

## I. Édito

### Le jeu des frontières et de la rhétorique migratoire

*Les discussions autour des réformes en matière d'asile sont dominées par l'obsession de la protection des frontières. Pourtant la contradiction entre les concepts n'est pas qu'apparente, elle se vérifie à l'aune de deux actualités en matière migratoire. L'annulation du code de la navigation ainsi que la suspension d'une décision prise en application de l'accord entre le Royaume-Uni et le Rwanda réaffirme la prééminence des droits fondamentaux sur la gestion des frontières tout comme la protection temporaire accordées aux Ukrainiens nous questionne sur son efficacité.*

Chaque année depuis 2001, le monde célèbre la journée mondiale du réfugié le 20 juin.

Journée établie par les Nations Unies en l'honneur du 50<sup>ème</sup> anniversaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés<sup>1</sup>, elle vise à sensibiliser et à mobiliser la société en faveur des droits des réfugiés.

« Chacun. Partout. Tout le temps. Toute personne a droit à la sécurité. »

Telle était la devise du UNHCR – l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés – pour cette édition 2022, qui nous rappelle les fondements du droit de demander l'asile.

« Partout », cela implique de permettre un accès sûr, et en conséquence de laisser les frontières ouvertes pour ceux qui fuient leur pays.

Pourtant, la lutte contre l'immigration illégale et son corollaire, le renforcement du contrôle des frontières, est au cœur de l'actualité migratoire, en particulier au sein de l'Union européenne (ci-après UE). C'est l'axe prioritaire des dernières propositions de réforme de la Commission européenne, notamment celles du nouveau pacte européen sur la migration et l'asile présenté le 23 septembre 2020<sup>2</sup>.

Imposée comme l'unique solution à ce qui est présenté comme une succession de crises migratoires, son efficacité tout comme sa légalité questionnent.

Au travers de trois actualités en matière migratoire, nous remettrons en perspective certaines obligations des États en matière d'asile, au regard des frontières de leur territoire. Elles seront appliquées à deux propositions de règlement de la Commission européenne à propos desquelles un accord s'est dégagé au sein du Conseil de l'UE sous l'impulsion de la présidence de la France<sup>3 4</sup>.

#### 1. L'accès à la procédure d'asile et la détention aux frontières : l'exemple du code belge de la navigation

Si la thématique pourrait prêter à sourire, laissant penser qu'il ne s'agit que de quelques dispositions mineures régulant la circulation d'un moyen de transport peu répandu en Belgique, le Code de la navigation touche en réalité à des droits fondamentaux et en particulier dans le cadre de la mobilité migratoire<sup>5</sup>.

En effet, il traite notamment des passagers clandestins découverts à bord d'un navire accostant dans l'un des six ports belges. Il prévoit qu'ils doivent être maintenus à bord du navire sous l'autorité du commandant, et qu'ils

1 Convention internationale relative au statut des réfugiés, approuvée par la loi de 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953.

2 Le pacte est un projet de réformes de la politique migratoire européenne fait par la Commission européenne qui vise à réformer le régime d'asile européen commun (RAEC). Il se compose de cinq règlements, soit des instruments législatifs européens contraignants, de trois recommandations non contraignantes et d'une série d'orientations. Pour une analyse approfondie des propositions du pacte, lire A. CHATTÉ, « Regard juridique sur les cinq volets législatifs du pacte européen sur la migration et l'asile », CNCD-11.11.11, 20 juin 2022, disponible sur <https://www.cncd.be/Un-pacte-europeen-sur-la-migration>

3 La présidence du Conseil est assurée à tour de rôle par chaque État membre pour une période de six mois. Le Conseil se compose de Ministres ou Secrétaires d'État de chaque État membre dans le domaine concerné par les discussions.

4 Le processus législatif ordinaire au sein de l'Union européenne est un processus de codécision entre trois institutions : la Commission, le Conseil et le Parlement. L'initiative d'une proposition revient à la Commission qui est ensuite examinée par le Parlement, avec le cas échéant un examen préalable du Conseil qui peut adopter une orientation générale. Le texte doit être approuvé par les deux entités et fera l'objet le cas échéant de plusieurs allers et retours.

