

# AVIS AU SUJET D'UNE LOI 'SALDUZ' POUR LES PERSONNES ÉTRANGÈRES

(DOC PARLEMENTAIRE 55 2322/001)

La coalition Move a vu le jour en janvier 2021 sous l'initiative conjointe de Caritas International, du CIRÉ, de Jesuit Refugee Service Belgium et de Vluchtelingenwerk Vlaanderen qui participent depuis plus de 20 ans à une plateforme d'ONG belges réunissant les visiteur·euses accrédité·es des centres fermés et des maisons de retour. Avec ses partenaires, Move réaffirme le droit à la liberté et veut mettre fin à la détention administrative des personnes migrantes. Move s'articule autour de quatre piliers interdépendants :

- l'accompagnement socio-juridique des détenu·es et le monitoring des lieux de détention administrative via des visiteur·euses accrédité·es ;
- le développement d'une expertise juridique visant à mieux défendre les droits des détenu·es ;
- la réalisation d'un plaidoyer politique et nourri par les observations du terrain ;
- la sensibilisation du grand public.



Le présent avis est également co-signé par les organisations suivantes :



## 1. INTRODUCTION

Le 16 novembre 2021 une proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, visant à consacrer le droit à l'assistance d'un·e avocat·e lors de l'audition des étranger·es susceptibles d'être privé·es de leur liberté a été déposée par les parlementaires M. Khalil Aouasti et consorts ([DOC 55 2322/001](#)). Move (coalition réunissant Caritas International, le CIRÉ, Jesuit Refugee Service Belgium et Vluchtelingenwerk Vlaanderen) a été sollicité pour avis par la commission Intérieur. Le présent avis est également soutenu et co-signé par l'Observatoire international des prisons (OIP), l'Action des Chrétiens pour l'Abolition de la Torture (ACAT), Défense des enfants international (DEI), l'Association pour le droit des étrangers (ADDE), la Ligue des droits humains (LDH), Amnesty International Belgique, Point d'appui, le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX), Médecins du monde (MDM), Liga voor mensenrechten et Siréas.

Il y a de ça plus de dix années, Monsieur Salduz obtenait devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme la condamnation de la Turquie pour n'avoir pu bénéficier de l'assistance d'un·e avoca·et lors de sa garde à vue<sup>1</sup>. Les retentissements de cette affaire se sont fait sentir bien au-delà des frontières de la Turquie. En Belgique, le Législateur a été amené – à la suite de cet arrêt – à mettre en œuvre une vaste réforme des règles existantes à propos de l'arrestation et de la détention préventive (la fameuse loi 'Salduz').

Mais les enseignements à tirer de cet arrêt ne s'arrêtent pas à l'arrestation pénale. Il est question aujourd'hui d'appliquer les principes de la loi 'Salduz' aux étranger·es privé·es de liberté pour des raisons administratives. L'idée n'est pas nouvelle et plusieurs auteur·rices l'ont déjà appelée de leurs vœux. Ainsi, A. BURGHELLE-VERNET, avocate au barreau de Bruxelles, écrivait en 2016 que « *L'assistance d'un avocat avant toute prise de décision par l'Office des étrangers pourrait donc devenir la condition préalable nécessaire pour que les droits de l'étranger soient effectivement respectés en pratique et que ce dernier cesse d'être considéré comme un être humain de « seconde zone* »<sup>2</sup>.

L'enjeu est de taille et il convient d'instruire correctement chaque aspect de la question. Notamment, il y a lieu de garder en mémoire le florilège des situations qui sont concernées. Que l'on pense à l'audition à la frontière précédant une décision de refoulement, une audition d'un·e demandeur·euse d'asile dans le cadre de la procédure « Dublin », l'audition de l'étranger·e qui purge une peine et qui risque de se voir retirer son titre de séjour, ou encore, une audition de police « classique », tou·tes ces étranger·es sont entendu·es par un·e fonctionnaire en vue de faire appliquer la loi sur les étrangers et risquent une privation de liberté administrative. Ils/elles ressortent dès lors de la présente proposition de loi. Afin d'illustrer chaque particularité

---

<sup>1</sup> C.E.D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008, req. no 36391/02.

<sup>2</sup> A. BURGHELLE-VERNET, « Le droit à l'assistance d'un avocat dès la privation de liberté d'un étranger : application des principes issus de la jurisprudence 'Salduz' de la cesdh, utopie ou possibilité ? », *Rev. Dr. Étr.* N° 191, 2016, p. 756.

de ces situations, nous allons enrichir le propos qui suit de témoignages et de vécus de personnes.

Nous passons en revue ci-après successivement les arguments juridiques qui soutiennent la proposition de loi (point II) ainsi que des propositions d'ajustements de celle-ci (point III). Enfin, nous analysons des cas inspirants au-delà de nos frontières et d'autres institutions qui ont pris position sur la question (point IV).

## 2. RÉFORME BIENVENUE DE L'EXTENSION DES GARANTIES "SALDUZ" À L'ARRESTATION ADMINISTRATIVE

Ci-dessous, nous exposerons tour à tour les arguments juridiques qui militent en faveur de l'extension des garanties dites « Salduz » à la matière des arrestations et détentions administratives. Ces arguments tiennent du principe fondamental à la liberté (A), et du principe général du droit d'être entendu (B), de la nécessité de mettre fin à la discrimination entre les régimes juridiques de l'enfermement administratif et pénal (C), ainsi que de la mise en place du contrôle d'opportunité par le/la juge (D).

### A. Principe fondamental à la liberté et communication des raisons de l'arrestation (Art. 5 CEDH)

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) énonce le principe fondamental de la liberté et de la protection contre les arrestations arbitraires applicables notamment à « 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 » (art. 5, § 1<sup>er</sup>, f CEDH). Aux termes de l'article 5, § 2 CEDH: "Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle".

La jurisprudence à propos de cette disposition est foisonnante et offre des clés d'interprétation importantes. Ainsi, l'article 5 § 2 énonce une garantie élémentaire intégrée au système de protection qu'offre cette disposition : toute personne arrêtée doit connaître les raisons de son arrestation<sup>3</sup>. Il faut signaler à toute personne arrêtée, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal conformément à l'article 5 § 4<sup>4</sup>. Quiconque a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention ne peut s'en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les raisons pour lesquelles on l'a privé·e de sa liberté<sup>5</sup>.

