
« QUEL AVENIR POUR LES
PERSONNES INÉLOIGNABLES
DU SOL BELGE ? »



© ANTONIO GOMEZ GARCIA

Juin 2023

Move

Voorbij detentie van migranten
Pour en finir avec la détention des migrant-e-s

1. Table des matières

1. Table des matières	2
Remerciements	4
2. Liste des abréviations.....	5
3. Introduction	6
4. Les personnes présentant des obstacles au retour	8
4.1. Définition	8
4.2. La précarité codifiée	8
5. La fabrique de l'inéloignabilité.....	10
5.1. Les raisons légales	10
5.1.1. Le respect du principe de non-refoulement et l'interdiction de traitements inhumains et dégradants (Art.3 CEDH).....	10
A. Une construction jurisprudentielle	11
B. Art. 3 CEDH et portée limitée de la protection subsidiaire	12
C. Art. 3 CEDH et portée limitée de la procédure de régularisation médicale (9ter) 13	
D. Inéloignabilité pour refus ou révocation de statut de protection suite à des faits d'ordre public.....	15
E. Défaillances structurelles de la pratique belge à l'occasion de l'examen du risque de refoulement	17
5.1.2. Le droit au respect de la vie privée et familiale (Art.8 CEDH).....	19
A. Étendue de la garantie du droit à la vie privée et familiale.....	19
B. La pratique belge relative à la protection du droit de vivre en famille	20
5.2. Les raisons pratiques	21
5.2.1. Impossibilité d'identification et absence de documents de voyage nécessaires pour éloigner.....	22
5.2.2. Suspension du trafic aérien et des vols vers certaines destinations	23
5.3. Inéloignabilité pour raison d'apatridie	24
5.3.1. Définition	24
5.3.2. Procédure de reconnaissance du statut d'apatridie	25
5.4. Consolidation des limbes : Prolongation du départ volontaire, report de l'éloignement et aide sociale.....	26
5.4.1. Prolongation du délai pour le départ volontaire et report d'éloignement	26
5.4.2. Impossibilité de retour et aide sociale	28
6. Sortir des limbes : Recommandations	30

7.1 À l'attention du Gouvernement et des députés fédéraux 30

7.2 À l'attention du ou de la Secrétaire d'État en charge de la Migration et de son administration..... 31

Remerciements

La Coalition Move tient à remercier l'ASBL Nansen pour ses conseils avisés lors de la rédaction de ce rapport. Leurs commentaires ont été d'une aide précieuse pour mener à bien ce projet.

En octobre 2022, Nansen a coorganisé avec Move une journée de formation pour avocat·e·s spécialisé·e·s en droit des étrangers sur la protection juridique des personnes inéloignables. Cette journée nous a permis d'échanger avec des praticien·nes sur le sujet et d'enrichir ce rapport.

Tout être humain a un droit fondamental à la liberté. La coalition Move a été créée en janvier 2021 à l'initiative conjointe de Caritas, du CIRÉ, de JRS Belgique et de Vluchtelingenwerk Vlaanderen. Les membres de Move unissent leurs forces pour mettre fin à la détention de personnes pour raisons migratoires. Nous préférons parler de « centre de détention administrative (ci-après « CDA ») pour personnes migrantes » plutôt que de « centre fermé », pour éviter la confusion avec les centres d'accueil ouverts pour les personnes demandeuses de protection internationale. Par ce choix terminologique, l'attention est mise sur la réalité de la détention. De plus, nous entendons inclure toutes autres formes de détention pour raisons migratoires, comme les maisons de retour, que nous appelons « centres de détention administrative (CDA) pour familles migrantes ».

2. Liste des abréviations

CA	Cour d'arbitrage
CC	Cour constitutionnelle
CCE	Conseil du contentieux des étrangers
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CGRA	Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CPAS	Centre public d'action sociale
Convention de 1951	Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CT	Cour du travail
Directive retour	Directive 2008/115/CE du Parlement européen 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
L1980	Loi du 15 décembre 1980 l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers
OE	Office des étrangers
OQT	Ordre de quitter le territoire
UE	Union européenne

3. Introduction

En Belgique, un nombre important de personnes étrangères éprouvent des obstacles à retourner vers leur pays d'origine. Parmi ces personnes, se trouvent celles qu'on peut qualifier « d'inéloignables ». Ce rapport vise à éclairer la situation de ces dernières et à dégager un nombre de pistes afin d'y remédier. Il se justifie par l'absence de recherche compréhensive sur le sujet dans le contexte belge, et vise à directement irriguer l'action politique.

Le gouvernement De Croo a pris acte de la situation des personnes inéloignables. L'accord de gouvernement stipule : « une solution sera [...] recherchée pour le groupe très limité de personnes qui, contre leur gré, ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine, même volontairement. »¹ La définition de ce qu'est une personne inéloignable n'est que partiellement couverte par cet extrait qui insiste sur l'impossibilité de retour : ces personnes n'ont par ailleurs pas de séjour légal en Belgique car leur situation est peu ou non régulée.

La nécessité pour le politique de s'engager sur la thématique et de modifier le cadre juridique actuel est avant tout humaine. Au-delà de l'incertitude permanente dans laquelle vivent ces personnes, elles sont aussi confrontées à des difficultés quotidiennes. Elles sont ainsi dans l'impossibilité de travailler, ont un accès restreint aux soins ou risquent encore de passer par la case détention administrative de manière régulière et prolongée.

Cette nécessité est aussi d'actualité. Le changement de régime en Afghanistan et la guerre en Ukraine ont, certes de manière momentanée, projeté une série de personnes dans l'inéloignabilité pour raisons pratiques : les vols vers ces pays ayant été suspendus. La crise sanitaire aura fait de même à de nombreuses reprises et la situation des Afghan-es en Belgique reste à ce jour problématique. Enfin, si les tentatives de coordonner la matière au niveau de l'Union européenne (ci-après : « UE ») ont jusqu'à présent échouées, le sujet a reçu une attention renouvelée en temps de pandémie. Le Conseil de l'UE² et la Commission européenne³ ont tous deux exhorté les États membres à prendre des mesures en faveur des personnes inéloignables.

Pour finir, le besoin de modifier le cadre légal a aussi été pointé du doigt par les différentes juridictions supérieures du pays en ce qui concerne la catégorie spécifique des inéloignables que sont les apatrides. L'arrêt de la Cour constitutionnelle en la matière date déjà de 2009.⁴

Le présent rapport commence par situer la notion d'inéloignabilité et les conséquences qui s'y attachent. Sont ensuite abordés en détail les aspects juridiques du sujet, partie dans laquelle sont identifiés les processus par lesquels une personne devient inéloignable et les différentes catégories d'inéloignabilité. Une dernière partie est consacrée aux recommandations.

¹ Accord de gouvernement, 30 septembre 2020, p. 96.

² Conseil de l'UE, *Presidency paper on addressing challenges relating to migrants in a situation of prolonged illegal stay*, 27 avril 2020, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2020/may/eu-council-unremovable-migrants-7560-20.pdf>.

³ Commission UE, *The Commission encourages Member States not to consider as illegal stay in the EU the periods of stay of third-country nationals in a Member State caused by Covid-related*, 29 mai 2020, https://ec.europa.eu/home-affairs/news/commission-encourages-member-states-not-consider-illegal-stay-eu-periods-stay-third-country_fr.

⁴ Cour constitutionnelle, 17 décembre 2009, n°198/2009 ; CC, 1^{er} janvier 2018, n°18/2018 ; CC, 22 février 2018, n°18/2018. Cfr. aussi Cour de cassation, 27 mai 2016, C.13.0042F.



Portrait de Roberto

Séparé de sa famille par la détention

Ma femme et moi sommes Brésilien·nes. Nous vivions au Brésil avec notre fille et j'y travaillais comme chauffeur de taxi.

En 2019, à la recherche d'une vie meilleure pour notre enfant, nous avons décidé de partir vers l'Europe, et plus précisément la Belgique où nous avons de la famille.

À notre arrivée sur le sol belge fin 2021, nous avons entamé des démarches de regroupement familial, ma femme ayant la nationalité italienne. La crise sanitaire avait fortement impacté l'accès aux administrations, les démarches étaient lentes, compliquées. Je ne m'y attendais pas et j'ai commencé à m'inquiéter. Le temps a passé, ainsi que la validité de mon visa. Je me suis retrouvé sans document de séjour, et sans accès à mes droits. Je ne savais plus quoi faire.

« Suite à un contrôle d'identité, j'ai été détenu au centre fermé de Merksplas. Ça a été de loin la pire expérience de ma vie ».

On ne m'a pas laissé le temps de faire les démarches nécessaires et on m'a enfermé loin de ma famille. J'avais peur de ne plus les revoir. J'étais dépassé par la situation et très choqué d'être enfermé.

Très rapidement, l'administration a essayé de m'expulser à plusieurs reprises, contre ma volonté. Je n'ai pas accepté de me soumettre au test PCR nécessaire pour être renvoyé au Brésil, je ne pouvais donc pas être expulsé.

