation de l'article 5, § 4 car « les requé-

(13) Elle se pose déjà fréquemment devant les juridictions nationales. En Belgique, voy. B. CHAPAUX, « Les droits de l'étranger détenu à la disposition de l'Office des étrangers » et S. SAROLÉA, « Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier : comment et pourquoi? », *R.D.E.*, 1997, n° 93, pp. 190 et 200; Fr. BERNARD, « Les mesures privatives de liberté de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », *Panopticon*, 1994, p. 532. Pour une étude comparée, voy. Br. NASCIBENE (dir.), *L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats membres de l'Union européenne*, Milan, Giuffrè, 2001.

(14) Cour. eur. dr. h., 13 mars 2001, *Čonka c. Belgique*.

(15) Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art. 71.

rants étaient empêchés de saisir utilement la chambre du conseil » (§ 55), en manière telle que la Cour ne doit pas statuer « sur le point de savoir si l'étendue des compétences de la chambre du conseil satisfait aux exigences de l'article 5, § 4 » (§ 55). L'enchaînement logique du raisonnement de la Cour conduit à constater qu'il y a des différences de degré dans le niveau qualitatif des informations qui doivent être données au détenu. Des informations simples et partielles suffiraient à remplir les exigences d'information de l'article 5, § 2, alors que des informations précises, réelles et effectives en matière de recours sont exigées par les articles 5, § 4 et 35, § 1. Cela peut étonner au regard de l'interprétation habituelle de l'article 5, § 2, exigeant une information rapide, complète et intelligible, « dans un langage simple et accessible »⁽¹⁶⁾. L'information fut-elle, en l'espèce, complète et intelligible au regard des nombreux défauts relevés par la Cour lorsqu'elle examine l'effectivité du recours (§ 44)? En l'espèce, l'ineffectivité reposait principalement sur le défaut d'information rapide, complète et intelligible en manière telle que l'avocat n'a pu être saisi en temps utile pour agir. Dans ce cas, le constat de violation de l'article 5, § 4 devrait entraîner constat de violation de l'article 5, § 2, rien ne justifiant de soumettre le dernier à des garanties concrètes et effectives et le premier à des garanties théoriques et illusoirs⁽¹⁷⁾.

En revanche, l'examen des deux dispositions serait distinct lorsque l'ineffectivité du recours conduisant à la violation de l'article 5, § 4 repose sur un autre motif que le défaut d'information suffisante, par exemple parce que, en soi, ce recours ne permettrait pas un contrôle suffisant de la légalité de la détention. Ainsi, peut-on examiner une question que la Cour ne tranche pas mais qui pourrait se poser un jour : l'étendue des compétences de la chambre du conseil satisfait-elle aux exigences de l'article 5, § 4? La loi belge précise que la chambre du Conseil « vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité »⁽¹⁸⁾. Ce contrôle est suffisant si l'on accepte qu'il est double à deux égards. Une première fois quant à son objet. Selon le texte même, le contrôle de légalité

(16) § 50, citant l'arrêt *Murray* qui lui-même reprend les termes de l'arrêt, non cité, Cour européenne dr. h., 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume Uni*, § 40.

(17) Le lapsus d'écriture du juge Jungwiert qui, dans son opinion dissidente, se dit « d'accord avec la majorité pour trouver une violation de l'article 5, § 1, 2 et 4 de la Convention » (je souligne) n'est-il pas, au-delà de l'erreur de plume, révélateur de cet enchaînement logique?

(18) Loi du 15 décembre 1980, *op. cit.*, art. 72.

doit porter à la fois sur la mesure de détention mais aussi sur ce qui la motive, la mesure d'éloignement du territoire. Ceci confirme le lien nécessaire entre la détention et ses motifs, évoqué ci-dessus pour l'interprétation de la régularité de la détention (art. 5, § 1, f). Une deuxième fois quant à son étendue. Selon la doctrine sans être un contrôle d'opportunité, le contrôle de légalité est à la fois un contrôle de légalité externe des actes et de légalité interne. En cela il convient notamment de vérifier la légalité des deux mesures au regard de l'ensemble des dispositions de la Convention, par exemple, outre l'article 5, les articles 3 (traitement inhumain et dégradant) et 8 (vie privée et familiale) ⁽¹⁹⁾. La jurisprudence permet difficilement de dire si, de façon générale, le contrôle de légalité externe est conduit jusqu'à ce point ⁽²⁰⁾.

II. Les condamnations relatives ou omises

La Cour constate, à quatre voix contre trois, qu'il y a violation de l'interdiction d'expulsion collective (art. 4 du Protocole n° 4) (A) et de l'effectivité du recours y afférent (art. 13) (B). Elle refuse ou omet de répondre à deux autres questions : le caractère discriminatoire de l'expulsion collective (A, 2) et le refus du gouvernement d'adopter les mesures provisoires sollicitées par la Cour (B, 2).

A. L'expulsion collective : une définition ambiguë qui ignore le principe d'égalité

1. La condamnation partielle

C'est probablement à propos de l'expulsion collective que l'arrêt *Čonka* était le plus attendu et apporte les enseignements les plus intéressants, tant en théorie, la Cour ayant peu l'occasion de se pro-

(19) Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 94, n° 665; B. CHAPEAUX et S. SAROLÉA, *op. cit.*, note 13; S. SAROLÉA, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité », *J.T.*, 1997, p. 165; J. SOHIER, « Les privations de liberté de l'étranger en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, n° 37, n° spécial *Police des étrangers*, p. 147. Dans l'arrêt précité du 22 avril 1998 (note 9), la Cour d'arbitrage avait souligné que la chambre du Conseil « ne peut apprécier l'opportunité de la mesure privative de liberté, mais elle doit néanmoins vérifier la légalité de cette mesure, conformément aux exigences de l'article 5.4. de la Convention européenne des droits de l'homme en examinant si les trois conditions cumulatives [...] sont réunies » (pt. B.21,3).