Les principes énoncés ci-dessus ne sont pas toujours respectés en pratique. Ainsi, plusieurs personnes détenues dans les centres fermés de Belgique rencontrées par les visiteur·euses de Move tiennent les propos qui suivent (traduction libre) :

« La police de l'aéroport de Zaventem m'a enfermé et j'ai passé toute la nuit sur un banc, sans savoir ce qui allait se passer ». (Martial)

<sup>3</sup> C.E.D.H., *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], 2016, § 115.

<sup>4</sup> C.E.D.H., *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], 2016, § 115 ; *J.R. et autres c. Grèce*, 2018, §§ 123-124 ; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, 1990, § 40 ; *Murray c. Royaume-Uni* [GC], 1994, § 72.

<sup>5</sup> C.E.D.H., *Van der Leer c. Pays-Bas*, 1990, § 28 ; *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, 2005, § 413 ; *Grubnyk c. Ukraine*, 2020, §§ 97 et 99.

« Je travaillais. J'ai levé les yeux et j'ai soudain vu la police partout. L'un d'eux a dit "Bingo", comme si j'étais un grand chef de la mafia. La police m'a enfermé pendant 24 heures, sans aucune information. Il faisait froid, et le fait de ne pas savoir ce qui allait se passer m'a fait beaucoup de mal. Ils m'ont menotté comme un criminel et m'ont amené au centre fermé de Merksplas ». (Murad)

Une protection fondamentale contre l'arbitraire est de permettre à la personne arrêtée de pouvoir comprendre les raisons de son arrestation, dans une langue qu'elle comprend et dans un délai le plus court possible. La présence d'un·e avocat·e à l'audition qui précède cette privation de liberté permet à notre sens de rencontrer ces garanties. Permettre qu'un·e intervenant·e tiers et indépendant·e de l'administration puisse expliquer à la personne les tenants et aboutissants de sa situation et les potentielles conséquences de sa privation de liberté est fondamental, vu la complexité de la matière du droit des étrangers. En outre, l'avocat·e veillera à la correcte application de l'article 33ter de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 qui prévoit l'obligation de l'information des motifs de l'arrestation dans une langue que la personne comprend, mais qui n'est pas souvent respecté en pratique<sup>6</sup>. En ce sens, la présence d'un·e avocat·e préalablement et durant une audition permettra à l'étranger·e de comprendre les raisons de son arrestation et de sa situation administrative (a priori précaire).

## **B. Présence de l'avocat·e: corollaire du principe général du droit d'être entendu**

Conformément à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, toute personne a le droit d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre. Selon la Cour de Justice de l'Union européenne, le droit d'être entendu fait partie intégrante du principe fondamental du respect des droits de la défense<sup>7</sup>, lequel s'impose même si la législation nationale ne le prévoit pas expressément<sup>8</sup>. Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue avant l'adoption d'une décision administrative « susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts »<sup>9</sup>.

Considérant les conséquences d'une arrestation (décision de retour, interdiction d'entrée sur le territoire, etc.) et les nombreux effets néfastes d'un enfermement<sup>10</sup>, il est indéniable qu'une décision de maintien cause grief à une personne étrangère et que celle-ci doit – partant – être préalablement entendue à ce propos.

La présence d'un·e avocat·e lors de l'audition préalable à une éventuelle décision de privation de liberté permettrait de garantir de manière réellement effective le respect du droit d'être

<sup>6</sup> Myria, Rapport parallèle CAT 2021, p. 25.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935, point 42, et 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, Rec.p. I-10369, point 36.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, point 86; *Sopropé*, précité, point 38.

<sup>9</sup> C.J.U.E., 9 juin 2005, *Espagne/Commission*, C-287/02, Rec. p. I-5093, point 37; *Sopropé*, précité, point 37; 1<sup>er</sup> octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil*, C-141/08 P, Rec. p. I-9147, point 83; 21 décembre 2011, *France/People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, Rec. p. I-13427, points 64 et 65 ; 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, point 87.

<sup>10</sup>Voy. notamment : [Etat-des-lieux-des-centres-fermes-2016.pdf \(cire.be\)](#), (p. 76 -77) ; [Vulnérabilité et détention en centre fermé. Recommandations – CIRÉ asbl \(cire.be\)](#) & [VULNÉRABILITÉS EN DÉTENTION \(nansen-refugee.be\)](#).

entendu. En effet, sa présence à ce stade est primordiale en ce qu'il/elle pourra permettre à l'étranger·e de faire valoir, en temps utile, des informations concernant sa situation familiale et socio-professionnelle, des éléments quant à sa santé physique et psychologique ainsi que des éléments liés à d'éventuelles craintes de violation des droits fondamentaux en cas de retour au pays d'origine/pays de transit. Rappelons que, conformément à la jurisprudence du Conseil du Contentieux des Étrangers (« CCE »), l'examen au regard de l'article 3 de la CEDH (« *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ») ne doit pas uniquement être réalisé au moment de l'éloignement de l'étranger·e, mais aussi lors de la prise de décision d'éloignement, que l'intéressé·e invoque ou non un risque d'une potentielle violation de cet article en cas de retour<sup>11</sup>.

Dans une démarche constructive, la présence de l'avocat·e permettra, lors de l'audition avec les services de police, de dégager plus efficacement certaines informations essentielles relatives à l'intéressé·e (identification de la personne, informations quant aux éventuelles procédures en cours, etc.), de permettre un échange de données (familiales, socio-professionnelles, médicales, communication d'une adresse éventuelle, etc.) plus fluides et d'éventuellement poursuivre l'échange d'informations avec l'Office des étrangers postérieurement à l'audition. Ainsi, le rapport adressé par les services de police au/à la fonctionnaire de l'Office des étrangers en charge du dossier sera le plus complet possible et ce/cette dernier·e pourra prendre une décision en connaissance de cause ce qui, in fine, permettra de prévenir des violations des droits fondamentaux des personnes concernées, ainsi que des procédures juridictionnelles coûteuses et inutiles.

