

La détention administrative des étrangers.

État des lieux et perspectives.

Décembre 2011

1. Introduction

La détention administrative des étrangers est distincte de la détention pénale. En effet, à la différence de celle-ci, aucun mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction ni aucun jugement correctionnel faisant suite à la commission d'une infraction, ne fonde la détention. La décision de maintenir en un lieu déterminé est prise par l'administration, l'Office des Étrangers, sur base de la réglementation relative au séjour des étrangers¹. Un contrôle judiciaire a posteriori de la légalité de la détention est exercé par la Chambre du conseil. Toutefois, nous le verrons, ce contrôle, outre qu'il ne suspend pas la mesure d'éloignement, s'avère souvent sans effectivité. Or, dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté et à la dignité de personnes n'ayant commis aucun délit, la détention administrative des étrangers devrait demeurer exceptionnelle et faire l'objet d'un contrôle extrêmement sévère.

Il faut l'avouer, la détention des étrangers en séjour illégal fait partie de ces instruments dont on pense qu'ils ont vocation à dissuader ou tenir éloignés les étrangers qui auraient l'idée de vouloir migrer vers nos contrées. Les centres fermés sont ainsi le symbole de la fermeture des frontières.

Des centres spécialisés, appelés centres fermés, ont été construits pour détenir ces personnes. Il en existe 6 en Belgique : le centre INAD, le centre 127 (Melsbroek), le centre 127bis, le centre pour illégaux de Merksplas, le centre pour illégaux de Vottem et le centre pour illégaux de Bruges². Ce sont des lieux confinés, propices aux dysfonctionnements et dérives³, et qui concentrent des violations des droits fondamentaux : l'atteinte à la liberté d'hommes, de femmes, voire d'enfants, leur soumission parfois à des traitements inhumains et dégradants. La Belgique a, à plusieurs reprises, été condamnée en raison des conditions de détention.

La législation belge applicable a évolué au fil des années et les hypothèses de détention d'étrangers ont été multipliées. Ce mouvement ne semble pas vouloir s'enrayer, dans la mesure où les récentes évolutions au niveau européen ont encore étendu la possibilité de détenir les ressortissants d'États tiers, notamment en autorisant la détention d'étrangers pour une durée de 18 mois⁴. Cette possibilité provient d'une directive européenne adoptée en décembre 2008, dénommée directive « Retour »⁵, qui tend à harmoniser les normes et les procédures applicables dans tous les États européens en matière de retour des ressortissants de pays tiers en

1 Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ci-après, L. 15/12/1980.

2 Un nouveau centre est en construction à Steenokkerzeel, vraisemblablement pour remplacer le centre 127 de Melsbroek, essentiellement composé de containers et initialement conçu pour une très courte période.

3 Voyez le rapport de AI, CIRE, JRS et VWV: « Douze mois dans les centres fermés : douze vies bouleversées », <http://www.cire.irisnet.be/ressources/rapports/12-mois-dans-les-centres-fermes.html>

4 Actuellement, la durée de détention en Belgique est e principe de deux mois. Elle peut, à certaines conditions, être reconduite jusqu'à une durée maximale de 8 mois. Infra.

5 Directive 2008/115/CE 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.

séjour irrégulier. Le texte offre cependant quelques garanties : en subordonnant notamment la détention au respect du principe de proportionnalité et prévoyant des durées maximales de maintien. La transposition de cette directive en droit belge, qui devait avoir lieu avant décembre 2010, a fait l'objet d'un projet de loi adopté tout récemment, le 24 novembre 2011⁶.

C'est pourquoi, il nous a semblé important de faire le point sur les questions liées à la protection des étrangers détenus administrativement : qui peut être détenu ; quels recours sont disponibles pour contester la mesure de détention ; comment est exercé le contrôle de la détention.

L'ADDE asbl a organisé, le 21 mai 2010, une journée d'étude consacrée à la détention administrative des étrangers. Cette journée rassemblait des experts et praticiens impliqués, avocats, professeurs, visiteurs de centres et membres d'associations actives dans la défense du droit des étrangers. Ce dossier s'appuie en partie sur les contributions des intervenants lors de cette journée : Mathieu Bietlot (sociologue, CAL), Jean-Yves Carlier (avocat, professeur UCL), Christine Flamand (Juriste, ADDE), Zavério Maglioni (avocat), Philippe Nicodème (Médiateur fédéral), Christophe Renders (Directeur JRS), Caroline Stainier (juriste, CECLR), Véronique van der Planken (avocate), et Tristan Wibault (juriste, CBAR). L'ADDE tient à les remercier chaleureusement.

Le présent document a été rédigé par Gaëlle Aussems, Isabelle Doyen, et Christine Flamand est inspiré notamment par les débats de cette journée. Il a une triple vocation :

- Il tend à sensibiliser les personnes non spécialisées dans le domaine des étrangers sur les questions de détention pour qu'elles soient dûment informées des possibilités de détenir les étrangers et des conditions de détention ;
- Il tend à informer les personnes qui sont confrontées aux questions de détention des recours disponibles et des outils nécessaires pour contester cette mesure ;
- Il se veut prospectif et tend à proposer quelques pistes de réflexion.

2. Les hypothèses de la détention⁷

Cette section clarifie les hypothèses dans lesquelles la loi permet au Ministre⁸ d'ordonner la détention d'une personne étrangère. Ces hypothèses visent trois catégories de personnes étrangères :

- L'étranger qui arrive à la frontière et à qui l'accès au territoire est refusé ;
- L'étranger en séjour illégal, lorsqu'il est mis fin à son séjour ou qu'il réside sur le territoire sans y être autorisé ;

⁶ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Ch. repr., Doc. n° 53 1825/001. En date du 19/12/2011, le texte n'est pas encore publié et les modifications ne sont pas encore entrées en vigueur mais cette formalité ne saurait tarder.

⁷ Les termes utilisés par la loi sont : « le maintien dans un lieu déterminé ».

⁸ Il s'agit plus précisément du secrétaire d'État à la Politique de l'asile et de migration ou, par délégation, de l'Office des Étrangers ou des autorités chargées du contrôle aux frontières.

- Les demandeurs d'asile.

2. 1. L'étranger refoulé :

Un étranger peut se voir refuser l'accès au territoire lorsqu'il arrive à la frontière et être maintenu en détention. La matière relative au franchissement des frontières est régie par le droit communautaire : c'est le Code frontières Schengen⁹ qui s'applique. En vertu de cet accord, la Belgique est tenue de contrôler ses frontières extérieures au bénéfice des 25 autres États Schengen¹⁰. Ce contrôle s'étend sur les 13 points d'entrée considérés comme frontaliers de la zone Schengen : 6 aéroports (Zaventem mais aussi Bierset, Courtrai, Gosselies, Ostende et Wevelgem), 6 ports (Anvers, Ostende, Zeebruges, Gand, Nieuport et Blankenberge) et 1 point terrestre (terminal Eurostar Bruxelles-midi).

Lorsque la personne se voit refuser l'accès au territoire, on lui demande de repartir. On appelle cela le refoulement¹¹. En vue de cette mesure, l'étranger peut être maintenu dans un lieu déterminé¹². La détention est possible dans les hypothèses suivantes :

- Soit l'étranger n'est pas en possession des documents requis pour entrer sur le territoire (appréhendé en zone de transit ou lors de l'accès au territoire) ;
- Soit il n'est pas en possession des documents d'entrée requis mais demande l'asile ;
- Soit il est en possession des documents requis pour entrer sur le territoire ou est exempté de visa mais il ne peut présenter les documents justifiant l'objet et les conditions du séjour envisagé ou il ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants pour couvrir son séjour ;
- Soit il représente un danger pour la tranquillité publique, l'ordre public ou la sécurité nationale parce qu'il a fait l'objet d'une mesure d'expulsion dans le passé ou parce qu'il pourrait constituer une menace pour la Belgique ou les pays Schengen. Il s'agit entre autres des personnes signalées aux fins de non admission dans le Système d'Information Schengen (SIS).

Remarque : Le contrôle à l'entrée. Il faut souligner que des étrangers en possession de documents d'entrée valables pour accéder au territoire (disposant d'un visa ou dispensé de visa) peuvent être contrôlés lors de leur entrée sur le territoire belge et se voir refuser l'accès au territoire s'ils ne peuvent présenter les documents justifiant l'objet et les conditions de

9 Règlement n°562/2006 du PE et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes. Il succède à la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

10 Depuis le 7 mars 2011, l'espace Schengen réunit l'Autriche, la Belgique, la République tchèque, le Danemark, l'Allemagne, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, le Liechtenstein, l'Islande, l'Italie, la Lituanie, le Luxembourg, la Lettonie, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Norvège, le Portugal, la Suède, la Slovaquie et la Suisse.

11 Art. 3, L. 15/12/1980.

12 Art. 7, al. 3, L. 15/12/1980.

leur séjour ou s'ils ne disposent pas des moyens de subsistance suffisants pour couvrir leur séjour. Il n'est donc pas rare que les autorités chargées du contrôle des frontières décident, avec l'aval de l'Office des Étrangers, d'annuler purement et simplement le visa¹³. Or, il faut souligner que, pour obtenir un visa, de nombreux documents doivent être soumis, de sorte que l'annulation pure et simple de ce dernier est une mesure particulièrement drastique. Une telle mesure d'annulation peut être prise lorsque l'étranger présente un visa délivré par un autre État Schengen. Cela peut être problématique au regard du Code communautaire des visas qui prévoit que l'annulation d'un visa ne peut pas être automatique¹⁴.

2. 2. L'étranger en séjour illégal :

Une seconde hypothèse de détention concerne l'étranger en séjour illégal, lorsqu'il est mis fin à son séjour ou lorsqu'il réside sur le territoire sans y être autorisé¹⁵. Cette hypothèse vise par exemple :

- L'étranger qui demeure en Belgique au-delà du délai fixé par son autorisation de séjour ou ne peut apporter la preuve que ce délai n'est pas dépassé ;
- L'étranger qui ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants pour couvrir les frais de son séjour ;
- L'étranger atteint d'une maladie pouvant mettre en danger la santé publique, énumérée en annexe de la loi du 15 décembre 1980 ;
- L'étranger qui exerce une activité professionnelle sans être en possession de l'autorisation requise à cet effet ;
- L'étranger qui risque de porter atteinte à l'ordre public ou a porté atteinte à l'ordre public dans le passé¹⁶ ;
- Si, par son comportement, il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale ou s'il est considéré par le Ministre comme pouvant compromettre les relations internationales de la Belgique ou d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique ;
 - S'il a porté atteinte à l'ordre public (AM de renvoi ou AR d'expulsion) et est mis à la disposition du gouvernement¹⁷ ;

13 Art. 3, alinéa 2, L. 15/12/1980 : « lorsque l'étranger est porteur d'un visa valable, les autorités chargées du contrôle aux frontières soumettent le cas pour décision au Ministre ou son délégué. Si l'accès au territoire est refusé, elles annulent le visa et refoulent l'étranger ».

14 Règlement (CE) n° 810/2009 du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas. Voyez l'article 34, § 4 : « L'incapacité du titulaire du visa de produire, à la frontière, un ou plusieurs des justificatifs visés à l'article 14, paragraphe 3, ne conduit pas automatiquement à une décision d'annulation ou d'abrogation du visa ». Pour plus de détails : Gérard Beaudu, « Le Code communautaire de visa », RDE n°156, p. 599.

15 Hypothèses visées à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980.

16 Pour plus d'informations à ce sujet, voyez l'article d'Olivier de Schutter : « La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public », RDE n°93, 1997, p. 177.

17 Art. 25, L. 15/12/1980.

- S'il n'a pas obtempéré à l'OQT ou à l'AM de renvoi ou AR d'expulsion pendant le délai qui lui était imparti¹⁸.

- L'étranger qui doit quitter le territoire en application d'accords internationaux (exemple : le Ministre reconnaît une décision d'éloignement prise par un autre État membre à l'égard d'un étranger signalé aux fins de non admission dans le Système d'Information Schengen¹⁹).

2. 3. Les demandeurs d'asile :

La dernière catégorie de personnes qui peuvent être détenues est celle des demandeurs d'asile. Il s'agit de personnes qui introduisent une demande de protection internationale en Belgique (statut de réfugié et protection subsidiaire).

La loi fait une distinction entre deux cas de figure :

- L'étranger qui sollicite la protection **à la frontière**²⁰ : il s'agit de la personne qui se présente à la frontière sans être en possession de documents d'entrée valables et qui y demande l'asile ;
- L'étranger qui sollicite la protection **sur le territoire**²¹ : il s'agit de la personne entrée sur le territoire (avec ou sans documents valables) et qui introduit par la suite une demande d'asile.

La première catégorie de demandeurs d'asile peut être maintenue dans un lieu déterminé, situé aux frontières, en attendant une autorisation d'entrer dans le Royaume ou un refoulement du territoire²².

Remarque : La notion de lieux situés aux frontières. Si la loi parle de lieux « situés aux frontières », ceux-ci ne se trouvent pas nécessairement aux frontières ni aux 13 points d'entrée cités plus haut. Il s'agit d'une fiction juridique qui consiste à considérer certains lieux déterminés comme ne faisant pas partie intégrante du territoire belge.

La seconde catégorie de demandeurs d'asile, par contre, ne peut être maintenue dans un lieu déterminé que dans certaines hypothèses circonscrites par la loi²³. Celles-ci sont cependant nombreuses. Il s'agit notamment du demandeur d'asile ayant résidé pendant trois mois dans un ou plusieurs pays tiers avant d'arriver en Belgique, de l'étranger qui n'a pas introduit la demande au moment où les autorités chargées du contrôle des frontières l'ont interrogé sur les raisons de se rendre en Belgique, de l'étranger qui introduit une demande d'asile dans le but de reporter ou de déjouer

18 Art. 27 et 29, L. 15/12/1980.

19 Art. 8bis, §4, L. 15/12/1980.

20 La demande est introduite auprès des autorités chargées du contrôle des frontières.

21 La demande est introduite auprès de l'Office des étrangers ou, en cas de détention, auprès du directeur d'une prison ou d'un centre fermé.

22 Art. 74/5, §1er, 2°, L. 15/12/1980.

23 Art. 74/6, §1bis, L. 15/12/1980.

l'exécution de son éloignement, de l'étranger qui ne collabore pas suffisamment à l'établissement de son identité, etc. Une décision de maintien en détention peut également être prise à l'égard de l'étranger qui a reçu une décision négative du Commissariat Général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA) sur sa demande de protection afin de garantir l'éloignement effectif du territoire au cas où cette décision négative deviendrait exécutoire²⁴.

En outre, qu'il s'agisse d'une demande introduite à la frontière ou sur le territoire, certains demandeurs d'asile peuvent être maintenus lorsque l'Office des Étrangers estime qu'un autre État membre de l'Union européenne est compétent en vertu du Règlement Dublin II²⁵. L'idée de cette réglementation est de déterminer un seul état responsable pour examiner une demande d'asile. Ainsi, si la personne a déjà introduit une demande d'asile dans un autre pays de l'Union ou y a déjà résidé ou dispose de documents pour s'y rendre, c'est cet État qui sera compétent pour examiner la demande d'asile. Cette réglementation européenne ne prévoit pas, en tant que telle, la possibilité de détenir le demandeur d'asile pour lequel il y aurait des raisons de croire qu'un autre pays est compétent. En droit belge, le demandeur d'asile peut cependant être détenu durant le temps nécessaire à la détermination de l'État responsable par l'Office des étrangers, sans que cette détention ne puisse a priori excéder un mois²⁶. Toutefois, lorsque l'Office des étrangers a demandé à un autre État membre de « prendre » ou de « reprendre » en charge le demandeur d'asile et que cette démarche s'avère particulièrement complexe, le délai de détention peut être prolongé d'un mois²⁷. Enfin, lorsque le demandeur d'asile doit effectivement être transféré vers un autre pays, le Ministre peut prévoir qu'il soit maintenu dans un lieu déterminé pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de ce transfert²⁸.