(20) Il en va de même en France, Voy. Fr. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, Paris, P.U.F., 2000, p. 182, n° 127 et p. 166, n° 113. Pour les autres pays européens, voy. Br. NASCIBENE (dir.), *op. cit.*, note 13.

noncer sur l'article 4 du quatrième Protocole additionnel, qu'en pratique, les rapatriements de plusieurs étrangers dans un même avion vers leur pays d'origine étant devenus plus fréquents⁽²¹⁾. Le libellé de l'article 4 du Protocole 4 est bref : « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ». Les décisions sont rares. Le débat porte sur l'interprétation du mot « expulsion ». S'agit-il de la décision ou de son exécution ? Est-ce une décision collective d'éloigner une catégorie d'étrangers qui est interdite ou également la mise en œuvre collective, par l'exécution d'un rapatriement collectif, fût-ce à la suite de décisions individuelles ? Les requérants soutenaient cette deuxième interprétation extensive. Le gouvernement soutenait la première interprétation restrictive, s'appuyant sur l'autorité de la jurisprudence *Andric* de la nouvelle Cour⁽²²⁾, confirmant l'interprétation de l'ancienne Commission⁽²³⁾. La même interprétation a été reprise dans le commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le Présidium, sous l'article 19, § 1 qui reproduit l'article 4 du Protocole n° 4⁽²⁴⁾.

Dans un premier temps la Cour semble suivre ce point de vue et « rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre pour expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe » (§ 59). En d'autres termes, l'exécution collective de décisions individuelles n'est pas une expulsion collective au sens de la Convention. Dans

(21) Voy. *Migration News Street*, août 2002, p. 12, Pays-Bas : « Group expulsion of Romanians and Bulgarians » ; Espagne : « 55 Nigerians expelled by chartered flight from the Canary Islands ».

(22) Cour. eur. dr. h., 23 février 1999, *Andric c. Suède* (n° 459/17/99, Décision d'irrecevabilité, non publiée).

(23) Com. eur. dr. h., 3 décembre 1975, *Becker c. Danemark*, req. 7011/75 D.R., vol. 4, p. 215 ; 4 octobre 1968, *X. c. Suède*, req. 3803/68 et 3804/68, D.R., vol. 5, p. 890 ; 16 décembre 1988, *Alikobs et autres c. Pays-Bas*, req. 14209/88. Pour un commentaire de ces décisions, voy. D. LOCHAK, « L'article 4 du Protocole 4 », in L. PETITTI et al. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 1057.

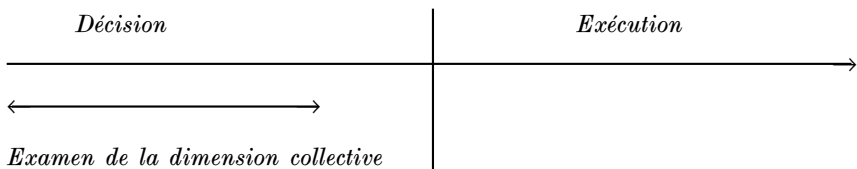
(24) Ce commentaire se lit : « Le paragraphe de cet article a le même sens et la même portée que l'article 4 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les expulsions collectives. Il vise à garantir que chaque décision fasse l'objet d'un examen spécifique et que l'on ne puisse décider par une mesure unique d'expulser toutes les personnes ayant la nationalité d'un Etat déterminé ». Pour un commentaire voy. J.-Y. CARLIER, in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 187.

ces conditions, la Cour ne pouvait constater une violation de l'interdiction d'expulsion collective puisqu'en l'espèce chaque Tzigane d'origine slovaque faisant partie du rapatriement collectif avait, au préalable, fait l'objet d'une décision individuelle. Mais la Cour ajoute une phrase à sa jurisprudence *Andric* : « Cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie [c'est-à-dire un examen individuel, raisonnable et objectif préalable] les circonstances entourant *la mise en œuvre* de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation de respect de l'article 4 du Protocole n° 4 » (§ 59, italiques ajoutées). Ce faisant l'attention glisse très nettement de la décision à son exécution; ce qui, au demeurant, correspond à l'importante différence de faits entre l'affaire *Čonka* et l'affaire *Andric* ⁽²⁵⁾. Dans l'affaire *Čonka*, l'essentiel des éléments de traitement collectif relevés par la Cour s'étendent, comme elle l'indique, sur la « période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion », ce qui concerne l'exécution de la mesure d'éloignement.

L'on pourrait schématiser l'évolution de la jurisprudence comme suit.

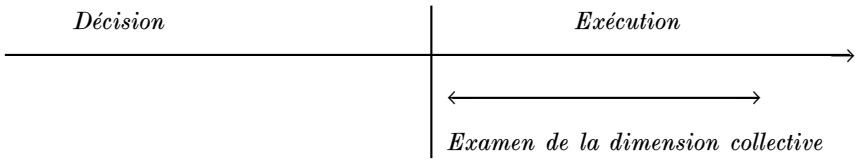
Schéma 1 : L'expulsion collective, hier et aujourd'hui

1) Hier (*Andric*)



(25) L'on n'a pas suffisamment souligné que les faits étaient très différents dans l'affaire *Andric* (*op. cit.* note 22). Il s'agissait de l'expulsion isolée d'un Croate mais sur la base d'une décision de principe du gouvernement suédois, applicable à tous les Croates puisqu'elle considérait qu'il n'y avait plus de risque en Croatie. Ce qui était en cause ici n'était donc pas, à l'inverse de l'affaire *Čonka*, la mise en œuvre collective du rapatriement, mais la décision préalable qui semblait reposer sur une décision collective. La Cour a remarqué qu'il y avait, en l'espèce « examen objectif et raisonnable de la situation particulière », car le cas précis du requérant avait été examiné individuellement à l'occasion de plusieurs recours. En outre l'exécution de la mesure d'éloignement était suspendue en raison de sa santé psychique.

2) *Aujourd'hui (Čonka)*



Alors que hier, l'examen de la dimension collective ne portait que sur la décision, aujourd'hui il porte davantage sur l'exécution. Ceci alourdit fortement la responsabilité des Etats tout en ne permettant pas de distinguer clairement à partir de quand le niveau d'une dimension collective est atteint.

