

LE DROIT DES SANS PAPIERS. COHÉRENCES ET INCOHÉRENCES

Isabelle Doyen

Il semble essentiel au vu des drames vécus par de nombreux étrangers au cours de leur périple migratoire et lors de leur séjour en Belgique, de rappeler sans relâche les droits garantis aux personnes en situation de séjour irrégulier afin d'encourager l'application effective de ces droits, et certainement de revendiquer leur extension.

Avant toute chose, il faut souligner que les termes " sans papiers ", " clandestin ", " illégal ", ne sont pas des termes juridiques et ne correspondent donc à aucune définition en droit. La loi définit le " séjour illégal " comme " la présence sur le territoire d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour "[1]. Ainsi, sur le plan juridique, il nous paraît préférable de parler de personne ou d'étranger en situation de séjour illégal.

Termes réducteurs

En outre, désigner une personne par une qualité liée à son statut administratif ou social peut sembler réducteur et déshumanisant[2]. Les dénominations reprises ci-dessus donnent aussi à penser que les personnes en séjour illégal constituent un groupe homogène et dont la situation administrative est définitivement réglée. Or, sur le plan de leur parcours administratif, nous l'aborderons ci-dessous, les personnes en situation de séjour irrégulier en Belgique, apparaissent très diversifiées : personnes entrées sans documents d'entrée et restées sur le territoire ; ayant obtenu un droit de séjour temporaire qui n'a pas été renouvelé ; attendant l'issue d'un recours non suspensif ; déboutée de l'asile et envisageant une nouvelle demande ; radiée du territoire suite à une absence réelle ou présumée ; venue d'un autre pays de l'Union européenne sans toutefois parvenir à obtenir un droit de séjour en Belgique, etc.

Pratique drastique du droit de séjour

En effet, même si les motifs d'octroi du séjour en Belgique semblent relativement diversifiés[3], les possibilités réelles pour les personnes étrangères d'obtenir un droit de séjour sont limitées. Elles ont même été sensiblement réduites au cours des dernières années. Les restrictions découlent des modifications apportées à la législation, par exemple, depuis 2011, dans le domaine du regroupement familial[4]. Elles viennent également de la pratique de l'administration chargée d'appliquer cette législation (l'Office des étrangers), devenue de plus en plus sévère dans l'interprétation des conditions mises au séjour. C'est le cas par exemple de l'appréciation par l'administration de la notion de " maladie grave " devant permettre à un étranger de disposer d'un droit de séjour en Belgique, sur base de l'article 9ter de la loi sur le séjour. La pratique en la matière est devenue à ce point drastique et déshumanisée, qu'elle justifie actuellement une enquête structurelle du médiateur fédéral[5], et donne lieu à une levée de boucliers du secteur associatif et du milieu médical.

Il est notable que le législateur invoque de plus en plus souvent des directives et la réglementation européennes en la matière pour justifier de resserrer la vis[6]. Or, les instruments européens constituent des standards minimaux visant à amener les Etats membres à une harmonisation progressive des réglementations en matière d'asile et de migration, ou à protéger a minima les droits fondamentaux. Elles autorisent la plupart du temps les Etats à maintenir leurs dispositions de droit interne plus favorables.

Des restrictions qui précarisent

Outre la difficulté accrue de bénéficier d'un séjour régulier en Belgique, on constate que ce même droit de séjour est devenu au fil du temps le sésame pour accéder à la plupart des autres droits. Ainsi, une personne doit en général être en situation de séjour régulier pour pouvoir travailler, bénéficier d'allocations de chômage, d'une aide sociale, de diverses allocations, du droit de vote, du droit à la nationalité, accéder au parcours d'intégration, etc. En conséquence, les restrictions apportées au droit de séjour et le conditionnement progressif des autres droits par le séjour régulier entraînent l'exclusion de nombreux droits notamment sociaux, et l'extrême précarisation des personnes en séjour irrégulier sur le territoire.

Cette instrumentalisation n'est pas considérée comme discriminatoire. Par exemple, la Cour constitutionnelle a, de longue date, légitimé la disposition de la loi sur les centres

publics d'action sociale, visant à supprimer le droit à l'aide sociale aux personnes en séjour illégal, afin de les pousser à quitter le pays, sous réserve toutefois du droit à l'aide médicale urgente[7].