Un dernier cas de maintien en détention de demandeurs d'asile vise ceux qui sont considérés comme dangereux pour l'ordre public ou la sécurité nationale²⁹.

Remarques :

1. On vient de le voir, les demandeurs de protection internationale énumérés plus haut peuvent être maintenus en détention durant leur procédure d'asile. Cette possibilité accordée par la loi pose question au regard du droit international et notamment des droits de l'Homme. En effet, tant qu'une procédure d'asile n'est pas clôturée, le demandeur est inéloignable³⁰. On comprend mal, dans ce cas, la nécessité de détenir une personne qui ne

24 Art. 74/6, §1er, L. 15/12/1980.

25 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, Journal officiel, n° L 050 du 25/02/2003 p. 0001 – 0010.

26 Art. 51/5 §1er, al. 2, L. 15/12/1980.

27 Art. 51/5 §1er, al. 3, L. 15/12/1980.

28 Art. 51/5, §3, al 4, L. 15/12/1980. Cette détention ne peut pas non plus dépasser un mois. Notez cependant qu'il n'est pas tenu compte des jours de détention effectués précédemment sur une autre base.

29 Art. 52/4, L. 15/12/1980.

30 Les demandeurs d'asile bénéficient du principe de non-refoulement.

peut pas être immédiatement expulsée.

2. La détention des demandeurs d'asile a des conséquences importantes sur la qualité de leur accompagnement. Pour le bon déroulement de leur procédure, ces personnes ont besoin d'apporter du crédit à leur récit en présentant une série de documents. Toutefois, elles ne viennent généralement pas en Belgique avec tous les éléments de preuve de leur histoire. Ces appuis doivent être récoltés au plus vite après leur arrivée, souvent en collaboration avec des proches restés au pays. En détention, la collecte de ces éléments est extrêmement difficile. Plusieurs associations ont publié des rapports pointant ces difficultés et appelant à assurer une prise en compte de ce fait dans le cadre de l'évaluation de la demande d'asile (voir infra).

3. La loi prévoit les hypothèses dans lesquelles des étrangers peuvent être mis en détention. Il s'agit toutefois d'une faculté pour le Secrétaire d'État ou pour son délégué et non pas d'une obligation. Cela implique que la décision doit être motivée et indiquer les raisons pour lesquelles il est décidé, dans un cas particulier, de procéder au maintien en détention d'un étranger³¹. En pratique, on constate que ces décisions sont stéréotypées.

4. Le projet de loi qui transpose la directive « Retour »³² conditionne désormais la détention au fait qu'il n'existe pas de mesures suffisantes mais moins coercitives qui puissent être appliquées efficacement. Elle sera ordonnée 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. Lorsque ces dispositions entreront en vigueur, la décision de maintien d'un étranger en séjour illégal dans un lieu déterminé devra donc être motivée individuellement quant à l'absence d'alternative à la détention. Toutefois, le fait de subordonner la détention au principe de proportionnalité ne devrait concerner ni la détention des demandeurs d'asile, ni la détention en vue du refoulement³³.

5. Une même personne peut être détenue sur différentes bases légales successives. Ainsi, une personne peut être détenue à la frontière parce qu'elle ne dispose pas de documents requis pour l'accès au territoire. Si elle introduit une demande d'asile par la suite, la base légale de sa détention est modifiée et une nouvelle décision de maintien peut être prise.

6. La détention, telle qu'elle est prévue par la loi, n'a pas de caractère autonome. Il n'est pas possible de détenir un étranger pour le simple fait qu'il est en séjour irrégulier ou illégal. La détention ne peut être ordonnée que pour garantir l'effectivité d'une mesure d'éloignement ou d'expulsion.

31 Dans une décision du 7 novembre 2011, la Chambre du conseil de Bruxelles rappelle que « la privation de liberté doit rester l'exception. La détention constitue une possibilité qui doit faire apparaître la motivation quant à l'adéquation de la mesure prise et quant à sa proportionnalité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Rien au dossier ne permet de conclure que le requérant n'obtempérera pas le cas échéant volontairement à une mesure d'éloignement ». Bruxelles (ch. cons.), 7 novembre 2011, inédit.

32 Op. cit. (note 6).

33 En effet, le projet de loi ne prévoit pas de modification des articles 74/5 et 74/6 de la loi du 15/12/1980.

3. La durée de la détention

3. 1. Principe

Sous réserve de certaines exceptions, la loi prévoit que l'étranger peut être détenu en vue de son éloignement pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure sans que la durée de détention ne puisse dépasser deux mois³⁴.

Une prolongation de deux mois de la période initiale de la détention est cependant possible dans certaines situations :

- si les démarches en vue de l'éloignement ont été entreprises dans les 7 jours après que la décision soit devenue exécutoire ;
- si ces démarches sont poursuivies avec la diligence requise, et ;
- s'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable³⁵.

Après une première prolongation, une nouvelle décision de prolongation peut être prise par le Ministre³⁶. Après cinq mois de détention, l'étranger doit être libéré. Toutefois, si la sauvegarde de l'ordre public l'exige, la détention est prolongée de mois en mois après l'expiration du délai de 5 mois avec un maximum de 8 mois de détention au total.

En cas de dépassement du délai ou d'absence de décision de prolongation de la détention d'un étranger ayant fait l'objet d'une décision de refoulement à la frontière, celui-ci sera autorisé à entrer dans le Royaume et la décision de refoulement sera assimilée à un ordre de quitter le territoire³⁷.

Remarque : *Le recommencement du délai en cas de notification d'une nouvelle décision de détention dans l'hypothèse où l'étranger s'est opposé à son éloignement. La Cour de cassation³⁸ estime qu'une nouvelle mesure privative de liberté, qui annule le délai de la détention antérieure, peut être prise si l'étranger s'oppose de façon injustifiée à son éloignement. Donc, si un étranger refuse d'embarquer à bord de l'avion amené à l'éloigner du territoire, l'OE pourrait lui notifier une nouvelle décision de détention et les compteurs repartiraient à zéro. La Cour de cassation offre de ce fait la possibilité à l'administration*

34 Art. 7, 74/5, § 3 et 74/6, § 2, L. 15/12/1980.

35 Remarque : pour pouvoir prolonger la durée initiale de détention d'une personne ayant demandé l'asile à la frontière, celle-ci doit en plus avoir fait l'objet d'une mesure de refoulement exécutoire (art. 74/5, § 3, L. 15/12/1980).

36 Cette nouvelle prolongation ne peut être prise que par le Ministre et non plus par son délégué.

37 Art. 74/5, §4, L. 15/12/1980.

38 Cass., 28 septembre 1999, Bull., 1999, n° 11, p. 1220.

de détenir ces étrangers sans limite dans le temps. Cette position n'est pas conforme au prescrit de la directive « Retour » et contrevient certainement au droit à la liberté prévu par l'article 5, §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (cf. infra).

3. 2. Exceptions

En fonction de l'hypothèse dans laquelle se trouve la personne, la durée de détention peut cependant varier.

Si l'étranger est un demandeur d'asile pour lequel une demande de reprise est adressée à un autre État partie du Règlement Dublin II, la détention est limitée à un mois. Toutefois, si le traitement de la demande de prise en charge s'avère particulièrement difficile, la détention peut être prolongée d'une durée d'un mois³⁹.

Si l'étranger est demandeur d'asile et qu'il reçoit une décision négative du CGRA, il verra le délai de sa détention prolongé (la loi parle de suspension du délai) du nombre de jours qu'il mettra à introduire un recours au CCE (maximum 15 jours). Si le CCE décide de renvoyer le dossier au CGRA pour examen complémentaire, il peut également y avoir une suspension du délai pendant un mois maximum⁴⁰.

Si l'étranger est signalé aux fins de non-admission dans les États parties à la Convention d'application de l'Accord de Schengen, il peut être détenu pendant que l'Office des Étrangers vérifie s'il peut reconnaître la décision d'éloignement prise par un autre État membre. Cette détention ne peut être supérieure à un mois⁴¹.

4. Le devoir d'information

Un préalable à l'exercice des voies de recours par un étranger est d'être informé de la mesure de détention et des raisons de celle-ci. Ainsi, les détenus doivent être informés rapidement, dans une langue qu'ils comprennent, des raisons juridiques et factuelles de leur détention, et des recours dont ils disposent. Ils devraient avoir la possibilité immédiate de contacter une personne de leur choix pour s'informer de leur situation, ainsi que de bénéficier des services d'un avocat ou d'un médecin. Ceci afin de respecter le prescrit de l'article 5, §2 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui énonce que : « *Toute personne arrêtée doit être informée, dans les plus brefs délais et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation* »⁴². Cette information est essentielle afin de pouvoir mettre en œuvre les recours disponi-

39 Art. 51/5, L. 15/12/1980.

40 Art. 74/6, §2, al. 5, L. 15/12/1980.

41 Art. 8bis, L. 15/12/1980.

42 Pour un cas d'application, voyez Cour eur.D.H., Rusu c/ Autriche, 2 octobre 2008, § 36 : "by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a Court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4".

bles. Ainsi, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a récemment déclaré une mesure privative de liberté illégale en ce que l'étranger n'avait pas été informé dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend des raisons de son arrestation⁴³.

L'accessibilité de l'information dans une langue comprise par l'étranger pose actuellement question dans la pratique européenne⁴⁴.

Remarque : La prochaine réforme. Le projet de loi qui transpose la directive « Retour » en droit belge prévoit l'insertion d'un article 74/18 dans la loi du 15 décembre 1980, lequel permettra à l'étranger d'obtenir, sur demande expresse auprès de l'Office des Étrangers, une traduction écrite ou orale des principaux éléments de la décision d'éloignement et des informations concernant les voies de recours. Cette disposition ne vise malheureusement pas la décision de maintien en détention.

5. Le contrôle de la détention

5.1. Le recours et la procédure devant la Chambre du conseil

Le contrôle de la détention administrative a été confié au juge pénal. Il s'agit du juge de la Chambre du conseil du Tribunal de première instance, et, en degré d'appel, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel. Le fait que ce contrôle ait été confié au juge pénal étonne le praticien dans la mesure où celui-ci est peu familiarisé avec le droit administratif des étrangers. Cette compétence semble souligner la confusion opérée dans la société entre la migration et l'atteinte à l'ordre public. Il eût été plus utile de confier ce contrôle à une juridiction civile, habituée à contrôler la protection des droits subjectifs, ou à une juridiction spécialisée en droit des étrangers.

Ces juges étant normalement chargés du contrôle de la légalité de la détention préventive en matière pénale, la loi se réfère, en ce qui concerne la procédure, à la réglementation en matière de détention préventive^{45 46}.

La détention administrative se distingue cependant de la détention préventive par les éléments suivants :

- L'étranger n'est pas soupçonné d'avoir commis un délit ;
- Le contrôle n'est pas automatique : une requête doit être introduite par l'étran-

43 Bruxelles (mis. acc.), 29 novembre 2011, inédit.

44 Conseil de l'Europe : « Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées », adoptées par le Comité des Ministres le 1er juillet 2009 lors de la 1062e réunion des Délégués des Ministres.

45 Article 72, L. 15/12/1980.

46 Zaverio Maglioni notait à cet égard, dans son exposé, l'interprétation pour le moins surprenante que la jurisprudence de la Cour de Cassation a fait de ce renvoi, considérant en substance que la loi de 1980, en prévoyant un renvoi à la loi sur la détention préventive, « se réfère nécessairement à la loi relative à la détention préventive en vigueur lors de sa promulgation, à savoir celle du 20 avril 1874 » (Cass., 31 juillet 2001).

ger dans les cinq jours de la détention ;

- Le contrôle s'effectue sur une décision administrative de l'Office des Étrangers et non pas sur une décision d'un juge ;
- Le recours à la Chambre du conseil est un recours non suspensif de l'éloignement, ce qui implique que l'étranger est susceptible d'être éloigné avant que la Chambre du conseil ne se prononce sur la légalité de la détention.

L'étranger peut introduire un recours contre la mesure de détention prise à son égard en déposant une requête auprès de la Chambre du conseil. Ce recours ne doit pas revêtir de formes spécifiques⁴⁷ mais il est dans l'intérêt du requérant de motiver le plus possible celui-ci afin de convaincre le juge que la détention est illégale.

Le recours ne peut pas être introduit devant n'importe quelle juridiction du pays. La loi du 15 décembre 1980 indique la Chambre du conseil qui devra être saisie. Pour les personnes appréhendées à la frontière, c'est la Chambre du conseil du lieu où l'étranger est maintenu qui est compétente. Pour l'étranger privé de liberté après l'entrée sur le territoire, c'est soit la Chambre du conseil de son lieu de résidence, soit celle du lieu où il a été trouvé⁴⁸.

La requête peut être réintroduite de mois en mois. Les parties présentes à la Chambre du conseil sont : le Ministre ou son délégué, l'étranger et le ministère public (parquet). La présence du parquet a de quoi étonner puisque, en l'occurrence, l'étranger n'est pas « poursuivi ». Les praticiens font écho de ce que l'Office des Étrangers est assez rarement représenté, tandis que le parquet aurait une tendance nette à défendre les thèses de l'administration. On peut se demander si le rôle du parquet, plutôt que prendre parti pour l'administration, ne devrait pas être d'apporter un éclairage plus objectif, notamment sur le respect des droits fondamentaux de la personne.

La Chambre du conseil doit se prononcer dans les 5 jours ouvrables suivant le dépôt de la requête⁴⁹. À défaut, l'étranger est remis en liberté. Le dossier est mis à la disposition de l'avocat pendant les deux jours ouvrables précédant l'audience.

Les ordonnances de la Chambre du conseil sont susceptibles d'appel de la part de l'étranger, du ministère public et de l'Office des Étrangers⁵⁰. Ce recours doit être introduit dans les vingt-quatre heures du prononcé. La Chambre des mises en accusation statue dans les 15 jours à compter de l'introduction du recours. L'étranger reste détenu pendant le temps de l'appel contre une ordonnance de libération. Les procédures

47 La Cour de Cassation a par exemple jugé que le fait qu'une requête n'indique pas la mesure administrative contre laquelle le demandeur entend exercer un recours ne constitue pas en soi une cause d'irrecevabilité. Cass., 26/11/2008.

48 Art. 71, L. 15/12/1980.

49 Art. 72, al. 1er, L. 15/12/1980.

50 Alors qu'un tel pourvoi est exclu en matière pénale, la Cour de cassation juge recevable le pourvoi du MP ou de l'OE contre une décision de libération prononcée par la Chambre des mises en matière de détention administrative.

n'étant pas suspensives, il peut donc être expulsé ou refoulé avant que la Chambre des mises ne statue. Un pourvoi en cassation est encore possible contre l'arrêt rendu par la Chambre des mises. L'étranger ne sera remis en liberté que si la décision de libération est coulée en force de chose jugée, c'est à dire qu'elle n'est plus susceptible de recours.