En ce sens la présence d'un·e avocat·e permet que l'audition se déroule dans des meilleures conditions et dans un climat apaisé et serein. Ceci a été mis en exergue dans le [rapport final d'évaluation de la loi Salduz](#) sorti en 2013 :

*« De nombreux suspects ont trouvé l'assistance utile, notamment pour préparer leur défense, obtenir des informations sur leurs droits et la procédure, vérifier que les procédures étaient respectées et éviter qu'une éventuelle pression (même physique) soit exercée. La concertation confidentielle préalable est parfois jugée plus utile que la présence de l'avocat pendant l'audition à la police » (p. 215)*

L'argument selon lequel une analyse détaillée et complète n'est pas possible endéans les 24 heures de l'arrestation administrative (voy. [rapport de la Commission Bossuyt](#)) et que la présence de l'avocat·e est de nature à ajouter de la charge aux services de police déjà saturés n'est pas valable. La mise en œuvre de la loi Salduz nous démontre que des craintes similaires de la part des services de police ont finalement été infirmées par la pratique. En effet, on peut lire dans le rapport d'évaluation de la loi Salduz de 2013 :

*« Bien que se soient exprimées au début de nombreuses critiques et la crainte que le train ne roule jamais, nos différents rapports d'évaluation et les réactions du Forum de concertation*

---

<sup>11</sup> CCE 26 septembre 2017, n° 192 584 CR.

*montrent que le train roule bel et bien. Conjointement avec tous les acteurs, l'on a élaboré un système qui fonctionne sur le terrain. Il ressort de la consultation des acteurs que la loi s'est ancrée dans les habitudes de la police. L'on fait observer parmi les avocats qu'un certain respect s'est créé entre les différentes catégories professionnelles. À certains endroits, il existe des liens de collaboration entre les avocats et la police » (p. 213)*

### **C. Prévenir les dérives dans les commissariats de police et autres lieux de privation de liberté**

Plusieurs cas tristement emblématiques nous interpellent quant aux pratiques arbitraires qui subsistent dans le traitement réservé par les services de police aux étranger·es arrêté·es et détenu·es administrativement. On pense bien sûr à l'affaire Chovanec – homme slovaque décédé après une intervention policière à l'aéroport de Charleroi - ou encore à ce jeune homme Algérien sans papiers récemment décédé en cellule dans des circonstances nébuleuses<sup>12</sup>. Ajoutons à cela le cas récent des 2 fillettes de 10 et 12 ans et du garçon de 10 ans, Serbes qui ont passé la nuit dans une cellule de la police de Liège, puis ont ensuite été transféré·es en centre fermé (relayé par la presse [NDLS](#) & [FR](#)). Les enfants ont finalement été libéré·s, mais cette 'erreur' sur la date de naissance par des fonctionnaires de police reste incompréhensible. Le Comité P a d'ailleurs décidé d'ouvrir une enquête<sup>13</sup>. Il y a fort à parier que ces cas relayés dans la presse ne constituent que la pointe émergée d'un iceberg beaucoup plus vaste.

Concernant les 'migrant·es en transit' spécifiquement, on peut faire référence au [rapport de Médecins du monde](#) de 2018 qui contient des observations très interpellantes sur les violences policières dont ils/elles sont victimes, et notamment au sein des commissariats de police.

Les visiteur·euses de Move relatent également des situations de détention dans un commissariat de police particulièrement traumatisantes pour les personnes concernées :

*« Après avoir reçu mon OQT [ordre de quitter le territoire] en décembre 2019 et ne l'ayant pas respecté, j'ai été détenu et placé dans une cellule glaciale à la police. Il n'y avait rien pour me réchauffer dans cette cellule. Il n'y avait ni couverture ni chauffage. Je n'avais pas assez de vêtements chauds. Je ne suis toujours pas à l'aise quand je vois la police. Ils m'ont laissé dehors dans le froid, littéralement. Ils m'ont traumatisé. J'aurais pu facilement succomber à l'hypothermie à ce moment-là, car mes plaintes n'ont pas été entendues » (Alpha)*

*« Le 16 novembre 2019, je me suis rendu chez le coiffeur le matin. Pendant que j'attendais là, la police a fait irruption. Ils m'ont demandé mes papiers d'identité. Ce que je n'avais pas, puisque ma demande de protection internationale avait déjà été rejetée deux fois. Je me suis déplacé très prudemment. Je n'ai jamais eu de problèmes avec la justice, mais je savais que je ne devais pas faire de mouvements brusques. J'osais à peine respirer.*

<sup>12</sup> [Des manifestants réclament l'ouverture d'une instruction sur le décès d'Ilyes Abbedou \(rtbf.be\).](#)

<sup>13</sup> [https://www.rtbf.be/article/des-enfants-renvoyes-vers-un-centre-ferme-apres-leur-interpellation-le-comite-p-enquete-10975698?fbclid=IwAR0fnsvDDVQdpKwN\\_vhEflrg945iHDIeZy8T9juqU-2fYDE2JWe4k2gUFqY](https://www.rtbf.be/article/des-enfants-renvoyes-vers-un-centre-ferme-apres-leur-interpellation-le-comite-p-enquete-10975698?fbclid=IwAR0fnsvDDVQdpKwN_vhEflrg945iHDIeZy8T9juqU-2fYDE2JWe4k2gUFqY).



*J'ai essayé de rester calme et de faire ce qu'ils ont demandé. Pourtant, la police m'a traité comme un gros bonnet de la drogue ou autre. Ils m'ont fait rester là pendant dix minutes, menotté, avec des gens qui passaient et me regardaient. Dans mon pays, personne ne croit que l'on puisse être menotté et traité de la sorte simplement parce que l'on n'a pas de papiers valides. Après avoir passé 24 heures dans une cellule glaciale en sous-vêtements, sans nourriture et avec un seul verre d'eau, j'ai été transféré au centre fermé de Vottem. Ce qui m'a le plus marqué, c'est la façon dont ils m'ont traité lorsque j'ai été arrêté. Il m'arrive encore souvent de me réveiller en panique au milieu de la nuit » (Adam)*

Ajoutons à ce sujet les [observations du Comité contre la torture](#) (CAT) adoptées à l'égard de l'Etat belge le 28 juillet 2021 qui confirment les observations du Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale adoptées quelques mois plus tôt ([CERD/C/BEL/20-22](#)) (nous soulignons) :