Toujours est-il que ces stratégies politiques de retour et de dissuasion de nouvelle arrivées nous semblent in fine avoir peu d'impact sur les personnes qui, selon les constats de notre pratique, choisissent souvent la précarité en Belgique plutôt que le retour au pays, et ce pour des motifs tant liés à la situation dans le pays d'origine qu'à leur parcours personnel. Les réformes et pratiques diverses tendent donc finalement à " fabriquer " des personnes sans droits sur le sol belge. Cette stratégie a cependant ses limites, et des opérations de régularisation ponctuelles ont été rendues nécessaires en vue de faire retomber la pression sociale, jusqu'à une prochaine fois...

Leurs droits fondamentaux

Dans le même sens, l'instrumentalisation des droits par le séjour doit être quelque peu nuancée dans la mesure où les personnes en séjour illégal bénéficient de certains droits fondamentaux, et de droits résiduels. Leur mise en œuvre n'est cependant pas toujours aisée.

C'est le cas du droit de se marier garanti par l'article 12 de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), ou de souscrire un engagement de cohabitation légale, et de fonder une famille. Ce droit est actuellement soumis à de nombreux contrôles préalables de la part de l'officier de l'état civil et/ou du parquet, visant à s'assurer que l'intention des futurs époux est bien de fonder une communauté de vie, et non uniquement d'obtenir un avantage en terme de droit de séjour. Même si une circulaire administrative prévoit les hypothèses où l'administration doit surseoir temporairement à un ordre de quitter le territoire en cas de déclaration de mariage ou de cohabitation légale, la création en Belgique de liens matrimoniaux ou de filiation n'emporte pas automatiquement le droit à un titre de séjour sur la base du regroupement familial, loin s'en faut.

Le mal nommé droit à l'aide médicale " urgente " permet à l'étranger en séjour illégal d'obtenir le remboursement des frais médicaux pour les prestations médicales tant préventives que curatives, donc non nécessairement urgentes. Il repose sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants garanti à l'article 3 de la CEDH notamment, et sur un objectif de protection de la santé publique. En pratique, son accessibilité varie fortement selon le CPAS compétent et pose de nombreux problèmes[8].

Un autre droit centré sur l'intérêt supérieur de l'enfant consiste dans le droit à l'accueil pour les familles en séjour illégal. Fedasil a ainsi pour mission d'apporter une aide matérielle aux mineurs et à leurs parents en situation illégale de séjour. Cette aide matérielle consiste notamment en l'hébergement, les repas, l'habillement, l'accompagnement médical, social et psychologique. Elle comprend également l'accès à l'aide juridique, l'accès à des services tels que l'interprétariat ainsi que l'accès à un programme de retour volontaire. Elle est accordée pour une durée de 30 jours dans un centre géré par l'Office des étrangers en collaboration avec Fedasil et dans lequel la famille pourra préparer son retour. La mise en œuvre de ce droit a donné lieu à de nombreux recours depuis son existence, en particulier dans le cadre de la crise de l'accueil de 2008 et jusqu'à aujourd'hui...

Le droit à l'éducation pour les mineurs est également garanti et est régi en communauté française par le décret du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives[9]. Ce droit se déduit de l'obligation scolaire et de différents principes de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le droit social du travail s'applique également aux travailleurs sans séjour légal. Ils peuvent revendiquer de leur employeur le paiement du salaire minimum, à une indemnité en cas d'accident du travail ou de licenciement, etc.[10]. Il est également possible, dans certains cas très spécifiques, d'obtenir une protection contre la traite des êtres humains. Néanmoins, vu les difficultés possibles posées à une personne en séjour irrégulier pour déposer plainte contre son employeur, le séjour irrégulier pouvant justifier une arrestation administrative, ou même constituer une infraction pénale, il est souhaitable d'être accompagné par une association spécialisée ou un avocat pour revendiquer ces droits[11].

Aide juridique accordée, mais...

En matière de détention administrative des étrangers en séjour illégal et d'éloignement forcé, de nombreuses garanties[12] sont également de rigueur, même si, de nouveau, elles ne sont pas toujours respectées par l'administration et que le contrôle judiciaire s'avère souvent inefficace pour les protégés.

A cet égard, une personne en séjour illégal peut également bénéficier de l'aide juridique de première ligne, c'est à dire un conseil gratuit au bureau d'aide juridique, ou de deuxième ligne, soit la désignation d'un avocat pro deo, sous réserve d'établir son indigence. Celle-ci sera présumée dans le cadre de recours relatifs à son statut administratif de séjour. L'aide juridique est un droit essentiel dans la mesure où elle permet d'assurer le respect de l'ensemble des autres droits des personnes en situation illégale. Les réformes pressenties dans ce domaine sur fond de restriction budgétaire nous semblent véritablement mettre en cause le respect des droits des personnes les plus démunies, dont celles sans séjour légal en Belgique.