5. 2. La nature du contrôle

La Chambre du conseil vérifie si les mesures privatives de liberté et l'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité. Les limites entre le contrôle d'opportunité et le contrôle de légalité ne sont pas faciles à déterminer⁵¹. La notion d'opportunité vise une appréciation de fait en fonction des circonstances particulières de chaque cas. La notion de légalité de la détention, quant à elle, vise la conformité de la détention avec les lois applicables, en ce compris les normes nationales et internationales. La distinction entre le contrôle de légalité et le contrôle d'opportunité a déjà fait couler beaucoup d'encre⁵².

En 2009, la Cour de cassation a encore confirmé que la mise en détention n'est pas subordonnée à l'obligation pour l'administration de constater un risque de fuite dans le chef de l'étranger détenu : « l'absence de risque de clandestinité ajoute à la loi une condition qui ne s'y trouve pas, et fait entrer la juridiction d'instruction dans un contrôle que l'article 72, alinéa 2 de la loi ne lui attribue pas »⁵³. En d'autres mots, la Cour a estimé que la Cour d'appel avait procédé à un contrôle d'opportunité et qu'elle avait dépassé les limites de son contrôle en estimant que l'Office des étrangers pouvait facilement retrouver la personne en question et que donc, la détention n'était pas indiquée⁵⁴. Toutefois, la détention n'est justifiée en droit que si elle est nécessaire pour assurer l'éloignement effectif de la personne. Le contrôle de légalité vise aussi bien la décision de maintien en centre fermé que la décision de refus de séjour et d'éloignement qui la fonde⁵⁵. La position de la Cour de cassation, dans cet arrêt du 4 novembre 2009, nous semble perdre de vue que le contrôle de légalité doit comporter un examen tant interne qu'externe de l'acte.

Remarque : La réforme. Le projet de loi transposant la directive « Retour »⁵⁶ devrait mettre fin pour partie à cette controverse lorsque ses dispositions entreront en vigueur. Désormais, la possibilité de détenir un étranger en séjour illégal sera conditionnée au fait qu'il n'existe pas de mesures suffisantes mais moins coercitives qui puissent être appliquées efficacement et la détention sera ordonnée, en particulier, lorsqu'il existe un risque

51 Voyez l'article de Sylvie Saroléa : « Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier : comment et pourquoi ? », RDE n° 93, 1997, p. 200.

52 C. PASBECQ, « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », R.D.P., 1980, p. 804.

53 Cass., 4 novembre 2009, RDE n°157, 2010, p. 11.

54 Nous reviendrons plus loin sur la notion de risque de fuite.

55 Cass., 23 novembre 1994.

56 Op. cit. (note 6).

de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement⁵⁷. L'administration sera donc tenue de motiver ses décisions par rapport à ces éléments et le risque de fuite relèvera du contrôle de légalité. Malheureusement, les modifications prévues ne devraient concerner ni la détention des demandeurs d'asile ni la détention en vue de refoulement⁵⁸.

> La légalité interne

La légalité interne vise tant les dispositions nationales qu'internationales directement applicables dans l'ordre juridique interne. Le contrôle du juge doit donc porter sur le respect des normes nationales suivantes :

- **La Constitution** (en particulier, le principe d'égalité et de non discrimination prévu aux articles 10 et 11): la différence de traitement doit reposer sur un critère objectif et être proportionnel à l'objectif poursuivi. Ce contrôle comporte un examen de la nécessité de la privation de liberté eu égard au but poursuivi (l'éloignement) compte tenu des circonstances d'espèce⁵⁹.
- **La loi du 15 décembre 1980** : les hypothèses de détention ou l'obligation de motivation des décisions administratives (art. 62, de la Loi)⁶⁰ ; par exemple, l'acte de privation de liberté est stéréotypé et ne mentionne pas de circonstances de fait.
- **La loi relative à la motivation formelle des actes administratifs du 29 juillet 1991**:
 - ex. « L'acte doit contenir une motivation formelle et adéquate et doit révéler les raisons du choix de la mesure opérée par l'autorité compétente »⁶¹.
 - ex. Un simple renvoi à une disposition légale ne suffit pas: il faut indiquer les circonstances propres à la situation de l'étranger dans la décision de maintien (référence à l'article 74/6 §1er)⁶².
- Les dispositions de droit international directement applicables :
 - Le juge contrôlera également le respect des normes internationales qui protègent les droits fondamentaux tels que la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier l'article 3 (droit d'être protégé contre les traitements inhumains et dégradants)⁶³, l'article 5 (droit à la liberté et la

57 Art. 5 du projet de loi modifiant l'article 7 de la loi du 15/12/1980 ; Art. 6 du projet de loi modifiant l'article 8bis de la loi du 15/12/1980 ; Art. 7 du projet de loi modifiant l'article 27 §3, al. 1er de la loi du 15/12/1980.

58 En effet, le projet de loi ne prévoit pas de modification des articles 74/5 et 74/6 de la loi du 15/12/1980.

59 Voyez, Charleroi (ch. cons), 26 mai 2009, inédit.

60 Bruxelles (mis. acc.), 2 octobre 2009, inédit.

61 Bruxelles (mis. acc.), 3 mai 1996, inédit.

62 Bruxelles (mis. acc.), 8 février 2010, inédit.

63 L'arrêt Soering de la CEDH rappelle que malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), « pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier ; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants pros crits par ledit article (art. 3). » (Cour eur. D. H., Soering c/ UK, 07 juillet 1989).

sûreté) et l'article 8 (protection de la vie privée).

Ainsi, le juge a estimé dans le cas d'un ressortissant irakien qui avait introduit une demande d'asile et pour lequel l'Office des étrangers avait décidé qu'il devait, sur base du Règlement Dublin, être renvoyé vers la Grèce, qu'il y avait un risque que le demandeur en cas de transfert vers la Grèce subisse un traitement inhumain et dégradant en violation de l'article 3 CEDH et que, par conséquent, la décision était illégale⁶⁴.

> La légalité externe

Par contrôle de légalité externe, il y a lieu d'entendre les questions de compétence, de procédure et de forme qui viennent entacher la décision d'illégalité. Il s'agit, par exemple, de l'absence de signature de l'autorité compétente ou d'un élément repris qui serait erroné (ex. la nationalité).

> La prolongation de la détention

La prolongation de la détention est soumise aux conditions suivantes :

- Les démarches en vue de l'éloignement sont effectivement entamées dans les 7 jours de la mise en détention ;
- Elles sont poursuivies avec diligence ;
- Il existe toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.

L'avocat de l'étranger pourra dès lors présenter des éléments qui démontrent que l'éloignement n'est pas possible dans un délai raisonnable, qu'il s'agisse d'éléments touchant à la position personnelle de l'intéressé ou liés à la situation dans le pays d'origine, tels que par exemple :

- L'attestation de l'ambassade selon laquelle elle ne délivre pas de laissez-passer, ou d'autres sources d'informations indiquant que les laissez-passer ne sont pas délivrés par l'ambassade de ce pays ;
- Des informations émanant de sources fiables établissant qu'il y a impossibilité de retour ou que des démarches particulières doivent être entamées pour qu'un retour puisse être effectué (ex. <http://www.unhcr.org> ou <http://www.ecoi.net>).

Remarque : *Conseils à l'avocat.*

Il est important que l'avocat développe certains réflexes :

- *Contacter, dès sa désignation, le service social du centre fermé pour demander une copie de la décision et les avertir de la désignation ;*

⁶⁴ Bruxelles (mis. acc.), 8 avril 2010, RDE n°157, p. 68.

- Vérifier la légalité interne et externe de l'acte administratif (cf. supra) ;
- Vérifier où en sont les démarches relatives à l'éloignement effectif de l'étranger ;
- Envisager l'introduction d'une requête devant la Chambre du conseil ;
- Documenter le recours et joindre la jurisprudence utile ;
- Compléter, le cas échéant, la requête initiale et faxer le complément avant l'audience ;
- Aller voir le dossier administratif dans les deux jours ouvrables avant l'audience. Si le dossier n'est pas déposé par l'OE, il peut solliciter une attestation écrite du greffe expliquant que le dossier n'est pas disponible ;
- Vérifier si les démarches ont été faites par l'OE dans les délais impartis ;
- Etc.

Enfin, notons que d'autres recours peuvent être utilement introduits :

- Recours au Conseil du Contentieux des étrangers (CCE) en suspension d'extrême urgence, sur base de l'article 39/82, §2, alinéa 1er, L. 15/12/1980, afin d'obtenir la suspension de l'exécution imminente d'une décision d'éloignement ;
- Saisine du Président du Tribunal de 1ère instance en référé, sur base de l'article 584 du CJ (requête unilatérale) ;
- Demande de mesures provisoires à la Cour européenne des droits de l'homme sur base de l'article 39 du règlement de la Cour.

Ces recours ne sont pas, à proprement parler, des recours contre la détention mais il s'agit de recours contre des décisions d'éloignement (ordre de quitter le territoire), dont il sera question infra. Dans la mesure où la détention est fondée sur une décision d'éloignement et vise à en assurer l'exécution, il paraît important d'attaquer également ces décisions.

6. Les spécificités du recours dans le cadre du refoulement de l'étranger à la frontière

Cette section examine les particularités liées aux recours contre une mesure de refoulement à la frontière lorsque l'étranger n'a pas encore accédé au territoire belge.

6.1. La spécificité de la détention en vue du refoulement

La spécificité de la détention en vue du refoulement est liée à l'application de diverses conventions et principes internationaux :

- La Convention d'application de l'accord de Schengen (voir supra) ;
- La Convention de Chicago : cet accord porte notamment sur la responsabilité

des transporteurs qui acheminent des personnes étrangères sans qu'elles ne soient en possession de documents de voyage valables⁶⁵.

Le principe de l'extraterritorialité : la loi qualifie les lieux de détention situés à la frontière de zones d'extraterritorialité. Il en résulte que l'étranger est considéré comme n'ayant pas encore eu accès au territoire, ce qui a des conséquences importantes, notamment, sur son régime de détention (voir infra).

Remarque : La notion d'extraterritorialité. La CEDH a estimé que parler de zone d'extraterritorialité pour ces lieux n'a pas de sens puisque la législation nationale s'y applique et a rappelé que les droits fondamentaux y sont applicables et que ces zones dites extraterritoriales ne peuvent constituer des zones de non-droit⁶⁶.

6. 2. La spécificité du recours dans le cadre du refoulement :

Les recours contre la mesure de refoulement et le maintien en détention dans ce cadre sont caractérisés par l'urgence. En effet, un refoulement peut être mis en œuvre à tout moment. Cela est dû à l'application de la Convention de Chicago qui prévoit qu'un transporteur qui achemine des personnes étrangères sans qu'elles ne soient en possession de documents de voyage valables est obligé de les « reprendre » et de les ramener à leur point de départ. Dès lors, l'éloignement est possible sans que des démarches ne doivent être entreprises par l'Office des étrangers pour munir ces personnes de documents de voyage.

Pour l'introduction de recours contre le refoulement, il est nécessaire que le praticien maîtrise et invoque la législation européenne pertinente : Code des visas, Code frontières Schengen. Cette matière est complexe et spécifique.

> Le recours à la Chambre du conseil :

Pour rappel :

- Ce recours n'est pas suspensif. Or, la Chambre du conseil doit statuer dans les 5 jours ouvrables, ce qui a pour conséquence que la décision arrive parfois trop tard ;
- La libération de l'étranger aura uniquement lieu si la décision de libération est coulée en force de chose jugée. S'il y a appel du Ministère public ou de l'OE contre la décision de libération de la Chambre des mises, l'exécution du refoulement reste possible.

65 Ce principe se retrouve à l'article 74/4 de la loi du 15 décembre 1980 : « Le transporteur public ou privé qui a amené dans le Royaume un passager dépourvu des documents requis par l'article 2 ou se trouvant dans un des autres cas visés à l'article 3, doit le transporter ou le faire transporter sans délai dans le pays d'où il vient ou dans tout autre pays où il peut être admis ».

66 « La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français. En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité. » (Cour eur. D. H., Amuur c France, 20 mai 1996, § 52).

Remarque : La fin de la « libération » en zone de transit. Jusqu'à l'arrêt *Riad et Idiab c. Belgique*⁶⁷, l'administration pratiquait la « libération » dans la zone de transit de l'aéroport. C'est-à-dire, qu'après une décision de mise en liberté prise par la Chambre du conseil et, éventuellement, la Chambre des mises en accusation, la Belgique « libérait » l'étranger sans lui permettre pour autant de quitter la zone de transit de l'aéroport. Ce fait de renvoyer une personne dans une zone nullement aménagée pour l'accueillir la mettait dans une situation encore plus précaire et préjudiciable. La Cour a considéré que cette pratique violait les articles 3 et 5 CEDH. La Belgique a donc mis fin à cette pratique suite à cette jurisprudence.

> Le recours au Conseil du contentieux des étrangers (CCE)

Le CCE peut être saisi d'une demande d'annulation et d'une demande de suspension, le cas échéant en extrême urgence, de la décision de refoulement. Si la demande de suspension en extrême urgence est introduite dans les cinq jours de la notification, le recours bénéficie d'un effet suspensif de plein droit, ce qui signifie que l'Office des Étrangers ne pourra pas faire procéder à l'éloignement de l'étranger durant la durée de l'examen du recours, jusqu'à la décision sur la demande de suspension. Il faut souligner que les conditions formelles de recevabilité du recours devant le CCE sont nombreuses et souvent sanctionnées par la nullité du recours. En outre, les conditions liées au recours en suspension d'extrême urgence sont assez élisives, puisqu'il faut démontrer l'extrême urgence (soit un risque de péril imminent et prouver qu'on a agi avec diligence), un préjudice grave et difficilement réparable en cas d'exécution de la mesure de refoulement et développer des moyens sérieux susceptibles de justifier une annulation ultérieure. À cet égard, on peut souligner que l'examen des moyens invoqués est également assez strict puisque le CCE ne dispose, tout comme la Chambre du conseil, que d'un pouvoir de contrôle de légalité de la décision, et non de son opportunité. À ce jour, il existe très peu, voire aucune décision du CCE qui aurait accordé la suspension d'une mesure de refoulement en extrême urgence⁶⁸.

> Le référé judiciaire sur requête unilatérale

Le juge du judiciaire trouve sa compétence dans l'atteinte à un droit subjectif du requérant. Ainsi, outre l'urgence et le provisoire (soit le fait que la décision ne préjudiciera pas du fond de l'affaire), l'étranger qui veut agir devant le juge du judiciaire doit démontrer que la décision administrative viole ses droits subjectifs.

En conclusion, il semble que l'accès à une protection contre une détention arbitraire ou illégale fait défaut dans le cadre d'un refoulement car les recours possibles sont, somme toute, peu efficaces. Les prochaines modifications de la loi du 15 décembre 1980 pré-

67 Cour eur. D. H., *Riad et Idiab c. Belgique*, du 24 janvier 2008, n° 29787/03 et 29810/03

68 Voyez à ce sujet l'exposé de Caroline Stainier, juriste au Centre pour l'Égalité des chances et la lutte contre le racisme : « La détention à la frontière », disponible sur le site de l'ADDE. À noter qu'il s'agit surtout du CCE côté néerlandophone puisque les décisions notifiées en matière de refoulement sont surtout rédigées en néerlandais.

vues par le projet de loi transposant la directive « Retour » ne devraient malheureusement pas concerner la détention en vue du refoulement. Par conséquent, ce constat pose question au regard du droit à un recours effectif prévu par l'article 13 CEDH.

