

Quelques aspects de la détention administrative des étrangers dans la loi du 15 décembre 1980

RÉTENTION, subst. fém.

- A. Action de garder par devers soi ce qu'on devrait mettre en circulation, ce qu'on devrait diffuser. Rétention d'information. (...)
DR. Droit de rétention. Droit qu'a un créancier de garder un bien appartenant à un débiteur, jusqu'à acquittement de la dette. (Dict. XXe s.).
- B. PHILOS., PSYCHOL. Mémorisation des perceptions, des sensations. (...)
[P. oppos. à protension] Tension en arrière, retour de l'esprit vers le passé immédiat
- C. 1. MÉD. Accumulation et maintien dans l'organisme de produits qui devraient être éliminés. Rétention d'urine; rétention placentaire; rétention d'eau dans les tissus. (...)

2. PÉDOL. « Phénomène par lequel un sol retient en son sein une certaine quantité d'eau » (Lar. agric. 1981). (...)

- Décision administrative
- Décision facultative
- Absence de caractère autonome
- Caractère exceptionnel
- Caractère subsidiaire

Article 72. La chambre du conseil statue dans les cinq jours ouvrables du dépôt de la requête après avoir entendu l'intéressé ou son conseil, le Ministre, son délégué ou son conseil en ses moyens et le ministère public en son avis. Si la chambre du conseil n'a pas statué dans le délai fixé l'étranger est mis en liberté.

Elle vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Les ordonnances de la Chambre du Conseil sont susceptibles d'appel de la part de l'étranger, du Ministère public et, du Ministre ou son délégué.

Il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives au mandat d'arrêt, au juge d'instruction, à l'interdiction de communiquer, à l'ordonnance de prise de corps, à la mise en liberté provisoire ou sous caution et au droit de prendre communication du dossier administratif.

Le conseil de l'étranger peut consulter le dossier au greffe du tribunal compétent pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience.

Le greffier en donnera avis au conseil par lettre recommandée.

Si la simple constatation de l'illégalité du séjour d'un étranger ne laisse aucun pouvoir d'appréciation dans le chef de l'administration quant au principe même de la délivrance d'un ordre de quitter le territoire, cette seule constatation n'oblige pas l'administration à assortir l'ordre d'une mesure privative de liberté.

L'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit en effet que l'étranger peut être maintenu, non qu'il doit l'être.

Cass. 27 juin 2012, P.12.1028.F.

(...) L'article 3 de la C.E.D.H. stipule que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Il résulte de divers rapports internationaux que la Grèce n'offre pas de protection suffisante aux demandeurs d'asile qui y sont transférés dans le cadre de la Convention de Dublin.

Par arrêt du 11 septembre 2009, la Grèce a été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme pour violation des articles 3 et 5 de la C.E.D.H. dans le traitement d'un demandeur d'asile.

Le risque est donc réel que l'étranger, s'il était rapatrié en Grèce, soit soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la C.E.D.H.

La mesure privative de liberté du 23 décembre 2009 est donc illégale pour violation de l'article 3 de la C.E.D.H.

Ch. Mises acc. Bruxelles, 4 février 2010.

Attendu qu'en vertu de l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, lors de l'examen par les juridictions d'instruction d'une requête de mise en liberté déposée par un étranger, il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sous réserve des exceptions prévues par cette disposition ;

Que celle-ci se réfère nécessairement à la loi relative à la détention préventive en vigueur lors de sa promulgation, à savoir celle du 20 avril 1874, qui ne contenait aucune disposition concernant la motivation des décisions des juridictions d'instruction ; (...)

Cass. 31 juillet 2001, P.01.1011.F.

Article 7, alinéa 3. A moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, **pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure**, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, et sans que la durée de maintien ne puisse dépasser deux mois.

Article 27, alinéa 3. Les étrangers visés aux §§ 1er et 2 peuvent, sans préjudice des dispositions du Titre III quater et à moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, être détenus à cette fin, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement **pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure d'éloignement**.

Article 74/6, § 1^{er}. L'étranger qui est entré dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2 ou dont le séjour a cessé d'être régulier et qui, en vertu de l'article 52, se voit refuser le statut de réfugié ou le statut de protection subsidiaire par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides peut, en attendant ladite autorisation ou son éloignement du territoire, être maintenu en un lieu déterminé **lorsque le Ministre, ou son délégué, estime ce maintien nécessaire** pour garantir l'éloignement effectif du territoire, au cas où la décision visée à l'article 52 deviendrait exécutoire.

Article 7, alinéa 3. A moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, et sans que la durée de maintien ne puisse dépasser deux mois.

Article 27, alinéa 3. Les étrangers visés aux §§ 1er et 2 peuvent, sans préjudice des dispositions du Titre III quater **et à moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement,** être détenus à cette fin, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure d'éloignement.

L'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit en effet que l'étranger peut être maintenu, non qu'il doit l'être. De plus, il prescrit de ne prendre cette mesure qu'à défaut de pouvoir en appliquer efficacement d'autres, moins coercitives mais suffisantes pour reconduire l'étranger à la frontière.