Entre-temps, ma femme continuait les démarches. Elle a contacté des organisations de défense des droits humains, des avocat·es et a même approché la presse pour tenter de me faire libérer. Je me demandais comment j'allais m'en sortir.

Après deux mois de détention, le stress lié à l'incertitude m'a fait perdre l'appétit. Je me sentais à la fois abandonné et oppressé. On m'avait expliqué que la force serait utilisée lors de ma troisième tentative d'expulsion et que je serais menotté et bâillonné. À Merksplas, je restais la majorité du temps dans ma chambre et ne sortais que pour les repas. Entre la séparation, l'univers carcéral et le risque d'être renvoyé au Brésil, mon état psychologique s'est dégradé. J'ai demandé à rencontrer la psychologue du centre, mais ces conversations ne m'apaisaient pas.

Après de longues et éprouvantes semaines d'attente, mon avocat a pu obtenir ma libération pour continuer ma procédure de regroupement familial en Belgique, auprès de ma famille. Si j'avais commis un crime, j'aurais dû être mis en prison, mais je n'avais rien fait et me suis tout de même retrouvé enfermé...

4. Les personnes présentant des obstacles au retour

Il s'agit tout d'abord de définir ce qu'est une personne inéloignable, de circonscrire ses droits et de décrire son quotidien afin de situer la problématique.

4.1. Définition

L'inéloignabilité peut être comprise comme l'absence de perspective réaliste pour une personne sans séjour qu'un retour puisse être effectué vers son pays d'origine ou de résidence dans un avenir prévisible. Cette inéloignabilité peut être temporaire ou plus structurelle.

Cette définition couvre un groupe hétérogène de personnes étrangères en visant par exemple les personnes à qui la protection internationale a été refusée, les apatrides ou encore les personnes dont la validité du visa est dépassée.

Un élément souvent retenu par les autorités pour déterminer si il s'agit d'un cas d'inéloignabilité, est le degré de volonté dont a fait preuve la personne concernée à rendre son retour possible. Cette notion de devoir de collaboration et de volonté est extrêmement délicate. Depuis plusieurs années, on observe que l'État tend à imposer un principe général de collaboration étendu s'appliquant indistinctement à chaque cas de figure, peu importe la situation individuelle. Move veille à éviter ce type de raisonnement qui a pour effet très régulièrement de conclure à un défaut de collaboration dans le chef de l'étranger. En gardant cette mise en garde en tête, une typologie de catégorie de personnes émerge.

En pratique, l'inéloignabilité se matérialise après une procédure d'éloignement à l'encontre d'un individu ne remplissant pas ou plus les conditions de séjour sur le territoire. Ce processus, grandement influencé par le droit de l'UE, plus précisément par la Directive 2008/115 (dite "directive retour"), démarre par la délivrance d'un ordre de quitter le territoire (ci-après : « OQT ») à la personne par l'Office des étrangers (ci-après : « OE »). La personne possède alors, sauf exception,⁵ un délai de 30 jours pour donner suite à cet ordre. Passé ce délai, les autorités sont autorisées à mettre en œuvre cette décision de manière forcée, ce qui peut impliquer le placement en détention administrative. Lorsqu'une personne est incapable, pour des raisons pratiques ou légales, de donner suite à cet OQT et que les autorités sont également dans l'impossibilité d'éloigner la personne pour ces mêmes raisons, cette personne est inéloignable.

Cette situation est reconnue par le principal texte en matière de droit des étrangers : la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après : « L1980 »). Son article 74/17, qui transpose l'Art. 9 de la directive retour, prévoit en effet que l'éloignement doit ou peut être officiellement reporté lorsqu'émergent certains obstacles au retour et que dans ce cas la personne doit en être informée par écrit ou oralement si elle est détenue. Ce document écrit ne génère pourtant aucune garantie ou droits dans le chef de la personne inéloignable qui reste dans une situation juridique mal réglée. Dans la pratique, cet article n'est par ailleurs guère utilisé (Cfr. *Infra*).

4.2. La précarité codifiée

Les personnes inéloignables n'ont par définition pas de statut de séjour et sont, au mieux, engagées dans une procédure de régularisation de leur situation. Cette procédure, sans garantie

⁵ Cfr. L1980, Art. 74/14.

de succès, peut s'avérer longue et laborieuse. Se pose donc la question de la situation et des droits de ces personnes dans l'attente de la dissolution des obstacles au retour ou de leur régularisation.

La directive retour prévoit un certain nombre de garde-fous pour alléger la situation des étranger-es dont l'éloignement a été postposé par application de l'Art. 9 susmentionné ou car le départ volontaire a été retardé. L'Art. 14 de la directive prévoit que les États veillent à prendre en compte :

- (1) les besoins particuliers des personnes vulnérables ;
- (2) l'unité familiale de la personne en question avec d'autres membres de sa famille présent-es sur le territoire ;
- (3) les soins médicaux urgents ; et
- (4) la scolarisation des mineur-es.

Cet article est classiquement interprété comme constituant la liste de droits minimums auxquels ont accès les personnes inéloignables. La force contraignante de ces droits est néanmoins relative, la directive ne parlant que de « principes » devant être « pris en compte dans la mesure du possible ». Une large marge de manœuvre a donc été laissée aux États membres pour transposer la directive dans leur droit national.

Lors de la transposition de la directive, le Législateur a jugé que ces garanties étaient déjà présentes en droit belge.⁶ Elles se retrouvent codifiés respectivement dans les textes suivants :

- (1) Art. 36 de la loi du 12 janvier 2017 sur l'accueil des demandeur-euses d'asile et de certaines autres catégories d'étranger-es ;
- (2) Art. 38 de cette même loi ;
- (3) Art. 57§2 de la loi du 8 juillet 1976 des CPAS ; et
- (4) l'Art. 24§3 de la Constitution et l'Art. 1 de la loi du 29 juin 1983 sur l'obligation scolaire.

En pratique, les droits ainsi conférés ont une portée limitée. La principale critique étant qu'aucun logement ou droit d'accès à un logement public ne sont prévus pour les personnes inéloignables qui risquent de se retrouver à la rue ou en proie aux marchand s de sommeil.⁷ Ces personnes n'ont ni le droit de travailler ni droit à la sécurité sociale et sont donc particulièrement vulnérables à la marginalisation et à l'exploitation. Difficile dans ces conditions de construire une vie stable ou digne lorsqu'on se retrouve dans une situation aussi peu régulée.

La législation belge n'offre à ces personnes de surcroît que très peu de protection contre la détention administrative, une mesure pour le moins liberticide, dommageable et traumatisante. Une décision de report d'éloignement en vertu de l'Art. 74/17 L1980 ne procure aucune garantie légale contre la détention. Elle ne confère pas un quelconque statut d'inéloignable qui pourrait prémunir contre la détention et l'Art. 74/17 n'est d'ailleurs tout simplement pas appliqué dans la pratique. Une personne inéloignable peut ainsi se retrouver à de multiples reprises en détention et ce pour des périodes prolongées. Ceci influe inévitablement sur les fragiles stratégies de survie mises en place par ces personnes. Cela peut, par exemple, résulter

⁶ Chambre des représentants, *Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980*, 19 octobre 2011, Doc. Parl. Ch., 53, 1825/1, p. 10-13.

⁷ Exception faite des familles avec enfants mineurs qui demandent à être logées dans les centres de détention pour familles en vertu du l'Arrêté royal du 24 juin 2004 visant à fixer les conditions et modalités pour l'octroi d'une aide matérielle à un étranger mineur qui séjourne avec ses parents illégalement dans le Royaume.

en la perte d'un logement, d'un revenu ou de relations. La légalité de ces détentions, en pratique fréquentes, est aussi questionnable, dès lors que cette mesure ne peut être utilisée que lorsqu'il existe de réelles chances d'éloignement.⁸

C'est bien parce que les personnes inéloignables se retrouvent dans une situation de précarité évidente qu'il est important de combler le vide juridique entourant leur statut.

5. La fabrique de l'inéloignabilité

Les facteurs pouvant mener à l'inéloignabilité sont nombreux. On fait généralement une distinction entre des obstacles au retour de nature légale ou pratique.⁹ Cette distinction est assez artificielle, mais permet de mieux cerner les types d'inéloignabilité. Vient se greffer à ce diptyque la catégorie particulière des apatrides.

5.1. Les raisons légales

Les obstacles légaux résultent du droit international relatif aux droits humains. Ce dernier vient entraver la prérogative des États d'éloigner des personnes étrangères de leur territoire par l'instauration d'obstacles légaux au retour. Le critère de la volonté de la personne est ici tout relatif. Parmi ces obstacles, on distingue d'une part le principe de non-refoulement, de l'autre le droit au respect de la vie privée et familiale.

5.1.1. Le respect du principe de non-refoulement et l'interdiction de traitements inhumains et dégradants (Art.3 CEDH)

Penchons-nous d'abord sur l'émergence de ce principe et son influence sur l'inéloignabilité. avant d'aborder sa portée en droit belge.