7. Les recours contre la détention des demandeurs d'asile⁶⁹

Nous examinerons ci-dessous la spécificité de la détention, selon qu'elle a lieu à la frontière, sur le territoire, ou dans le cadre de la procédure Dublin.

7.1. La détention de demandeurs d'asile à la frontière :

> Le contexte

Il y a lieu de souligner l'impact négatif de la détention sur la procédure d'asile en termes d'accès à l'information et d'accès à l'aide juridique, de collecte des éléments de preuve, d'environnement propice à la relation de confiance avec l'interrogateur, etc. Ce contexte de détention peut d'ailleurs encore accentuer un traumatisme dans le chef des demandeurs d'asile.

La spécificité de la détention des demandeurs d'asile est liée au fait que des personnes sont détenues alors que, selon les principes de la Convention de Genève de 1951⁷⁰, elles ne peuvent en aucun cas être refoulées. Par ailleurs, il faut souligner que la détention doit, selon la CEDH, être nécessaire et ne peut être automatique.

> Dans la Convention de Genève :

- L'article 31 de la Convention de Genève stipule que « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».
- L'article 33 rappelle les principes du non-refoulement de personnes sollicitant une protection internationale. Il s'agit de l'interdiction faite à l'État d'accueil « d'expulser ou de refouler de quelque manière que ce soit un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

⁶⁹ Voyez la contribution de Tristan Wibault, juriste au CBAR : « La détention des demandeurs d'asile », disponible sur le site de l'ADDE.

⁷⁰ Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

- La détention à la frontière de demandeurs d'asile a été balisée par les lignes directrices de l'UNHCR. Il est utile de s'inspirer de ces lignes directrices pour vérifier notamment si, selon l'UNHCR, la détention peut être considérée comme nécessaire. Ces lignes directrices énoncent qu'il peut être recouru à la détention dans les cas suivants⁷¹ :

- Lorsque l'identité de l'étranger est indéterminée ou controversée ;
- Dans le cadre d'un entretien préliminaire destiné à identifier sur quoi se base la demande d'asile ;
- S'il y a fraude à l'identité avec l'intention de tromper les autorités sur les motifs de l'asile ;
- Pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public.

> **La Convention européenne des droits de l'homme** quant à elle met l'accent sur le critère de l'absence d'arbitraire. L'article 5, §1, de la CEDH énonce en effet que :

« 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 ».

Plusieurs arrêts de la CEDH ont permis d'interpréter et de préciser cette notion d'absence d'arbitraire. Ainsi, dans l'arrêt *Amuur*⁷², la Cour énonce que *« Pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de pareille mesure de détention doit donc se faire de bonne foi ; elle doit aussi être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ; en outre, le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car «une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays (§ 43) » ; enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi ».*

Un arrêt *Saadi c. Royaume-Uni*⁷³ s'est penché de manière approfondie sur le critère de la nécessité de la détention d'un demandeur d'asile à la frontière. La Cour, en considérant que la première partie de l'article 5, § 1, f) permet la détention d'un demandeur d'asile ou d'un autre immigrant avant l'octroi par l'État d'une autorisation d'entrer, souligne toutefois que pareille détention doit se concilier avec la finalité générale de l'article 5 qui est de protéger le droit à la liberté et d'assurer que nul ne soit dépouillé de sa liberté de manière arbitraire.

L'UNHCR qui est intervenu comme *amicus curiae* dans cette affaire, avait conclu que l'examen de la situation d'un demandeur d'asile peut impliquer une atteinte néces-

71 Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, UNHCR, Genève, 1999.

72 Cour eur. D. H., *Amuur c France*, 20 mai 1996, § 43.

73 Cour eur. D. H., *Saadi c. Royaume -Uni*, 29 janvier 2008. Cet arrêt conclut à la non-violation de l'article 5 1 f) mais a développé un raisonnement intéressant sur ce qu'il faut entendre par détention arbitraire.

saire et accessoire à la liberté. Toutefois, lorsque la détention est utilisée à des fins autorisées mais de manière globale et sans considération pour les situations particulières ou pour de simples raisons d'opportunité ou de commodité administrative, elle ne satisfait pas au critère de nécessité imposé par le droit international des réfugiés et des droits de l'homme.

Pour que la détention ne soit pas arbitraire, plusieurs éléments doivent être respectés. La Cour énonce ainsi que la détention est arbitraire, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, s'il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités⁷⁴. Ensuite, la Cour insiste sur la nécessité de la détention en fonction de son but : « *La notion d'arbitraire dans les contextes respectifs des alinéas b), d) et e) implique également que l'on recherche si la détention était nécessaire pour atteindre le but déclaré. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention* ». En outre, le principe de proportionnalité veut que lorsque la détention vise à garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, un équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit, et l'importance du droit à la liberté⁷⁵. La durée de la détention est un élément qui intervient dans la recherche de cet équilibre. Ces principes doivent sous-tendre toute décision de mise en détention et sont donc des éléments importants à invoquer dans le cadre de recours contre la détention de demandeurs d'asile.

> **Les lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées**⁷⁶ constituent un autre document significatif sur la condition de la nécessité de la détention. Ce document stipule en effet que « Les demandeurs d'asile ne devraient être privés de leur liberté que selon les voies légales et seulement si, après un examen individuel et attentif de la nécessité de la privation de liberté, les autorités de l'État dans lequel la demande d'asile a été déposée ont conclu que la présence du demandeur d'asile aux fins de mise en œuvre de la procédure d'asile accélérée ne peut pas être assurée par une autre mesure, moins coercitive ». Une autre ligne directrice recommande que lorsqu'une affaire est particulièrement complexe et que cette complexité doit d'être examinée par l'État où la demande d'asile a été déposée, le demandeur devrait être exclu de la procédure d'asile accélérée.

> **La Directive Procédure (2005/85)**⁷⁷ va dans le même sens dans son article 18 qui

74 Cour eur. D. H., Čonka c. Belgique, 5 février 2002.

75 Cour eur. D.H., Vasileva c. Danemark, 25 septembre 2003, §37.

76 Conseil de l'Europe, Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, adoptées par le Comité des Ministres le 1er juillet 2009, lors de la 1062e réunion des Délégués des Ministres.

77 Directive 2005/85/CE du 1er décembre 2005 relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, Journal officiel, n° L 326 du 13/12/2005 p. 0013 – 0034.

visé le placement en rétention. Celui-ci stipule que les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile.

En pratique, en Belgique, la loi prévoit que les personnes qui se présentent à la frontière peuvent être détenues dès lors qu'elles ne présentent pas de documents d'entrée valables⁷⁸. Le seul critère retenu par la loi pour recourir à la détention de demandeurs d'asile à la frontière est le fait qu'ils ne disposent pas de documents de voyage valables et sollicitent le statut de réfugié. Cela équivaut à une systématisation de la détention à la frontière sans que le critère de la nécessité de la détention ne soit pris en considération.

Le caractère systématique de la détention à la frontière avait été souligné par le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Mr. Hammarberg, suite à sa visite en Belgique (juin 2009). Son rapport stipule que « la détention de certains demandeurs d'asile apparaît d'autant plus discutable qu'elle revêt un caractère systématique pour nombre de demandeurs d'asile. Le Commissaire invite les autorités à permettre aux personnes ayant demandé l'asile à la frontière de bénéficier des mêmes droits, délais et procédures que les autres demandeurs. Plus généralement, il rappelle que les demandeurs d'asile n'ont commis aucune infraction et que le recours à leur détention systématique dans un certain nombre de cas apparaît comme contraire à la nécessité d'individualiser chaque décision de détention »⁷⁹.

Il a également été pointé par l'UNHCR dans ses « propositions en matière de protection des réfugiés, des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides en Belgique » dans le cadre des commémorations à l'occasion du 60ème anniversaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés en octobre 2011 : « Le HCR recommande de renverser la tendance du recours significatif et systématique – pour certaines catégories de demandeurs d'asile, notamment à la frontière – à la détention et spécifier le statut juridique de la détention des demandeurs d'asile en la soumettant à un contrôle judiciaire automatique examinant tant la nécessité que la proportionnalité de l'enfermement »⁸⁰.

> Le recours

En matière de détention à la frontière, l'ordre de quitter le territoire est donné anticipativement. En effet, l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que, pour les demandeurs d'asile qui se présentent à la frontière, le ministre ou son délégué décide immédiatement lors de l'introduction de la demande d'asile que l'étranger n'est pas admis à entrer sur le territoire et qu'il est refoulé. Ceci souligne encore une fois le ca-

78 Art. 74/5, L. 15/12/1980.

79 Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008, Strasbourg, 17 juin 2009, CommDH(2009)14, pt. 79.

80 UNHCR, « Propositions en matière de protection des réfugiés, des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides en Belgique », 12 octobre 2011, http://www.unhcr.be/commonFiles/PhotoGalleries/UN-day_2011/HCR_Propositions_en_matiere_de_protection_internationale_FINAL.pdf, p. 8.

ractère systématique de la détention à la frontière.

Trois décisions y sont notifiées à la personne :

- Un enregistrement de la demande d'asile : annexe 25 (Art 72, AR 8/10/1981) ;
- Une décision de refoulement en application de l'art 52/3 §2, L. 15/12/1980 : annexe 11ter (Art 72, AR 8/10/1981) ;
- Une décision de maintien en application de l'art 74/5 §1, 2°, L. 15/12/1980 : formulaire « A détention 74/5 ».

Pour rappel, la décision de maintien et la décision de refoulement peuvent être contestées devant la Chambre du conseil. La décision de refoulement peut également être contestée devant le CCE. Il n'existe pas de jurisprudence intéressante à ce sujet puisqu'il est rare que les demandeurs d'asile contestent la détention en tant que telle à la Chambre du conseil ou au CCE car durant la procédure d'asile, ils peuvent contester les décisions négatives relatives à leur demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée au CCE. La Chambre du conseil est rarement saisie dans ce cas. Le CCE, statuant en plein contentieux sur la question de protection internationale, ne revient jamais sur la question de la détention puisque la question soulevée devant lui concerne la demande d'asile.

Remarque : Procédure accélérée pour les personnes maintenues à la frontière.

La détention du demandeur d'asile a des conséquences sur le déroulement de la procédure d'asile et sur le délai de recours devant le Conseil du contentieux des étrangers⁸¹. Une procédure accélérée est mise en place tant au niveau du CGRA qu'au niveau du CCE. L'idée sous-jacente est que la procédure d'asile soit la plus brève possible pour que le maintien en détention ne se prolonge pas. Cependant, on peut craindre que la célérité de la procédure ne se fasse aux dépens d'une procédure de qualité et ne soit expéditive.

Dans le cadre de la procédure accélérée, la décision du CGRA sur la demande de protection doit être prise en priorité, dans un délai de 2 mois de l'introduction de la demande d'asile⁸². Le délai de recours prévu pour contester la décision devant le CCE est de 15 jours (au lieu de 30 jours pour les procédures hors détention). Une procédure de traitement accéléré de cette requête est alors organisée au sein du CCE⁸³.

Comme déjà précisé, la détention d'un demandeur d'asile peut avoir également des conséquences sur sa santé mentale : le demandeur d'asile qui est déjà fragilisé par les circonstances qui l'ont amené à fuir le pays risque d'être davantage marqué par cette détention. Cela va également impliquer des difficultés dans le cadre de la production de preuves pouvant alimenter la demande de protection. Cela peut enfin avoir des

81 Art. 39/77, L. 15/12/1980.

82 Art. 52/2, L. 15/12/1980.

83 Art. 39/77, L. 15/12/1980.

conséquences sur le cours de sa procédure et son aptitude à bien formuler sa demande d'asile et à la mener à bien.

À l'égard de l'accueil des demandeurs d'asile ayant des besoins spécifiques, la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres a prévu dans son 10^e considérant que « l'accueil des demandeurs placés en rétention devrait être spécifiquement conçu pour répondre à leurs besoins dans cette situation ». L'article 13 §2 de cette directive stipule en outre que : « les États membres font en sorte que ce niveau de vie soit garanti dans le cas de personnes ayant des besoins particuliers, conformément à l'article 17, ainsi que dans le cas de personnes placées en rétention »⁸⁴.

Rappelons qu'en cas de décision négative sur la demande d'asile, la détention peut être prolongée par l'Office des Étrangers car l'étranger fait alors l'objet d'une mesure de refoulement exécutoire. Si, par contre, aucune décision exécutoire n'a été prise dans les deux mois de la demande d'asile, l'étranger peut entrer sur le territoire et est remis en liberté. La mesure de refoulement prise à l'égard de l'étranger qui est autorisé à entrer dans le Royaume, est assimilée de plein droit à un ordre de quitter le territoire au sens de l'article 7, alinéa 1^{er} ⁸⁵.

7.2. La détention de demandeurs d'asile sur le territoire

Les mêmes principes relevés plus haut sont applicables aux demandeurs d'asile qui introduisent une demande d'asile non pas à la frontière mais sur le territoire. Ceux-ci peuvent également faire l'objet d'une décision de maintien en un lieu déterminé lors de l'introduction de cette demande ou en cours de procédure. Il s'agit par exemple :

- de personnes entrées en Belgique sans être en possession de documents de voyage valables lors de l'enregistrement de la demande d'asile (art. 74/6 §1 bis). Elles se voient délivrer un ordre de quitter le territoire anticipatif (annexe 13 quinquies, art. 52/3) et une décision de maintien (annexe 39) ;
- de personnes entrées en Belgique sans documents de voyage valables qui sont détenus suite à une décision négative du Commissariat général aux réfugiés (CGRA), sur base de l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980 (art. 74/6, L. 15/12/1980)⁸⁶. Elles se voient notifier une décision de maintien (annexe 39) au moment où elles reçoivent la décision négative du CGRA (annexe 13 quinquies) ;
- de l'étranger qui a, sans justification, présenté sa demande d'asile après l'expira-

⁸⁴ Ceci sera abordé plus longuement dans le cadre de la détention des groupes vulnérables, cf. infra.

⁸⁵ Art. 74/5, §4, L. 15/12/1980.

⁸⁶ Cet article 52 de la loi du 15 décembre 1980 a été modifié par la loi du 22 décembre 2008 afin de se conformer à la Directive « Procédure ». En effet, les travaux préparatoires notent qu'il convient d'abroger tous les motifs permettant le rejet d'une demande d'asile pour des motifs formels étrangers au fond de la demande d'asile et que cette modification est nécessaire pour se conformer à la Directive et pour éviter tout risque de violation du principe de non refoulement <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/52/1608/52K1608001.pdf>.

tion du délai fixé ;

- de l'étranger qui a déjà introduit une autre demande d'asile, ou encore ;
- de l'étranger qui a introduit une demande d'asile dans le but de reporter ou de déjouer l'exécution d'une décision précédente ou imminente devant conduire à son éloignement.

Il existe une réelle possibilité de contester la détention de cette catégorie de demandeurs d'asile devant la Chambre du conseil dans le cadre de son contrôle de légalité et de la motivation de la décision de maintien et de l'éloignement.