S'il est exact que la détention peut reposer sur d'autres causes que le risque de fuite, encore faut-il que la condition de subsidiarité requise par la disposition légale susdite soit vérifiée, ce que l'arrêt dit ne pas être le cas.

Cass. 27 juin 2012, P.12.1028.F.

Selon l'article 7 de la Directive 2008/115/CE, les Etats membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours, notamment « s'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ».

Aucun élément au dossier ne permet d'établir que l'étrangère se trouve dans une des exceptions justifiant de déroger au principe d'une procédure d'expulsion graduelle.

Pris en considération ces différents éléments, il convient d'ordonner la remise en liberté de l'étrangère pour les motifs énumérés ci-dessus.

Ch. Mises acc. Bruxelles, 7 mars 2012.

(...) Il suit de ces dispositions, qui entraînent une limitation de la liberté personnelle et qui sont, dès lors, de stricte interprétation, qu'afin de reconduire un étranger à la frontière et compte tenu du principe de subsidiarité, il ne peut être maintenu que lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Cass., 21 janvier 2014, P.14.0005.N.

Le moyen est pris de la violation des articles 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, et 5.1.f), de la Convention. La demanderesse critique la considération des juges d'appel selon laquelle l'autorité administrative peut priver un étranger de liberté alors même que d'autres mesures moins coercitives pourraient être prises.

(...)

Même s'il est illégal, le motif critiqué ne saurait entraîner la cassation, dès lors que l'arrêt constate que la mise en détention de la demanderesse a été décidée dans le respect du principe de subsidiarité.

Cass., 15 juillet 2014, P.14.1042.F

Article 7. (...) Sous réserve de l'application des dispositions du Titre III quater, le ministre ou son délégué peut, dans les cas visés à l'article 74/14, § 3, reconduire l'étranger à la frontière.

A moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, et **sans que la durée de maintien ne puisse dépasser deux mois.**

Le ministre ou son délégué peut, dans les mêmes cas, assigner à résidence l'étranger pendant le temps nécessaire à l'exécution de cette mesure.

Le Ministre ou son délégué **peut toutefois prolonger cette détention par période de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.**

Après une prolongation, la décision visée à l'alinéa précédent ne peut plus être prise que par le Ministre.

Après cinq mois de détention, l'étranger doit être mis en liberté.

Dans le cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige, la détention de l'étranger peut être prolongée chaque fois d'un mois, après l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent, **sans toutefois que la durée totale de la détention puisse de ce fait dépasser huit mois.**

Attendu que ni la disposition légale précitée ni aucune autre n'empêche que, lorsqu'il n'y a pas eu exécution de l'éloignement de l'étranger détenu légalement uniquement en raison de son opposition illégale, une nouvelle décision soit prise conformément à l'article 74/5, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980;

Attendu que cette décision ne constitue pas une prolongation visée à l'article 74/5, § 3 mais un titre autonome de privation de liberté.

Cass., 28 septembre 1999, P.99.1322.N.

En vertu de l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, les juridictions d'instruction vérifient si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

En lui interdisant de statuer en opportunité, la loi a seulement attribué au juge le pouvoir de vérifier la réalité et l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative.

Cass., 4 novembre 2009, P.09.1457.F.

Lorsqu'elles sont saisies d'un recours de l'étranger contre une mesure privative de liberté en vue de son éloignement du territoire, les juridictions d'instruction se bornent à vérifier si la mesure ainsi que la décision d'éloignement qui en est le soutien sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Le contrôle de légalité porte sur la validité formelle de l'acte, notamment quant à l'existence de sa motivation et au point de vue de sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne, dont la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, qu'à la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Le contrôle implique également la vérification de la réalité et de l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative, le juge examinant si la décision s'appuie sur une motivation que n'entache aucune erreur manifeste d'appréciation ou de fait.

L'article 237, alinéa 3, du Code pénal ainsi que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs interdisent à la juridiction d'instruction de censurer la mesure au point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité.

Cass., 21 décembre 2011, P.11.2042.F.

Art. 71. L'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté prise en application des articles 7, 8bis, §4, 25, 27, 29, alinéa 2, 51/5, §1er , alinéa 2, et §3, alinéa 4, 52/4, alinéa 4, 54, 57/32, § 2, alinéa 2 et 74/6 peut introduire un recours contre cette mesure en déposant une requête auprès de la Chambre du Conseil du tribunal correctionnel du lieu de sa résidence dans le Royaume ou du lieu où il a été trouvé.

L'étranger maintenu dans un lieu déterminé situé aux frontières, en application de l'article 74/5, peut introduire un recours contre cette mesure, en déposant une requête auprès de la Chambre du Conseil du tribunal correctionnel du lieu où il est maintenu.

Sans préjudice de l'application des articles 74/5, § 3, alinéa 5 et 74/6, § 2, alinéa 5, l'intéressé peut réintroduire le recours visé aux alinéas précédents de mois en mois.