Cela n'a pas échappé au juge Velaers, dont l'opinion dissidente sur ce point relève que « les autres circonstances évoquées par la majorité sont relatives à l'exécution effective du rapatriement en groupe » (§ 8).

Peut-on alors vraiment considérer, comme l'affirme le juge Velaers (§ 5), que la Cour a « consolidé la définition de la notion d'expulsion collective » qui était déjà incluse dans sa jurisprudence *Andric*, se contentant d'y introduire quelques « doutes » liés au cas d'espèce? Probablement pas. Peut-on affirmer que la Cour procède à un véritable revirement de jurisprudence comme y invitaient les requérants? Pas d'avantage. Invoquant une interprétation téléologique du texte, entendant lui donner « effet utile », les requérants constataient que « les législations de tous les Etats membres imposeraient aujourd'hui l'existence formelle d'une décision individuelle précédant la mesure d'expulsion, de telle sorte qu'à distinguer la décision de sa mise en œuvre, plus aucune expulsion collective ne serait plus condamnable de nos jours » (§ 56). C'était, en quelque sorte, inviter la Cour à relire la Convention à la lumière des conditions contemporaines. Rien ne permet d'affirmer que la Cour souscrit à ce raisonnement. Nourrie de prudence, elle prend une voie médiane qui consiste à confirmer et compléter la jurisprudence antérieure. Ce n'est pas sans ambiguïté, particulièrement pour les juges nationaux appelés, la Cour le rappelle à propos de l'article 13 (§ 84), à être les premiers garants de la Convention. A défaut d'indication claire, la Cour devra trancher de nouveaux cas ⁽²⁶⁾. N'était-il

(26) Cour eur. dr. h., 14 mars 2002, *Sulejmanovic et Sultanovic c. Italie* (décision sur recevabilité non publiée). Relative à un recours introduit par quatre personnes à la suite de l'expulsion de 56 Tziganes par l'Italie vers la Bosnie-Herzégovine. Pos-

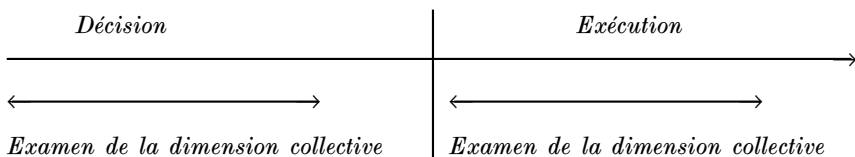
pas plus opportun de trancher clairement entre les deux thèses en présence ? Ce n'est pas sûr. Le malaise est certain mais devrait être mieux cerné pour éviter l'ambiguïté et clarifier la règle. D'un côté, tenir compte de la seule décision d'expulsion paraît effectivement, à l'époque contemporaine, très formel et de nature à enlever tout effet utile à la disposition. D'un autre côté, imposer que toute exécution d'une mesure d'expulsion soit faite individuellement alors même que plusieurs personnes devraient être rapatriées dans le même pays, à la suite de décisions individuelles, est de nature à obérer inutilement les finances de l'Etat. Après tout, l'Etat n'agit-il pas en bon père de famille lorsqu'il expulse plusieurs personnes dans le même avion ? En matière de droits de l'homme, l'argument économique, sans être irrecevable, doit toutefois être invoqué avec prudence. Entre les deux positions extrêmes un moyen terme paraît possible.

2. Le principe d'égalité oublié

Le principe d'égalité permet une définition plus précise de l'expulsion collective. Jusqu'à présent l'attention s'est portée trop sur le mot « expulsion » et pas assez sur l'adjectif « collective ». Il est normal que l'examen porte sur l'ensemble du processus d'expulsion qui constitue un tout, de la décision à la mise en œuvre du rapatriement (schéma 2). La difficulté est de déterminer à partir de quand ce processus atteindrait un niveau collectif, soit dans la décision (qui peut être collective, suivie de rapatriements individuels), soit dans le rapatriement (qui peut être collectif, précédé de décisions individuelles). Il convient donc, alternativement, pour chaque stade de la procédure, d'évaluer si une dimension collective est atteinte.

Schéma 2 : L'expulsion collective, demain

3) *Demain (Sulejmanovic ?)*



←

térieurement à la rédaction du présent article, par arrêt du 8 novembre 2002, cette affaire a été rayée du rôle, la Cour prenant acte du règlement amiable intervenu entre les parties. L'Etat italien a autorisé le retour des requérants, leur accordant un permis de séjour humanitaire ainsi qu'une indemnité de 7746 € par personne.

L'objectif poursuivi et le principe de non-discrimination paraissent deux critères importants d'évaluation de la dimension collective.

Selon l'article 12, § 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, « l'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux ». Deux éléments sont importants dans cette définition : l'élément intentionnel (vise) et le facteur discriminatoire (national, racial, ethnique ou religieux) qui touche un groupe particulier. En d'autres termes, il ne s'agit pas simplement de rapatrier ensemble quelques individus, mais de viser un groupe particulier, défini par un critère discriminatoire. Dans cette optique, l'examen doit porter attentivement sur la décision et sur l'exécution de la mesure d'éloignement du territoire (aspect extensif) mais n'entraîne un constat de violation que si un groupe particulier de personnes est visé à partir de critères discriminatoires (aspect restrictif). La définition de l'expulsion collective devient alors « toute décision ou exécution d'une mesure d'expulsion qui vise globalement un groupe particulier de personnes à partir de critères discriminatoires ». La difficulté sera d'examiner si le critère est discriminatoire. Le seul fait de renvoyer des personnes de même nationalité ensemble vers leur pays d'origine n'est pas en soi discriminatoire. Dans l'affaire *Čonka* l'aspect discriminatoire paraît établi, dans la mesure où les autorités ont voulu « donner un signal », ce qui a conduit à la stigmatisation d'une catégorie de personnes sur la base d'un critère de nationalité, des Slovaques, mais aussi et surtout, sur la base d'un critère ethnique, des Tziganes. C'est ce que les requérants soulignent lorsqu'ils affirment, selon la Cour, que ces expulsions « traduisent une volonté affirmée des autorités de procéder à un traitement collectif de la situation d'un groupe de particuliers, en l'occurrence des Tziganes de Slovaquie » (§ 56). C'est ce que des commentateurs ont souligné constatant que « group expulsion targeting members of one ethnic group is highly symbolically charged »⁽²⁷⁾. Qu'il soit inclus dans la définition de l'expulsion collective comme proposé ici, ou qu'il se déduise de la combinaison de l'article 14 de la Convention avec l'interdiction d'expulsion collective, le principe de non-discrimination permet un examen précis des conditions d'une expulsion collective. Toutefois, en l'espèce, la Cour avait, dès la recevabilité, écarté le grief tiré de la violation combinée de l'article 14 (principe de non-discrimination) et du Protocole 4,