Ainsi, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a décidé que la décision de détention n'était pas légale en jugeant que : « Sur base du dossier, il n'apparaît pas que la demande d'asile ait été uniquement introduite afin d'entraver ou postposer l'exécution d'une décision précédente ou pendante devant conduire à son éloignement »⁸⁷. Dans un autre arrêt, la Chambre des mises estime que « la simple affirmation que le concerné a introduit une demande d'asile afin de déjouer ou postposer un éloignement sans aucune référence à des éléments factuels ou concrets pour étayer ce point de vue, est comparable à une absence de motivation »⁸⁸.

Dans le cadre du recours contre les décisions de maintien de demandeurs d'asile sur le territoire, il est donc nécessaire non seulement de vérifier que la référence légale a été respectée mais surtout de vérifier si les hypothèses de la loi sont soutenues par des éléments concrets.

7.3. La détention des demandeurs d'asile « Dublin »

La dernière catégorie de demandeurs d'asile pouvant faire l'objet d'une mesure de détention sont ceux soumis à la procédure du Règlement Dublin II.

Selon les chiffres fournis par l'Office des Étrangers en juin 2008 pourtant, 90 % des demandeurs d'asile qui sont enfermés sont des « cas Dublin », c'est-à-dire des demandeurs d'asile dont la demande doit être traitée dans un autre Etat membre. Ce pourcentage, très élevé, semble indiquer qu'il y a une systématisation de l'enfermement de cette catégorie d'occupants.

Même si la loi autorise l'Office des Étrangers à détenir ces demandeurs d'asile pour une durée maximale d'un mois⁸⁹, elle n'autorise pourtant pas un enfermement automatique. L'enfermement des « cas Dublin » ne peut se faire qu'à la suite d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chaque étranger concerné et ce, afin de respecter le principe de proportionnalité⁹⁰.

⁸⁷ Bruxelles (mis. acc.), 07/05/2009.

⁸⁸ Bruxelles (mis. acc.), 04/02/2010.

⁸⁹ Art. 51/5 §1er, al. 2, L. 15/12/1980.

⁹⁰ Rapport d'investigation sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers, Le Médiateur fédéral, 29 juin 2008.

La systématisation de la détention dans le cadre du Règlement Dublin II a poussé la Commission à proposer une modification de ce règlement⁹¹. Dans les considérants, le principe de proportionnalité est inscrit afin de circonscrire la détention de ces demandeurs d'asile⁹².

La détention systématique des demandeurs d'asile en attente d'une décision ou d'un transfert en vertu du Règlement Dublin est une préoccupation importante. L'autre élément qui suscite la controverse est le transfert des demandeurs d'asile vers un état membre qui ne respecte pas le principe de non-refoulement en tant que tel⁹³.

Ainsi, la Chambre du conseil et la Chambre des mises ont conclu à l'existence d'un traitement inhumain et dégradant dans le cas de demandeurs d'asile qui risquaient d'être renvoyés vers la Grèce, en raison des conditions d'accueil qui y règnent pour les demandeurs d'asile⁹⁴. La Chambre des mises se basait sur des documents objectifs d'organismes internationaux ainsi que sur la condamnation par la CEDH de la Grèce pour juger que la finalité de la mesure de détention était constitutive d'une violation de l'article 3 de la CEDH. Le juge a estimé qu'il y avait une forte probabilité que le requérant soit victime de cette violation en raison d'une détention dans des conditions inhumaines et dégradantes et a libéré la personne en jugeant que la détention de ce demandeur d'asile n'était pas légale.

8. La détention des mineurs et des familles⁹⁵

8. 1. Les normes applicables

Aucune norme de droit international ou européen applicable en droit belge n'interdit par principe la détention administrative de mineurs d'âge. Or, selon les experts, le « régime carcéral » affecte, par nature, les enfants⁹⁶.

91 Projet de modification du Règlement Dublin : Commission EU : Proposition de modification du Règlement Dublin II accueil (2008/0243 (COD))

92 Considérant 18. « La rétention des demandeurs d'asile doit être subordonnée au principe selon lequel nul ne doit être placé en rétention au seul motif qu'il demande une protection internationale. Concrètement, cette rétention doit être conforme à l'article 31 de la convention de Genève et n'intervenir que dans les circonstances exceptionnelles précisément définies, et avec les garanties prescrites, dans la directive [...] [relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres]. En outre, s'agissant des moyens employés et de l'objectif poursuivi, le recours à la rétention en vue d'un transfert vers l'État membre responsable devrait être limité et soumis au principe de proportionnalité. »

93 Cour eur. D. H., M.S.S. c. BELGIQUE et GRECE, (Requête no 30696/09), 21 janvier 2011.

94 Bruxelles (mis. acc.), n°1329, 30 mars 2010; n°1407, 1er avril 2010 et n° 1510, 8 avril 2010.

95 Voyez la contribution de Véronique van der Plancke, disponible sur le site de l'ADDE.

96 En 2008, un psychiatre infanto-juvénile, le Dr. J.-Y. Hayez, professeur à l'Université catholique de Louvain, décrivait les impacts désastreux de l'enfermement sur le développement de l'enfant lequel se voit confronté au stress et à la révolte d'adultes désespérés, au manque de territoire personnel de vie et d'intimité, à la difficulté d'assimiler le fait qu'il est « mis en prison, lui et ses parents, sans avoir rien fait de mal », à un sentiment d'infériorité et de désespoir radicaux, au trouble de l'image et de l'estime de soi, au doute sur la valeur des parents et de la famille, à l'appréciation erronée et pessimiste sur ce qui est permis et défendu et, plus radicalement, sur ce qui est bien et mal, à l'image négative de l'autorité sociale, injuste et dont il faut toujours se méfier et au développement d'un sentiment de haine et de désir de vengeance. Voyez, par exemple : « L'enfermement des enfants sans papiers », <http://www.jeanyveshayez.net/602-enfe.htm>

Pourtant, la question de la détention est abordée dans plusieurs textes internationaux :

- **La Convention internationale des droits de l'enfant⁹⁷ (CIDE)** qui stipule que les États signataires veillent à ce que⁹⁸ :
 - « *Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire : l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible :*
 - *Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge: en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles » ;*
 - Par ailleurs, le Comité des droits de l'enfant rappelle que : « *en application de l'article 37 de la Convention et du principe d'intérêt supérieur de l'enfant, les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention. La détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut* ». ⁹⁹
- **L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme** évoque la question de la détention des enfants : « *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 : (...)* d) *s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente* ».
- **Quant à la Directive « Retour »¹⁰⁰**, celle-ci prévoit à l'article 16 relatif aux conditions de détention qu'« une attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables » et à l'article 17 relatif à la rétention des mineurs et des familles, que :
 - « *1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.*
 - *2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent*

97 Signée à New York, le 20 novembre 1989.

98 Ibid, art. 37 b) et c).

99 Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005), « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine », CRC/GC/2005/6, § 61.

100 Directive 2008/115/CE 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, dite Directive « Retour ». Cette Directive doit être transposée d'ici le 24 décembre 2010.

d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.

- 3. *Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.*
- 4. *Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.*
- 5. *L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ».*

8. 2. Les documents d'institutions internationales

> **Le Commissaire aux droits de l'homme** du Conseil de l'Europe avait demandé à la Belgique lors de sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008 « d'apporter une solution afin de ne plus détenir des mineurs dans les centres fermés »¹⁰¹.

> **L'UNHCR** a souligné dans plusieurs conclusions relatives à la détention des enfants¹⁰², l'importance d'éviter toute forme de détention d'enfants, y compris les enfants réfugiés et demandeurs d'asile¹⁰³. Par ailleurs, les lignes directrices de l'UNHCR encouragent le développement d'alternatives à la détention¹⁰⁴.

8. 3. La jurisprudence internationale

La Cour européenne des droits de l'homme s'est plusieurs fois prononcée sur la détention de mineurs d'âge dans le cadre de l'immigration et a constaté la violation de l'article 3 CEDH (interdiction de traitement inhumains et dégradants) et de l'article 5 CEDH (droit à la liberté) en ce que l'État responsable ne prenait pas en compte la vulnérabilité particulière de ces enfants. Les principaux arrêts en la matière sont les suivants :

1. *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*¹⁰⁵

Le premier arrêt est celui de l'affaire « Tabitha » en 2006, cette jeune congolaise de cinq ans qui tentait de rejoindre sa mère réfugiée au Canada et qui a été détenue, sans être accompagnée, durant deux mois au centre « 127bis » à Steenokkerzeel avec, et dans les mêmes conditions que des adultes. La Cour a estimé que « les autorités qui ont pris la mesure de détention litigieuse ne pouvaient ignorer les conséquences psy-

101 Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008, Strasbourg, 17 juin 2009, Comm. DH (2009)14, Recommandation 16.

102 Principes directeurs, la conclusion n° 44 (XXXVII) (1986) du Comité exécutif sur la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile et n° 47 (XXXVIII) (1987) sur les enfants réfugiés.

103 Haut Commissaire pour les réfugiés, Note d'information sur les enfants réfugiés : les efforts du HCR pour régler certains problèmes persistants de protection, 6 mai 1993, EC/1993/SCP/CRP.4.

104 Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, UNHCR, Genève, 1999.

105 Cour eur. D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, du 12 octobre 2006, n° 13178/03, dit arrêt « Tabitha ».

chologiques graves de celle-ci. À ses yeux, pareille détention fait preuve d'un manque d'humanité et atteint le seuil requis pour être qualifiée de traitement inhumain »¹⁰⁶. Le jeune âge de l'enfant et son extrême vulnérabilité résultant de son statut de mineure non accompagnée semble avoir été déterminants dans le raisonnement de la Cour.

*II. Muskhadzhieva et autres c. Belgique*¹⁰⁷

Dans le second arrêt, datant de 2010, la Belgique est à nouveau épinglée devant la Cour pour le traitement qu'elle réserve aux mineurs d'âge. Dans cette affaire, quatre jeunes enfants ont été détenus avec leur mère au même centre « 127bis » durant plus d'un mois. La spécificité de la situation résidait dans le fait que, contrairement à Tabitha, les enfants en détention étaient accompagnés par leur mère. Toutefois, la Cour souligne que « cet élément ne suffit pas à exempter les autorités de leur obligation de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention »¹⁰⁸. Le jeune âge et l'extrême vulnérabilité des enfants n'ayant pas été pris en compte, les mesures de détention violaient les articles 3 et 5, §1 CEDH. La question s'est posée de savoir s'il y avait eu, dans le chef de la mère, violation de l'article 3 CEDH. La Cour a conclu que, si le sentiment d'impuissance à protéger ses enfants contre l'enfermement même et les conditions de celui-ci a pu lui causer angoisse et frustration, la présence constante de ceux-ci auprès d'elle a dû apaiser quelque peu ce sentiment, de sorte qu'il n'a pas atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain¹⁰⁹.

*III. Rahimi c. Grèce*¹¹⁰

Cette affaire concerne un mineur afghan, entré seul et sans document de voyage en Grèce, qui a été placé dans un centre de rétention durant deux jours puis, libéré avec obligation de quitter le territoire. La situation diffère quelque peu des précédentes en ce que le mineur avait déjà 17 ans, qu'il n'est resté que deux jours en détention et que la Cour n'a pas pu se prononcer avec exactitude sur la question de savoir s'il avait été détenu avec des adultes ou non. Nonobstant, la Cour conclut à la violation de l'article 3 CEDH en ce que les conditions de détention (hébergement, hygiène, infrastructure) étaient si graves qu'elles portaient atteinte au sens même de la dignité. Par ailleurs, la Cour constate la violation de l'article 5, §1 CEDH dès lors que la privation de liberté de l'adolescent était fondée sur une pratique systématique, sans vérifier qu'il s'agissait d'une mesure de dernier ressort tel que le prescrit l'article 37 CIDE et parce que les autorités n'ont pas tenu compte de son extrême vulnérabilité due à son âge et à sa situation particulière de mineur non accompagné.

106 Op. cit., § 58.

107 Cour eur. D.H., arrêt Muskhadzhieva et autres c. Belgique du 19 janvier 2010, n° 41442/07.

108 Op. cit., § 58.

109 Op. cit., § 66.

110 Cour eur. D.H., arrêt Rahimi c. Grèce, du 5 avril 2011, n° 8687/08.

IV. *Kanagaratnam c. Belgique*¹¹¹

Le dernier arrêt date du 13 décembre 2011. L'affaire concerne trois enfants sri-lankais, demandeurs d'asile, qui ont été détenus « à la frontière » accompagnés de leur mère durant quatre mois. La Cour observe que les circonstances de l'affaire sont comparables à celles de l'affaire *Muskhadzhiyeva* et autres à plusieurs égards. Premièrement, elles concernent des enfants mineurs accompagnés par leur mère. Deuxièmement, les personnes étaient enfermés au même endroit, le centre fermé « 127 bis », que la Cour a déjà jugé inadapté à l'accueil des enfants au vu des conditions de détention. Malgré quelques différences, la Cour parvient donc à la même conclusion : « en plaçant les enfants requérants en centre fermé, les autorités belges les ont exposés à des sentiments d'angoisse et d'infériorité et ont pris, en pleine connaissance de cause, le risque de compromettre leur développement. La situation ainsi vécue par les enfants requérants a atteint, selon la Cour, le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention pour constituer des traitements inhumains et dégradants et a emporté violation de cet article »¹¹². L'originalité du présent arrêt repose peut-être dans le constat de la violation de l'article 5, §1 dans le chef de la mère en ce que : « le maintien de la requérante dans un lieu manifestement inapproprié au séjour d'une famille, dans des conditions que la Cour analyse elle-même, en ce qui concerne les enfants, comme étant contraires à l'article 3 et pendant une période particulièrement longue relève de l'arbitraire »¹¹³.

8. 4. La situation en Belgique.

La loi du 15 décembre 1980, telle qu'elle existe à l'heure actuelle, ne contient aucune disposition spécifique interdisant formellement de procéder à la détention administrative de mineurs étrangers. Un nombre important d'enfants ont ainsi été détenus dans des lieux inappropriés à leur qualité de mineur d'âge, généralement accompagnés de l'ensemble des membres de leur famille. En chiffre, le nombre de familles en détention était de : 152 en 2004 ; 660 en 2005 ; 898 en 2006 ; 398 en 2007 ; 270 en 2008 ; 17 en 2009¹¹⁴. La détention des familles avec enfants en séjour illégal et des mineurs étrangers non accompagnés a heureusement évoluée au gré de la jurisprudence européenne.

> Conséquences de l'arrêt *Tabitha*

En 2002, l'affaire « *Tabitha* » fit scandale dans notre Royaume. Une grande partie de la société civile s'est mobilisée pour dénoncer les traitements inhumains infligés aux

111 Cour eur. D.H., arrêt *Kanagaratnam c. Belgique*, du 13 décembre 2011, n° 15297/09.

112 Op. cit., § 68.

113 Op. cit., § 94.

114 Christophe Renders, JRS Belgique, « Les alternatives à la détention des mineurs : les maisons retour », intervention lors de la journée organisée le 10 novembre 2010 par le Centre de culture européenne. Ces chiffres ne prennent pas en compte les familles retenues à la frontière.

mineurs étrangers non accompagnés (MENA). Une conséquence importante de cette mobilisation fut la mise en place d'un système de tutelle et d'un régime spécifique pour les MENA. La loi, dite « Tutelle »¹¹⁵, prévoit en effet la désignation d'un tuteur à tout MENA identifié sur le territoire.