Toutefois, lorsque, conformément à l'article 74, le Ministre a saisi la Chambre du conseil, l'étranger ne peut introduire le recours visé aux alinéas précédents contre la décision de prolongation du délai de la détention ou du maintien qu'à partir du trentième jour qui suit la prolongation.

L'article 72, alinéa 4, se réfère, sauf les exceptions qu'il énumère, aux dispositions légales relatives à la détention préventive. Or, la compétence de la chambre du conseil en cette matière, comme en droit commun, est alignée sur celle du juge d'instruction et du procureur du Roi. Lorsque leur compétence est déterminée par la résidence de l'inculpé, celle-ci s'entend du lieu de son habitation effective au moment où la poursuite est exercée et non du lieu où se trouve la maison d'arrêt qui le reçoit ensuite de sa privation de liberté.

Cass., 26 novembre 2008, P.08.1616.F.

Le lieu où un étranger, déjà détenu sur la base de l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, se trouve au moment où est rendue ou signifiée une décision de maintien dans un lieu déterminé fondée sur l'article 74/6, § 1^{er} bis, de ladite loi, n'est pas le lieu où l'étranger a été trouvé au sens de l'article 71, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 .

Cass., 21 septembre 2010, P.10.1490.N

En vertu de l'article 71, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, une requête de mise en liberté peut être introduite de mois en mois. Cette disposition vise à éviter que la privation de liberté d'un étranger soit continuellement soumise à l'appréciation des juridictions d'instruction, de telle manière qu'il y a lieu de compter ce délai d'un mois à partir de la dernière ordonnance ou du dernier arrêt de maintien de la juridiction d'instruction.

Cass., 21 septembre 2010, P.10.1456.N.

Selon l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté prise sur le fondement, notamment, des articles 7 et 27, peut introduire un recours contre cette mesure en déposant une requête devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel du lieu de sa résidence dans le Royaume ou du lieu où il a été trouvé.

En vertu de l'alinéa 3 de cette disposition, l'étranger peut introduire une nouvelle requête de mise en liberté au terme d'un mois après la décision de la juridiction d'instruction ayant rejeté une précédente requête.

En application de l'article 7, alinéa 5, de la loi, le ministre ou son délégué peut prolonger la détention (...)

Si cette mesure de prolongation ne constitue pas un titre autonome de privation de liberté, elle répond toutefois à des conditions légales distinctes de celles prévues pour la mesure dont elle est destinée à prolonger l'effet. La légalité de ces conditions de prolongation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en application de l'article 71, alinéa 1er.

Un tel recours n'est pas soumis au délai d'attente d'un mois prévu à l'article 71, alinéa 3.

Cass., 18 septembre 2013, P.13.1515.F.

Attendu qu'en vertu de l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, lors de l'examen par les juridictions d'instruction d'une requête de mise en liberté déposée par un étranger, il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sous réserve des exceptions prévues par cette disposition ;

Que celle-ci se réfère nécessairement à la loi relative à la détention préventive en vigueur lors de sa promulgation, à savoir celle du 20 avril 1874, qui ne contenait aucune disposition concernant la motivation des décisions des juridictions d'instruction ;

Cass., 31 juillet 2001, P.01.1011.F.

La première fin de non-recevoir est déduite de l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. Selon le défendeur, il ressort de cette disposition, rendue applicable en vertu de l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, que seules les décisions par lesquelles la détention préventive est maintenue peuvent faire l'objet d'un pourvoi.

L'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, qui ne fait pas mention du pourvoi en cassation, ne vise que la procédure d'instruction des recours judiciaires qu'il prévoit et sur lesquels statuent les juridictions d'instruction.

Cette disposition se réfère nécessairement à la loi relative à la détention préventive en vigueur lors de la promulgation de la loi du 15 décembre 1980, à savoir celle du 20 avril 1874, qui ne contenait aucune disposition concernant le pourvoi en cassation, lequel était formé suivant les règles du Code d'instruction criminelle.

La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, qui consacre un chapitre au pourvoi en cassation, n'a pas modifié l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980. Dès lors, nonobstant l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1990, un pourvoi en cassation peut être formé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui ordonne la remise en liberté d'un étranger, ce pourvoi étant réglé par les dispositions du Code d'instruction criminelle.

Le demandeur faisait valoir en conclusions devant la cour d'appel que la plupart des pièces du dossier de l'Office des étrangers étaient établies en néerlandais sans traduction française et qu'il était ainsi dans l'impossibilité de se défendre.

Il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que l'ordre de quitter le territoire et la décision de maintien en un lieu déterminé dont le demandeur a fait l'objet le 23 novembre 2007 sont rédigés en néerlandais et joints au dossier administratif sans traduction en français.

Dès lors, en considérant que « le dossier contient les pièces essentielles pour l'examen de la situation [du demandeur] par la cour [d'appel], lesquelles sont consultables en français », l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision.

Cass., 16 janvier 2008, P.07.1884.F.