*9. Le Comité est préoccupé par les informations selon lesquelles la police continue à cibler des personnes issues de groupes minoritaires lors des contrôles d'identité, et regrette l'absence de données sur ces contrôles, qui permettraient d'analyser les raisons et la manière dont ils sont effectués. Cependant, il a appris avec intérêt que l'Etat partie est en train de mettre en place un cadre de référence au niveau national visant à réduire l'arbitraire lors des contrôles d'identité et permettre l'enregistrement de plaintes sur le profilage ethnique (art. 2 et 16).*

*10. Le Comité recommande à l'Etat partie d'accélérer la mise en place de ce cadre national afin de collecter des données sur la pratique du contrôle d'identité, le motif et le résultat du contrôle, ainsi que l'origine ethnique et le sexe de la personne contrôlée, afin de réaliser une étude sur la pratique du profilage racial, d'identifier les causes et de prévenir les pratiques arbitraires.*

Les visiteur·euses de Move qui rencontrent les détenu·es en centres fermés rapportent des circonstances d'arrestation qui s'apparentent à un profilage racial et ethnique et il est certain que la Belgique doit absolument se munir d'outils juridiques efficaces pour lutter contre cette réalité inacceptable.

La transparence est un élément crucial dans un État de droit, de surcroit lorsque nous sommes en proie à une matière aussi délicate que le droit de la migration. Or, il règne une grande opacité lorsqu'il s'agit d'y contrôler l'identité, le droit de séjour et l'éventuelle mise en détention de personnes migrantes. De manière générale, il est à peu près impossible de vérifier le déroulement d'une détention administrative, vu les lacunes juridiques en la matière. Le [rapport d'enquête du Comité P](#) de 2019 intitulé « *La notification des droits dans le cadre des privations de liberté dans les lieux de détention de la police et l'application du droit à l'assistance médicale et du droit à un repas dans ce contexte* » a montré le caractère très aléatoire du déroulement de la détention administrative selon les zones de police au niveau de l'inscription des privations de liberté dans les registres et l'information sur les droits. Cela souligne encore l'importance d'avoir

un·e avocat·e dès ce stade, qui peut immédiatement constater les entorses aux règles et les faire acter si nécessaire.

Un interrogatoire se tient au commissariat de police et précède la notification de l'ordre de quitter le territoire avec ou sans décision de maintien dans un lieu déterminé, et le cas échéant, d'une interdiction d'entrée. Il est essentiel que davantage de droits soient garantis à l'occasion du maintien au sein du commissariat de police.

Une garantie fondamentale contre l'arbitraire est de prévoir dans la législation le droit pour la personne arrêtée administrativement à être assistée d'un·e avocat·e lors de son audition au commissariat. La proposition de loi discutée ici, qui s'inscrit très clairement dans le cadre des recommandations formulées par les instances onusiennes, constitue donc une réforme nécessaire et très prometteuse.

#### **D. Le droit à l'assistance d'un·e avocat·e dès la privation de liberté d'un·e étranger·e : une nécessité pour permettre le contrôle d'opportunité par le/la juge**

Nombreux·ses sont les expert·es qui plaident depuis longtemps pour un élargissement du contrôle de légalité de la détention à un contrôle d'opportunité<sup>14</sup>. La Cour de Justice de l'Union a, dans le cadre de l'interprétation de la Directive retour, également adopté une interprétation large de ce qu'est la légalité, l'alignant sur l'opportunité, et a reconnu au/à la juge le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration (voy not. l'arrêt [Mahdi](#)).

L'heure est à présent à la réforme. Dans son [exposé d'orientation politique](#) daté du mois de novembre 2020, Sammy Mahdi annonçait travailler « sur un recours effectif dans lequel la légalité et l'opportunité de la détention peuvent être vérifiées par le juge »<sup>15</sup>.

Or, instaurer l'accompagnement de l'étranger·e par l'avocat·e lors de la procédure précédant l'adoption éventuelle d'une mesure de privation de liberté – que le/la juge sera ensuite amené·e à contrôler – aura nécessairement des effets bénéfiques sur l'efficacité du contrôle opéré a posteriori. L'avocat·e présent·e durant l'audition pourra permettre qu'une discussion constructive ait lieu sur les mesures moins contraignantes éventuellement applicables, et le/la juge saisi·e d'un recours contre la mesure de détention pourra ainsi avoir en sa possession l'ensemble des éléments pertinents du dossier. Ainsi, l'assistance d'un·e avocat·e avant toute prise de décision de détention pourrait donc devenir une condition nécessaire au contrôle d'opportunité qui va incomber aux juridictions d'instructions, dans le cadre de la réforme du recours.

#### **E. Le distinguo enfermement pénal et administratif, une discrimination de moins en moins justifiable**

---

<sup>14</sup> S. Sarolea, « [Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition induite entre opportunité et légalité](#) », Newsletter EDEM, juin 2015 et P. d'Huart, « [Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité](#) » op. cit.

<sup>15</sup> P. 35 de la note de politique générale.

*Sur le plan juridique*, le régime applicable aux étranger-es détenu-es s'inspire pour une large mesure du régime s'appliquant aux établissements pénitentiaires. Force est de constater que certaines règles régissant la vie en centre fermé sont en tous points identiques à celles prévues pour les détenu-es de droit commun (voy. par exemple : art. 36/1 de l'AR de 2002 sur les visites intimes // article 58, § 4 de loi du 12 janvier 2005). Les conditions de détention s'apparentent pour une large mesure au régime carcéral des prisons (régime de groupe, régime disciplinaire, contrôle des correspondances, etc.).

À cet égard, le Conseil d'État, saisi d'un recours en annulation contre l'arrêté royal du 8 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement des centres fermés, a fait les constatations suivantes : « *l'on n'aperçoit pas les raisons qui pourraient justifier que les occupants d'un centre fermé, dont la durée de détention peut être portée à cinq mois, ne puissent pas bénéficier d'une possibilité au moins équivalente à celle que le législateur a prévue pour un détenu enfermé dans un établissement pénitentiaire (...)* »<sup>16</sup>.

