RECOURS DEVANT LES JUDIRICTIONS D'INSTRUCTION

Sarah Janssens

Sarah.janssens@dayez.be

Avocat au barreau de Bruxelles

Quel juge saisir lors de la privation de liberté ?

1. Conseil du Contentieux des Etrangers
2. Juridictions d'instruction

1. Conseil du Contentieux des Etrangers

- **Demande de suspension en extrême urgence** contre l'ordre de quitter le territoire (PAS contre la mesure privative de liberté)

- *Cfr* intervention de Katia MELIS

2. Juridictions d'instruction

Article 71 de la loi du 15 décembre 1980: Chambre du conseil et Chambre des mises en accusation

- Requête de mise en liberté
- Auprès de la Chambre du conseil du tribunal correctionnel du lieu de la résidence de l'étranger dans le Royaume ou du lieu où il a été trouvé
- Pas de délai (appel dans les 24h de l'ordonnance de la Chambre du Conseil ; cassation dans les 15 jours (!))
- Pas suspensif
- Accès au dossier 2 jours avant l'audience
- Ordonnance dans les 5 jours ouvrables du dépôt de la requête (art, 72 de la loi du 15.12.1980)

Procédure devant les juridictions d'instructions

1. Compétence *ratione loci*
2. Compétence *ratione tempori*
3. Compétence *ratione materiae*

1. Compétence *ratione loci* : Où ?

Juge « *du lieu de la **résidence** de l'étranger dans le Royaume **ou du lieu où il a été trouvé*** »

- « *Par le lieu où l'étranger a été trouvé on entend l'endroit où la personne est découverte et non **pas** celui où il s'est volontairement rendu **après convocation*** » (CMA, 18.6.2015)

- « *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).

2. Compétence *ratione temporis* : qd ?

- Pas de délai pour la première saisine du juge judiciaire
- Ensuite **de mois en mois**

> *« 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 juridiction 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.

Si prolongation : contrôle immédiat possible (Cass., 18 septembre 2013, P.13.1515.F.)

3. Compétence *ratione materiae* : quoi ?

Contrôle de légalité et non d'opportunité:

> « *Les juridictions d'instruction vérifient si les mesures privatives de liberté sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité* » (Cass. 4 novembre 2009, P.09.1457.F/1)

3. Compétence *ratione materiae* : quoi ?

Contrôle de légalité et non d'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.

3. Compétence *ratione materiae* : quoi ?

- **Conditions de la loi du 15.12.1980**
  - Erreur dans l'appréciation des faits
  - **Subsidiarité** de la mesure de détention (art. 7 et 27)
  - Absence de perspective d'éloignement (art. 7, 25, 27, 29, 51/5 §3, 74/5, 74/6)
  - Absence de risque de fuite ou d'obstruction à la préparation du retour (art. 7 et 27)
  - Violation de l'autorité de chose jugée d'une ordonnance du CCE
  - Conditions de prolongation non remplies
  - …
- **Violation de normes internationales** (articles 3, 5 et 8 CEDH, droit d'être entendu…)

Boite à outils

1. Pas suspensif ?
2. Contrôle de légalité ?
3. Pièges procéduraux

Ineffectif, les recours devant les juridictions d'instruction ?

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 légal.*

CEDH, FIROZ MUNEER c. Belgique,11.4.2013

1. Pas suspensif ?

En **principe**, le recours devant les juridictions d'instruction n'est pas suspensif

! Mais, les juridictions judiciaires sont également compétentes pour connaître des demandes fondées sur des **droits subjectifs** (article 144 de la Constitution)

► Existe-il un « ***droit subjectif à disposer d'un recours effectif*** *contre les titre privatifs de libertés* » dont un étranger a été, et est, l'objet ?

► Possibilité d'introduire une requête unilatérale fondée sur l'extrême urgence afin d'interdire à l'EB d'éloigner l'étranger avant l'épuisement des voies de recours interne

Mais contesté par EB via tierce opposition et appel

1. Pas suspensif ?

Cour d'appel 8.5.2015: Interdiction d'éloignement jusqu'à ce que la CMA se soit prononcée (R.G. 2015/QR/48)

> >< « *en demandant qu'il soit fait interdiction à l'EB de les expulser, les consorts XXX sollicitent que les ordres de quitter le territoire, en vertu desquels ils ont été privés de leur liberté et finalement expulsés, ne soient pas mis à exécution par une mesure effective d'éloignement. Cette demande relève de la* ***seule compétence du CCE*** »