5 P. BAYENS, M. BEYS, D. WEINBERG, J. LEJEUNE, "Les droits fondamentaux restent à quai ? Le statut juridique des passagers clandestins dans les ports belges", RDE 205, juin 2020, p.5

ne peuvent être débarqués que pour être éloignés du territoire. L'objectif de ces dispositions est de permettre aux autorités belges d'exercer le contrôle aux frontières extérieures au sens du Code frontières Schengen<sup>6</sup> et d'éviter un accès illégal au territoire belge.

Le 9 juin 2022<sup>7</sup>, la Cour constitutionnelle belge<sup>8</sup> a rendu un arrêt par lequel elle annule l'article du Code belge de la navigation qui prévoit ce maintien<sup>9</sup>.

Les associations, dont l'ADDE, qui ont introduit le recours en annulation devant la Cour, avaient soulevé que ce maintien à bord équivalait à une détention qui s'appliquait indistinctement à plusieurs catégories de personnes comme les Belges, les étrangers autorisés ou admis au séjour, les demandeurs de protection internationale, les MENA ou encore les personnes gravement malades, sans tenir compte des spécificités de chacune de leur situation et des droits fondamentaux qui s'y attachent.

La Cour confirme que ces passagers relèvent de la juridiction de l'État belge et qu'ils ne peuvent être refoulés sans engager la responsabilité de la Belgique notamment sur base des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) ou de la Convention de Genève.

Elle rappelle également que le Code belge de la navigation ne peut pas faire obstacle à l'application de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers<sup>10</sup> ou toute autre *lex specialis*.

Dès lors, si un passager clandestin ne remplit pas les conditions d'accès au territoire national ou ne formule pas de demande de protection, il doit se voir remettre une décision de refus d'accès au territoire dans une langue qu'il comprend, et qui indique les recours possibles devant un juge. Au contraire le passager belge ou étranger autorisé au séjour ne peut quant à lui se voir refuser l'accès au territoire national.

Pour ce qui est du demandeur d'asile, la Cour constate que le maintien à bord du navire entrave l'accès effectif à la procédure de protection internationale et le bon déroulement de celle-ci.

Ce constat est le même pour le mineur étranger non accompagné – le MENA – pour lequel une procédure de prise en charge spécifique existe, et dont le respect serait mis à mal en cas d'interdiction de débarquement, ou encore pour l'étranger gravement malade dont l'accès au traitement médical suppose qu'il puisse être débarqué.

En ce qui concerne le refus d'autoriser le débarquement en tant que tel, le gouvernement a cherché à le justifier par des éléments relevant de l'organisation matérielle d'un port, soit l'absence de zone de transit et la distance physique entre un navire mouillant dans un port et le poste frontière.

La Cour balaie ces arguments et, conformément aux critères dégagés par la jurisprudence européenne<sup>11</sup>, identifie ce refus de débarquement comme une détention. Elle constate le non-respect des garanties prévues à l'article 5 de la CEDH ; soit la communication rapide des motifs de la détention et la possibilité de la soumettre au contrôle judiciaire.

Par son arrêt d'annulation, la Cour constitutionnelle rappelle de manière claire la prééminence des obligations internationales de la Belgique en matière de protection des droits fondamentaux sur l'objectif, certes légitime mais pas absolu, de contrôle des frontières.

C'est un raisonnement similaire qui avait été adopté par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) dans son arrêt *Khlaifia et autres. C. Italie*<sup>12</sup>. La Cour avait été saisie de la situation de migrants tunisiens fuyant dans le cadre des événements liés au printemps arabe qui avaient été détenus dans un centre d'accueil à Lampedusa puis sur des navires amarrés dans le port de Palerme.

6 Institué en 2006, le Code frontières Schengen fixe les règles relatives au franchissement des frontières extérieures de l'UE et au contrôle aux frontières intérieures.

7 C.const., 9 juin 2022, n° 75/2022 disponible sur <https://www.const-court.be/public/f/2022/2022-075f.pdf>

8 La Cour constitutionnelle est compétente pour vérifier si la législation est conforme à la Constitution ainsi qu'aux normes internationales qui consacrent les droits fondamentaux.