*Sur le plan pratique*, les personnes détenues en centres fermés se retrouvent foncièrement dans la même situation que les détenu-es de droit commun, c'est-à-dire qu'elles subissent une limitation de leur droit fondamental à la liberté. Au niveau du ressenti, les expériences de détention sont identiques à celles vécues en prison. Ainsi les soignants B. VERMEYLEN et M. ROLAND<sup>17</sup> qui effectuent des visites en centres fermés depuis 20 ans expliquent (nous soulignons) :

*« Les centres fermés ne dépendent pas du ministère de la Justice. Ils sont gérés par l'Office des étrangers, une administration qui dépend du secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration, mais, dans les faits, ce sont des prisons : les bâtiments sont entourés de clôtures de sécurité, les contrôles à l'entrée et à la sortie sont systématiques, il est interdit d'y pénétrer avec certains effets personnels, un passage sous un portique de contrôle d'accès est requis, toutes les portes sont blindées et les fenêtres munies de barreaux, des gardiens en uniforme sont partout présents. Certains centres se trouvent d'ailleurs sur le même site que la prison locale. Il s'agit de structures et de fonctionnement de type carcéral totalement encadré, avec recours aux sanctions disciplinaires, organisation de fouilles et accès limité à l'air libre dans certains cas. Le séjour en centre fermé ne correspond pas à une détention pénale témoin d'une sanction, mais à une détention administrative, par l'Office des étrangers, comme un moyen d'exécuter une mesure d'expulsion. Il est évident que la nuance est plutôt d'ordre sémantique et que le résultat est de priver de liberté une personne qui n'a commis aucun délit ».*

Malgré des similarités sur le plan juridique et pratique, les garanties procédurales qui sont prévues pour l'un ou l'autre type d'arrestation et de détention ne sont pas identiques. Ainsi, contrairement à ce qui est prévu pour la personne détenue en détention préventive pénale, le contrôle judiciaire en matière de détention d'un-e étranger-e n'est pas automatique et se borne

---

<sup>16</sup> C E no 188.705 du 10 décembre 2008.

<sup>17</sup> Témoignage « Nous les soignants en centres fermés », <https://www.maisonmedicale.org/Nous-les-soignants-en-centres-fermes.html>.

à des questions de légalité, en laissant hors du champ d'analyse la question de l'opportunité de la mesure (voy. développements ci-dessus).

Se prononçant sur les délais pour la Cour de cassation de statuer sur un pourvoi introduit par l'étranger·e détenu·e administrativement, le Tribunal de première instance de Bruxelles a d'ailleurs récemment reconnu qu'un problème de constitutionnalité se posait et en a référé à la Cour constitutionnelle<sup>18</sup>.

Une différence de traitement subsiste également au niveau des garanties prévues entre les personnes arrêtées administrativement et celles qui le sont suite à une infraction aux lois pénales, seules ces dernières bénéficient de la présence d'un·e avocat·e lors de leur audition au commissariat de police. Différence de traitement à laquelle la proposition de loi déposée tente à présent de pallier.

Il ressort de ce qui précède que les différences de traitement entre les personnes privées de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale et les étranger·es privé·es de liberté dans le cadre d'une détention administrative ne sont pas justifiables au regard des principes d'égalité et de non-discrimination.

En attendant la vaste réforme législative sur le recours en matière de détention annoncée par Sammy Mahdi (voy. ci-dessus), la proposition de loi discutée ici donne l'occasion au Législateur d'amorcer un alignement des garanties procédurales de la personnes détenue préventivement au niveau pénal, et de l'étranger·e privé·e de liberté au niveau administratif.

### 3. OBSERVATIONS SUR LA PROPOSITION DE LOI

Si l'initiative de la proposition de loi est à saluer, il demeure certaines incertitudes et pistes d'améliorations que nous tenterons de formuler ici.

#### ➤ Champ d'application de la proposition de loi

La proposition de loi prévoit que l'étranger·e pourra être assisté·e d'un·e avocat·e dans les hypothèses visées aux articles 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> à 10<sup>o</sup> ; 7 ; 8bis, § 4 ; 27 ; 28 ; 29 ; 44septies, § 1<sup>er</sup> ; 50, § 1<sup>er</sup> ; 51/5, § 1<sup>er</sup> ; 51/5, § 4 ; 51/5/1, §§ 1<sup>er</sup> et 2 ; 53 ; 53bis, 57/32 ; 74 /5 ; 74 /6 de la loi du 15 décembre 1980, ainsi que « *lorsque l'étranger est susceptible d'être maintenu dans un lieu déterminé visé aux articles 74/8 et 74/9 et d'être mis à la disposition du gouvernement.* »

Tout d'abord, il n'est pas clair pourquoi certaines dispositions sont exclues de cette énumération, notamment les articles 3, al. 1<sup>er</sup> 1<sup>o</sup> à 2<sup>o</sup>. À l'inverse, certaines dispositions sont

---

<sup>18</sup> TPI, Bruxelles, 4<sup>ème</sup> ch., 2 juillet 2021, RG n°20/777/A et C. MACQ, « La Cour constitutionnelle interrogée sur la constitutionnalité des règles applicables au contrôle de la détention administrative de l'étranger », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2021, disponible sur : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/tpi-bruxelles-4eme-ch-2-juillet-2021-rg-n-20-777-a.html>.

inclus sans raison apparente (art. 50, §1<sup>er</sup> de la loi du 15 décembre 1980, ci-après « LE » concerne le délai endéans lequel l'étranger·e doit introduire sa demande de protection internationale).

Sont exclues de cette liste également les auditions qui se déroulent au sein des établissements pénitentiaires avec les étranger·es détenu·es (art. 74/8 LE) et les « accompagnateurs au retour » de l'OE<sup>19</sup>. Nous déplorons que l'assistance d'un·e avocat·e ne soit pas prescrite pour ces auditions dont les effets sont également considérables (retrait d'un éventuel séjour, préparation d'un éloignement à partir de l'établissement pénitentiaire, mise à disposition de l'Office des étrangers durant 10 jours, ou transfert dans un centre fermé en vue d'une expulsion), alors que les droits de la défense de ces détenu·es sont souvent bafoués. En effet, beaucoup de problèmes d'accessibilité à une défense juridique de qualité se posent en prison (greffe et services psycho-sociaux débordés, retards de désignation d'un·e avocat·e pro deo spécialiste en droit des étrangers, difficultés de communication avec les avocat·es, réflexe de la personne détenue de faire appel à l'avocat·e « pénaliste » qui ne maîtrise pas le droit des étrangers, etc.).