Attendu que, pour le surplus, lorsqu'un étranger, privé de liberté par décision ministérielle en vertu de l'article 27, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, a introduit un recours judiciaire contre cette décision et comparaît en appel devant la chambre des mises en accusation, la légalité de la décision de celle-ci n'est pas entachée par la circonstance que des pièces du dossier administratif qui, comme en l'espèce, ne concernent pas la mesure de privation de liberté faisant l'objet de ce recours judiciaire et qui ne lui étaient pas destinées, sont rédigées dans une langue autre que celle de la procédure.

Cass. , 27 novembre 2002, P.02.1402.F.

Art. 72 La chambre du conseil statue dans les cinq jours ouvrables du dépôt de la requête après avoir entendu l'intéressé ou son conseil, le Ministre, son délégué ou son conseil en ses moyens et le ministère public en son avis. Si la chambre du conseil n'a pas statué dans le délai fixé l'étranger est mis en liberté.

Elle vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Les ordonnances de la Chambre du Conseil sont susceptibles d'appel de la part de l'étranger, du Ministère public et, du Ministre ou son délégué.

Il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives au mandat d'arrêt, au juge d'instruction, à l'interdiction de communiquer, à l'ordonnance de prise de corps, à la mise en liberté provisoire ou sous caution et au droit de prendre communication du dossier administratif.

Le conseil de l'étranger peut consulter le dossier au greffe du tribunal compétent pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience.

Le greffier en donnera avis au conseil par lettre recommandée.

Lorsqu'elles sont saisies d'un recours de l'étranger contre une mesure privative de liberté en vue de son éloignement du territoire, les juridictions d'instruction se bornent à vérifier si la mesure ainsi que la décision d'éloignement qui en est le soutien sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Le contrôle de légalité porte sur la validité formelle de l'acte, notamment quant à l'existence de sa motivation et au point de vue de sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne, dont la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, qu'à la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Le contrôle implique également la vérification de la réalité et de l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative, le juge examinant si la décision s'appuie sur une motivation que n'entache aucune erreur manifeste d'appréciation ou de fait.

L'article 237, alinéa 3, du Code pénal ainsi que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs interdisent à la juridiction d'instruction de censurer la mesure au point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité.

Eu égard à la soudaineté de la mesure coercitive prise à son égard, et à l'absence de recherche sérieuse par l'autorité de modalités communes d'exécution de la mesure d'éloignement, le maintien de la détention de la requérante apparaît manifestement disproportionné avec l'objectif poursuivi, c'est-à-dire la mise à exécution de la mesure d'éloignement.

Ch. cons., Charleroi, 4 juin 2007.

De la circonstance qu'un étranger en séjour illégal a une adresse fixe, réussit des études secondaires, n'est pas connu de la police et n'obéit pas aux ordres de quitter le territoire qui lui sont notifiés sans contrainte, il ne saurait se déduire que sa privation de liberté selon les formes légales cesserait d'obéir aux fins prévues par l'article 8.2 de la Convention ou constituerait un acte hors de proportion avec l'éloignement que des mesures moins coercitives n'ont pu assurer.

Cass., 21 décembre 2011, P.11.2042.F.

L'arrêt, qui en déduit « que, si le [demandeur] ne peut être trouvé dans un lieu déterminé, son interpellation en vue de son rapatriement forcé, si celui-ci devait être organisé, risque d'être rendue aléatoire », a pu, sur la base de ces considérations qui gisent en fait, légalement tenir la mesure privative de liberté pour « proportionnée aux objectifs poursuivis.

Cass., 26 août 2008, P.08.1287.F.

« (...) le recours à des mesures coercitives est expressément subordonné au respect des principes de proportionnalité, d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et des objectifs poursuivis, (considérant 13 de la directive 2008/115). La détention se justifie seulement s'il existe une perspective réaliste d'éloignement dans un délai raisonnable, après un examen individuel et en l'absence de mesures alternatives moins coercitives.

Le contrôle des organes de recours compétents portera dès lors également sur ces différents aspects »

Exposé des motifs, Doc. Parl., session ord. 2011-2012, n° 1825/01, p.18.

Ni l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ni les articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne sont applicables aux juridictions d'instruction.

Cass., 20 avril 2011, P.11.0609.F.

L'article 149 de la Constitution n'est pas applicable aux décisions des juridictions d'instruction statuant sur le maintien de la mesure privative de liberté prise en application de l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980.

Dans la mesure où il invoque la violation de cette disposition, le moyen manque en droit.

Cass., 17 septembre 2013, P.13.1522.N.

La chambre des mises en accusation ayant constaté que les conditions légales de la détention étaient réunies en l'espèce, ni l'article 5.1, f, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni aucune autre norme internationale ne lui imposaient, dans le cadre du contrôle judiciaire qui lui était soumis, de donner les motifs pour lesquels, compte tenu de la situation personnelle du demandeur, son maintien dans un lieu déterminé à la frontière était nécessaire en vue de son refoulement.