On distingue trois cas de figure dans lesquels l'obligation de respecter le principe de non-refoulement génère une situation d'inéloignabilité. Tout d'abord, il y a les situations où une violation de l'Art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « CEDH »)¹⁰ n'équivaudrait pas à obtenir la protection subsidiaire en raison de la portée limitée de cette notion, tel qu'interprété par la Cour de Justice de l'Union Européenne ci-après : « CJUE ») dans sa jurisprudence.

Vient ensuite la situation des étranger-es gravement malades qui ne parviennent pas à obtenir une régularisation médicale via l'Art. 9^{ter} L1980 mais dont l'éloignement entrainerait néanmoins une violation de l'Art. 3 CEDH.

Troisièmement, nous aborderons le cas des personnes concernées par un retrait, une exclusion, ou un refus de reconnaissance du statut de protection internationale.

Nous commencerons cette section en rappelant la construction jurisprudentielle du principe de non-refoulement. Enfin, nous la clôturerons par une description de la pratique belge qui

⁸ Directive retour, Art. 15.

⁹ Voir, entre autres : A Face to the Story Project, *Point of no return: the futile detention of unreturnable migrants*, Janvier 2014 ; European Migration Network, *Responses to long-term irregularly staying migrants: practices and challenges in the EU end Norway, 2021* ; PICUM, *Providing rights and protection to people with barriers to return, 2022*.

¹⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentale signée à Rome le 4 novembre 1950.

nécessite encore des adaptations pour se conformer aux enseignements des Cour européennes.

A. Une construction jurisprudentielle

La garantie de non-refoulement – entendue comme la garantie de ne pas être éloigné·e vers un pays où il existe un risque de persécution, torture ou traitements inhumains et dégradants – est à l'origine codifiée dans l'Art. 33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés (ci-après : « Convention de 1951 »). Elle y reçoit néanmoins une portée limitée et n'est pas absolue.

C'est la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : « Cour EDH ») qui, au fil des années, a étendu le principe et a rendu le principe de non-refoulement absolu. Si la CEDH n'accorde pas un « droit à ne pas être éloigné » d'un territoire, il n'en demeure pas moins qu'à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'éloignement, les États parties à la Convention ne peuvent s'affranchir du respect des obligations établies par celle-ci. Ainsi, la Cour EDH a développé une jurisprudence qui l'a conduit à examiner la compatibilité de mesures d'éloignement au regard de l'article 3 CEDH, qui prohibe la torture et les traitements inhumains et dégradants. En d'autres mots, ceci implique qu'une personne ne peut être éloignée s'il y a des 'raisons sérieuses' de croire qu'elle est à risque de subir de tels traitements en cas de retour.

C'est à l'occasion de son arrêt *Soering c. Royaume-Uni*¹¹ en 1989 que la Cour EDH condamne pour la première fois dans un cas d'éloignement un État sur base de l'Art. 3 CEDH. C'est ensuite dans l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*¹² que la Cour a affirmé que cette protection contre le refoulement est absolue. Il s'agissait en l'espèce d'une personne liée à des activités de terrorisme pour laquelle le gouvernement britannique considérait qu'une mise en balance devait être effectuée entre les risques que faisait peser cette personne de par sa présence sur le territoire avec les risques qu'elle subisse des traitements contraires à l'Art. 3 en cas de retour. La Cour a considéré qu'une telle balance était proscrite vu le caractère absolu de cet article.¹³

Au-delà du caractère absolu de la garantie offerte par l'Art. 3, celle-ci est bien plus étendue que celle prévue par la Convention de 1951. La nature du risque ne doit ainsi pas être liée à un quelconque motif de persécution. Concernant l'origine du risque, il ne doit pas nécessairement émaner d'un État mais peut aussi venir d'États dits « déstructurés »¹⁴ ou de personnes privées contre lesquelles l'État ne veut ou peut offrir de protection.¹⁵ La Cour a de la sorte étendu l'interdiction de retour aux pays plongés dans une crise humanitaire telle que les conditions de vie y seraient inhumaines.¹⁶ En outre, dans un cas concernant le retour d'un demandeur d'asile dans le cadre du Règlement Dublin, l'interdiction de retour a été étendue aux personnes présentant un certain degré de vulnérabilité et ne disposant d'aucun moyen de subvenir à leurs besoins lorsque leur retour entraînerait de vivre dans la rue, un manque d'accès à des ressources essentielles et à des sanitaires.¹⁷ Enfin ; la Cour a encore été plus loin, considérant un risque difficilement imputable dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* où la situation médicale de la personne se serait aggravée en cas de retour. Dans *Paposhvili c. Belgique* la Cour a reconnu l'exigence

¹¹ Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, n°14038/88, 7 juillet 1989.

¹² Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n°22414/93, 15 novembre 1996.

¹³ Le caractère absolu de l'Art. 3 est par ailleurs affirmé à l'Art. 15 de la CEDH. Cfr. également : Cour EDH, *M.s. c. Belgique*, n°5012/08, 31 janvier 2012, *Ahmed c. Autriche*, n°25964/95, 17 décembre 1996 et *Saadi c. Italie*, n°37201/06, 28 février 2008. Le CCE s'est aligné sur cette jurisprudence, voir, entre autres : CCE, 6 avril 2018, n°202.098 ; CCE, 27 avril 2018, n°203.271.

¹⁴ Cour EDH, *Ahmed c. Autriche*, n°25964/95, 17 décembre 1996.

¹⁵ Cour EDH, *Ammari c. Suède*, 60959/00, 22 octobre 2002.

¹⁶ Cour EDH, *Sufi & Elmi c. Royaume-Uni*, n°8319/07, 28 juin 2011, para. 282, 292, 304. Précisons qu'en l'occurrence le rôle des parties au conflit en Somalie a impacté la décision de la Cour, Al-Shabaab refusant toute aide humanitaire.

¹⁷ Cour EDH, *MSS c. Belgique & Grèce*, n°30696/09, 21 janvier 2011, para. 263.

d'une évaluation accrue d'un tel risque¹⁸ avant de mieux préciser comment procéder à cette évaluation dans *Savran c. Danemark*.¹⁹

B. Art. 3 CEDH et portée limitée de la protection subsidiaire

Il existe, entre la protection accordée aux réfugiés sous la Convention de 1951, qui requiert l'existence d'un risque de persécution basé sur un des motifs listés, et les situations couvertes par l'Art. 3 CEDH, qui requiert la simple existence d'un risque de mauvais traitement, un écart indéniable. Les personnes se retrouvant dans cet angle mort de la politique migratoire n'ont, en tant que tel, pas de statut spécifique et risquent de devenir inéloignables.²⁰ C'est parce que la Convention de 1951 échouait à apporter une réponse à certaines réalités migratoires que l'Union européenne a pris les devants en introduisant le statut de protection subsidiaire en 2004. Ce statut a été transposé par l'Art. 48/4 de la L1980 en 2006 :

Le statut de protection subsidiaire est accordé à l'étranger [...] à l'égard duquel il y a de sérieux motifs de croire que, s'il était renvoyé dans son pays d'origine [...] il encourrait un risque réel de subir les atteintes graves[.] Sont considérées comme atteintes graves :

- a) *la peine de mort ou l'exécution ; ou*
- b) *la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants du demandeur dans son pays d'origine ; ou*
- c) *les menaces graves contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international.*

La protection offerte, par cet article semble *a priori*, au vu de la terminologie utilisée, recouvrir toutes les situations contenues dans l'Art. 3.

Toutefois, l'article 48/5 L1980 précise de qui doivent émaner ces « atteintes graves » et c'est à ce niveau-là surtout, que se situe la distinction entre la protection subsidiaire et l'Art. 3 CEDH :

§ 1er. Une persécution au sens de l'article 48/3 ou une atteinte grave au sens de l'article 48/4 peut émaner ou être causée par :

- a) *l'État;*
- b) *des partis ou organisations qui contrôlent l'État ou une partie importante de son territoire;*
- c) *des acteurs non étatiques, s'il peut être démontré que les acteurs visés aux points a) et b), y compris les organisations internationales, ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder la protection prévue au § 2 contre les persécutions ou les atteintes graves.*

Rappelons qu'en 2016, dans son arrêt *Paposhvili*, la Cour EDH a considérablement étendu les situations couvertes par l'Art. 3 en réinterprétant de manière moins stricte qu'avant, la notion de mauvais traitement (terme recouvrant les traitements inhumains et dégradants) concernant les personnes gravement malades (*Cfr. Infra*).

La Cour de Justice de l'Union européenne, responsable d'interpréter le droit de l'UE, et donc ce qu'il y a lieu d'entendre par protection subsidiaire, a eu la possibilité d'emboîter le pas à

¹⁸ Cour EDH, *Paposhvili c. Belgique*, n°41738/10, 13 décembre 2016.

¹⁹ Cour EDH, *Savran c. Danemark* du 7 décembre 2021 (n°57467/15), La Cour a précisé que le « test » de *Paposhvili* (personne « gravement malade », « raisons sérieuses » et « risque réel » de croire qu'elle subirait des « souffrances intenses » ou une réduction significative de son espérance de vie) devait être appliqué de manière stricte de sorte que le seuil à atteindre pour qu'il y ait violation de l'Art. 3 en cas de retour reste considérablement élevé.