(27) C. CAHN et P. VERMEERSCH, « The group expulsion of Slovak Roma by the Belgian Government : A case study of the treatment of Romani refugees in Western countries », *Cambridge Review of international affairs*, 2000, vol. XIII, n° 2, p. 75.

article 4 au motif que « le critère de sélection des intéressés n'était pas leur nationalité ou leur origine ethnique, mais leur appartenance à une filière d'immigration dont il convenait d'endiguer les effets ». Ce faisant, la Cour confond la cause et l'effet. L'appartenance à une filière d'immigration n'est que l'effet de la fuite du pays d'origine par les moyens offerts aux intéressés. Ce n'est pas ce critère là, mais leur appartenance au peuple Rom, qui les constitue en tant que groupe. Raisonner autrement conduirait la Cour, si elle avait eu à en connaître, à estimer que les Juifs fuyant l'Allemagne nazie appartenaient à une filière d'immigration et que, de surcroît, nombre d'entre eux avaient fait l'objet d'une décision individuelle de privation de leurs biens et d'expulsion. Or ce sont précisément des expulsions massives « du genre de celles qui se sont produites dans un passé récent » que les travaux préparatoires de la Convention visaient ⁽²⁸⁾. Il importe peu de savoir, à ce stade, si la crainte des intéressés est fondée ou non, il suffit de constater qu'ils sont, dans le rapatriement collectif, visés en tant que groupe ethnique. Si le critère de la discrimination n'est pas toujours facile à manier, il peut être éclairé par le constat de « dépersonnification de l'individu qui disparaît derrière la personnalisation d'une collectivité » ⁽²⁹⁾. La combinaison du principe de non-discrimination et de l'interdiction d'expulsion collective méritait en l'espèce un examen approfondi. Retenant non seulement le caractère accessoire de l'article 14, mais aussi sa portée autonome, la Cour eut pu constater que, sans qu'il y ait nécessairement en soi expulsion collective, il y avait, en l'espèce, discrimination dans la mise en œuvre de cette expulsion ⁽³⁰⁾.

B. Le recours effectif (art. 13) : une procédure d'asile à réformer ?

1. L'effectivité du recours national (art. 13)

Comme l'article 14, l'article 13 de la Convention n'a pas d'existence indépendante, il doit être l'accessoire d'un droit de la Convention. A la différence de l'article 14, à la lettre, il n'aurait pas d'existence autonome : il faudrait qu'un droit de la Convention ait été violé pour que le droit à un recours s'exerce. L'on sait que, pour donner effet utile à l'article 13, considérant que le recours effectif

(28) D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 1057.

(29) R. PERRUCHOU, « L'expulsion en masse des étrangers », *Annuaire français de droit international*, 1988, p. 678.

(30) Dans l'affaire *Sulejmanovic* (*supra*, note 26), la Cour n'a pas écarté la combinaison de l'article 14 et de l'article 4 du Protocole 4 au stade de la recevabilité (pt. 4); en revanche, reprenant les mêmes termes que dans *Čonka* sur recevabilité, elle a écarté la combinaison des articles 14, 3 et 8.

devait précisément avoir pour objet de permettre à l'instance nationale de voir si oui ou non il y avait violation d'un droit de la Convention, la Cour a tout de même reconnu une autonomie limitée à l'article 13. « Il faut donc l'interpréter comme garantissant un recours effectif devant une instance nationale à quiconque allègue une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention »⁽³¹⁾. Mais cette autonomie est relative car « encore faut-il, pour que l'article 13 trouve à s'appliquer à un grief, que celui-ci puisse passer pour défendable » (§ 76)⁽³²⁾. Or, selon la Cour, dès lors que le grief tiré d'une disposition a été écarté comme manifestement mal fondé dans la décision sur la recevabilité, il ne peut plus « passer pour défendable ». « Dès lors, [en l'espèce], il n'y a pas eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 » (§ 76). Il faudra que la Cour s'interroge un jour sur ce raisonnement qui n'est pas de nature à convaincre les États de tout mettre en œuvre pour la protection effective des droits de l'homme dans l'ordre juridique national. Permettre que, par une procédure accélérée, un grief soit considéré comme manifestement mal fondé est une chose. Tel est l'objet de la procédure en recevabilité devant la Cour européenne. Une même procédure se conçoit au niveau national. Permettre qu'il n'y ait aucun recours effectif à l'encontre d'une violation d'un droit de l'homme au motif que, en l'espèce, le grief est manifestement mal fondé, est autre chose. Cela n'existe pas dans le système européen et ne devrait pas exister au niveau national. Ce raisonnement procède d'une confusion entre le droit et sa garantie. L'effectivité d'un droit n'existant que par sa garantie, celle-ci est une condition pour celui-là, non l'inverse.

Par ailleurs, en l'espèce, les arguments ayant conduit la Cour à déclarer les griefs de l'article 3 manifestement mal fondés n'étaient pas convaincants. S'agissant du caractère inhumain ou dégradant du traitement infligé aux intéressés lors de l'expulsion, la Cour a estimé que le « seuil minimum de gravité » requis n'était pas atteint.

(31) Cour eur. dr. h., 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, pt. 64. Adde D. DE BRUYN, « Le droit à un recours effectif », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 185 et G. MALINVERNI, « Variations sur un thème encore méconnu : l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme » (observation sous *Camenzind*), *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 647.