Cass., 3 septembre 2014, P.14.1360.F.

Le moyen reproche aux juges d'appel de n'avoir répondu ni à l'argumentation dont il a fait état dans sa requête de mise en liberté adressée au premier juge ni à celle qu'il a développée en plaidoirie devant la cour d'appel, en particulier concernant les éléments relatifs à sa situation familiale et à sa demande de régularisation de séjour.

Les juges d'appel ne sont pas tenus de répondre à une défense qui n'a pas été formulée dans des conclusions déposées devant eux.

L'article 149 de la Constitution ne s'applique pas aux décisions des juridictions d'instruction qui, statuant sur le maintien de la mesure administrative de privation de liberté prise à l'égard d'un étranger, ne constituent pas des jugements au sens de cette disposition.

Cass., 18 avril 2007, P.07.0320.F.

Il est reproché à l'arrêt de ne pas répondre aux conclusions du demandeur, déposées au greffe la veille de l'audience. Le grief est déduit de l'affirmation que la chambre des mises en accusation n'a pu, pour motiver régulièrement sa décision, se borner à dire qu'elle adoptait les motifs de l'avis du ministère public.

En tant qu'il omet d'identifier la défense ou l'exception auxquelles il n'a pas été répondu, le moyen est irrecevable à défaut de précision.

Contrairement à ce que le demandeur soutient, le juge du fond, en matière répressive, n'a pas à répondre à des conclusions qui ne lui ont pas été remises au cours des débats à l'audience.

Aucune disposition légale n'interdit à la chambre des mises en accusation de s'approprier les motifs de l'avis du ministère public, pour statuer sur la mesure privative de liberté.

La référence à ces motifs implique que les juges d'appel ont reconnu leur pertinence par rapport à la défense proposée devant eux. La circonstance que l'avis aurait précédé cette défense n'enlève pas à la chambre des mises en accusation le pouvoir d'appréciation dont elle dispose à cet égard.

Cass., 23 octobre 2013, P.13.1601.F.

Dans ses conclusions, le demandeur a soutenu que la décision d'éloignement du territoire et de maintien en détention à cette fin violait l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'un retour sous la contrainte dans son pays d'origine constitue, en raison de son état de santé, un traitement inhumain ou dégradant.

(...) l'arrêt (...) considère que l'examen de la défense selon laquelle un retour forcé du demandeur dans son pays d'origine constitue un traitement inhumain ou dégradant relève d'une appréciation en opportunité qui échappe à sa compétence.

(...)

l'éloignement d'un étranger et la mesure privative de liberté prise à cette fin peuvent aboutir à une situation tombant sous l'application de l'article 3 de la Convention s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'après son éloignement ou en raison de celui-ci, l'étranger risque de subir soit la torture soit des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Il s'ensuit que, lorsqu'un étranger invoque un tel risque, la juridiction d'instruction doit en apprécier l'existence au titre d'un contrôle de légalité et non d'opportunité.

Cass., 18 janvier 2012, P.11.2130.F.

L'Office des étrangers ne justifie pas en quoi la privation de liberté du requérant serait le moyen le plus pertinent pour assurer l'éloignement ou le garantir ;

En effet, il n'apparaît d'aucun élément du dossier que le requérant aurait démontré par son comportement son intention de se soustraire aux mesures qui seraient prises en vue de son rapatriement forcé ;

Il affirme vivre effectivement au domicile de ses parents, qui le logent et le nourrissent et ne manifeste aucune intention de quitter cette résidence ;

L'office des étrangers reste en défaut, compte tenu de cette situation dont il ne démontre pas qu'elle serait contraire à la réalité, de justifier en quoi il existerait un risque sérieux que le requérant, s'il était laissé en liberté, se réfugie dans la clandestinité pendant la période de temps nécessaire à l'organisation de son rapatriement forcé.

Ch. mises. acc. Mons, 6 octobre 2009.

La mesure privative de liberté ordonnée, comme en l'espèce, sur la base de l'article 7, alinéas 1er, 2 et 3, de la loi précitée suppose que la personne qui en est l'objet demeure dans le Royaume sans détenir les documents requis.

Cette mesure peut être ordonnée dans les cas où le ministre ou son délégué estime nécessaire de faire ramener l'intéressé sans délai à la frontière.

Ni cette disposition légale ni aucune autre ne subordonnent la mise en détention de l'étranger dont l'éloignement est jugé nécessaire, et qui s'y refuse, à l'obligation pour l'administration de constater l'existence, dans son chef, d'un risque de fuite s'il était laissé en liberté pendant le temps consacré à l'organisation du rapatriement forcé.

Cass., 4 novembre 2009, P.09.1457.F.

L'arrêt ordonne la mise en liberté du défendeur notamment au motif que le dossier de l'Office des étrangers ne contient aucun élément objectif et sérieux accréditant dans le chef de l'intéressé, qui a donné l'adresse de sa résidence, un risque de fuite actuel et réel.