À ce sujet, notons que l'article 5, § 4 CEDH ne fait aucune différence entre les personnes privées de leur liberté par arrestation et celles qui le seraient par détention pénale. Il n'y a donc pas lieu d'exclure les secondes du bénéfice de l'article 5, § 2<sup>20</sup>, ce qui vaut aussi pour la détention en instance d'extradition<sup>21</sup>, ou pour traitements médicaux<sup>22</sup>, ainsi que pour les personnes réincarcérées après une période de liberté conditionnelle<sup>23</sup>.

Il y a lieu d'inclure ces auditions-là dans le champ d'application du nouvel article 62/1 LE.

➤ Garanties entourant la renonciation à un·e avocat·e

Nous nous interrogeons également sur les garanties entourant la renonciation à l'assistance d'un·e avocat·e. La proposition de loi est muette sur la renonciation éventuelle à la concertation confidentielle et/ou l'assistance à un·e avocat·e pendant l'audition. En procédure pénale, il y a eu quelques débats sur cette question, car les dispositions sur ce point sont contradictoires depuis une modification législative de 2016. Avant cette modification, la renonciation à l'assistance ne pouvait avoir lieu qu'après avoir eu en ligne un·e avocat·e pour une concertation confidentielle. Après cette modification, l'interprétation du collège des procureurs généraux a indiqué que cette concertation confidentielle n'était plus obligatoire et que la renonciation pouvait avoir lieu sans. Depuis la modification législative, il y a eu une nette augmentation de renoncations à l'assistance lors de l'audition. Il apparaît que certains commissariats faisaient pression pour que la renonciation ait lieu avant toute concertation confidentielle. Dans le cas présent, il est donc important d'entourer cette renonciation de certaines garanties, tel que le fait que la renonciation ne peut avoir lieu qu'après concertation confidentielle avec l'avocat·e.

<sup>19</sup> Auditions qui ont vocation à augmenter dans le futur, voy. Newsflash du CCSP au sujet de la présence des agents de retour au sein des établissements pénitentiaires.

<sup>20</sup> C.E.D.H., arrêt Van der Leer c. Pays-Bas, §§ 27-28.

<sup>21</sup> C.E.D.H., arrêt Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, 2005, §§ 414-415.

<sup>22</sup> C.E.D.H., arrêt Van der Leer c. Pays-Bas, 1990, §§ 27-28 ; X. c. Royaume-Uni, 1981, § 66.

<sup>23</sup> C.E.D.H., X c. Belgique, 1973, décision de la Commission.

Il faut donc prévoir que cette concertation doit avoir lieu de toute façon (par téléphone ou en présence des intéressé·es), afin d'éviter les pressions qui pourraient être exercées par les autorités de police pour une renonciation à l'assistance. Par ailleurs, de manière analogue à ce qui s'applique en matière criminelle, nous recommandons qu'il soit impossible pour un·e mineur·e de renoncer à l'assistance d'un·e avocat·e au cours de l'audition, même après une concertation préalable.

➤ Enjeux spécifiques liés à la minorité

Enfin, nous souhaitons attirer l'attention sur la situation spécifique des enfants qui, notamment dans les hypothèses mentionnées à l'article 2 de la présente proposition de loi, courent également le risque d'être détenu·es en centre fermé, en maison de retour<sup>24</sup> ou bien expulsé·es.

Nous rappelons que les enfants, qu'ils/elles soient en famille ou non accompagné·es, se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière et que le respect de leurs droits fondamentaux exige des dispositions spécifiques, notamment vis-à-vis de la privation de liberté. Dans de telles situations, il est indispensable que ces enfants puissent bénéficier d'une assistance juridique adéquate. Tous les standards internationaux en matière de droits de l'enfant l'exigent et de nombreuses instances internationales le rappellent (notamment l'article 37 de la Convention relative aux Droits de l'Enfant, les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, les articles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme précédemment mentionnés, etc.).

En Belgique, les enfants étranger·es non accompagné·es ne devraient pas être détenu·es en centre fermé, ni en maison de retour. Cependant, le cas très récent de ces trois enfants de 10 et 12 ans, arrêté·es administrativement puis conduit·es dans un centre fermé<sup>25</sup>, nous rappelle que dans la pratique, ces enfants courent aujourd'hui encore le risque d'être détenu·es. Par ailleurs, des MENA ou des MENA présumés (en attente d'un test d'âge) sont encore parfois détenu·es à tort en centres fermés, ou même en prison. Dans toutes ces situations, la présence d'un·e avocat·e adéquatement formé·e au cours de la rencontre avec la police ou l'OE serait une aide indispensable au respect des droits de ces enfants.

Concernant les enfants en famille, rappelons que le cadre légal actuel ne permet pas de garantir qu'ils/elles ne seront plus détenu·es en centres fermés à l'avenir<sup>26</sup>. Par ailleurs, chaque année des centaines d'enfants sont détenu·es en maisons de retour, et nombre d'entre eux/elles subissent un éloignement. Dans toutes ces situations, il est indispensable que la famille puisse être automatiquement accompagnée d'un·e avocat·e. Concernant l'accès à l'assistance juridique

---

<sup>24</sup> Si le placement en maison de retour a initialement été prévu comme une alternative à la détention, l'analyse de ce dispositif nous conduit à conclure au fait qu'il constitue un mode alternatif de détention, mais constitue tout de même une détention, voir notamment : « Plate-forme mineurs en exil, Les maisons de retour en Belgique, une alternative à la détention à part entière, efficace et respectueuse des droits de l'enfant ? », octobre 2021, disponible en ligne : <https://www.mineursenexil.be/fr/la-plate-forme/nos-actualites/rapport-maisons-de-retour.html>.

<sup>25</sup> Relayé dans la presse [NDLS & FR](#).

<sup>26</sup> Voir notamment: <https://www.dei-belgique.be/index.php/blog/189-communiqu-e-la-belgique-a-nouveau-condamnee-par-une-instance-internationale-pour-avoir-detenu-des-enfants-migrants.html>.

des familles avant et pendant un placement en maison de retour, l'évaluation conduite par la Plate-forme Mineurs en exil précise les enjeux que cela représente en terme de respect des droits de l'enfant<sup>27</sup>.

Les développements qui précèdent démontrent que les enfants nécessitent dans ce débat une attention particulière. Pour cela, nous invitons les parlementaires de la commission à instruire cette question en profondeur, afin de développer dans la modification législative à venir la situation spécifique des enfants au regard du contexte en Belgique et du droit international<sup>28</sup>.