²⁰ A tout le moins si elles ne rentrent pas non plus dans une autre catégorie de séjour (régularisation humanitaire, médicale, regroupement familial,...).

l'interprétation de la Cour EDH à l'occasion de l'arrêt *MP* en 2018.²¹ Elle a toutefois retenu un seuil plus élevé dans l'attribution de la protection subsidiaire, requérant comme condition supplémentaire que les mauvais traitements doivent être la conséquence « d'omissions intentionnelles de l'État ». ²²

Il existe donc en tant que tel un écart concernant l'interprétation de mauvais traitements entre les plus hautes instances européennes. Cette divergence d'interprétation est, en tant que telle, vectrice d'inéloignabilité : certaines personnes ne se verront pas conférer la protection subsidiaire alors même que leur éloignement violerait pourtant l'Art. 3 CEDH.

En Belgique, ce débat juridique prend toute son importance dans les « dossiers afghans »²³. Depuis octobre 2022, ²⁴ le CCE, n'accorde plus la protection subsidiaire aux personnes afghanes en se basant sur la jurisprudence plus stricte de la CJUE, mais admet néanmoins que:

[...] la situation humanitaire précaire prévalant actuellement en Afghanistan résulte d'une crise multidimensionnelle dont il ne peut être établi qu'un seul acteur spécifique est principalement, et encore moins exclusivement, responsable. [Le Conseil] souligne toutefois que l'actuelle précarité socioéconomique et humanitaire est susceptible d'entraîner une violation de l'article 3 de la CEDH, ce qui devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi avant de délivrer un ordre de quitter le territoire. ²⁵

Par conséquent, une partie non négligeable de ces personnes afghanes risque de se retrouver inéloignable.²⁶

Par ailleurs, l'arrêt est explicite sur le fait que l'examen du risque de l'article 3 CEDH doit être réalisé avant la délivrance de tout ordre de quitter le territoire. Étant donné que seul l'OE est compétent pour délivrer lesdits ordres, cet examen incombe à l'OE (*Cfr. Infra*).

C. Art. 3 CEDH et portée limitée de la procédure de régularisation médicale (9ter)

Pour ce qui est du cas spécifique des étranger-es gravement malades, la L1980 les exclut du bénéfice de la protection subsidiaire et seule la procédure de régularisation médicale²⁷ définie par l'Art. 9ter L1980 demeure :

L'étranger qui séjourne en Belgique [...] et qui souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne, peut demander l'autorisation de séjourner dans le Royaume[.]

²¹ CJUE, *MP. c. Secretary of state for the Home Department*, 24 avril 2018, C-353/16.

²² §39.

²³ La prise de pouvoir des talibans en août 2021 a par exemple rendu l'éloignement de ressortissant-es afghan-es impossible, l'espace aérien afghan ayant été fermé. Une fois les vols possibles, la question du retour sans violer le principe de non-refoulement a émergé. Le CGRA a préféré geler toutes les demandes de protection internationales ultérieures, ainsi que les décisions négatives, le temps d'évaluer la situation sur place. Les personnes en attente d'une décision disposaient de la carte orange et donc d'un séjour le temps de ce processus. Les personnes ayant fait une demande ultérieure ne pouvaient néanmoins pas en dire autant. Sans séjour et sans possibilité de retour, elles étaient inéloignables.

²⁴ Lire à cet égard : Ciré , *Afghanistan : Etude sur la politique de traitement d'asile Belge*, publiée le 23 février 2023, [Afghanistan: étude sur la politique de traitement d'asile belge – CIRÉ asbl \(cire.be\)](https://www.cire.be/fr/actua/questions-specifiques-lafghanistan)

²⁵ CCE, *Questions spécifiques à l'Afghanistan*, 20 octobre 2022, <https://www.rvv-cce.be/fr/actua/questions-specifiques-lafghanistan>. *Cfr. aussi* : CCE, 12 octobre 2022, n° 278 654 et CCE 13 octobre 2022, n° 278 701.

²⁶ La CJUE a récemment réaffirmé qu'une personne ne pouvant être éloignée sans violer le principe de non-refoulement ne doit pas nécessairement se voir reconnaître un droit de séjour et donc la protection subsidiaire. La Cour utilise dans cet arrêt le même raisonnement que la Cour EDH pour évaluer le risque de violation du principe de non-refoulement (CJUE, *X c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, 22 novembre 2022, C-69/21).

²⁷ L'Art. 48/4 L1980 précise d'ailleurs que la protection subsidiaire ne peut être accordée qu'aux personnes qui ne peuvent bénéficier de la régularisation médicale.

La procédure 9ter a fait l'objet de nombreuses critiques.²⁸ En 2016, une série d'ONG et d'institutions ont conjointement publié un « Livre blanc sur l'autorisation de séjour pour raisons médicales »²⁹ ainsi qu'un *addendum* en 2019.³⁰ Ce rapport, qui part d'une série de cas pratiques, fait état d'une application extrêmement restrictive de l'Art. 9ter par l'OE et a débouché sur un rapport d'enquête critique du Médiateur fédéral.³¹ Sont pointés du doigt dans ces rapports : le formalisme excessif dans l'analyse des conditions d'admissibilité, l'appréciation trop stricte de la « gravité » d'une maladie, le manque de prise en considération des éléments psychologiques et psychiatriques, l'analyse hâtive de la situation individuelle du/de la demandeur-euse, l'examen de la disponibilité générale des soins dans le pays d'origine et non de leur accessibilité effective ou encore le non-respect de la déontologie médicale. L'absence de délai contraignant mène, dans la pratique, à des demandes qui peuvent durer des années.³²

Une demande de régularisation médicale peut aussi être rejetée pour des motifs qui ne sont nullement liés à la situation médicale de la personne, par exemple lorsqu'elle est incapable de fournir des documents d'identité³³ ou lorsqu'elle a commis certaines infractions criminelles. Ceci constituait un des enjeux de l'arrêt *Paposhvili* dans lequel la Belgique a été condamnée. La Cour EDH a à cette occasion considéré que l'éloignement d'une personne est contraire à l'Art. 3 CEDH s'il y a des motifs sérieux de croire que cette personne :

*[...] bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie.*³⁴

C'est depuis lors que les personnes détenues en vue de leur éloignement sont systématiquement examinées par un·e médecin qui doit déterminer si un retour serait contraire à l'Art. 3 CEDH, que cette personne ait introduit une demande de régularisation 9ter ou non. Ceci permet un meilleur respect du principe de non-refoulement mais ne résout en rien la situation de séjour de ces personnes qui restent inéloignables et susceptibles d'être détenues, l'examen du/de la médecin ayant lieu une fois la personne détenue.³⁵

²⁸ Cfr. : ADDE, Avocats.Be, Caritas et autres, *Livre blanc sur l'autorisation de séjour pour raisons médicales (9ter)*, 2016, <https://www.myria.be/files/9terVersionCorr07-04-16.pdf>.

²⁹ ADDE, Avocats.Be, Caritas International et autres, *Livre blanc sur l'autorisation de séjour pour raisons médicales (9ter)*, 2016, [Livre blanc 9ter - Bienvenue sur le site de la Ligue des droits humains \(liguedh.be\)](http://www.liguedh.be)

³⁰ Ligue des droits humains, *Addendum 9ter*, 2019, https://www.liguedh.be/wp-content/uploads/2019/05/Addendum_9ter_LDH_2019.pdf.

³¹ Médiateur fédéral, Régularisation médicale, 2016, https://www.mediateurfederal.be/sites/default/files/2021-10/regularisation_medicale_9ter_-_2016.pdf.

³² Dans son Rapport Migration 2021, Myria note que "l'analyse ponctuelle montre qu'un délai de traitement global des demandes médicales de cinq à douze ans n'est pas exceptionnel". Le rapport indique encore que le délai peut être significativement allongé « en raison des différents allers-retours entre l'OE et le CCE, du retrait global par l'OE de ses décisions après l'introduction d'un recours auprès du CCE ou d'une longue période d'attente avant que le CCE ne rende son arrêt » (Myria, *La migration en chiffres et en droits. Cahier : régularisation de séjour*, 2021, p. 14, https://www.myria.be/files/2021_R%C3%A9gularisation_de_s%C3%A9jour.pdf).

³³ CCE n° 266.912 du 18 janvier 2022.

³⁴ §183. Rappelons que dans son arrêt *Savran c. Danemark* du 7 décembre 2021 (n°57467/15), la Cour a précisé que le « test » de *Paposhvili* devait être appliqué de manière stricte de sorte que le seuil à atteindre pour qu'il y ait violation de l'Art. 3 en cas de retour reste élevé.