Le moyen critique ce motif. Il fait valoir que l'absence de preuve d'un risque de fuite concerne l'opportunité et non la légalité de la décision, et que l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'éloignement et l'établissement des étrangers n'impose pas au demandeur de constater la présence d'un tel risque.

Mais la loi du 15 décembre 1980 a été modifiée par celle du 19 janvier 2012. L'article 7, alinéa 3, nouveau dispose que l'étranger en séjour illégal peut, à défaut d'autres mesures moins coercitives mais suffisantes, être maintenu pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de l'éloignement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite.

*L'article 1^{er}, 11°, de la loi définit ce risque comme étant le fait pour un ressortissant d'un pays tiers visé par une procédure d'éloignement de présenter un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. **Il est imposé au ministre ou à son délégué d'apprécier ce risque sur la base d'éléments objectifs et sérieux.***

Partant, si le titre de privation de liberté s'appuie sur l'affirmation qu'il existe un risque de fuite, il appartient au pouvoir judiciaire de vérifier que ce risque a été apprécié par l'administration conformément aux critères que la loi en donne.

(...)

52. Ainsi que la Cour l'a déjà relevé, la rétention à des fins d'éloignement régie par la directive 2008/115 et la rétention ordonnée à l'encontre d'un demandeur d'asile, notamment en vertu des directives 2003/9 et 2005/85 et des dispositions nationales applicables, relèvent de régimes juridiques distincts (voir arrêt du 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, point 45).

C.J.U.E., arr. ARSLAN, 30 mai 2013.

Attendu qu'il apparaît des pièces du dossier :

(...)

Que plus précisément sa détention était justifiée par l'absence de document d'identité conjugée avec le fait que la procédure d'identification réclame la disponibilité de l'étranger et qu'à défaut de résidence connue en Belgique, aucune assignation à résidence ne peut être effectuée.

(...)

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier que le requérant est en possession d'une carte d'identité numéro XXXX et du passeport numéro XXX.

Ch. mises acc. Liège, 19 juillet 2002.

(...) Il suit de ces dispositions, qui entraînent une limitation de la liberté personnelle et qui sont, dès lors, de stricte interprétation, qu'afin de reconduire un étranger à la frontière et compte tenu du principe de subsidiarité, il ne peut être maintenu que lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Cass., 21 janvier 2014, P.14.0005.N.

Art. 1

(...)

11° risque de fuite : le fait qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement présente un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. Pour ce faire, le ministre ou son délégué se base sur des éléments objectifs et sérieux ;

La durée du maintien n'est pas suspendue pendant le délai utilisé pour introduire un recours au auprès du conseil du contentieux des étrangers contre une décision du CGRA lorsque la décision qui fait l'objet du recours est ensuite retirée par ce dernier sous peine de détourner l'article 74/5, §3, de son but premier à savoir éviter les recours simplement dilatoires, et de permettre une prolongation de la détention indépendante de tout acte du demandeur d'asile.

Ch. cons. Bruxelles, 22 juillet 2009.

La détention du requérant a pour base la décision du 14 novembre 2007.

Celle-ci est motivée tant en droit qu'en fait ; les autorités belges ne peuvent agir, dans ce genre d'affaire qu'en étroite collaboration avec les autorités marocaines; si elles doivent faire diligence, elle ne peuvent, par contre, adresser des rappels intempestifs qui seraient de nature à détériorer le climat; dès lors, le rappel adressé aux autorités marocaines, le 14 novembre 2007, après la lettre du 25 septembre précédent, a été effectué avec la diligence requise, contrairement à ce que plaide le requérant. La lettre est l'esprit de l'article de 7 de la loi du 15 décembre 1980 ont donc été respectés.

Ch. mises acc. Liège, 13 décembre 2007.

L'article 51/5, § 3, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que lorsque le demandeur d'asile doit être transféré vers l'Etat responsable, le Ministre ou son délégué peut, pour garantir le transfert effectif, le faire ramener sans délai à la frontière. Conformément à l'article 518/5, § 3, alinéa 4 de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger peut à cette fin être détenu ou maintenu dans un lieu déterminé pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution du transfert, sans que la durée de la détention ou du maintien puisse excéder deux mois.

Ni cette disposition légale, ni aucune autre disposition légale ou conventionnelle ne s'opposent au fait que lorsque l'éloignement de l'étranger maintenu légalement n'a pu être opéré en raison de son opposition illicite, une nouvelle décision de maintien soit prise conformément à l'article 27, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

Cette nouvelle décision ne constitue pas la prolongation de la décision initiale mais constitue un titre privatif de liberté distinct dont le juge ne peut que constater l'existence dans les limites de sa saisine. Cependant, le juge ne peut examiner la légalité de cette nouvelle décision prise après la décision contre laquelle l'étranger a introduit le recours prévu à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980. **Par cette nouvelle décision, la procédure contre la première décision de maintien n' a plus d'objet.**

Cass., 6 février 2007, P.06.1660.N.

(...) le recours de la défenderesse est dirigé contre une décision de maintien, prise le 27 juin 2012 en application de l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980.