## 4. CAS ILLUSTRATIFS À L'ÉTRANGER

Sur le plan des garanties procédurales applicables aux étranger·es arrêté·es et détenu·es, on trouve des avancées significatives en dehors de nos frontières belges.

En **France**, l'assistance d'un·e avocat·e est prévue dans le Code de l'entrée et du séjour de l'étranger et du droit d'asile français (CESEDA) (nous soulignons) :

*« Article L813-1 : Si, à l'occasion d'un contrôle mentionné à l'article L. 812-2, il apparaît qu'un étranger n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, il peut être retenu aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français. Dans ce cadre, l'étranger peut être conduit dans un local de police ou de gendarmerie et y être retenu par un officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale.*

*Article L813-5 du CESEDA L'étranger auquel est notifié un placement en retenue en application de l'article L. 813-1 est aussitôt informé, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des motifs de son placement en retenue, de la durée maximale de la mesure et du fait qu'il bénéficie des droits suivants :*

*1° Etre assisté par un interprète ;*

*2° Etre assisté, dans les conditions prévues à l'article L. 813-6, par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai ;*

*3° Etre examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire ; le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue et procède à toutes constatations utiles ;*

*4° Prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue, dans les conditions prévues à l'article L. 813-7 ;*

*5° Avertir ou de faire avertir les autorités consulaires de son pays. Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application des dispositions de l'article L. 141-2.*

---

<sup>27</sup> Plate-forme Mineurs en exil, « Les maisons de retour en Belgique, une alternative à la détention à part entière, efficace et respectueuse des droits de l'enfant », pages 46-48 "le droit à l'aide juridique" octobre 2021, disponible en ligne <https://www.mineursenexil.be/fr/la-plate-forme/nos-actualites/rapport-maisons-de-retour.html>

<sup>28</sup> Les associations Plate-forme Mineurs en exil et Défense des Enfants International se tiennent à la disposition des parlementaires pour analyser les enjeux spécifiques de cette proposition de loi concernant les enfants.

*Article L813-6 L'avocat de l'étranger retenu peut, dès son arrivée au lieu de retenue, communiquer avec lui pendant trente minutes, dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. L'étranger peut demander que l'avocat assiste à ses auditions. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débuter sans la présence de l'avocat avant l'expiration d'un délai d'une heure suivant l'information adressée à celui-ci. Toutefois, les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de l'étranger peuvent être effectuées dès le début de la retenue. Au cours des auditions, l'avocat peut prendre des notes. A la fin de la retenue, l'avocat peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi en application du premier alinéa de l'article L. 813-13 ainsi que le certificat médical y étant, le cas échéant, annexé. Il peut formuler des observations écrites qui sont annexées au procès-verbal ».*

Nous n'avons sélectionné qu'une partie de la section (sans approfondir celles relatives aux interprètes, à la notification et recours possibles), mais ce passage tranche avec le lacunaire article en droit belge de 1996 qui dispose que : « *Les services de police peuvent saisir un étranger qui n'est pas porteur des pièces d'identité ou des documents prévus par la loi et le soumettre à une mesure d'arrestation administrative, dans l'attente d'une décision du Ministre ou de son délégué. La durée de la privation de liberté ne peut dépasser vingt-quatre heures* » (art. 74/7 LE).

Aux **Pays-Bas**, la loi sur les étrangers<sup>29</sup> prévoit, en son article 98, le droit à l'assistance d'un·e avocat·e pour l'étranger·e privé·e de liberté en ces termes (traduction libre) :

*« 1. Par dérogation à l'article 8:24 de la loi générale sur le droit administratif, l'étranger ne peut être assisté par un ou plusieurs avocats que pendant les auditions prévues aux articles 94 et 96.*

*2. L'avocat doit avoir la possibilité de faire toutes les observations nécessaires au cours de l'audition ».*

Un rapport d'Amnesty International Nederland de 2018<sup>30</sup> constate que, bien que dans plus de la moitié des cas il n'y a pas d'avocat·e durant l'audition, sa présence est bénéfique à bien des égards (nous soulignons) :

*« Plusieurs personnes interrogées au cours de cette étude ont noté que dans plus de la moitié des cas, l'avocat est absent lors de cette première audition. Cela semble être un vieux problème. En 2006, des chercheurs ont constaté que seulement 20 % des auditions faisaient intervenir un conseiller juridique. Une étude récente de l'université de Nijmegen montre également que seul un très petit nombre d'avocats sont présents à l'audition. Il s'agit d'un levier important pour prévenir la détention de personnes migrantes en temps utile. En effet, un avocat peut signaler toute erreur de procédure, suggérer des alternatives à la détention*

<sup>29</sup> [Vreemdelingenwet 2000](#).

<sup>30</sup> Amnesty International, *Het recht op vrijheid – Vreemdelingendetentie: het ultimum remedium*, februari 2016, [https://www.amnesty.nl/content/uploads/2018/02/AMN\\_18\\_08\\_Rapport-het-recht-op-vrijheid\\_DEF\\_web.pdf?x73404](https://www.amnesty.nl/content/uploads/2018/02/AMN_18_08_Rapport-het-recht-op-vrijheid_DEF_web.pdf?x73404).



et indiquer s'il existe une vulnérabilité particulière qui devrait conduire à une contre-indication à la détention » (p. 16).

Le rapport cite les observations d'un juge à ce sujet :

*« Dans les dossiers que je traite, je peux dire que dans pas plus d'un cas sur trois, un avocat était présent à l'audition. Cela me semble problématique car les avocats peuvent éviter une détention inutile à un stade précoce en signalant les droits existants du client ou, par exemple, les erreurs dans la procédure. Et prévenir la détention à un stade précoce, avant la détention, est plus facile et meilleur que de contester la détention plus tard au cours de la procédure judiciaire. Cela permet à chacun d'économiser beaucoup de temps et d'argent et d'éviter des désagréments inutiles pour les personnes étrangères » (p. 16).*

Le droit comparé fournit encore des exemples d'interprétations plus protectrices des droits des étrangers. Par exemple, en Amérique du Sud, les cours constitutionnelles et surtout la Cour interaméricaine des droits de l'Homme insistent davantage sur les droits des personnes étrangères<sup>31</sup>.