Pistes de régularisation

Qu'en est-il des perspectives de séjour d'une personne en séjour illégale ? Il n'est pas rare que des personnes sans documents de séjour puissent obtenir finalement un droit au séjour, soit parce qu'elles ont introduit des demandes de séjour spécifique, soit parce qu'elles enclenchent une demande de régularisation de séjour qui finit par aboutir. En effet, si par principe, une demande de séjour pour plus de 3 mois ne peut pas être introduite du territoire belge par un étranger se trouvant déjà en situation illégale sur le territoire, le principe connaît certaines exceptions.

Parmi les demandes de séjour spécifiques qui peuvent être introduites du territoire belge même si l'intéressé se trouve en situation de séjour illégal, on citera la demande de protection internationale (pouvant conduire à la reconnaissance du statut de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire). L'introduction d'une nouvelle demande de la part des demandeurs d'asile déboutés implique néanmoins la soumission d'éléments nouveaux et la vérification que ceux-ci " augmentent de manière significative la probabilité " que la personne puisse prétendre à la reconnaissance comme réfugié ou à la protection subsidiaire. L'illégalité du séjour ne constituera pas non plus un obstacle pour l'introduction d'une demande de séjour pour maladie grave, comme victime de la traite des êtres humains, ou en qualité de mineur étranger non accompagné. De même, un regroupement familial vis-à-vis d'un Belge ou d'un européen rejoint pourra toujours s'effectuer à partir du territoire belge, même si le membre de famille qui sollicite le séjour se trouve en situation illégale lors de la demande. Par contre, si le regroupement s'opère vis-à-vis du ressortissant de pays tiers, la loi prévoit que le regroupé en séjour illégal devra justifier de circonstances exceptionnelles pour que sa demande soit déclarée recevable. Il en va de même pour la personne qui solliciterait un séjour en qualité d'étudiant alors qu'il se trouve déjà en Belgique de façon irrégulière. Egalement, un étranger en recours non suspensif contre un ordre de quitter le territoire ou un refus de séjour, verra son séjour redevenir régulier s'il obtient gain de cause devant la juridiction.

Interprétation au cas par cas

Ce concept de " circonstances exceptionnelles " nous ramène à ce que l'on appelle couramment la régularisation de séjour. Outre la référence à ce concept en matière de regroupement familial et de séjour étudiant, la loi de 1980 sur le séjour comporte un article dit " 9bis " qui fonde la possibilité, pour les personnes en séjour irrégulier sur le territoire de solliciter le séjour à partir de la Belgique, à condition de justifier de " circonstances exceptionnelles ". Ces circonstances ont été définies par la jurisprudence du Conseil d'Etat comme celles rendant impossible ou particulièrement difficile le retour dans le pays d'origine. Le concept est difficile à cerner en pratique et a donné lieu à une jurisprudence assez vaste et à une interprétation évolutive de l'administration s'avérant de plus en plus restrictive[13]/[14]. Si l'article 9bis semble une base légale " permanente " pour solliciter la régularisation de séjour, son usage est dépourvu de toute sécurité juridique (absence de critères clairs d'appréciation, pas d'effet suspensif de l'introduction de la demande, absence de délais de traitement, absence de droits sociaux dans l'attente, possibilité d'éloignement, risque de notification d'une interdiction d'entrée en cas de refus, recours non suspensif, etc.). Cette disposition semble plus relever du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration que du droit de l'étranger. Certains auteurs ont soutenu que l'obligation contenue dans la " directive retour "[15] de prendre une décision de retour à l'égard des personnes en séjour irrégulier impliquait une obligation de régulariser les personnes ne pouvant pas faire l'objet d'une telle décision. Cependant, cette position n'est pas unanime[16] et n'est certainement pas partagée par l'administration. A noter que depuis le 2 mars 2015, les personnes qui souhaitent introduire une demande d'autorisation de séjour sur base de l'article 9bis sont tenues de payer une redevance de 215,00 euros par personne concernée, à l'exclusion des mineurs d'âge[17], ce qui en décourage l'usage.