(...) l'arrêt attaqué constate que le 2 juillet 2012 une nouvelle décision de maintien a été adoptée en application de la même disposition légale et que la défenderesse a sollicité l'extension de sa requête originaire à cette seconde décision sur la base de l'article 807 du Code judiciaire.

(...) Aux termes de l'article 72, alinéa 4, de la même loi, il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives au mandat d'arrêt, au juge d'instruction, à l'interdiction de communiquer, à l'ordonnance de prise de corps, à la mise en liberté provisoire ou sous caution, et au droit de prendre communication du dossier administratif.

L'article 807 du Code judiciaire, qui permet de modifier ou d'étendre la demande dont le juge est saisi, n'est pas applicable à cette procédure au motif que l'application des articles 71, alinéa 2, et 72, alinéa 4, précités n'est pas compatible avec celle de cette disposition du Code judiciaire.

Il s'ensuit que l'arrêt attaqué n'a pas pu légalement statuer sur le recours formé contre la décision du 2 juillet 2012.

(...) le juge ne peut examiner que l'existence mais non la légalité d'une nouvelle décision prise après la décision contre laquelle l'étranger a introduit le recours prévu par la disposition précitée, la procédure devenant sans objet en raison de cette nouvelle décision qui constitue un titre distinct de celui auquel elle succède.

Cass., 21 août 2012, P.12.1394.F.

Si une nouvelle décision d'écrou prise en application de l'article 74/5, § 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, constitue un titre autonome de privation de liberté, l'existence d'une telle décision ne rend caduc le titre de privation de liberté visé par le recours que pour autant que cette nouvelle décision ait été notifiée à l'intéressé conformément à l'article 62 de ladite loi.

L'arrêt attaqué, qui constate que la décision du 4 juillet 2012 n'a pas été notifiée à la défenderesse, décide dès lors légalement que « la requête originale n'est pas privée d'objet du fait de la décision du 4 juillet 2012 ».

Cass., 21 août 2012, P.12.1394.F.

En vertu de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté prise, notamment, en application des articles 7 et 74/6, peut introduire un recours contre cette mesure devant la chambre du conseil.

En application de l'article 72, alinéa 2, le contrôle juridictionnel d'une telle mesure porte seulement sur la légalité du titre sur lequel la privation de liberté prend appui.

A cet égard, le moyen, qui soutient qu'il appartenait aux juges d'appel de contrôler la légalité de la détention du demandeur quelle que soit la décision administrative dont elle résulte, manque également en droit.

Prise sur la base de l'article 74-6, § 1erbis, 12°, la décision ne prolonge pas la mesure initiale adoptée en application de l'article 7, alinéa 3, mais elle constitue un titre autonome de privation de liberté, distinct de celui visé par le recours sur lequel la chambre des mises en accusation a statué.

Les juges d'appel ont dès lors légalement considéré qu'en raison de la décision intervenue le 18 juillet 2008, le recours du demandeur contre celle prise le 10 juillet 2008 était devenu sans objet.

Le demandeur a fait l'objet, le 10 juin 2008, d'un ordre de quitter le territoire, avec décision de remise à la frontière et privation de liberté à cette fin, par application de l'article 7, alinéas 1er, 1°, 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980.

La chambre des mises en accusation avait à statuer sur une requête de mise en liberté ayant pour objet la détention subie sur la base du titre susdit.

Le délégué du ministre de l'Intérieur a décidé, le 8 août 2008, de prolonger la détention du demandeur pour une période de deux mois.

Prise en application de l'article 7, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, cette décision ne constitue pas un titre autonome de privation de liberté.

Continuant ses effets, la mesure initiale est restée passible, jusqu'au rapatriement, du recours institué par les articles 71 et 72 de la loi, en manière telle que les juges d'appel ont violé ces dispositions en considérant que la prolongation décidée le 8 août 2008 avait ôté à la requête son objet.

(...) il apparaît d'une lettre de l'Office des étrangers que, le 2 août 2003, le délégué du ministre de l'intérieur a fait écrouer le demandeur à la disposition de l'Office des étrangers en vue de sa remise à la frontière togolaise, pour ne pas avoir donné suite à l'ordre de quitter le territoire qui lui avait été précédemment donné ;

(...) prise en application de l'article 27, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, cette mesure ne constitue pas la prolongation de celle qui avait été prise antérieurement, sur la base de l'article 74/6 de la même loi, à l'égard du demandeur ;

(...) elle rend celle-ci sans objet ; qu'en effet, la mesure de sûreté complémentaire que constitue la détention pour le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure prévue à l'article 27 de la loi précitée du 15 décembre 1980 se substitue à la décision de maintenir l'étranger en un lieu déterminé, dès lors qu'elle constitue un autre titre de privation de liberté.

Cass. 26 août 2003, P.03,1002,F.

Obs. D. DE ROY « Le concours de titres administratifs de privation de liberté dans la législation relative aux étrangers », Revue de droit pénal, 2004, page 265 et suiv.