## 5. RECOMMANDATIONS FORMULÉES PAR D'AUTRES INSTITUTIONS

**Myria** plaide depuis longtemps pour que l'assistance d'un·e avocat·e lors d'une arrestation administrative d'un·e étranger·e<sup>32</sup>. Dans le cadre du rapport parallèle en vue du rapportage du CAT, Myria a encore eu l'occasion de faire les constations suivantes<sup>33</sup> :

*« De manière générale, les arrestations dans la cadre sur la loi sur les étrangers suscitent des interrogations quant aux droits et garanties procédurales dont bénéficie la personne arrêtée. Cela concerne notamment les points suivants (qui sont explicités plus précisément dans l'annexe 1) :*

- *le respect du droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour et d'une éventuelle détention en centre fermé ;*
- *l'absence de prise en compte des vulnérabilités éventuelles;*
- *le recours trop rare à un interprète;*
- *l'absence du droit de bénéficier à l'assistance d'un avocat;*
- *les difficultés liées à l'assistance médicale (accès à un médecin, enregistrement des informations et prise en charge des frais)*

(p. 4-5)

*-l'absence du droit de bénéficier à l'assistance d'un avocat*

<sup>31</sup> Voy. Diego ACOSTA, *The National versus the Foreigner in South America: 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge University Press, 2018; Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, 2015.

<sup>32</sup> [Myriadoc #5](#) 2017.

<sup>33</sup> [Rapport parallèle](#) pour le Comité des Nations Unies contre la torture.

*Les étrangers arrêtés pour des raisons administratives liées à leur séjour ne disposent pas de l'assistance d'un avocat durant leur détention au sein des commissariats de police. Pourtant la présence d'un avocat dès ce stade représente une garantie: l'avocat peut questionner la légalité d'une arrestation qui serait effectuée en violation du droit au respect du domicile ou suite à un contrôle sur base d'un profilage ethnique. C'est également lors de l'arrestation au commissariat que l'étranger en séjour irrégulier devrait pouvoir – dans le cadre du droit d'être entendu – faire valoir les informations spécifiques à sa situation (éléments liés à sa situation familiale ou privée, risque de mauvais traitement en cas de retour, etc.), avant que l'Office des étrangers ne prenne une décision à son égard. L'absence d'un avocat et d'un interprète joue aussi un rôle défavorable à ce niveau » (p. 25).*

Une des recommandations du **CAT** adoptées à l'égard de l'État belge le 28 juillet 2021<sup>34</sup> va dans ce sens également (nous soulignons):

*« 15. Le Comité salue le renforcement du droit d'accès à un avocat par la loi « Salduz II » (voir par. 5 (d)), mais s'inquiète d'informations indiquant que ce droit n'est toujours pas respecté dans les faits. En effet, selon l'article 47bis du Code d'instruction criminelle, l'audition peut débuter avant l'arrivée de l'avocat, même si ceci pourrait être contesté comme une violation au droit de la défense. Il regrette aussi que les personnes en arrestation administrative n'aient pas droit à un avocat, étant donné que la présence d'un conseil représente une garantie fondamentale contre les mauvais traitements policiers (art. 2 et 11).*

*16. Le Comité recommande à l'État partie d'adopter des mesures nécessaires, y compris législatives, pour garantir que le droit d'accès à un avocat soit étendu à toutes les formes de privation de liberté, y compris dans le cadre de l'arrestation administrative, et soit toujours respecté dès le début de la privation de liberté ».*

Enfin, l'**Ordre des Barreaux Francophones & Germanophone (OBFG)**, dans son avis dans le cadre de la réforme du Code de la migration, pointait en ce sens :

*« Il est impératif de prévoir un droit pour tout étranger entendu par une administration de l'asile ou de la migration d'être assisté d'un avocat, à l'instar de ce qui a été mis en place en matière pénale par la loi « SALDUZ ».*

*En effet, un étranger peut être entendu seul à de (très) nombreuses reprises par l'administration en application de la loi du 15 décembre 1980. On se réfère notamment aux auditions lors de son arrivée à l'aéroport et du contrôle de ses documents d'identité/de voyage, aux auditions dans lesquelles il sera entendu seul par un officier de police; aux auditions du demandeur d'asile, lors de l'introduction de sa demande ou dans le cadre de la procédure DUBLIN, aux cas où il est interrogé seul par l'Office des étrangers; aux cas où l'étranger admis au séjour suite à un*

---

<sup>34</sup> [CAT/C/BEL/4](#)

*regroupement familial, dont le séjour pourrait être retiré, est entendu seul sur cette question par l'Office des étrangers...).*

*Ces auditions sont importantes voire déterminantes pour la suite de leur demande et l'instruction de leur dossier » (p. 6).*

## 6. CONCLUSION

*“Lorsque le droit à la liberté individuelle est en jeu, le pouvoir judiciaire est le garant du respect de ce droit et doit constituer un rempart contre toute forme d’abus de pouvoir ou d’arbitraire”* écrit le professeur Damien VANDERMEERSCH à propos du contrôle judiciaire de la détention<sup>35</sup>. Ce propos s’étend à l’avocat·e dont la présence en amont de la décision de détention constitue, avec le contrôle judiciaire, les deux faces d’une même pièce.

À l’époque, l’arrêt Salduz fut reçu comme une mini révolution au sein de l’ordre juridique belge et européen. Les défis de mise en pratique semblaient alors insurmontables. La pratique a pourtant démontré que les effets bénéfiques surpassaient largement les effets néfastes, bien que plusieurs adaptations aient été nécessaires en cours de route.

Nous n’en attendons pas moins vis-à-vis de la présente réforme. Les effets bénéfiques escomptés, spécialement en ce qui concerne l’exercice effectif des droits des personnes étrangères détenues, seront légion et surpasseront les difficultés opérationnelles de la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. Jusqu’au moment où la réforme relèvera de l’évidence et que plus personne n’aura idée de remettre en cause l’assistance d’un·e avocat·e auprès d’une personne tout juste arrêtée ou détenue, qu’elle le soit en raison d’une infraction pénale ou pour des motifs administratifs.

---

<sup>35</sup> VANDERMEERSCH, D., « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l’étranger », *Rev. dr. pén.*, 2015/6, p. 618.