³⁵ Le CCE a d'ailleurs déjà suspendu en extrême urgence une décision d'éloignement avec maintien prise par l'OE alors que les éléments concernant la situation médicale d'un étranger exclu du 9ter n'avaient pas été analysés préalablement à la prise des décisions (CCE n° 278 652 du 12 octobre 2022). L'exposé des motifs de la loi du 10 mai 2006 garantit qu'« il est toutefois évident qu'un étranger gravement malade qui est exclu du bénéfice de l'article 9ter pour un de ces motifs [d'ordre public], ne sera pas éloigné si son état de santé est sérieux au point que son éloignement constituerait une violation de l'article 3 CEDH » (Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51-2478/1, *op. cit.*, p. 36 et C.C.E., précité, 31 mars 2010, n° 41.167. « S'agissant de la violation de l'article 3 de la CEDH, force est de constater que l'acte attaqué dans le présent recours n'est assorti d'aucune mesure d'éloignement du territoire, en sorte que les craintes de persécutions invoquées en cas de retour en Syrie sont sans pertinence sur la légalité de la décision [d'exclusion de l'art. 9ter, LE] »).

En ce sens, la CJUE a dans l'arrêt *Abdida* jugé que la législation belge n'était pas conforme à la jurisprudence européenne.³⁶ Elle a indiqué qu'un recours contre une décision de retour devant le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après : « CCE ») devait être automatiquement suspensif, et la détention dès lors impossible, si ce retour comporte un risque médical sérieux. Cette même Cour a encore récemment précisé que doit être accordé un séjour provisoire à l'étranger·e malade ou que ses besoins fondamentaux doivent être satisfaits – si un retour comporte des risques (de santé) graves – en attendant l'examen du recours contre la décision de retour.³⁷ Il en va de même pour le recours d'un parent dont l'enfant majeur malade est à sa charge. À défaut de l'octroi d'un séjour provisoire, des soins médicaux et une assistance sociale doivent être fournis à la personne pendant la durée d'un tel recours. C'est à la juridiction qui doit décider si le/la demandeur·euse a droit à l'aide sociale – en l'occurrence le Tribunal du travail – si le recours est automatiquement suspensif. Pour ce faire, elle doit se contenter de vérifier que le recours reprend des arguments qui ne sont pas manifestement infondés.³⁸

En l'état actuel des choses, la procédure de régularisation médicale ne recouvre donc pas avec certitude toutes les violations protégées par l'Art. 3 tandis que son fonctionnement pratique est questionnable. La procédure exclut par ailleurs les personnes qui ont commis des actes contenus à l'Art. 55/4 L1980 (indices que la personne ait commis des crimes de guerre, contre l'humanité ou la paix etc.).³⁹

Un mot enfin sur la situation où le retour est inconcevable lorsque voyager n'est, pour la personne concernée, pas possible pour des raisons médicales. En Belgique, aucune norme contraignante n'oblige les autorités à établir une attestation médicale assurant que la personne est en état d'être éloignée. Le rapport Bossuyt précise que « peu de temps avant l'éloignement effectif, un formulaire « Fit-to-Fly » est généralement établi » pour les personnes en centre de détention.⁴⁰ Ceci à des fins de communication envers la police fédérale pour confirmer que la personne ne présentera pas de problèmes médicaux avant ou pendant son vol. On se retrouve ici aussi potentiellement dans le respect du principe de non-refoulement, mais le standard « apte à voyager – Fit to fly » pourrait même être interprété de manière plus large et générer des situations d'inéloignabilité d'un point de vue pratique. On insistera quoi qu'il en soit sur l'évaluation du risque de violation du principe de non-refoulement en tout cas au moment de l'exécution de l'éloignement.

D. Inéloignabilité pour refus ou révocation de statut de protection suite à des faits d'ordre public

Vient ensuite la catégorie des personnes dont l'éloignement est impossible sans violer la garantie de non-refoulement suite à un avis du Commissariat général aux réfugiés et apatrides (ci-après : « CGRA ») sur la compatibilité de la mesure d'éloignement avec les obligations internationales de la Belgique en matière de protection internationale (Art. 57/6, §1^{er}, 9^o à 14).⁴¹ Il s'agit, plus spécifiquement, des personnes concernées par l'application d'un des articles suivants de la L1980 :

³⁶ CJUE, *CPAS d'Ottignies-Louvain-la-neuve c. Moussa Abdida*, 18 décembre 2014, C-562/13.

³⁷ CJUE, *VT c. CPAS de Liège*, 5 mai 2021, C-641/20.

³⁸ CJUE, *LM c. CPAS de Seraing*, 30 septembre 2020, C-402/19.

³⁹ Art. 9^{ter}, §4.

⁴⁰ Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, *Rapport final*, 15 septembre 2020, p. 78, [RAPPORT FINAL de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers | Inspection Générale Police \(aigpol.be\)](#)

⁴¹ Notons encore que cet avis est rendu uniquement concernant la protection internationale, mais qu'un éloignement peut aussi violer le droit à la liberté et au procès équitable en cas de détention arbitraire ou de déni de justice dans le pays de retour (Cour EDH, *Othman c. Royaume Uni*, 17 janvier 2012). Ceci mériterait d'être inclus dans l'Art. 57/6.

Concernant le droit au respect de la vie familiale, *Cfr. Infra*.

- Art. 52/4 : refus de reconnaissance de statut de réfugié suite à une condamnation ou en cas de danger pour la sécurité nationale ;
- Art. 55/2 et 55/4 : exclusion du statut de protection internationale car instigateur·trice de crimes ou actes listés à l'Art. 1F de la Convention de 1951 (crimes de guerre, contre la paix ou l'humanité, ...) ;
- Art. 55/3/1 et 55/5/1 : retrait du statut de protection internationale suite à une condamnation pour une infraction particulièrement grave ou en raison d'un danger pour la société ou sécurité nationale ;
- Art. 61/8 : décision d'éloignement prise à l'égard du/de la ressortissant·e d'État tiers porteur·euse d'un titre de long séjour et bénéficiaire de la protection internationale dans un autre État membre en raison de la menace pour l'ordre public et/ou la sécurité nationale que la personne représente.

On peut encore ajouter les décisions d'irrecevabilité de demandes ultérieures de protection internationale par le CGRA lors desquelles cette instance informera l'OE que l'éloignement est susceptible de violer le principe de non-refoulement (Art. 57/6/2, §2).

Notons que la signification exacte des termes « danger », « menace », « ordre public » ou encore « sécurité nationale » utilisés dans les articles ci-dessus reste floue et que la jurisprudence en la matière semble s'écarter du seuil initialement visé par le Législateur.⁴² L'interprétation de plus en plus large de ces termes influe directement sur la potentielle inéloignabilité des personnes. Ces personnes se retrouvent dans une réelle situation d'inéloignabilité, le statut auquel elles pouvaient – et peuvent toujours – prétendre leur étant refusé pour des considérations d'ordre public. Considérations aucunement liées à un risque de violation du principe de non-refoulement en cas de retour. Leur inéloignabilité ne résulte pas d'une quelconque lacune juridique, mais d'une action proactive de la part des autorités. La présence de ces personnes sur le territoire est alors tolérée mais aucunement régulée.

Saisie de la question des droits de ces personnes, qui théoriquement "gardent la qualité de réfugié", le CJUE a, en 2019, eu l'occasion de préciser qu'elles devaient continuer à bénéficier des droits contenus aux articles 3 (non-discrimination dans l'application de la Convention), 4 (liberté de religion), 16 (droit d'ester en justice), 22 (droit à l'enseignement primaire), 31 (liberté d'aller), 32 et 33 (garantie de non-refoulement) de la Convention de 1951. Jusque-là, rien d'exceptionnel, mais la Cour est allée plus loin, citant également le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté professionnelle et le droit de travailler, le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale ainsi que le droit à la santé, tels que consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La jouissance de ces droits reste toutefois illusoire en l'absence d'un quelconque statut ou titre de séjour⁴³ et ces personnes restent donc exposées à un risque accru de détention. La régularisation humanitaire par le biais de la procédure de l'Art. 9bis n'est pas non plus une option pour ces personnes car ces demandes se heurtent elles-mêmes à des motifs d'ordre public.

Dans la mesure où les personnes concernées ont été condamnées pénalement et ont exécuté leur peine, cette exclusion de séjour apparaît comme une double peine (Nansen évoque même

⁴² J. HARDY & G. MATHUES, « Retrait du statut de réfugié pour motifs d'ordre public – Constituer un danger pour la société du fait qu'il a été condamné définitivement pour une infraction particulièrement grave », *Rev. Dr. Étr.* N° 207, décembre 2020 p. 5. Notons également l'analyse et les recommandations réalisées par Myria spécifiquement sur la manière trop stricte dont l'OE interprète les notions d'ordre public et de sécurité : La migration en chiffres et en droit, 2022, Cahier Retour, détention et éloignement, février 2023, p. 27 -35, [1599-MYRIA_MIGRA_2022_Retour_et_détention-FR-V6.pdf](https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-g-c-arret-du-14-mai-2019-m-et-x-x-aff-jointes-c-391-16-c-77-17-et-c-78-17-ecli-eu-c-2019-403.html)

⁴³ J.-B., FARCY, « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2019, <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-g-c-arret-du-14-mai-2019-m-et-x-x-aff-jointes-c-391-16-c-77-17-et-c-78-17-ecli-eu-c-2019-403.html>.

une « triple peine »⁴⁴). Elle rend compliquée, voire impossible, l'intégration de ces personnes au sein de la société pour des raisons évidentes. Du point de vue de la société, laisser une personne sans statut dans l'attente d'un hypothétique éloignement, l'obliger à "disparaître dans la nature" pour ne pas être détenue et à faire usage de réseaux informels pour vivre ne semble pas non plus atteindre un objectif de sécurité recherché. S'il y a une restriction de libertés ou de droits qui doit être prononcée à l'égard de ces personnes – par exemple la mise sur écoute - elle doit l'être par un juge pénal mais nullement par le maintien de « flottements »⁴⁵ juridiques.