9 Loi du 8 mai 2019 introduisant le Code belge de la Navigation, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 2019.

10 Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.

11 Voy. notamment Cour eur.D.H. (gde ch.), arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012.

12 Cour eur. D.H., arrêt *Khlaifia et autres c. Italie*, 1<sup>er</sup> septembre 2015.

La Cour a conclu qu'il s'agissait d'une privation de liberté qui n'était fondée sur aucune base légale et qui n'était assortie d'aucune des garanties nécessaires. Aucun document officiel reprenant les motifs de fait et de droit ne leur avait été communiqué et aucune possibilité de recours juridictionnel ne leur avait été ouverte. La Cour avait également constaté qu'au vu des conditions d'accueil dans le centre de Lampedusa (mais pas au sein des navires) incluant des problèmes graves de surpeuplement, d'hygiène, et de manque de contact avec l'extérieur, la détention avait également été constitutive de traitements inhumains et dégradants en violation de l'article 3 de la CEDH.

## **2. L'accès à la procédure d'asile et la détention aux frontières : La procédure de filtrage**

Appelons de nos vœux que les États membres de l'UE se rappelleront la prééminence des droits fondamentaux sur la gestion des frontières pour la poursuite de leur discussion sur la proposition de règlement organisant un filtrage des ressortissants de pays tiers arrivés illégalement<sup>13</sup>.

Ce règlement prévoit que tout ressortissant de pays tiers qui ne dispose pas d'un droit d'entrée, qu'il soit aux frontières de l'UE ou déjà sur le territoire, sera détenu pour être soumis à une procédure de filtrage comprenant une identification, un contrôle sanitaire et une évaluation pour l'ordre public. Au terme de cette étape, l'étranger pourra entamer une procédure d'asile, dans certains cas à la frontière, ou fera l'objet d'une procédure de retour au pays d'origine ou d'un refus d'entrée.

Un tel mécanisme légalise la pratique des hotspots existant déjà en Grèce et en Italie depuis 2015 – comme celui de l'île de Lampedusa ou de l'île de Chios – ce qui est tout à fait alarmant au vu des conditions d'accueil qui y sont dénoncées et qui ont été constatées par la Cour EDH dans son arrêt *Khlaifia*.

Malgré ces constats, les États sont pourtant parvenus à un accord politique au sein du Conseil de l'UE et le processus législatif va donc se poursuivre avec le Parlement européen<sup>14</sup>. Ce n'est pourtant pas un mécanisme de relocalisation volontaire ou des contributions financières négociées par les États frontaliers qui rassureront les ONG sur les garanties liées à la détention, l'accessibilité de l'information concernant la procédure d'asile ou encore des conditions d'accueil conformes à la dignité humaine.

Encore plus inquiétant, pour les besoins de cette procédure, le lieu de détention sera, par une fiction juridique, considéré comme une zone d'attente extraterritoriale, même si elle est située à l'intérieur du territoire, une zone de non droit dans laquelle les droits des migrants seraient aisément bafoués.

Pourtant, comme nous le verrons avec l'actualité suivante, tenter d'extraire des étrangers de sa juridiction que ce soit en les déplaçant après le passage de la frontière ou en créant des fictions juridiques pour prétendre qu'ils n'ont pas passé la frontière, ne peut certainement pas affranchir les États de leurs obligations en matière de droits fondamentaux.

## **3. Le principe de non-refoulement et l'interdiction de sanction pour franchissement irrégulier : l'accord entre le Royaume-Uni et le Rwanda**

Le 13 avril 2022, le Royaume-Uni et le Rwanda signaient un accord visant à ce que des demandeurs d'asile de toute nationalité puissent être relocalisés depuis le Royaume-Uni vers le Rwanda et soient intégrés au système d'asile sur place<sup>15</sup>. Le Royaume-Uni ne crée pas ici une zone extraterritoriale, il transfère la charge de demandeurs d'asile vers un autre Etat auprès duquel les demandeurs devront solliciter protection.

Dans une allocution donnée le lendemain, le Premier Ministre Boris Johnson vise particulièrement ceux qui seraient arrivés "*illégalement*", par la manche dans de petites embarcations, après avoir traversé des pays européens

<sup>13</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, 23 septembre 2020.