Outre l'article 9bis, la Belgique a, à trois reprises, procédé à une régularisation " one shot " des personnes en séjour illégal ou précaire. Ayant eu cours en 1974, 2000 et 2009, ces opérations temporaires ont permis à quelques milliers de personnes d'obtenir un titre de séjour en Belgique, selon des critères et procédures variés, nous n'y reviendrons pas dans ces lignes. A chaque fois le pouvoir politique a insisté sur le

caractère exceptionnel de cette approche, alors que les associations insistent sur le besoin de critères permanents, mais en vain. A lire la dernière déclaration gouvernementale[18], où la priorité est mise sur le retour des personnes en séjour illégal, il semble peu probable qu'une telle mesure soit prise sous cette législature.

On doit toutefois continuer d'espérer que les revendications et initiatives continues des personnes en séjour illégal et des différents mouvements qui les soutiennent soient entendues des décideurs et donnent enfin lieu à des mesures structurelles ayant l'humain en perspective.

Isabelle Doyen est Directrice de l'ADDE, Association pour le droit des étrangers asbl

Notes

[1] Art. 1, al. 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, MB, 31 décembre 1980, ci-après, loi sur le séjour.

[2] Voyez la campagne de PICUM du 28 juin 2015 à ce sujet : <http://picum.org/fr/actualites/actualites-picum/47615/> selon laquelle ces termes sont inexacts, nuisibles et vont à l'encontre des valeurs européennes. La plateforme prône l'utilisation des termes " migrant sans papiers ".

[3] Toutes les hypothèses de droit au séjour en Belgique sont détaillées dans la loi de 1980 sur le séjour et son arrêté royal d'exécution du 8 octobre 1981, tous deux modifiés depuis lors à des dizaines de reprises.

[4] Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, MB, 12 septembre 2011.

[5] Voyez la communication du médiateur fédéral du 9 avril 2015 sous ce lien : www.mediateurfederal.be/fr/content/enquete-sur-les-demandes-de-sejour-pour-raisons-medicales.

[6] Voyez notamment les restrictions apportées en 2012 et 2011, en matière de droit à l'aide sociale et à l'intégration sociale pour les citoyens de l'UE, fondées sur des dispositions de la directive 2004/38/CE qui concernent la libre circulation des citoyens de l'UE et de leurs membres de famille.

[7] CC, n° 51/94, 29 juin 1994. Cette position a été répétée à de nombreuses reprises par la suite.

[8] V. Henkinbrant et S. Mokrane, " Le point sur l'aide médicale urgente à destination des étrangers en séjour illégal ", Revue du droit des étrangers, n° 173, septembre 2013, p. 211.

[9] MB, 22 août 1998.

[10] Voyez ORCA, Travailleurs sans papiers Un guide de droits, www.orcasite.be/userfiles/file/Rechtengids%202014%20FR.pdf Ce guide répertoriée et explicite les droits dont bénéficie une personne en séjour illégal dans le domaine du travail. Lire aussi l'encadré en page 6 de ce dossier.

[11] Idem.

[12] Voyez M. Beys, Quels droits face à la police? Jeunesse et Droits, 2014, et en particulier la brochure Droits des étrangers face à la police www.youblisher.com/p/1047365-Brochure-Les-droits-des-etrangers-face-a-la-police/ [13] Ainsi, il semblerait que récemment, le secrétaire d'Etat ait décidé que les personnes en procédure d'asile longue ne pourraient être régularisées qu'à titre temporaire et non plus définitif comme auparavant. Décision paradoxale, puisqu'une telle régularisation n'aura pas pour conséquence de désengorger les instances d'asile, étant donné que seule une régularisation définitive de séjour peut faire présumer la perte d'intérêt à une demande d'asile...

[14] Eric Somers, " L'évaluation des demandes de régularisation (art. 9bis de la loi sur le séjour) selon les critères de l'instruction du 19 juillet 2009 après la jurisprudence du Conseil d'Etat : rien ne va plus ? ", Revue du droit des étrangers, n° 175, mars 2014, p. 593.

[15] DIRECTIVE 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

[16] Voyez P. D'Huart et S. Saroléa (dir.), La réception de la directive retour en droit belge, Edem, p. 15 et s. et les auteurs cités.

[17] Arrêté royal du 16 février 2015 modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 20/02/15.

[18] Isabelle Doyen, " Déclaration gouvernementale : les violations éventuelles des droits des étrangers devront être combattues", Newsletter ADDE, n° 103, novembre 2014.