E. Défaillances structurelles de la pratique belge à l'occasion de l'examen du risque de refoulement

Pour rappel, lorsqu'une personne étrangère a introduit une demande de protection internationale, ce sont les instances d'asile qui examinent le risque de violation du principe de non-refoulement. Si la demande est déclarée recevable, le CGRA examine ce risque, accordant, le cas échéant, la protection subsidiaire – protégeant contre la torture et les traitements inhumains et dégradants – s'il est réel.⁴⁶ Même si la demande est déclarée irrecevable, le CGRA examinera ce risque et informera l'OE si l'éloignement est susceptible d'entraîner une violation du principe de non-refoulement.

Le risque de violation du principe de non-refoulement doit toutefois être examiné lors de n'importe quelle décision d'éloignement, indépendamment de l'introduction d'une demande d'asile par la personne concernée. Cela a été établi par la Cour EDH en 2012⁴⁷ et confirmé par la Cour de cassation⁴⁸ et le CCE.⁴⁹

En 2017, « l'affaire des Soudanais »⁵⁰ révélait l'existence de lacunes structurelles dans le système belge qui n'assure pas toujours le respect du principe de non-refoulement. La réglementation belge rendait ainsi possible le rapatriement sans examen sérieux d'un possible risque de mauvais traitement pour la personne éloignée. La Cour EDH avait déjà condamné la Belgique en 2002 dans l'affaire *Conka*, elle l'a subséquemment fait dans les arrêts *M.S.S.*,⁵¹ *Yoh-Ekale Mwanje*,⁵² *Singh et autres*⁵³ et *Paposhvili*.

Afin de remédier à la situation, l'État belge a instauré les controversées demandes de protection internationale implicites⁵⁴ avant de créer, il y a peu, une nouvelle cellule au sein de l'OE chargée d'évaluer les décisions de retour à l'aune de l'Art. 3 CEDH.⁵⁵ On peut se questionner si cette cellule a réellement les moyens de ses ambitions. Pour les situations médicales qui donneraient lieu à une violation de l'Art. 3 CEDH, rappelons que lorsqu'une personne est placée en centre de détention administrative en vue de son éloignement elle subit à présent à son arrivée un examen médical approfondi et une anamnèse complète. Sera en conséquence examiné si le

⁴⁴ Nansen, Contribution à la réflexion autour du Code de la migration 2021/2 – Pour un statut d'inéloignable », 29 septembre 2021, p. 3, <https://nansen-refugee.be/2021/09/29/vers-un-code-de-la-migration-contribution-a-la-reflexion/>.

⁴⁵ Terme repris de Nansen, Contribution à la réflexion autour du Code de la migration 2021/2 – Pour un statut d'inéloignable », 29 septembre 2021, p. 3.

⁴⁶ L1980, Art. 74/6/2.

⁴⁷ Cour EDH, *Jirsi Jamaa et autres c. Italie*, n°27765/09, 23 février 2012, para. 131-133.

⁴⁸ Cass, 31 janvier 2018, n°P.18.0035.F.

⁴⁹ CCE, n°192 584, 26 septembre 2017.

⁵⁰ Cfr. pour rappel : CNCD, *Politique d'expulsion inhumaine en Belgique : La Cour européenne des droits de l'homme le confirme*, 2 novembre 2020, <https://www.cncd.be/politique-expulsion-inhumaine-belgique-cour-europeenne-droits-humains-condamnation>.

⁵¹ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique & Grèce*, n°30696/09, 21 janvier 2011.

⁵² Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n°10486/10, 20 décembre 2011.

⁵³ Cour EDH, *Sing & autres c. Belgique*, n°33210/11, 2 octobre 2012.

⁵⁴ Cfr. H. DE VYLDER & P. VAN ROEYEN, "Het impliciet verzoek om internationale bescherming", in *Tijdschrift Vreemdelingenrecht*, 2019, n°2, p. 120-168.

⁵⁵ Cfr. IFDH et Myria, *Communication au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe au sujet de l'exécution de l'arrêt M.A. c. Belgique* (no. 19656/18), 16 septembre 2021, <https://www.institutfederaldroitshumains.be/sites/default/files/2022-05/lees-hier-de-volledige-tussenkomst-in-het-frans.pdf>.

traitement ou la médication nécessaire est disponible et accessible dans le pays de retour avant de procéder à l'éloignement.

Quant au moment où le risque de violation du principe de non-refoulement doit être examinée, le CCE estime que cet examen doit avoir lieu avant la décision de reconduite à la frontière.⁵⁶ Les garanties qu'une évaluation tangible du risque de non-refoulement soit effectuée avant la mise en détention sont à ce jour insuffisantes. L'OE estime en effet que cet examen ne doit avoir lieu qu'au moment de l'exécution de l'éloignement, et donc après le placement en détention.⁵⁷ L'OE est d'avis que la position du CCE n'est, dans la pratique, pas tenable, une décision de maintien devant être prise endéans les 24h de l'arrestation administrative ce qui constituerait un délai trop court pour évaluer la gravité des problèmes médicaux invoqués, l'accessibilité d'un traitement dans le pays d'origine, etc. Il faut reconnaître que l'OE dispose de peu de moyens pour vérifier la violation potentielle de l'article 3 CEDH avant la notification d'un titre de détention dans la mesure où ni médecin, ni avocat·e, ni traducteur·trice ne sont systématiquement présent·es lors de l'arrestation⁵⁸. Malgré une interdiction de détenir administrativement des personnes dont l'éloignement n'est pas possible,⁵⁹ en pratique, la détention de personnes dont l'éloignement est obstrué sur base de l'Art. 3 CEDH est courante.⁶⁰

Notons que même après un placement en détention, les garanties qui permettraient d'éviter un risque de violation de l'Art. 3 CEDH en cas de mise en œuvre de l'éloignement sont à ce jour insuffisantes. Tout d'abord, la réglementation actuelle ne prévoit toujours pas que la délivrance d'une décision d'éloignement/ de refoulement doive contenir une motivation sur l'absence de risque de violation de l'Art. 3 CEDH qui, rappelons-le, est une question plus large que l'octroi (ou non) de la protection internationale. Ceci prive ainsi l'étranger·e d'une voie de recours et d'arguments précieux devant le CCE. Par ailleurs, en cas de survenance d'un nouvel élément lié à l'exécution de la décision d'éloignement ou de refoulement (par exemple, l'identification auprès des autorités nationales et la délivrance d'un laissez-passer) susceptible de la mettre à risque en cas de retour, la personne détenue n'aura pas d'autre possibilité que d'introduire une nouvelle DPI, qui bien souvent sera déclarée irrecevable vu le seuil élevé appliqué par le CGRA à l'occasion de l'interprétation de la notion de « nouveaux éléments ». La cellule article 3 CEDH ne sera bien souvent d'aucune assistance dans ces cas-là vu l'absence de transparence sur son fonctionnement et de réactivité aux sollicitations des praticien·nes et ONGs. Il arrive donc, trop fréquemment, qu'une personne dont le retour engendre un risque sérieux de violation de l'Art. 3 CEDH soit tout de même expulsée. Move a suivi plusieurs cas en 2023 où ce risque s'est malheureusement matérialisé après le refoulement des personnes.

⁵⁶ CCE, n°199 329, 8 février 2018 ; CCE, 8 mars 2018, n° 200.933 ; CCE, 9 mars 2018, n° 200.976 et 200.977. Cette position est alignée à celle de la CJUE (CJUE, *B. c. CPAS de Liège*, 30 septembre 2020, C-233/19, § 51 ; CJUE, *PPU FMS et autres c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, 14 mai 2020, C-924/19). Pour rappel, lorsqu'un étranger est arrêté et placé en détention en vue de son éloignement, il se voit remettre un ordre de quitter le territoire. Ce document contient trois parties : l'OQT (la décision de retour), la décision de reconduite à la frontière (la décision d'éloignement) et la décision de maintien.

⁵⁷ Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, *Rapport final*, 15 septembre 2020, p. 79, https://www.myria.be/files/Rapport_final_Bossuyt.pdf.

⁵⁸ Move, Proposition de loi Salduz étrangers, septembre 2022, https://movecoalition.be/wpfd_file/proposition-loi-salduz-april-22/.

⁵⁹ Art. 5, §1 f CEDH, Art. 15 de la Directive Retour.