<sup>14</sup> Conseil de l'UE, communiqué de presse Asile et migration: le Conseil approuve des mandats de négociation sur le règlement Eurodac et le règlement « filtrage » et 21 États adoptent une déclaration sur la solidarité, 22 juin 2022, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/06/22/migration-and-asylum-pact-council-adopts-negotiating-mandates-on-the-eurodac-and-screening-regulations/>

<sup>15</sup> Gov. UK., Memorandum of Understanding (MoU) between the UK and Rwanda, 14 avril 2022, disponible sur <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda>

sans y demander la protection ; ceux qui “*bypass le système*”<sup>16</sup>.

La tentative de criminalisation de ces étrangers ne peut nous faire oublier les obligations internationales que violent sciemment le Royaume-Uni en appliquant cet accord.

L'externalisation de l'asile ainsi planifiée ne peut effacer le fait qu'en arrivant sur le sol britannique, le demandeur relève de sa juridiction de sorte que le Royaume-Uni doit s'assurer du principe de non-refoulement ou encore d'un accueil conforme aux standards de dignité. Si des accords bilatéraux ne sont pas interdits, ils doivent toujours contribuer à améliorer la protection dans son ensemble et ne peuvent permettre à un État de payer un autre pour se décharger de ses responsabilités.

La convention de Genève, dont le Royaume-Uni est signataire, prohibe en son article 31 toute sanction pénale en raison d'une entrée ou d'un séjour irrégulier. Elle reconnaît que la plupart des réfugiés n'ont souvent aucun autre choix que de voyager en dehors de tout cadre légal. Or le Royaume-Uni prévoit de sanctionner le demandeur arrivé par bateau en déclarant sa demande inadmissible et en l'envoyant ensuite au Rwanda.

Le Royaume-Uni ne bénéficie d'aucune garantie quant au respect par les autorités rwandaises des normes d'accueil pour les candidats réfugiés ou encore quant au respect du principe de non-refoulement, ce dont il doit pourtant s'assurer. Au contraire, le UNHCR pointe les manquements du système d'asile rwandais et les difficultés d'accès aux procédures (parfois discriminantes, pour les demandeurs LGBT+ par exemple), le risque de détention et de déportation, le manque d'impartialité du comité de décision, l'absence de représentation par un avocat, la non-communication des motifs de refus, l'absence d'un tribunal indépendant pour évaluer la décision,...

C'est notamment sur base de l'ensemble de ces préoccupations que la Cour européenne des droits de l'homme a ordonné le 14 juin 2022, l'interdiction du refoulement d'un demandeur d'asile au Royaume-Uni. Si le Royaume-Uni ne fait plus partie de l'UE, il fait toujours partie du Conseil de l'Europe.

L'affaire *K.N. c. Royaume-Uni* concerne un ressortissant irakien né en 1968 qui après un parcours migratoire à travers la Turquie et l'Europe a demandé l'asile au Royaume-Uni une fois la Manche franchie par bateau. Il était à bord du premier avion affrété pour le Rwanda et son avocat a saisi in extremis la Cour EDH d'une demande de mesure provisoire pour éviter un risque imminent de dommage irréparable dû au renvoi au Rwanda. Celle-ci lui fût accordée sur base des préoccupations émises par rapport aux droits des réfugiés au Rwanda, et ce jusqu'à ce la juridiction britannique compétente se prononce au fond sur cette question.

#### **4. Le principe de non-refoulement et l'interdiction de sanction pour franchissement irrégulier : le concept d'instrumentalisation dans le Code frontières Schengen**

Si l'UE s'émeut de cet accord migratoire<sup>17</sup>, rappelons qu'elle a elle-même conclu des accords avec la Libye et la Turquie pour tenter de « résoudre » la crise migratoire de 2015 en y renvoyant des migrants. Par ailleurs, elle vient d'adopter, en date du 10 juin 2022, son orientation générale concernant la réforme du Code frontières Schengen.