(32) La Cour cite l'arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 147. Cette jurisprudence était déjà annoncée par les arrêts du 27 avril 1988, *Boyle et Rice c. Royaume Uni*, § 52; du 21 juin 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c. Autriche*, § 25 et du 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, où la Cour exige un grief « plausible » (§ 113) qui deviendra un grief « défendable ».

Si un numéro avait été apposé sur leur main au moment de l'embarquement, « on peut y voir une maladresse » mais « aucune intention d'humilier ». Ceci n'est guère conforme à la jurisprudence, que la Cour rappelle, aux termes de laquelle « il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui »⁽³³⁾. Plusieurs commentateurs avaient relevé les caractères humiliant de ce marquage de sinistre mémoire pour les Tziganes. Les explications données sur le moment par un fonctionnaire ne faisaient qu'ajouter à la manifeste « dépersonnification » des intéressés : « On fait pareil avec les enfants qui partent en colonies de vacances, c'est la même chose que lorsque vous allez en boîte ou en discothèque. Vous rincez, le lendemain, c'est parti »⁽³⁴⁾. Plus important pour l'examen du recours effectif le grief tiré de la violation indirecte de l'article 3 en raison du risque de mauvais traitement en Slovaquie a été écarté notamment au motif que « les documents et rapports fournis à la Cour par les requérants fournissent des renseignements sur les violences et discriminations subies par les membres de la communauté tzigane en Slovaquie. Ils n'établissent pas cependant qu'il se trouvaient sous le coup d'une menace personnelle ». La Cour tient ce raisonnement depuis l'arrêt *Vilvarajah* qu'elle cite. Dans *Vilvarajah* elle a estimé que, ces jeunes Tamouls expulsés vers le Sri Lanka et craignant d'être enrôlés de force dans l'armée ou dans la guérilla, « n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule et des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays »⁽³⁵⁾. Or, s'agissant d'évaluer un risque, une menace de mauvais traitement, il y a lieu précisément de tenir compte de la situation générale de cette catégorie de personnes dans le pays d'origine, sans exiger que la menace soit individualisée, et plus forte à l'égard des requérants. Raisonner autrement revient à considérer que, plus la violation des droits de l'homme est généralisée dans un pays, moins il y a de violation individualisée en manière telle qu'il n'y a pas lieu à protéger. L'énoncé de la proposition suffit à démontrer qu'elle met en péril l'idée même d'un système de protection des droits de l'homme. En l'espèce l'ar-

(33) *Čonka* sur recevabilité, § 3, avec référence à Cour eur. dr. h., 16 décembre 1997, *Raninen c. Finlande*. Voy. déjà, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, § 32.

(34) J. KWASCHIN, « Tziganes. Que l'excursion était jolie », *La Revue nouvelle*, 1999, n° 11, p. 94; Michelle LAMENSCH, « Un numéro tracé sur l'avant-bras des Tziganes », *Le Soir*, 7 octobre 1999.

(35) Cour eur. dr. h., 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, § 111.

ticile 3 et sa combinaison avec l'article 13 méritaient examen, quand bien même l'article 3 eut été déclaré respecté à suffisance ⁽³⁶⁾.

Tel ne fut pas le cas et le constat de violation de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole 4 ne fait alors que parachever la condamnation de l'atteinte à un droit par le constat du défaut de recours effectif pour y remédier. Sur ce point, l'épuisement des voies de recours interne n'est pas évident. Je partage volontiers l'avis du juge Velaers qui estime que le conseil des requérants « aurait pu intenter le recours en suspension d'extrême urgence, cette procédure étant applicable 24 heures sur 24 et équivalente à un référé d'hôtel » (§ 11). Il reste que l'on peut s'interroger sur la nécessité d'imposer, tant aux avocats qu'aux magistrats, des prestations en extrême urgence, même le week-end, parce que l'administration décide, à un moment, d'exécuter rapidement *manu militari* une mesure d'éloignement du territoire à l'encontre de personnes s'y trouvant depuis plusieurs mois. Un délai raisonnable entre l'arrestation et le rapatriement, de nature à permettre l'exercice normal des droits de la défense mettrait-il en péril l'ordre public et la sécurité nationale ? La Cour soumet l'exception à l'examen préalable de l'effectivité de ce recours (§ 57). Or elle va considérer que même le recours en suspension d'extrême urgence au Conseil d'Etat n'est pas un recours effectif. La condamnation de la Cour est ici sévère si l'on admet que le recours n'était peut-être pas effectif en droit, mais l'était en fait. L'occurrence est rare. Alors qu'en matière d'effectivité la Cour doit plus souvent affirmer que l'article 13 « doit être effectif en pratique » (§ 75) et pas seulement en droit, ici la Cour rappelle que « la prééminence du droit [est] l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique » en manière telle que « les exigences de l'article 13 [...] sont de l'ordre de la garantie et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique » (§ 83) ⁽³⁷⁾. Est en cause l'effet non suspen-

(36) Pour un parallèle avec l'évaluation de « la crainte avec raison de persécution » inscrit à l'article 1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés, voy. Fr. JULIEN-LAFFERRIÈRE, « Une perspective européenne », in *R.D.E.*, 1996, n° 90, p. 669, note 31 « On aboutit à la situation paradoxale dans laquelle les persécutions généralisées — telle l'interdiction faite aux femmes chinoises d'avoir plus d'un enfant — ne sont pas considérées comme donnant droit à la qualité de réfugié car elles ne sont pas constitutives de discriminations. Ainsi, plus un régime politique viole les droits de l'homme, moins ses victimes sont susceptibles d'être reconnues réfugiées ».