(Cour d'appel 27.8.2015, R.G. 2015/AR/1229 – voir aussi Cour d'appel 14.1.2016, R.G. 2015/AR/2140)

2. Contrôle de légalité ?

2.1. Exactitude de la motivation - risque de fuite

« L'article 7, alinéa 3, (de la loi du 15.12.1980) 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 1er, 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****. »* (Cass., 27 juin 2012, P.12.1028.F)

2. Contrôle de légalité ?

2.2. Subsidiarité de la détention

§ 41 Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une ***gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour****, gradation* ***allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé****, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire,* ***à des mesures qui restreignent le plus celle-ci****, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes.*
(CJUE, Arrêt El Dridi, C-61/11)

2. Contrôle de légalité ?

2.2. Subsidiarité de la détention

« *(…) 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.

2. Contrôle de légalité ?

2.2. Subsidiarité de la détention

« *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.* » (Cass. 27 juin 2012, P.12.1028.F/1)

! « *Aucune disposition* ***n'impose à cette autorité d'exposer*** *en outre* ***les raisons*** *pour lesquelles elle considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif* » (Cass. 16 mars 2016, P.16.0281.F)

2. Contrôle de légalité ?

2.2. Subsidiarité de la détention

« La privation de liberté a été ordonnée ***sans avoir examiné, au préalable, si d'autres mesures étaient envisageables****.*

La mesure querellée n'est dès lors pas conforme au prescrit de l'article 15 §1er de la directive 2008/115/CE » (CMA, 1er juillet 2016)

La CMA a retenu :

- arrestation au domicile, sans résistance ;
- domicile avec son compagnon et sa fille scolarisée, tous deux de nationalité belge ;
- démarches entreprises afin de régulariser son séjour ;

2. Contrôle de légalité ?

2.2. Subsidiarité de la détention

Alternatives proposées (article 110 *quaterdecies* de l'arrêté royal du 8.10.1981 et article 7 de la loi du 15.12.1980):

- ✓ Signalement auprès du Bourgmestre ou de l'OE
- ✓ Dépôt de passeport
- ✓ Consignation d'une garantie
- ✓ Assignation à résidence

2. Contrôle de légalité ?

2.3. Droit international

- Article 3, 5 et 8 CEDH couplé à l'article 13 CEDH (! violation dans le cadre de la détention et non par l'OQT);

- Droit d'être entendu en tant que principe général de droit de l'Union?

2. Contrôle de légalité ?

2.3. Droit international

« L'article 72 de la loi du 15.12.1980 ne prévoit pas l'audition de l'étranger préalablement à la décision de mise à la disposition du gouvernement et aucune norme, notamment établie par l'UE, ***ne fixe les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense*** *des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant de faire l'objet d'un maintien dans un lieu déterminé en vue de leur mise à la disposition du gouvernement.*

En considérant que les droits de la défense du défendeur n'ont pas été respectés en raison du fait qu'il n'avait été entendu que dans le cadre de procédures ayant un objet différent et que, ***n'ayant pas eu la possibilité de faire valoir ses observations au regard de cette mesure qui était envisagée à son égard****, les juges d'appel n'ont* ***pas légalement justifié leur décision****. »*

(Cass. 21.09.2016, P.16.0939.F, cassant l'arrêt de la CMA du 18.8.2016)

3. Pièges procéduraux

Quel régime légal applicable à la détention de l'étranger ?

- Article 72 de la loi du 15.12.1980: « *Il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive sauf* (…) »

- *« Attendu qu'en vertu de l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15.12.1980, 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.

3. Pièges procéduraux

Quel régime légal applicable à la détention de l'étranger ?

- « *La loi (du 15.12.1980) ne fait pas mention du pourvoi en **cassation**, lequel demeure, en cette matière, régi par le Code d'instruction criminelle* ». Cass. 15.6.2016, P.16.0604.F

=> Exigence pour l'avocat d'être titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation (article 425, alinéa 2 du CICr)!

3. Pièges procéduraux

Importance de rédiger des conclusions

« *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* » (Cass. 18 avril 2007, P.07.0320.F/3)

« *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*** ». (Cass., 23 octobre 2013, P.13.1601.F.)

Conclusion

SOYEZ :

- ATTENTIFS!
- RÉACTIFS!
- CRÉATIFS!

Merci pour votre attention!