L'autre conséquence fondamentale de cet arrêt (mais bien des années plus tard) est la fin de la détention des MENA, organisée par la loi du 12 janvier 2007¹¹⁶. Un accueil spécifique¹¹⁷ leur est désormais réservé en Centre d'Orientation et d'Observation (COO)¹¹⁸. « Le séjour dans le centre doit permettre l'observation du mineur non accompagné, dans le but de dresser son premier profil médical, psychologique et social et de dépister une éventuelle situation de vulnérabilité en vue de son orientation vers une prise en charge adéquate »¹¹⁹.

Le MENA intercepté à la frontière recevra un accueil spécifique dans un COO dès son arrivée - au plus tard dans les 24 heures - s'il n'y a pas de doute quant à sa minorité¹²⁰. Si par contre la police des frontières ou l'OE émet un doute, le jeune peut être détenu en centre fermé pendant trois jours ouvrables (prolongeable de trois jours uniquement si l'examen scientifique ne peut pas avoir lieu « en raison de circonstances imprévues »)¹²¹. Dans les 24 heures de la notification de la détermination médicale de sa minorité, le MENA doit être accueilli dans le COO. Cet examen relève de la compétence exclusive du Service des Tutelles¹²². Si aucun examen médical n'est réalisé dans le délai prévu, le mineur est également transféré vers un COO. Si sa « minorité » lui est déniée, il est important de contester par voie judiciaire, ou de faire rectifier le résultat d'un test médical sur la base de documents d'identité fiables¹²³. La détermination de l'âge peut être contestée dans le cadre d'un recours en annulation et en suspension (voire en extrême urgence) au Conseil d'État dans les 60 jours de la notification de la décision de refus de désignation d'un tuteur (en raison de la majorité établie). Un recours en référé auprès du tribunal de première instance (éventuellement sur requête unilatérale) pour obtenir une contre expertise ou la désignation d'un tuteur est également possible.

> Alternatives à la détention des familles

115 Loi-programme du 24 décembre 2002 (art. 479) - Titre XIII – Chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés.

116 Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers.

117 Articles 37 à 42, L. 12/01/2007.

118 Les règles de fonctionnement applicables à ces COO sont décrites dans l'arrêté royal du 9 avril 2007, M.B. du 7 mai 2007.

119 Art. 2, AR. 09/04/2007.

120 Art. 41 §§ 1er, 2 al.1 et 3, L. 12/01/2007.

121 Art 41 § 2 al. 2, L. 12/01/2007.

122 La détermination de l'âge des MENA est de la compétence exclusive du Service des tutelles (Art 3 § 2, 2°, L. 12/01/2007). Ce test est subsidiaire par rapport à tous documents officiels (Art 3, AR 22/12/2003). Ce test médical consiste en un triple test: radiographie du poignet, de la dentition et de la clavicule. En cas de doute sur le résultat de l'examen, l'âge le plus bas devra être pris en considération (Art 7 § 3, L. 12/01/2007).

123 CCE, n°15676 du 8 septembre 2008 : « la production de l'acte de naissance est de nature à remettre en cause le résultat du test osseux et qu'il y a dès lors un doute quant à l'état de minorité ou non de la requérante ».

En 2007, poussé par la société civile à objectiver l'impact de la détention sur les familles en séjour illégal, le Ministre de l'Intérieur de l'époque a demandé au bureau d'études « Sum Research » d'examiner les alternatives à la détention. L'étude, rendue publique en avril 2007, constatait notamment l'impossibilité de garantir un bien-être aux enfants maintenus dans des centres fermés : « le caractère pénitentiaire et inadapté aux enfants de plusieurs centres (fil de fer barbelé, personnel en uniforme, régime de groupe, programme quotidien fixe, etc.), l'impossibilité de circuler librement dans les bâtiments et dans les espaces extérieurs, l'absence d'intimité, l'insuffisance d'espace ou de lumière du jour, l'impossibilité dans laquelle les familles sont placées de vivre une vie autonome et de disposer des moments nécessaires d'intimité, etc. »¹²⁴.

Suite aux recommandations reprises dans cette étude, l'administration a décidé de mettre en œuvre des alternatives à la détention des familles. En octobre 2008, Anнемie Turtelboom met en place des « maisons familiales de retour »¹²⁵. Il s'agit de lieux destinés à l'hébergement de familles, jusqu'à l'organisation de leur retour vers leur pays d'origine ou le pays où elles sont autorisées au séjour, ou de leur transfert vers l'État responsable de l'examen de leur demande d'asile. Onze « unités d'habitation familiales » (ancien logements de gendarmes) sont ainsi mises à disposition à Zulte (octobre 2008), Tubize (mars 2009) et Sint Gillis Waas (septembre 2010). À l'origine, les familles « frontalières » avec enfants (tant INAD que demandeurs d'asile) étaient exclues du bénéfice des « maisons de retour » ou « unités d'habitation ». Depuis l'adoption de l'arrêté royal du 22 avril 2010¹²⁶, ces lieux d'hébergement sont assimilés à des « lieux déterminés, situés aux frontières » (art. 1er). Désormais, toutes les familles qui font l'objet d'une décision de refoulement y sont maintenues et bénéficient de ce régime.

Ceci implique :

- La signature d'un **contrat d'acceptation** de bénéficier d'un tel lieu pendant le temps nécessaire pour accomplir les démarches requises en vue du retour ;
- Une assignation à résidence dans un logement individuel et encadrement par un agent de soutien.

Remarque : Ce n'est pas pour autant qu'il ne peut plus y avoir de détention de familles. En effet, l'arrêté royal du 14 mai 2009 prévoit qu'en « cas de non coopération au retour effectif, malgré l'assistance et l'encadrement apportés par l'agent de soutien, la famille et ses membres sont informés qu'ils peuvent faire l'objet d'un maintien en détention dans un centre fermé »¹²⁷. Le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 avril 2010 évoque que : « La famille et ses membres sont informés que si l'un d'entre eux quitte définitivement le lieu

124 Sum Research, « Étude portant sur les alternatives à la détention de familles avec enfants dans les centres fermés en vue de leur éloignement. Partie 2 : Vision et recommandations » (février 2007), p. 40.

125 C'est l'arrêté royal du 14 mai 2009 qui fixe le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980.

126 M.B., 30 avril 2010.

127 Art. 48, AR. 14/05/09.

d'hébergement, en dehors d'une autorisation d'accès au territoire, de l'exécution de leur refoulement ou de leur éloignement, ils feront l'objet d'une décision de maintien en centre fermé lors d'une interception de la police ».

Afin de transposer la directive européenne 2008/115/CE (directive « Retour »), la loi du 15 décembre 1980 sera prochainement modifiée. Le projet de loi prévoit désormais une interdiction de principe : « Les mineurs étrangers non-accompagnés ne peuvent être maintenus dans des lieux au sens de l'article 74/8, §2 »¹²⁸. En d'autres termes, il ne pourra plus y avoir de MENA dans les centres fermés situés à l'intérieur du pays. Si cette insertion dans la loi est une avancée, on déplore toutefois que le législateur n'ait été pas plus loin en interdisant la détention de tout mineur d'âge – accompagné ou non-accompagné – tant dans les centres fermés situés à l'intérieur du Royaume que dans ceux « situés aux frontières ».

9. Aperçu des conditions de détention dans les centres fermés

9. 1. Les centres fermés

Il existe six centres fermés en Belgique :

- le centre INAD à Zaventem (aéroport de Bruxelles-National)
- le centre de transit 127 à Melsbroek
- le centre de rapatriement 127bis à Steenokkerzeel
- le centre pour illégaux à Bruges
- le centre pour illégaux à Merksplas
- le centre pour illégaux à Vottem

L'AR du 2 août 2002¹²⁹ rappelle que la détention et la mise à disposition du gouvernement ne constituent pas des sanctions mais des moyens d'exécution d'une mesure d'éloignement.

Comme l'indique le Médiateur fédéral dans le cadre de son rapport¹³⁰, les centres fermés ont pour seule mission de maintenir de manière humaine dans un lieu fermé des étrangers qui y sont placés par une décision administrative, dans l'attente soit de pouvoir accéder au territoire, soit d'organiser leur retour vers leur pays d'origine ou un pays tiers.

128 Art. 26 du projet de loi, op. cit. (note 6).

129 Arrêté royal du 2 août 2002 qui fixe le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, §1er de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B. du 12 septembre 2002, vig. 22 septembre 2002.

130 Le Médiateur Fédéral, « Rapport d'investigation sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers, 29 juin 2008 ». Voyez la contribution de Philippe Nicodème : « Le rapport du Médiateur Fédéral sur le fonctionnement des centres fermés », disponible sur le site de l'ADDE.

Si les centres fermés ne sont donc pas des établissements pénitentiaires, il n'en demeure pas moins que ces centres constituent des lieux privatifs de liberté. L'enfermement dans ces centres constitue donc une exception au droit fondamental de tout être humain de vivre en liberté. Il doit être entouré de garanties afin de préserver tous les autres droits fondamentaux dont continuent à bénéficier les personnes qui y sont enfermées.

Un parallèle peut être dressé avec le cadre légal et réglementaire régissant le statut des détenus dans les établissements pénitentiaires. Ce parallèle est dicté par le rapport au Roi précédant l'AR relatif aux centres fermés qui indique que la réglementation proposée est basée sur les règles régissant le fonctionnement des établissements pénitentiaires. À cet égard, le principe de base dégagé par la section de législation du Conseil d'État, selon lequel les règles des centres ne peuvent être plus strictes que celles des établissements pénitentiaires, a été rappelé expressément dans un arrêt du Conseil d'État du 10 décembre 2008 qui a annulé plusieurs dispositions de l'Arrêté royal relatif aux centres fermés au motif qu'elles n'accordaient pas les mêmes droits ou avantages que ceux dont bénéficient les détenus en prison depuis l'entrée en vigueur de la loi Dupont concernant l'administration des établissements pénitentiaires et le statut juridique des détenus. La réglementation relative aux centres fermés doit dès lors prendre en compte les améliorations apportées à la situation des détenus dans les prisons.

9.2. Réglementation

Il n'existait pas de réglementation des centres fermés avant 1999. Seul un règlement fixant les règles de vie dans les centres fermés, élaboré par le Ministre de l'Intérieur était d'application. Un arrêté du 4 mai 1999 a été élaboré. Il s'appliquait à tous les centres fermés (127, 127bis, Bruges, Merksplaets Vottem)¹³¹. Seuls deux articles n'étaient pas applicables au centre 127 (les articles 35 et 36 concernant les visites). La réglementation ne visait pas le centre INAD. Cet arrêté royal a été annulé par le Conseil d'État le 21 juin 2002. Le fonctionnement des centres fermés est alors resté dans le flou réglementaire jusqu'au nouvel arrêté royal en la matière, du 2 août 2002.

Actuellement, la réglementation applicable aux centres fermés est la suivante :

L'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, §1er de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers¹³² ;

131 Arrêté Royal du 4 mai 1999 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74 /8, §1er de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

132 Op. cit.

L'arrêté royal du 8 juin 2009 établissant une réglementation spécifique pour le centre INAD¹³³ ;

L'arrêté royal du 14 mai 2009 concernant le maintien des familles en vertu de l'article 74/8, §1er de la loi du 15 décembre 1980¹³⁴ ;

L'arrêté ministériel du 23 janvier 2009 établissant la procédure et les règles de fonctionnement de la Commission et du secrétariat permanent¹³⁵.

9.3. Conditions de détention

Les différents arrêtés royaux énumèrent les droits et devoirs des personnes détenues. Un grand pouvoir d'appréciation est laissé au directeur de centre et au personnel de celui-ci. La plupart des droits énumérés peuvent être suspendus.

Outre le détail des droits et devoirs des « résidents », la réglementation aborde la question de l'échange de correspondances et de l'usage du téléphone, des visites, du régime moral et religieux dans le centre et de l'assistance médicale et sociale dans le centre. Le chapitre II est consacré au régime disciplinaire ainsi qu'à la question des plaintes individuelles d'occupants (la mise en place de la Commission des plaintes, voir infra). Cette réglementation a été modifiée en 2009 pour élargir la compétence de la Commission des plaintes émanant des personnes détenues au Centre INAD.

Plusieurs associations exerçant leur droit de visite en centre fermé se sont penchées sur les conditions de détention dans les centres fermés et ont réalisé un état des lieux sur les centres fermés¹³⁶.

Enfin, en février 2008, la Chambre des représentants a confié au Médiateur fédéral une mission d'« audit sur le fonctionnement des centres fermés de l'Office des étrangers ». Le 29 juin 2009, le collège des Médiateurs fédéraux a remis son rapport d'investigation au président de la Chambre. Il s'agissait pour le Médiateur fédéral d'examiner les conditions matérielles de séjour dans les centres, la qualité de l'assistance qui est apportée aux personnes qui s'y trouvent, le respect de leurs droits fondamentaux et la manière dont les centres s'acquittent de leur mission.

133 Arrêté royal du 8 juin 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8§1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B. du 25 juin 2009.

134 Arrêt royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8§1er de la loi du 15 décembre 1980, sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, MB du 27 mai 2009.

135 Arrêté ministériel du 23 janvier 2009 établissant la procédure et les règles de fonctionnement de la Commission et du secrétariat permanent, visé à l'article 130 de l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées à l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, MB du 27 janvier 2009.

136 « Centres fermés pour étrangers : État des lieux », octobre 2006, <http://www.cire.be/ressources/rapports/etat-des-lieux-centres-fermes.pdf>

En juin 2011, l'organisation non gouvernementale Jesuit Refugee Service (« JRS ») a publié un rapport sur les résultats pour la Belgique d'une étude européenne sur la vulnérabilité des demandeurs d'asile dans les centres fermés (Detention of Vulnerable Asylum Seekers, DEVAS). Cette recherche a été menée notamment au sein du centre 127 bis et s'appuie sur les témoignages des détenus. Le rapport souligne ce qui suit :

« De manière générale, les détenus dans tous les centres font l'expérience de l'impuissance face à leur situation. Ils comprennent souvent l'importance d'avoir des règles de vie commune et de nombreux détenus des centres 127 et 127 bis estiment que les règles qui régissent ces centres sont compréhensibles dans leur ensemble. Ils se voient cependant comme « prisonniers », « en prison » et dans l'obligation de suivre les règles édictées par d'autres. Ce n'est pas parce que les règles sont compréhensibles ou raisonnables dans le contexte du centre qu'elles sont pour autant supportables dans la durée. Les détenus ne choisissent pas ce qu'ils mangent ni quand ils peuvent le faire. Ils ne choisissent pas leur activité de la journée ni avec qui la vivre. Ils n'ont pas la possibilité de sortir prendre l'air quand ils le veulent. Les communications avec l'extérieur doivent se plier aux contraintes édictées par le centre. Tout est à demander au personnel, souvent des gardiens en uniforme. Une autre comparaison qui revient régulièrement sur les lèvres des détenus est que, dans un centre fermé, l'on est comme un enfant qui ne peut décider de sa vie. Cette situation, outre son côté humiliant, enferme les détenus sur eux-mêmes et concentre toute leur attention sur leur situation négative ».

Le rapport conclut que trop souvent les impératifs de gestion et de sécurité prennent le pas sur les considérations humanitaires, ou plus fondamentalement encore, sur le respect de droits aussi importants que le droit à la vie privée et familiale.

Les éléments sensibles régissant la vie en centre fermé relèvent du régime de vie en groupe (a), de l'accompagnement médical et psychologique (b), de la détention des groupes vulnérables (c), des mesures disciplinaires (d) et de la Commission des plaintes (e).