(37) En revanche, l'argument de la Cour puisé dans l'erreur possible dans le chef de la juridiction qui refuse la suspension est opposable à toute juridiction statuant en référé, et pas seulement au Conseil d'Etat, comme à toute juridiction statuant au fond. Il est irrelevant dans la mesure où la suspension de plein droit au moment de

sif de plein droit du recours en suspension au Conseil d'Etat. Ce n'est que si le Conseil d'Etat accorde la suspension de la mesure d'éloignement du territoire que celle-ci est, en droit, suspendue. Avant, il dépend de la célérité du Conseil d'Etat, lorsqu'il est saisi en extrême urgence, et du bon vouloir de l'administration que la mesure ne soit pas exécutée. Des données jurisprudentielles et administratives produites, il semble que, en pratique, il y ait rarement exécution en cas de requête ou suspension d'extrême urgence. Il est toutefois des cas contraires où le risque d'exécution de la mesure d'éloignement du territoire est avéré⁽³⁸⁾.

Il est difficile d'avoir une vue d'ensemble de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans la mesure où, spécifiquement en matière de condition des étrangers, sa publicité est réduite⁽³⁹⁾. Sébastien Van Droogenbroeck a ainsi relevé « qu'à deux exceptions près, les décisions mentionnées par le gouvernement belge [dans l'affaire *Čonka*] n'ont pas fait l'objet d'une publication dans les banques de données »⁽⁴⁰⁾. La Cour souligne qu'elle ne peut juger du risque d'erreur « en l'absence de données fiables » (§ 83). On ne saurait mieux inviter l'Etat belge à s'interroger sur la publication des arrêts du Conseil d'Etat.

←

l'introduction de la requête ne supprime par le risque d'erreur lorsque la juridiction statuant sur la requête en suspension la rejetterait, supprimant par là même cette suspension de plein droit, qui n'est que provisoire.

(38) C.E., b., 18 janvier 2002, n° 102.683; 22 janvier 2002, n° 102.784; 4 février 2002, n° 103.144, inédits. Trois décisions consécutives ordonnant, en extrême urgence, la suspension dans la même affaire, l'administration reprenant chaque fois une nouvelle mesure d'éloignement avec détention et tentative d'exécution. Dans le dernier arrêt, le Conseil d'Etat constate « que la requérante a par deux fois obtenu la suspension de l'exécution de la décision [...] qu'il ressort des pièces qui figurent au dossier administratif que la partie adverse avait l'intention d'expulser la requérante [...] sans même attendre le prononcé de l'arrêt du Conseil d'Etat [et que] la partie adverse a procédé à l'expulsion d'une autre requérante [...] alors même que le Conseil d'Etat ordonnait la suspension [...] que par ses agissements, la partie adverse a mis la requérante dans l'impossibilité d'introduire un recours effectif devant le Conseil d'Etat » que toutefois, en l'espèce, le Conseil d'Etat doit décider que « la requérante ayant été refoulée, force est de constater que le risque de préjudice grave difficilement réparable [...] est définitivement consommé » en manière que la demande de suspension doit être rejetée. Voy. également, C.E. 25 juillet 2001, *J.T.*, 2001, p. 614.

(39) En vertu d'un arrêté royal du 7 juillet 1997 [*Mon. b.*, 8 août 1997] que le Conseil d'Etat n'a pas annulé (C.E., 9 octobre 2001, *R.D.E.*, 2002, n° 117, p. 62, *J.T.*, 2002, p. 25) évitant de soulever d'office la conformité de cette disposition avec le principe d'égalité.

(40) S. VAN DROOGENBROECK, observations sous C.E. 9 octobre 2001 précité, *R.D.E.*, 2002, p. 70.

Une autre interrogation s'ouvre par la condamnation pour absence de suspension de plein droit des recours au Conseil d'État. Que faut-il réformer dans le droit interne ? La question peut dépasser le cadre des seules procédures relatives aux étrangers ⁽⁴¹⁾. Dans un premier temps, la lettre de l'arrêt *Čonka* ne paraît pas imposer d'autre réforme que l'introduction du caractère suspensif de plein droit du recours en suspension d'extrême urgence. Même si la Cour a relevé que le recours en suspension ordinaire fait partie des recours offerts (§ 80), son attention s'est portée sur le recours en suspension d'extrême urgence. Si celui-ci était suspensif de plein droit, on peut considérer qu'il y aurait au moins un recours effectif et que cela est suffisant. Ce moyen terme permet une balance correcte entre les intérêts de l'État d'éviter la multiplication de recours dilatoires et les intérêts de particuliers de bénéficier d'un recours effectif. A long terme il conviendrait de réfléchir à la réforme de l'ensemble de la loi et des procédures relatives à la condition des étrangers et d'examiner parmi les propositions, la création de juridictions administratives de première instance ⁽⁴²⁾.

2. L'effectivité du recours européen, les mesures provisoires et l'action collective (art. 34 de la Convention et art. 39 du règlement de la Cour)

Si la Cour s'inquiète, à juste titre, de l'effectivité des recours nationaux, elle fait preuve davantage d'indulgence à l'égard de son propre système de protection. Les requérants avaient saisi la Cour juste avant leur expulsion, le 4 octobre 1999. Le 5 octobre, le vice-président de la troisième section de la Cour « a décidé d'indiquer au gouvernement belge, en application de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas expulser les requérants vers la Slovaquie avant le mardi 12 octobre 1999 à minuit » ⁽⁴³⁾. Le même jour, une heure plus tard, l'expulsion était exécutée par le gouvernement, considérant que l'indication de la Cour n'était pas juridiquement contraignante. Pourrait-on considérer que, ce faisant, le gouvernement a pris une « mesure » de nature

(41) Voy. P. GILLIAUX, *R.D.E.*, 2002, n° 118, p. 313.

(42) J.-Y. CARLIER, « Pour une politique migratoire humaine et réaliste, en Belgique, dans l'Europe de demain », *Annales de droit de Louvain*, 1999, vol. 59, n° 3, p. 223, et références p. 243, notes 61 et 62.

(43) Règlement de la Cour, art. 39, § 1 : « *La Chambre ou le cas échéant, un président peut, soit à la demande d'une partie ou de toute personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute autre mesure provisoire qu'il estime devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.* ».

à « entraver » « l'exercice efficace » du droit de saisir la Cour européenne, en violation de l'article 34 de la Convention ?