Elle y consacre le concept d'instrumentalisation soit une situation dans laquelle un déplacement de ressortissants tiers serait encouragé ou facilité par un pays tiers ou par un acteur non étatique vers les frontières de l'UE afin de déstabiliser l'UE ou un de ses États membres. C'est ce dont elle a accusé la Biélorussie depuis la fin de l'année 2021 : instrumentaliser des hordes de migrants coincés à la frontière en réaction à des sanctions européennes<sup>18</sup>.

Face à de telles menaces, les États membres pourraient prendre des mesures telles que la fermeture des frontières, la limitation du nombre de passage-frontières ou l'allongement des délais de détention.

16 Gov. UK., PM speech on action to tackle illegal migration, 14 April 2022, disponible sur <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-action-to-tackle-illegal-migration-14-april-2022>

17 Parlement Européen, question parlementaire, 21 avril 2022, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001527\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001527_EN.html)

18 TV5 Monde, Pologne - Biélorussie : les migrants pris en étau dans la crise entre les deux pays, 21 décembre 2021, disponible sur <https://information.tv5monde.com/info/pologne-bielorussie-les-migrants-pris-en-etau-dans-la-crise-entre-les-deux-pays-431913>

Or de telles mesures auront pour effet de violer le principe de non-refoulement et l'interdiction de pénaliser un demandeur en fonction de la manière dont il parviendrait aux frontières.

### **5. La protection temporaire des Ukrainiens : une conclusion heureuse ?**

Le 24 février 2022, l'armée russe envahit l'Ukraine. Consciente que cette guerre risque d'entraîner une pression migratoire importante aux frontières Est de l'UE, le Conseil de l'UE<sup>19</sup> active la directive relative à la protection temporaire<sup>20</sup> afin d'apporter une aide rapide et efficace aux personnes fuyant la guerre en Ukraine.

Cette directive permet, lorsqu'il est constaté que l'Union européenne fait face à un afflux massif de personnes déplacées, d'accorder quasi immédiatement, sans examen individuel, une protection à un groupe de personnes déterminé sans que les systèmes d'asile nationaux ne soient complètement noyés.

La protection est accordée pour une année, et sera prolongée automatiquement pour deux périodes de 6 mois sauf décision contraire. Elle pourra encore être prolongée une année mais cette fois avec une décision du Conseil européen pour une durée totale maximale de 3 années. Elle coexiste avec le système d'asile « classique ».

En Belgique, à ce jour, ce sont 55 318 Ukrainiens qui ont reçu la protection temporaire<sup>21</sup>, sur plus de 3 400 000 Ukrainiens qui l'ont reçue dans l'Union européenne<sup>22</sup>.

Les bénéficiaires de la protection temporaire reçoivent un titre de séjour, l'accès au marché de l'emploi, le soutien nécessaire en matière de logement, d'aide sociale et de subsistance, lorsqu'ils ne disposent pas de ressources suffisantes, ainsi que de soins médicaux. Leur mobilité au sein de l'Union européenne est permise et leur choix quant au pays de résidence est respecté.

L'approche ainsi adoptée par les États membres est résolument différentes de toutes celles envisagées dans le cadre des différentes réformes que nous venons d'aborder et qui font suite à la crise migratoire de 2015. Nombreuses sont les voix qui expriment d'ailleurs leur incompréhension quant à la non-activation de la directive pour la guerre en Syrie.

Elle doit nous permettre de repenser le modèle d'asile européen dont le seul point de convergence semble aujourd'hui se concentrer sur la protection et la modélisation des frontières ainsi que sur la méfiance vis-à-vis de ceux qui fuient leur pays. D'autant que les différents exemples utilisés dans la présente contribution démontrent que la gestion des frontières telle qu'elle est prévue est contraire au droit de l'asile et aux droits fondamentaux.

L'exemple de l'Ukraine nous permet de constater les bénéfices de l'accès rapide à une protection et d'un niveau de protection équivalent entre États.

*Elisabeth Destain, juriste ADDE a.s.b.l et avocate au Barreau de Bruxelles*

19 Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire, *J.O.U.E. L 71/1*, 4 mars 2022

20 Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *J.O.U.E. L 212*, 7 août 2001

21 <https://statbel.fgov.be/fr/visuals/deplaces-ukrainiens>

22 <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine/location?secret=unhcrrestricted>