> Le système de vie en groupe :

Les centres fermés sont divisés entre :

- ceux dont le régime de groupe est strict et dans lesquels, en principe, tous les déplacements et toutes les activités se font en groupe (soit le Centre pour illégaux de Merksplas et, dans une moindre mesure, celui de Bruges) ; et,
- ceux dont le régime de groupe est conçu avec souplesse, laissant à chacun une certaine autonomie au sein de l'unité de vie (soit les centres INAD, 127, 127bis et le centre pour illégaux de Vottem).

Les exceptions au régime de groupe sont actuellement l'accueil des familles¹³⁷, l'iso-

¹³⁷ Art. 84, A.R. 02/08/2002.

lement pour raisons médicales, l'isolement disciplinaire, le régime adapté, l'isolement avant rapatriement. Le régime de groupe possède un côté infantilisant car les personnes détenues sont totalement prises en charge. Le Médiateur fédéral recommande à ce sujet que le régime de vie en groupe soit impérativement et fondamentalement revu afin d'accorder davantage d'autonomie aux occupants¹³⁸.

> L'accompagnement médical¹³⁹

L'arrêté royal du 2 août 2002 prévoit en son article 52 que « chaque centre dispose d'un service médical accessible tous les jours aux heures mentionnées dans le règlement d'ordre intérieur et disponible en permanence en cas d'urgence ». Le directeur doit veiller à ce que le médecin soit régulièrement disponible pour des consultations. Les soins sont dispensés par le service médical sous la responsabilité du médecin¹⁴⁰.

Dans les faits se pose la question de l'accès au médecin. En effet, les consultations sont confiées aux infirmiers qui décident si un examen par un médecin est nécessaire. Ce filtrage est expliqué par le grand nombre de demandes de consultations et l'incapacité pour les médecins de les rencontrer tous. Comme le soulevait l'état des lieux sur les centres fermés établi par plusieurs ONG, le grand nombre de demandes de consultations résulte aussi du stress et des troubles psychosomatiques générés par les conditions d'enfermement, l'imminence d'un rapatriement et des troubles du sommeil chez les occupants de dortoirs, du fait aussi que beaucoup de détenus aspirent à consulter simplement pour être écoutés, seul à seul, par quelqu'un qui s'intéresse à eux. Et ce rapport de rappeler à cet égard la loi relative aux droits du patient : « le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite »¹⁴¹.

Si le détenu peut faire appel à un médecin extérieur, c'est à ses propres frais. Le médecin attaché au centre peut donner des avis sur la compatibilité de l'expulsion avec la situation de santé de la personne. Il peut également formuler des objections médicales quant au maintien en détention de la personne. Cet avis est soumis par le Directeur du Centre au directeur général.

Après toute tentative d'éloignement, le médecin examine l'occupant, au plus tard dans les 48h. L'occupant doit collaborer à l'examen médical.

138 Op. cit.

139 Art. 52 à 61, A.R. 02/08/2002.

140 Art. 53, A.R. 02/08/2002.

141 Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, MB. du 26/09/2002.

> L'assistance sociale

Le rôle du service social est extrêmement ambigu dans la mesure l'arrêté royal le décrit comme se limitant à préparer l'étranger à son éloignement éventuel : « Le service social accompagne l'occupant en vue de veiller au respect de la décision prise quant à sa situation de séjour »¹⁴².

Le titre officiel de l'assistant social est « fonctionnaire de retour », ce qui ne laisse aucun doute sur les attentes de l'employeur. La dépendance du service social par rapport à l'OE pose problème. Il serait préférable qu'il y ait dans les centres, à côté d'un personnel administratif chargé de la gestion des dossiers (ce qui constitue l'essentiel de l'activité actuelle des services sociaux), un service social indépendant de l'Office des étrangers et dont les détenus pourraient attendre un véritable accompagnement social¹⁴³.

À cet égard, le Médiateur fédéral estimait dans son rapport d'évaluation que « la dénomination de « fonctionnaire de retour » pour un assistant social est étonnante, voire choquante. Ce n'est pas tant le fait que l'Office des étrangers ou les centres recherchent des fonctionnaires de retour qui est interpellant au regard de leurs missions, mais c'est le fait de réserver cette fonction à l'assistant social. » (n° 755). Selon ce même rapport, « le rôle de fonctionnaire de retour doit être scindé de la fonction d'assistant social et cette tâche doit être confiée à un membre du personnel spécifiquement désigné à cet effet. » (n° 809).

> L'aide juridique

L'AR énonce le droit de la personne à l'assistance juridique mais de nombreuses questions se posent quant à l'effectivité de ce droit dans le cadre du centre fermé. Un rapport détaillé sur l'aide juridique a examiné la question de l'accès à l'aide juridique et a mis en exergue des éléments qui devraient être améliorés dans le futur¹⁴⁴. Quant au rapport du Médiateur fédéral, il recommande qu'« afin de donner la pleine effectivité au droit à l'aide juridique, il n'appartient pas au seul assistant social de donner des renseignements ou des explications sur les décisions prises, la législation applicable ou les recours à introduire. Une permanence juridique de première ligne donne la garantie objective que les intérêts de l'occupant seront défendus et ce, plus uniquement dans l'idée d'un retour vers le pays d'origine mais éventuellement, le cas échéant, dans l'idée d'un séjour ultérieur sur le territoire. Il est question ici de l'effectivité du droit à l'aide juridique de l'occupant afin que le respect de ses intérêts et droits soit garanti. » (n° 781).

> La détention de groupes vulnérables

142 Art. 68, AR. 02/08/2002.

143 « Centres fermés pour étrangers : État des lieux », op cit.

144 « Faire valoir ses droits en centre fermé. Un état des lieux de l'accès à l'aide juridique dans les centres fermés pour étrangers en Belgique », novembre 2008, <http://www.cire.be/ressources/rapports/aide-juridique.pdf>

De même qu'il a été mis fin à la détention des familles, il est important de rechercher des alternatives à l'enfermement pour les personnes souffrant de troubles psychologiques, que ce soit en raison de violences subies dans leur pays d'origine ou d'une pathologie psychiatrique (à l'instar de ce qui se passe pour les familles)¹⁴⁵. Ceci afin de respecter le prescrit de la Directive Accueil qui émet comme principe général que les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables dans le cadre de la transposition des dispositions relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle¹⁴⁶.

Les conditions actuelles de détention de ces personnes sont susceptibles de constituer un traitement inhumain ou dégradant, vu l'impossibilité pour les directions des centres de fournir un encadrement adéquat à ces personnes. Il faut au préalable que les besoins particuliers aient été constatés après une évaluation individuelle de leur situation et que ces personnes soient dirigées vers des centres adaptés ou spécialisés. Ceci a uniquement été mis en place dans le cadre de la loi accueil de 2007 mais n'existe pas dans le contexte de la détention en centre fermé. Leur présence au sein des centres peut également peser lourdement sur le bien-être et la sécurité des autres occupants et du personnel.

> Les sanctions disciplinaires

Les sanctions disciplinaires sont limitativement énumérées par l'arrêté royal du 2 août 2002¹⁴⁷. On retrouve d'abord les mesures d'ordre qui peuvent consister en un avertissement verbal, des tâches imposées relatives à l'ordre et à la propreté du centre, un retrait d'avantages ou le placement dans un local d'isolement. À côté de ces mesures d'ordre, il existe une série de mesures coercitives qui ont pour objectif de garder le contrôle sur l'occupant et non pas de le sanctionner. Il s'agit de la contrainte physique, la clef de bras et les menottes aux poignets et/ou aux pieds¹⁴⁸.

Les détenus, souvent en situation précaire et fragilisés, voire traumatisés par leurs expériences vécues ou par l'échec de l'exil, sont soumis à un régime de sanctions qui n'est pas sans rappeler celui de la prison.

Qu'il s'agisse de demandeurs d'asile en procédure ou d'illégaux, ce type de mesures qui laissent une grande place à l'arbitraire n'est pas acceptable. L'utilisation de l'isolement comme mesure de sanction n'est pas rare. Bien au contraire, les centres fermés semblent recourir à cette sanction de plus en plus couramment. On peut aussi s'étonner que l'usage de l'isolement à

145 Le Médiateur Fédéral, « Rapport d'investigation sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers, 29 juin 2008 », op. cit. (note 96).

146 Art. 17 de la Directive Accueil.

147 Art. 97 à 103, AR. 02/08/2002.

148 Art. 104, AR. 02/08/2002.

Merksplas soit trois fois plus important que dans les autres centres¹⁴⁹. Une telle différence n'est-elle pas précisément synonyme d'arbitraire par rapport aux critères utilisés pour décider d'un isolement disciplinaire ? Plus de transparence en cette matière est indispensable.

Le Médiateur fédéral quant à lui dénonce le recours abusif au régime adapté pour isoler des détenus difficiles à des fins disciplinaires (en particulier lorsqu'il est imposé en prolongement de l'isolement disciplinaire), le non encadrement juridique de l'isolement préalable à l'éloignement du détenu et la différence de pratique à l'égard de cet isolement d'un centre fermé à l'autre.

> La Commission des plaintes

Un détenu peut porter plainte contre toute violation des droits prescrits par les arrêtés royaux. L'arrêté ministériel du 23 janvier 2009 établit la procédure et les règles de fonctionnement de la Commission et du secrétariat permanent. Il stipule les modalités d'introduction de la plainte, décrit la procédure de recevabilité et de fond de celle-ci ainsi que la composition de la Commission des plaintes.

La Commission est composée d'un magistrat, d'un avocat et d'un responsable du Comité de Direction du SPF Intérieur. La plainte est réceptionnée et examinée par le secrétariat de la Commission. Si la plainte est recevable, il est procédé à une conciliation. Si la conciliation aboutit, la plainte est annulée. Les plaintes recevables sont transmises à la Commission. Il n'y a pas de procédure contradictoire organisée. Si la plainte est fondée, la Commission peut, soit adresser une recommandation, soit annuler la décision prise, ou soit proposer une sanction à l'égard du membre de personnel.

L'introduction d'une plainte ne suspend pas les mesures d'éloignement du territoire ni leur exécution¹⁵⁰. À noter que le secrétariat permanent de la Commission des plaintes doit informer le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), d'une part, de la plainte et de la suite qu'il a donnée à la plainte et, d'autre part, si la plainte a été soumise à la Commission, de la suite que celle-ci lui a donnée.

La plainte doit être introduite dans les cinq jours d'une prise de décision ou des faits produits. Ce délai, jugé trop court par de nombreuses associations, posait des questions en terme de prise de connaissance tardive par le détenu d'une décision prise à son égard. Un arrêté ministériel du 30 juin 2010¹⁵¹ est venu préciser les modalités de ce délai en évoquant désormais comme critère de recevabilité : « Est ce que la plainte est introduite dans les cinq jours à dater du lendemain du jour où il peut être considéré comme établi que le plaignant a une connaissance effective des faits ou de la décision ? »

Le médiateur fédéral estime à cet égard que le cumul de ces conditions et leur inter-

149 « Centres fermés pour étrangers : État des lieux », op cit., p. 33.

150 Art. 134, AR. 02/08/2002.

151 M.B. du 8 juillet 2010.

prétation par le Secrétariat permanent de la Commission détournent le mécanisme de son objectif. Lorsque les conditions de recevabilité de la plainte ne sont pas remplies, il faut permettre à l'occupant de les corriger en lui conservant le bénéfice de la date d'introduction de la plainte.

Par ailleurs, vu l'extrême vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne détenue face aux risques de traitement inhumain ou dégradant, il est impératif de prévoir un mécanisme indépendant de contrôle des lieux de détention.

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Mushkadyeva*, doute de l'efficacité du recours à la Commission des plaintes. En effet, le gouvernement avait invoqué le fait que la Commission des plaintes n'avait pas été saisie pour conclure que cette dame n'avait pas épuisé les voies de recours internes dont elle disposait. La Cour note que si le Conseil d'État, le 17 décembre 2008, a annulé l'arrêté ministériel du 23 septembre 2002 pour des motifs de procédure – l'omission de le soumettre à l'avis du Conseil d'État –, les critiques à la base du recours en annulation introduit par les deux associations (paragraphe 40 ci-dessus) lui semblent à première vue fondées. Ni les modalités d'exercice du recours, ni la procédure qu'il prévoit ne permettent d'affirmer qu'il remplissait les exigences d'efficacité telles que définies par la Cour dans sa jurisprudence.

10. Développements récents en matière de détention au niveau européen

10.1. La Charte des Droits fondamentaux

Tout comme l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵² prévoit en son article 6 le droit à la liberté et à la sûreté. Ces conventions visent à protéger les personnes contre le principe de la détention arbitraire.

10.2. Les documents émanant du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a publié en 2005 « 20 principes directeurs sur le retour forcé »¹⁵³ qui s'inspirent des recommandations du Conseil de l'Europe et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le 6^e principe prévoit qu'« une personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement ne peut être privée de sa liberté, en vue de l'exécution de cette décision, qu'en conformité avec une procédure prévue par la loi, et seulement si, après un examen rigoureux et individuel de la nécessité de privation de liberté, les autorités de l'État d'accueil ont conclu que l'exécution de la décision ne

152 CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, JO C 364/01.

153 http://www.coe.int/t/dg3/migration/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_fr.pdf

serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté telles que la surveillance, l'obligation de se signaler régulièrement auprès des autorités, la liberté sous caution ou d'autres moyens de contrôle ».

La Résolution 1707 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (28/01/2010) sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe¹⁵⁴ rappelle que : « il est universellement reconnu que la privation de liberté ne devrait être appliquée qu'en dernier recours. Or, elle fait de plus en plus office de première solution et de moyen de dissuasion. Cela se traduit par des placements en rétention aussi massifs qu'inutiles. L'Assemblée parlementaire est préoccupée par ce recours excessif à la rétention et par la longue série de problèmes graves qui en résulte. » L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite les États à suivre 10 principes directeurs définissant les circonstances dans lesquelles la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est légalement admissible. Le 1^{er} principe énonce que la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est une mesure exceptionnelle qui n'est applicable que lorsque l'on a examiné toutes les autres alternatives et qu'aucune ne s'est avérée probante.

10.3. Les directives européennes

> La Directive « Accueil »¹⁵⁵

La directive « Accueil » porte sur les normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres. Selon le rapport de la Commission européenne sur l'application de cette directive « Accueil » : « la directive considère la détention comme une exception à la règle générale de libre circulation, qui ne peut être utilisée que lorsque « cela s'avère nécessaire », le placement automatique en détention sans évaluer la situation de la personne concernée est contraire à la directive »¹⁵⁶.

> La Directive « Retour »¹⁵⁷

La Directive « Retour » fait partie de l'arsenal législatif mis en place par les institutions européennes dans le cadre d'une politique commune de l'Union européenne en matière d'immigration¹⁵⁸. Les politiques migratoires européennes se sont développées autour

154 <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/fres1707.htm>

155 Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, dite Directive « Accueil ».

156 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, 26 novembre 2007, COM(2007) 745 final, pt. 3.4.1.

157 Directive 2008/115/CE du Parlement 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.

158 Pour une analyse approfondie et détaillée de la Directive « Retour », voyez Carlier, J-Y., « La Directive retour et le respect des droits fondamentaux », L'Europe des Libertés. Revue d'actualité juridique, Université de Strasbourg, mai 2008, pp.13-21 et Flamand, C., « La Directive Retour et la protection des droits fondamentaux », RDE n° 148,

d'un axe dont la logique fondamentale est le contrôle et la répression des flux migratoires : militarisation des frontières, externalisation de leur contrôle (création de l'agence Frontex¹⁵⁹), association des pays tiers dans la gestion des flux, etc¹⁶⁰. Cette directive prévoit certaines mesures en matière de détention administrative des étrangers ressortissants de pays tiers qui se trouvent en séjour illégal sur le territoire d'un État membre.