La question fut examinée par l'ancienne Cour dans l'affaire *Cruz Varas* où la Suède avait procédé à l'expulsion d'un Chilien malgré l'invitation faite par l'ancienne Commission de surseoir à l'exécution de la mesure⁽⁴⁴⁾. A douze voix contre une, la Commission avait estimé qu'il y avait là violation de la Convention⁽⁴⁵⁾. La Cour a statué en sens inverse, à une faible majorité de dix voix contre neuf, considérant qu'il n'y a pas « une obligation [pour les Etats] de se conformer à une indication donnée en vertu [...] du règlement intérieur »⁽⁴⁶⁾. Ce point de vue fut critiqué tant au sein de la Cour⁽⁴⁷⁾, qu'en doctrine⁽⁴⁸⁾.

Dans l'affaire *Čonka*, la Cour a écarté, au stade de la recevabilité, le grief tiré de l'article 34 de la Convention comme manifestement mal fondé. La Cour confirme la jurisprudence *Cruz Varas* dans ses deux aspects. L'absence de caractère obligatoire de l'invitation à prendre une mesure provisoire est compensée par une valeur de circonstance aggravante de l'article 3 attribuée au refus de suivre cette invitation⁽⁴⁹⁾. Or, en l'espèce, la Cour constate que les « difficultés rencontrées par les requérants à la suite de leur expulsion vers la Slovaquie, [n'ont pas] atteint un degré tel qu'il en soit résulté des entraves à un droit que leur reconnaît l'article 34 de la Convention »⁽⁵⁰⁾.

(44) Cour eur. dr. h., 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède* (l'actuel article 34 était l'article 25).

(45) Comm. eur. dr. h., *Cruz Varas et autres c. Suède*, rapport du 7 juin 1990.

(46) Cour eur. dr. h., 20 mars 1991, *op. cit.*, § 99.

(47) Les juges minoritaires, dont le juge belge De Meyer, estimaient « indispensable que les organes de la Convention puissent garantir l'efficacité de la protection qu'il leur incombe d'assurer » en manière telle que les mesures de suspension demandées « lient l'Etat en cause car elles constituent l'unique moyen de prémunir le requérant contre une violation de ses droits de nature à lui causer un préjudice irréparable ».

(48) E. GARCIA DE ENTERRIA, « De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, p. 274; G. COHEN JONATHAN, « De l'effet juridique des mesures provisoires dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel », *R. U. D. H.*, 1991, p. 208, R. St.J. MACDONALD, « Interim Measures in International Law, with special Reference to the European System for the Protection of Human Rights », *Z. a. ö. R. V.*, 1992, p. 737.

(49) Cour eur. dr. h., 13 mars 2001, *Čonka c. Belgique*, sur recevabilité, § 11.

(50) *Idem*. Inversement, lorsqu'elle retient le grief tiré de l'article 3 au stade de la recevabilité, la Cour estime que le grief tiré de la violation de l'article 34 mérite également un examen au fond : « La Cour constate également que le fait pour le gou-

Il s'en déduit que la Cour juge *a posteriori*, à l'aune de la violation de l'article 3 de la Convention, l'effectivité du recours introduit devant elle. Une fois de plus il y a confusion entre la garantie du droit et le contenu de celui-ci. Si les deux sont intimement liés, ils doivent faire l'objet d'instruments de mesure distincts. La garantie procédurale permet de mesurer la violation du droit, non l'inverse. Elle doit être effective indépendamment de cette violation, sauf à écarter la prise en compte de toute violation potentielle d'un droit, ce qui n'est pas la jurisprudence de la Cour, particulièrement en matière de traitement inhumain ou dégradant. Certes la Cour fronce les sourcils et tance l'Etat : « Eu égard à l'usage consistant à respecter de telles indications, lesquelles ne sont communiquées que dans des circonstances exceptionnelles, pareille façon de procéder paraît peu compatible avec le souci de coopérer loyalement avec la Cour quand l'Etat en cause le juge possible et raisonnable »⁽⁵¹⁾. Comme le gamin qui n'est pas à sa dernière remontrance, l'Etat sourit en coin, se souvenant que la même Cour lui rappelle que « la prééminence du droit [est] l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique »⁽⁵²⁾. Alors, ce que droit ne dit pas, point n'oblige. Si la Cour ne revoit pas sa jurisprudence, une réforme législative paraîtra souhaitable⁽⁵³⁾.

L'article 34 de la Convention a soulevé une autre question de recevabilité dans l'affaire *Čonka*. Le recours individuel avait été introduit par les requérants représentés par leur avocat et par la ligue belge des droits de l'homme. Cette dernière association avait également introduit la requête en son nom propre, invitant « la Cour à se départir de la position de la Commission européenne des droits de l'homme [sur la qualité de victime pour un groupement] et, à tout le moins, à reconnaître à la ligue la qualité de victime indi-

←

vernement défendeur [la Turquie] de ne pas s'être conformé aux indications qu'elle a données en vertu de l'article 39 de son règlement [de ne pas extradier vers l'Ouzbékistan] pose la question de savoir si il y a eu violation de l'article 34 de la Convention, compte tenu du caractère particulier de la violation alléguée de l'article 3 de la Convention. Elle estime que cet aspect des requêtes devra faire l'objet d'un examen ultérieur au stade de la recevabilité » (Cour eur. dr. h., 31 août 1999, *Marnatkulov c. Turquie*, décision sur recevabilité, *in fine*).

(51) *Idem*.

(52) Cour eur. dr. h., 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, § 83.

(53) Voy. une synthèse très complète avec comparaison du système américain in Ph. FRUMER, « Pour un renforcement de la valeur juridique des mesures provisoires édictées par la Cour européenne des droits de l'homme », *Chroniques de droit public*, 2000, p. 332. L'auteur appelait de ses vœux, avant l'arrêt *Čonka*, un revirement de jurisprudence.

recte »⁽⁵⁴⁾. La Cour rappelle « que pour satisfaire aux conditions posées par l'article 34 de la Convention, tout requérant doit notamment être en mesure de démontrer qu'il est concerné directement par la ou les violations de la Convention qu'il allègue ». La ligue est incompétente *ratione personae* mais peut représenter les requérants. « L'article 34 de la Convention n'instaure pas une forme d'*actio popularis* qui autoriserait toute personne à dénoncer n'importe quelle violation de la Convention. Les personnes morales ne peuvent se revendiquer que d'un intérêt personnel. Les associations ne sont dès lors pas admises à agir en défense des intérêts de leurs membres ou d'intérêts collectifs »⁽⁵⁵⁾. En droit interne, l'action d'intérêt collectif s'est vu de plus en plus ouvrir l'accès au prétoire devant le Conseil d'Etat, la Cour d'arbitrage et même les juridictions civiles⁽⁵⁶⁾. Dans l'ordre juridique communautaire la jurisprudence évolue⁽⁵⁷⁾. La question sera sans doute d'importance pour le futur.