⁶⁰ Notons encore que depuis avril 2018, la police qui arrête administrativement un·e étranger·e doit compléter un questionnaire sur base duquel l'OE décidera de délivrer, ou non, un OQT et de procéder à la mise en détention. Une évaluation du risque de violation est à ce stade possible. Remplir le questionnaire se passe toutefois le plus souvent sans la présence d'un·e avocat·e ou l'entremise d'un·e interprète, ce qui constitue un obstacle pour la transmission et compréhension de l'information. La police n'est par ailleurs pas l'autorité la plus à même de conduire ces entretiens : certaines personnes se faisant refouler à la frontière ont justement fuit les autorités de leur pays et/ou ont connu en route des expériences négatives avec les autorités d'autres pays – européens ou non – tandis que les personnes sans papiers sur le territoire n'ont probablement pas une grande confiance en la police. De plus, si l'OE considère que certains éléments doivent être approfondis, il peut placer la personne concernée en détention, moyennant la motivation d'une annexe 13 septies, où le/la médecin remplira le questionnaire mentionné ci-dessus. A nouveau, cette procédure ne semble pas empêcher efficacement la détention.

Rappelons qu'en vertu de la loi⁶¹, une personne ne peut être détenue uniquement en vue d'un éloignement qui doit pouvoir intervenir dans un délai raisonnable. Si l'éloignement est contraire à la loi, en l'occurrence à l'article 3 CEDH, l'éloignement est illégal et entraîne *ipso facto* l'illégalité de la détention.

5.1.2. Le droit au respect de la vie privée et familiale (Art.8 CEDH)

Un autre droit fondamental amené à jouer un rôle lors de l'évaluation d'une mesure d'éloignement, ou d'une décision de fin de séjour, est celui au respect de la vie privée et familiale.⁶² Ce droit est consacré par l'Art. 8 de la CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH est venue préciser son sens.

A. Étendue de la garantie du droit à la vie privée et familiale

La composante essentielle de la vie familiale est le droit de vivre ensemble afin que des relations familiales puissent se développer en toute normalité⁶³ et que les membres d'une famille puissent vivre ensemble.⁶⁴ La Cour a précisé que la question de l'existence d'une « vie familiale », si elle existe juridiquement dans bon nombre de cas, est tout d'abord une question de fait et dépend de la réalité pratique de liens personnels étroits.⁶⁵ En l'absence de reconnaissance juridique de l'existence de celle-ci, il faudra donc examiner les liens familiaux qui existent *de facto*, comme par exemple la cohabitation, la durée de la relation ou, dans le cas d'un couple, le fait qu'ils ont eu des enfants.⁶⁶

Inspiré de la Cour EDH, le CCE a déterminé qu'il y a lieu de présumer l'existence d'une vie familiale entre époux⁶⁷ et entre les parents et leurs enfants mineurs.⁶⁸ Dans d'autres cas – lorsque l'enfant est par exemple majeur ou entre frères et sœurs majeur-es – il y aura lieu de prendre en compte un critère de dépendance pour évaluer si la protection conférée par l'Art. 8 contre l'éloignement d'un membre de la famille est applicable.⁶⁹

Contrairement à l'interdiction de torture et de mauvais traitements, le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas absolu, comme le précise le second paragraphe de l'Art. 8 CEDH. Cela signifie que, dans certaines circonstances, ce droit peut être limité, à condition que cette ingérence soit prévue par la loi (condition non problématique : la L1980 prévoit les conditions d'accès et de fin de séjour), qu'elle poursuive un but légitime (de même, rarement problématique : l'OE renverra le plus souvent à la protection de l'ordre public et le droit pour un État de gérer ses propres frontières) et qu'elle soit nécessaire. Lorsque l'État belge doit évaluer si l'éloignement d'une personne est contraire à l'Art. 8, une mise en balance rigoureuse des intérêts en jeu – l'exercice du droit à une vie familiale pour l'individu, le maintien de l'ordre public ou le contrôle de l'immigration etc. pour l'État – doit être effectuée, afin d'évaluer si cette

⁶¹ Art. 5 CEDH, Art.7 L1980 et Art.15.4 directive retour : Article 15. 4

« Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté ».

⁶² Notons que l'Art. 74/13 ajoute que l'intérêt supérieur de l'enfant doit également être pris en considération.

⁶³ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, §31.

⁶⁴ Cour EDH, *Olson c. Suède (no 1)*, 24 mars 1988, §59

⁶⁵ Cour EDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, §140.

⁶⁶ Cour EDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, §56.

⁶⁷ CCE, 20 octobre 2017, n°194.029.

⁶⁸ CCE, 20 octobre 2017, n°194.029. Jurisprudence constante de la Cour EDH, *Cfr. par ex. K. et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001, §151.

⁶⁹ CCE, 2 février 2016, n°161.196 ; CCE, 15 avril 2016, n°165.929.

mesure est proportionnée au but poursuivi. C'est cette mise en balance qui génère le plus de débats et de jurisprudence.

La Cour EDH est venue clarifier, dans ses arrêts *Boultif c. Suisse* et *Üner c. Pays-Bas*,⁷⁰ que lorsque le retour d'un·e étranger·e viendrait à le/la séparer de sa famille parce qu'il/elle n'a pas ou plus de séjour à la suite de la commission d'une infraction, les États ont l'obligation de prendre en considération les éléments suivant pour la mise en balance :

- la nature et la gravité de l'infraction commise ;
- la durée du séjour de l'intéressé·e dans le pays dont il/elle doit être expulsé·e ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction et la conduite de la personne pendant cette période ;
- la nationalité des différentes personnes concernées ;
- la situation familiale du/de la requérant·e (notamment, le cas échéant, la durée de son mariage et les autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple) ;
- la question de savoir si le/la conjoint·e avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ;
- le fait que le couple ait ou non des enfants et l'âge de ceux-ci ;
- la gravité des difficultés que le/la conjoint·e risque de rencontrer dans le pays vers lequel la personne doit être expulsée ;
- l'intérêt et le bien-être des enfants (en particulier la gravité des difficultés que les enfants du/de la requérant·e sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé·e doit être expulsé·e) ; et
- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.

Alors que les critères à prendre en compte sont déterminés, l'importance à conférer à chaque critère ne l'est pas. En pratique, le poids donné à chaque critère varie en fonction des circonstances spécifiques et la jurisprudence reste casuistique.⁷¹

B. La pratique belge relative à la protection du droit de vivre en famille

La L1980, en son Art. 74/13, fait partiellement référence à ces évolutions quand elle précise que lorsqu'un ordre de quitter le territoire est émis à l'encontre d'une personne, sont pris en considération « l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie familiale, et l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné ». ⁷² Cet article impose une obligation de motivation et une mise en balance à l'OE⁷³ et a généré une jurisprudence à présent abondante du CCE, qui a recours aux critères Boultif/Uner.⁷⁴ Citons, de manière non exhaustive, les violations suivantes de l'Art.8 CEDH :

- Un OQT remis à une personne étrangère qui cohabite avec une personne belge et a un·e enfant mineur·e scolarisé·e si l'OQT ne mentionne pas l'enfant ;⁷⁵

⁷⁰ Cour EDH, *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001 et Cour EDH, *Uner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006.

⁷¹ Cour EDH, *Maslov c. Autriche*.

⁷² Cfr. aussi L1980, Art. 13 et 44ter.

⁷³ Cass., 3 avril 2013, T. *Vreemd.* 2013, 248 ; CCE, 19 mai 2016, n°167.798.

⁷⁴ CCE, 26 septembre 2014, n°130.246.

⁷⁵ CCE, 23 janvier 2015, T. *Vreemd.* 2015, 206.

- Un OQT remis à une mère étrangère d'un·e enfant mineur·e citoyen·ne européen·ne sans que soit tenu compte de la vie familiale entre la mère et l'enfant ;⁷⁶
- Un OQT remis à une personne étrangère dont la partenaire avec séjour est enceinte ;⁷⁷
- Un OQT remis à une personne étrangère qui prend soin de sa sœur qui souffre d'un cancer et dont la procédure de régularisation médical sous l'Art. 9^{ter} est pendante.⁷⁸

Dans toutes ces situations, l'OQT ne respectait donc par le droit à la vie familiale des personnes en question, ou minimalement le devoir de motiver l'OQT à l'aulne de ce droit. Les personnes concernées, sans séjour et dans certains cas détenues, étaient inéloignables.

Cette obligation de prendre en considération la vie familiale d'une personne étrangère doit bien évidemment également être prise en compte lors de la remise d'un OQT faisant suite à un refus d'octroi de la protection internationale.⁷⁹ Ceci semble particulièrement pertinent suite au changement de la politique du CGRA concernant les demandes de protection introduite par des parents au nom de leur(s) enfant(s) mineur(s). L'exemple type étant les parents introduisant une demande pour leur(s) fille(s) ayant une crainte de mutilation génitale. Le CGRA a, le 12 avril 2019, en effet décidé de ne plus automatiquement accorder la protection aux parents qui auront donc à démontrer un risque de persécution dans leur chef.⁸⁰ En cas d'absence d'un tel risque personnel et si la protection subsidiaire n'est pas envisageable non plus, les parents se retrouveraient sans statut de séjour. On imagine néanmoins mal éloigner les parents et laisser leur(s) fille(s) en Belgique sans entraver le droit à la vie familiale et l'intérêt des enfants de manière disproportionnée. Ces parents, certainement s'il s'agit d'un parent seul, sont en tant que tel inéloignables. La solution leur étant pour l'heure offerte est celle de la régularisation humanitaire par le biais de la procédure contenue à l'Art. 9^{bis} L1980.⁸¹ Mais dans l'attente d'une décision, les parents n'ont aucun statut et dépendent du pouvoir discrétionnaire de l'OE. Début mars 2023⁸², la Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration a annoncé que cette catégorie de personnes pourrait bénéficier d'un statut plus protecteur mais le projet de loi n'a pas encore été déposé au Parlement et les conditions d'accès à ce statut ne sont donc pas encore publiques.