Elle encourage tout d'abord le retour volontaire et donne priorité aux alternatives à la détention. Ainsi, en son article 15, elle fait explicitement le lien entre la détention, la durée de la détention et son objectif :

« À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :

- *il existe un risque de fuite, ou*
- *le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.*

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise ».

Ce même article prévoit également une durée maximale de rétention. Il s'agit d'une période maximale de 6 mois, avec la possibilité de l'étendre jusqu'à 18 mois dans de nombreuses situations¹⁶¹.

L'article 16 évoque les conditions de rétention et insiste sur l'importance à accorder aux groupes vulnérables, sur l'importance de distinguer les ressortissants de pays tiers placés en rétention des prisonniers de droit commun et sur l'importance de communiquer des informations portant sur leurs droits et devoirs.

L'article 17 de la Directive retour évoque la détention des mineurs et des familles. Cet article prévoit que les MENA et les familles avec enfants mineurs ne sont placées en détention qu'en dernier ressort, dans un lieu d'hébergement séparé et pour une période la plus brève possible.

avril 2008, pp.177-192.

159 L'agence FRONTEX (Agence européenne pour le contrôle des frontières extérieures) est née d'une proposition de la Commission « Prodi » adoptée le 26 octobre 2004 par le Règlement CE 2007/2004 du 26 octobre 2004, JO, L 349. Elle a pour objet de coordonner les opérations de contrôle aux frontières entre les pays membres de l'UE. Créée le 1er mai 2005, elle est opérationnelle depuis le 3 octobre 2005.

160 Le réseau Migreurop est très actif dans le domaine des évolutions européennes en matière de détention et d'externalisation des frontières, <http://www.migreurop.org>

161 Une question préjudicielle a été posée à la CJUE dans une affaire Kadzoev (C-357/09 du 30 novembre 2009) sur le délai maximal de rétention. La Cour y rappelle que le délai maximal est de 18 mois et que, pendant ce délai, il doit y avoir une perspective raisonnable d'éloignement. Par contre, la Cour estime que le délai de rétention en tant que demandeur d'asile ne peut être comptabilisé dans le délai de rétention au sens de l'article 15 de la Directive.

11. Développements récents en matière de détention en droit belge

Afin de transposer la directive « Retour » dans l'arsenal juridique belge, la chambre a adopté un projet de loi en date du 21 novembre 2011 qui est depuis lors devenu définitif. Certaines des modifications relatives à la détention administrative des étrangers apportées par celui-ci sont une avancée en la matière. Toutefois, l'on déplore que le législateur se soit « contenté » de transposer la directive retour, qui s'adresse aux ressortissants de pays tiers en séjour illégal, et n'ait pas choisi d'harmoniser la matière en appliquant les modifications à tous les cas de détention :

- Conformément à l'article 15 de la directive « Retour », le projet de loi prévoit de conditionner la détention des ressortissants de pays tiers en séjour illégal à l'absence d'alternatives suffisantes et moins coercitives. Cette mesure permettra de diminuer les cas de détention et d'étendre la portée du contrôle effectué par le juge judiciaire quant à la légalité d'une décision de maintien. Cependant, elle ne concernera pas la détention des étrangers dans les lieux situés aux frontières (= le refoulement) ni la détention des demandeurs d'asile en général ;
- Le législateur a heureusement choisi de ne pas allonger les délais maximaux de détention (qui, en Belgique, sont moins longs que ceux autorisés par la directive). Pourtant, il n'a pas supprimé la possibilité de cumuler des décisions de maintien en vertu de différents articles de la loi du 15 décembre 1980.
- La loi interdira prochainement, et de manière formelle, la détention des MENA dans des centres fermés situés à l'intérieur du pays. Malheureusement, cette interdiction de principe n'a pas été étendue aux mineurs accompagnés de leur famille ni aux MENA détenus dans des lieux situés aux frontières.

12. Perspectives

Vu le récent projet de loi adopté définitivement à la chambre, il semble peu probable que le législateur prenne, dans les mois qui viennent, de nouvelles dispositions pour modifier à nouveau la matière de la détention administrative des étrangers. Pourtant, plusieurs éléments plaident en faveur d'une modification plus profonde.

12.1. Sur le contrôle de la détention

La portée du contrôle de la détention va prochainement être étendue puisque, nous l'avons vu, le récent projet de loi conditionne la détention à l'absence de mesures alternatives moins coercitives. Si c'est prévu pour la détention des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, ce ne sera pas explicitement le cas pour la détention à la frontière et la détention des demandeurs d'asile.

Pourtant, le contrôle de légalité interne implique que la juridiction vérifie notamment si les normes supranationales sont respectées. Parmi celles-ci, on retrouve la Convention européenne des droits de l'homme et les directives européennes. Plusieurs articles de la CEDH impliquent qu'un contrôle de proportionnalité soit effectué (art. 5 ; art. 8) alors que d'autres sont carrément absolus (art. 3). La juridiction ne peut se contenter de vérifier « la réalité et l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative »¹⁶². De plus, en ce qui concerne les demandeurs d'asile, la directive « Accueil » considère la détention comme une exception à la règle générale de libre circulation, qui ne peut être utilisée que lorsque « cela s'avère nécessaire ». Le placement automatique en détention d'un demandeur d'asile, sans évaluer la situation de la personne concernée, est par conséquent contraire à la directive¹⁶³. Le contrôle de légalité de la détention implique un contrôle de proportionnalité et de nécessité de la mesure de détention dont le juge ne peut se départir. Pour éviter toute controverse jurisprudentielle, il serait utile de confier également au juge un contrôle d'opportunité.

Enfin, on peut se demander si le juge pénal est le juge adéquat pour se prononcer sur la détention administrative des étrangers, vu son absence de spécialisation dans le domaine du droit administratif des étrangers. De plus, la présence du parquet exigé par la législation sur la détention préventive à laquelle il est référé, ne semble pas adéquate.

12. 2. Sur la notion de détention comme mesure de dernier ressort

Plusieurs observateurs nationaux et internationaux insistent sur le fait que la détention est une mesure de dernier ressort.

Ainsi, le Médiateur Fédéral rappelle, dans son rapport relatif aux centres fermés, que *« la liberté des personnes est la règle et la privation de liberté, l'exception. Exception qui, lorsqu'il s'agit de l'enfermement d'étrangers en attente de leur éloignement, ne peut être qu'une mesure de dernier ressort. »*

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite, quant à elle, les États membres à *« examiner les alternatives à la rétention et à s'assurer qu'il existe une présomption en faveur de la mise en liberté dans la législation nationale ; à clarifier la mise en œuvre des alternatives à la rétention et à intégrer à la législation et à la pratique nationales un véritable cadre juridique et institutionnel applicable à ces alternatives afin de veiller à ce qu'elles soient envisagées d'emblée si la mise en liberté ou le placement provisoire en rétention ne sont pas accordés »*¹⁶⁴.

¹⁶² Cass., 4.11.2009

¹⁶³ Cf. « Rapport de la commission au conseil et au parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les états membres », 26 novembre 2007, COM(2007) 745 final.

¹⁶⁴ Résolution 1707 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (28/01/2010) sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe.

Quant au rapport du Commissaire Hammarberg, il estime que « la détention de certains demandeurs d'asile apparaît d'autant plus discutable qu'elle revêt un caractère systématique pour nombre de demandeurs d'asile ». Il rappelle que le recours à leur détention systématique dans un certain nombre de cas apparaît comme contraire à la nécessité d'individualiser chaque décision de détention.

Ensuite, un projet d'amendement de la directive « Accueil » prévoit une modification des articles 8 à 11 sur le placement en rétention afin d'intégrer cette notion de mesure de dernier ressort¹⁶⁵. *« Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande une protection internationale conformément à la directive 2005/85/CE du Conseil. Lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent retenir un demandeur dans un lieu déterminé conformément à leur législation nationale, à moins que d'autres mesures moins coercitives ne puissent être effectivement appliquées. Un demandeur ne peut être retenu dans un lieu déterminé que :*

- pour déterminer, confirmer ou vérifier son identité ou sa nationalité ;*
- pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile et qui auraient pu être égarés dans d'autres circonstances ;*
- pour statuer sur sa demande d'asile dans le cadre d'une procédure visant à déterminer son droit d'entrer sur le territoire ;*
- lorsque la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public l'exigent ».*

Enfin, en ce qui concerne la détention de demandeurs d'asile sur base du Règlement Dublin, il existe un projet de modification de celui-ci¹⁶⁶ qui met également l'accent sur la détention comme mesure de dernier ressort. Le considérant 18 prévoit que « la rétention des demandeurs d'asile doit être subordonnée au principe selon lequel nul ne doit être placé en rétention au seul motif qu'il demande une protection internationale. Concrètement, cette rétention doit être conforme à l'article 31 de la convention de Genève et n'intervenir que dans les circonstances exceptionnelles précisément définies, et avec les garanties prescrites, dans la directive [...] / [...] / CE] [relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres]. En outre, s'agissant des moyens employés et de l'objectif poursuivi, le recours à la rétention en vue d'un transfert vers l'État membre responsable devrait être limité et soumis au principe de proportionnalité ».

Il nous semble dès lors que la loi du 15 décembre 1980 devrait refléter cet aspect de la détention. Ainsi, un nouvel alinéa 2 à l'article 74/8 §1er pourrait être inséré et prévoir que : *« Les mesures de détention, de mise à disposition du gouvernement et de maintien auxquelles il est fait référence à l'alinéa précédent sont des mesures de dernier ressort. Elles*

¹⁶⁵ Commission européenne, « Proposition de modification de la Directive accueil (2008/0244 (COD) » du 3 décembre 2008, COM(2008) 815 final.

¹⁶⁶ Commission européenne, « Proposition de modification du Règlement Dublin II accueil (2008/0243 (COD) » du 3 décembre 2008, COM(2008) 820 final.

ne peuvent être mises en œuvre que si dans chaque cas individuel, elles sont nécessaires et proportionnées au but poursuivi, à savoir l'identification de l'intéressé ou son éloignement, et ne peuvent être discriminatoires ».

12. 3. Quant à la détention des familles et des groupes vulnérables

La loi du 15 décembre 1980 devrait explicitement prévoir que les groupes vulnérables et les familles ne peuvent être détenus. Ainsi, l'enfermement des familles avec enfants devrait être expressément écarté par la loi, comme il l'a été pour les MENA, afin de consolider les « acquis » dans ce domaine.

13. Conclusion

Le régime relatif à la détention des étrangers est devenu de plus en plus sévère, qu'il s'agisse des conditions de détention, de la durée de celle-ci, ou de la multiplication des hypothèses de détention.

Le régime décrit démontre la complexité de la matière, où les droits fondamentaux font l'objet de nombreuses violations qui ouvrent rarement sur une possibilité de recours effectif. En outre, de nombreuses catégories de personnes détenues sont en fait ou en droit inéloignables, ou appartiennent à une catégorie vulnérable (notamment des demandeurs d'asile), et une réflexion sur la proportionnalité de cette détention au vu des conséquences sur les personnes devrait être menée de façon approfondie.

Parallèlement, un questionnement sur les alternatives à la détention est ébauché, suite aux condamnations de la Belgique à Strasbourg en ce qui concerne particulièrement la détention des enfants mineurs, et à certaines conditions nouvelles mises à la détention par la directive retour. Cette réflexion devrait permettre de confirmer que la détention n'est pas un mal nécessaire.

Liste des abréviations

AM	Arrêté ministériel
A.R.	Arrêté royal
BAJ	Bureau d'aide juridique
CCE	Conseil du contentieux des étrangers
CE	Conseil d'État
CECLR	Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CGRA	Commissariat général aux réfugiés et apatrides
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
C.I.B.	Centre pour illégaux de Bruges
C.I.M.	Centre pour illégaux de Merksplas
C.I.V.	Centre pour illégaux de Vottem
MB	Moniteur belge
MENA	Mineur étranger non accompagné
OBFG	Ordre des barreaux francophones et germanophones
OE	Office des étrangers
ONG	Organisation non gouvernementale
OQT.	Ordre de quitter le territoire
O.V.B.	Ordre van de Vlaamse Balies
S.P.F.	Service public fédéral
UE	Union européenne

Bibliographie

BEAUDU (G.), *Le Code communautaire de visa*, RDE n° 156, 2009, p.599.

CARLIER (J. -Y.), *La Directive retour et le respect des droits fondamentaux*, L'Europe des Libertés. Revue d'actualité juridique, Université de Strasbourg, mai 2008, p.13-21

CIRÉ, *Faire valoir ses droits en centre Fermé - Un état des lieux de l'accès à l'aide juridique dans les centres fermés pour étrangers en Belgique*

DE SCHUTTER (O.), *La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public* », RDE, n° 93, 1997, p.177.

FLAMAND (C.), *La Directive Retour et la protection des droits fondamentaux*, RDE, n° 148, 2008, p.177-192.

PASBECQ (C.), *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir*, R.D.P., 1980, p. 804.

SAROLEA (S.), *Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier : comment et pourquoi ?*, RDE, n° 93, 1997, p. 200.

X, *La mise à l'écart de l'étranger, Centres fermés et expulsions*, Coordonné par PERROUTY (P.- A.), Editions Labor, 2004.

Table des matières

1. Introduction	2
2. Les hypothèses de la détention	3
2. 1. L'étranger refoulé :	4
2. 2. L'étranger en séjour illégal :	5
2. 3. Les demandeurs d'asile :	6
3. La durée de la détention	9
3. 1. Principe	9
3. 2. Exceptions	10
4. Le devoir d'information	10
5. Le contrôle de la détention	11
5. 1. Le recours et la procédure devant la Chambre du conseil	11
5. 2. La nature du contrôle	13
6. Les spécificités du recours dans le cadre du refoulement de l'étranger à la frontière	16
6. 1. La spécificité de la détention en vue du refoulement	16
6. 2. La spécificité du recours dans le cadre du refoulement :	17
7. Les recours contre la détention des demandeurs d'asile	19
7. 1. La détention de demandeurs d'asile à la frontière :	19
7. 2. La détention de demandeurs d'asile sur le territoire	24
7. 3. La détention des demandeurs d'asile « Dublin »	25
8. La détention des mineurs et des familles	26
8. 1. Les normes applicables	26
8. 2. Les documents d'institutions internationales	28
8. 3. La jurisprudence internationale	28
8. 4. La situation en Belgique.	30
9. Aperçu des conditions de détention dans les centres fermés	33
9. 1. Les centres fermés	33
9. 2. Règlementation	34
9. 3. Conditions de détention	35
10. Développements récents en matière de détention au niveau européen	41
10. 1. La Charte des Droits fondamentaux	41
10. 2. Les documents émanant du Conseil de l'Europe	41
10. 3. Les directives européennes	42

11. Développements récents en matière de détention en droit belge	44
12. Perspectives	44
12. 1. Sur le contrôle de la détention	44
12. 2. Sur la notion de détention comme mesure de dernier ressort	45
12. 3. Quant à la détention des familles et des groupes vulnérables	47
13. Conclusion	47