(54) Cour eur. dr. h., 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, sur recevabilité, § 1.

(55) R. ERGEC et P.Fr. DOCQUIR, « Examen de jurisprudence », *op. cit.*, n° 8.

(56) Liège, 39 avril 1994, *Journal des procès*, n° 262, 27 mai 1994, p. 27 note R. ERGEC, « L'action d'intérêt collectif à l'honneur », et Th. MOREAU, « L'action d'intérêt collectif dans la lutte contre la pauvreté », *J.T.*, 1994, p. 485. Dans la doctrine fondamentale, voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, 1992 et O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 597, ch. VII, Intérêts individuels et collectifs, p. 903, quatrième livre : Le rôle des groupements dans les procédures. Voy. aussi, pour des approches plus sectorielles, P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit d'action en justice des groupements, notamment des groupements tendant à la défense de l'environnement », in H. BOCKEN (éd.), *Le droit pour les associations de défense de l'environnement, d'ester en justice*, Bruxelles, 1988, p. 21 et B. STAUDER (éd.), *Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs. Droit international et droit du marché intérieur*. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997.

(57) Bien que portant plus sur l'intérêt à agir que sur la qualité, la jurisprudence luxembourgeoise est intéressante. En matière d'intérêt à agir en annulation, le tribunal de première instance des Communautés européennes a procédé à un revirement de jurisprudence important n'exigeant plus « que la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa C.E. comporte l'obligation pour un particulier désireux de contester une mesure de portée générale d'être individualisé d'une manière analogue à celle dont le serait un destinataire » (§ 49) (T.C.E., 3 mai 2002, aff. T-177/01, *Jépo — Quéré et cie S.A.*). Il est remarquable de constater que, pour justifier cet assouplissement, afin de permettre l'accès au recours en annulation à une personne morale qui, à défaut, ne disposerait pas de recours, le tribunal affirme que les dispositions du traité C.E. « ne peuvent plus être considérées, à la lumière des articles 6 et 13 de la Convention et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif ». En revanche, bien qu'invitée par l'avocat général à ce même assouplissement, la Cour refuse d'aller au-delà du critère de « particulier individuellement concerné », C.J.C.E., 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *Union de Pequeños agricultores*, conclusions A.G. JACOBS,

La représentation des requérants par une association permet déjà le renforcement de la protection des droits de l'homme. Toutefois, le besoin de protection des plus faibles, particulièrement lorsque les intéressés n'ont plus accès au prétoire, ce qui est le cas de l'étranger expulsé, et les questions de société soulevées par des causes significatives conduiraient à reconnaître l'action d'intérêt collectif. Le frein principal paraît être la hantise de l'invasion des prétoires. Or, très souvent, les associations se sont montrées bien plus raisonnables dans l'introduction de litiges que les particuliers, compte tenu de leur compétence à juger de façon plus objective et plus professionnelle des chances de succès d'une procédure. Loin d'être un incitant à l'abus de droits, l'association est alors un filtre entre la société et le juge. Souvent l'association entend privilégier l'action préventive, l'information et la négociation à l'action judiciaire, si peu curative. Mais sa participation propre à l'action judiciaire permettra aussi d'élargir le débat démocratique en portant l'attention sur d'autres points de vues que ceux liés aux stricts intérêts individuels en cause, « le groupement ne fait que proposer une perspective autre, élargie du point de vue spatial et temporel, de considérer les mêmes droits, qui peut être favorable à leur effectivité et qui peut contribuer en tout cas à ce que ses titulaires révisent la conception qu'il s'en font »⁽⁵⁸⁾. En cela, la reconnaissance du droit à agir des groupements pourrait faire des droits de l'homme un vecteur de démocratie, interrogeant la société et le vivre ensemble, et non pas un simple instrument de revendications de droits individuels dont l'autonomie, qui peut friser l'égoïsme, mettrait en valeur la liberté et parfois l'égalité dans l'oubli de la fraternité, ce terme révolutionnaire mais suranné, que l'on rebaptisera solidarité.

Conclusion

Faut-il qualifier l'affaire *Čonka* d'arrêt de principe ? Non. L'arrêt apporte des précisions importantes sur la détention et sur l'expulsion collective des étrangers ainsi que sur l'effectivité des recours. Il semble classique sur les mesures provisoires et la qualité à agir. Son plus grand intérêt réside dans les questions qu'il pose ou laisse dans l'ombre, notamment sur le lien entre les modalités de la détention

←

21 mars 2002, partic. § 59. comportant les mêmes termes que le pt. 49 du jugement précité du T.C.E. et ajoutant « il conviendrait dès lors d'accepter qu'une personne soit considérée comme individuellement concernée par une mesure [...] lorsque, en raison de la situation dans laquelle elle se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle » (§ 60).

(58) O. DE SCHUTTER, *op.cit.*, p. 1081.

et son objectif et sur la discrimination comme critère d'appréciation de l'expulsion collective. Important arrêt de transition serait la qualification souhaitable, si la Cour accepte de poursuivre une interprétation dynamique à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Alors, cet arrêt relatif aux gens du voyage pourrait être le symbole d'une société en mouvement ⁽⁵⁹⁾.

Jean-Yves CARLIER

*Avocat,
Professeur à l'Université catholique
de Louvain*



(59) Pour d'autres images sur les Tziganes, à revoir, les films de Tony Gatlif : *Lat-cho Drom, Gadjó Dilo, Vengo et Swing*.