Cette nouvelle décision ne constitue pas la prolongation de la décision initiale mais constitue un titre privatif de liberté distinct dont le juge ne peut que constater l'existence dans les limites de sa saisine. Cependant, le juge ne peut examiner la légalité de cette nouvelle décision prise après la décision contre laquelle l'étranger a introduit le recours prévu à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980. Par cette nouvelle décision, la procédure contre la première décision de maintien n' a plus d'objet.

Cass., 6 février 2007, P.06.1660.N.

Aux termes de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliquent les règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Cette disposition est générale et ne fait aucune distinction entre les actes qu'elle vise; elle s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs individuels; elle impose aux cours et tribunaux d'exercer un contrôle de légalité tant interne qu'externe sur lesdits actes.

Cass., 3^{ème} ch., 23 octobre 2006, R.C.J.B., 2009, p. 14 et suiv., obs. D. DE ROY.

(...)

84. *La Cour ne peut que constater que le requérant a été privé de sa liberté à partir du 29 janvier 2010, **pendant près de quatre mois et qu'il n'a pas pu obtenir de décision finale sur la légalité de sa détention** alors qu'il avait entamé à deux reprises une procédure en vue de sa mise en liberté, que les dernières décisions juridictionnelles sur le bien-fondé des requêtes de mise en liberté, rendues par la chambre des mises en accusation, étaient chaque fois favorables au requérant, et que ces décisions n'ont pas été cassées par la Cour de cassation pour des motifs tenant à leur justification légale.*

Cour eur. D.H, aff. FIROZ MUNEER c. Belgique (Requête no 56005/10) ,11 avril 2013.

Pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1er de cette loi, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision; (que) la motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce ; (qu')une décision motivée par des affirmations non étayées par le dossier administratif n'est pas adéquatement motivée.

C.E. n° 211.789, 3 mars 2011.

L'ordre de quitter le territoire avec décision de remise à la frontière et de privation de liberté à cette fin est adéquatement motivé par des considérations de droit et de fait (...)

Par contre, en ce qui concerne, la décision de priver la requérante de liberté et de la détenir dans les locaux du centre 127 bis Steenokkerzeel, l'acte attaqué n'est pas légalement motivé, compte tenu des exigences des articles 62 de la loi du 15 décembre 1980, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

Cet acte énonce en effet : « En application de l'article 7, alinéa 3, de la même loi, l'exécution de sa remise à la frontière ne pouvant être effectuée immédiatement, l'intéressée doit être détenue à cette fin : il y a lieu de maintenir l'intéressée à la disposition de l'office des étrangers dans le but de la faire embarquer à bord du prochain vol à destination de Casablanca ».

Cette formule est stéréotypée et ne mentionne nullement les circonstances de fait, propres au cas concret de la requérante qui motivent la décision de la priver de sa liberté pour garantir l'éloignement effectif du territoire (...)

Lorsque, dans la décision de privation de liberté, il indique concrètement les circonstances justifiant la mesure au regard des impératifs de nécessité prévus par l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre motive cet acte conformément à l'article 62 de cette loi. Aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif.

Cass., 16 mai 2012, P.12.0749.F.

(...) Partant, si le titre de privation de liberté s'appuie sur l'affirmation qu'il existe un risque de fuite, il appartient au pouvoir judiciaire de vérifier que ce risque a été apprécié par l'administration conformément aux critères que la loi en donne.

Cass. 27 juin 2012 P.12.1028.F.

Art. 1

(...)

11° risque de fuite : le fait qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement présente un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. Pour ce faire, le ministre ou son délégué se base sur des éléments objectifs et sérieux ;

(...) ni les dispositions légales visées au moyen ni aucune autre ne subordonnent la légalité d'un réquisitoire d'écrou à l'obligation, pour l'autorité administrative, de mentionner que l'étranger ne s'est pas opposé à une des tentatives de rapatriement dont il a fait l'objet, ou de réfuter ses allégations quant aux intérêts, fussent-ils légitimes, qui le poussent à vouloir demeurer dans le pays où il est entré illégalement.

En décidant que l'acte administratif querellé est illégal parce que sa motivation ne tient pas compte « des éléments propres à la cause », les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision.

Cass., 11 septembre 2013, P.13.1497.F.

(...) L'article 3 de la C.E.D.H. stipule que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Il résulte de divers rapports internationaux que la Grèce n'offre pas de protection suffisante aux demandeurs d'asile qui y sont transférés dans le cadre de la Convention de Dublin.

Par arrêt du 11 septembre 2009, la Grèce a été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme pour violation des articles 3 et 5 de la C.E.D.H. dans le traitement d'un demandeur d'asile.

Le risque est donc réel que l'étranger, s'il était rapatrié en Grèce, soit soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la C.E.D.H.

La mesure privative de liberté du 23 décembre 2009 est donc illégale pour violation de l'article 3 de la C.E.D.H.

Ch. Mises acc. Bruxelles, 4 février 2010.