5.2. Les raisons pratiques

Jusqu'à présent nous avons évoqué les obstacles légaux qui se dressent à l'encontre de l'éloignement d'une personne étrangère. Une personne étrangère peut également se trouver dans une situation d'inéloignabilité lorsqu'il est tout simplement impossible pour elle de quitter le territoire pour des raisons purement pratiques. Le critère de volonté de collaborer de la personne concernée pourrait ici davantage jouer un rôle aux yeux de l'administration. Le §2 de l'Art. 74/17 L1980 fait partiellement référence à ces situations lorsqu'il indique :

L'éloignement peut être reporté temporairement en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Il est ainsi tenu compte :

⁷⁶ CCE, 20 mars 2014, T. Vreemd. 2014, 335.

⁷⁷ CCE, 17 décembre 2015, n°158.923.

⁷⁸ CCE, 12 janvier 2017, n°180.685.

⁷⁹ CCE, 24 avril 2015, n°144.094.

⁸⁰ CGRA, MGF : *changement de la politique*, 12 avril 2019, <https://www.cgra.be/fr/actualite/mgf-changement-de-la-politique-du-cgra>.

⁸¹ Médiateur fédéral, *Recommandation 2022/01 au Parlement*, février 2022, p. 1. : « [...] la procédure prévue à l'article 9bis [...] n'offrant pas les garanties nécessaires au respect du droit à la vie familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, [...] il y a une lacune dans la législation belge et qu'il est dès lors nécessaire de prévoir un statut spécifique pour les parents accompagnant des enfants mineurs bénéficiant de la protection internationale <https://www.mediateurfederal.be/sites/default/files/2022-02/Recommandation%20statut%20parents%20enfants%20r%C3%A9fugi%C3%A9s.pdf>.

⁸² [Un accord en matière d'asile a été trouvé : voici les mesures décidées par le gouvernement - BX1](#)

[...] 2° des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification.

5.2.1. Impossibilité d'identification et absence de documents de voyage nécessaires pour éloigner

De nombreuses personnes arrivent en Belgique sans être en possession de documents d'identité. Différentes raisons peuvent être à l'origine de cette situation. Ces personnes ont pu quitter leur pays sans document, n'en ont jamais possédé, les ont perdus, se les sont faits confisquer par des passeurs ou les ont détruits sur conseil de ces derniers. Les différents États ne vont néanmoins pas accepter le retour d'une personne sans qu'il ait, d'une part, été établi que cette personne est originaire de ce pays et que, d'autre part, elle soit en possession des documents nécessaires (appelés les documents de voyage) pour voyager.

Chaque État a des exigences différentes⁸³ en matière d'identification de la personne.⁸⁴ De manière pratique, la personne va devoir s'adresser à son ambassade ou consulat, mais plusieurs obstacles peuvent émerger à ce stade. La nationalité est parfois complexe à définir, faute d'informations pertinentes. Là où certains pays vont se contenter de s'assurer qu'il s'agit effectivement d'un·e ressortissant·e, par exemple sur base d'un entretien, en présentiel ou par vidéo, où sont examinés l'accent ou la manière de parler, d'autres demandent des preuves semblant irréalistes pour prouver la nationalité. Certaines autorités consulaires s'en tiennent dans la pratique ainsi à la nécessité de produire des documents d'identité.

Ensuite, les conditions que les États imposent pour « voyager » varient également. Certains vont exiger un document d'identité alors que d'autres vont délivrer un laissez-passer, valable pour une durée limitée, en remplacement voire en complément d'un passeport, ou encore une autorisation de voyage sous la forme d'une lettre. L'OE se charge normalement de contacter les représentant·es diplomatiques ou consulaires compétents. Certains pays refusent de délivrer un laissez-passer, même après avoir identifié la personne, et ce pour diverses raisons. Cela peut être parce que la personne a de la famille en Belgique, parce qu'un recours non suspensif est en cours contre la décision d'éloignement, parce qu'aucune déclaration de retour volontaire n'a été signée ou simplement car c'est une politique propre au pays en question.

Notons à cet égard l'utilisation de documents de voyage uniformes communément appelés « laissez-passer européens »⁸⁵ qui sont émis non pas par le pays d'origine de la personne à éloigner mais par la Belgique elle-même. Un accord préalable, dit « accord de réadmission », définissant les modalités d'utilisation d'un pareil document existera alors avec l'État d'origine. Certains États requièrent que leur accord soit donné avant toute délivrance de ce document, mais pour d'autres pays, l'identification de la nationalité suffira. L'utilisation du laissez-passer européen permettra souvent à la Belgique de s'adresser directement aux autorités nationales dans le pays d'origine sans passer par les autorités diplomatiques ou consulaires situées en Belgique.

Émergent donc des situations où la personne à éloigner a entrepris, ou entreprend, toutes les démarches en son pouvoir pour tenter de produire document d'identité et de voyage – prise de

⁸³ A cet égard, lire la fiche « Documents de voyage », du Rapport final de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, p. 85, [RAPPORT FINAL de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers | Inspection Générale Police \(aigpol.be\)](#)

⁸⁴ Cfr. circulaire relative à l'identification d'étrangers en séjour irrégulier, https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&caller=summary&pub_date=09-07-15&numac=2009000462.

⁸⁵ Pris en application du Règlement (UE) 2016/1953 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relatif à l'établissement d'un document de voyage européen destiné au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

contact avec l'ambassade, tentative de se voir envoyer des documents avec mandat depuis le pays d'origine etc. – mais où le retour reste dans la pratique impossible, souvent par manque de coopération de l'État d'origine. Cette personne est alors inéloignable pour raison pratique.

Dans l'arrêt *Mahdi*,⁸⁶ la CJUE a déclaré illégale la détention "automatique" lorsqu'elle est uniquement fondée sur l'absence de documents de la personne étrangère. Cette seule absence ne constituant pas un motif permettant de présumer un risque de fuite qui est l'une des conditions nécessaires pour appliquer ou prolonger légalement une mesure de détention. Dans la pratique, bon nombre de personnes se retrouvent toutefois en centre de détention administrative sans que les conditions d'identification et de voyage établies par l'État d'origine où un éventuel accord de réadmission ne soient réunies.

La procédure de régularisation humanitaire pourrait sans doute ici aussi être mise en avant comme solution pour cette catégorie de personnes inéloignables. Le CCE a, après tout, confirmé que l'absence de passeport ou de documents de voyage et l'impossibilité d'en obtenir dans le pays d'origine constituaient des « circonstances exceptionnelles »⁸⁷, condition de recevabilité d'une demande de régularisation, justifiant qu'une demande de séjour soit introduite depuis la Belgique. La loi ne prévoit néanmoins aucun délai endéans duquel l'OE doit faire suite à la demande et il n'est pas rare qu'une demande *9bis* prenne plusieurs mois, voire années, à être examinée. Ceci s'accommode mal avec la nature souvent temporaire de l'inéloignabilité pratique telle qu'elle est décrite dans cette section et dans la suivante.

5.2.2. Suspension du trafic aérien et des vols vers certaines destinations

Lors de situations sortant de l'ordinaire, il peut arriver que le trafic aérien vers un pays en particulier soit suspendu ou que l'espace aérien de ce pays soit fermé. Longtemps théorique, les événements récents, de la pandémie du coronavirus à la guerre en Ukraine, sont venus redonner de la contenance à cette hypothèse d'inéloignabilité.

Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé déclarait que l'épidémie de COVID-19 était une pandémie. De nombreux pays ont alors décidé de fermer leurs frontières. Lorsque le confinement a été décrété en Belgique à la mi-mars, la plupart des compagnies aériennes ne pouvaient plus faire décoller leurs appareils. Le trafic aérien a de ce fait été suspendu et le retour de ressortissant·es étranger·es, en pratique, impossible. Ce n'est qu'à partir de septembre 2020 que la situation aérienne a commencé à se stabiliser.⁸⁸ Durant cette période⁸⁹, l'OE a réduit la capacité des centres de détention administrative de moitié afin d'y faire respecter les mesures sanitaires. Les profils les plus vulnérables à la maladie ont été libérés en priorité. Des centaines de personnes ont cependant continué à être détenues dans les différents centres, malgré le fait que leur éloignement était impossible – elle étaient inéloignables⁹⁰ – et donc illégale.⁹¹ Ceci a eu pour impact une augmentation importante de la durée de détention de

⁸⁶ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014. C-146/14, § 72.

⁸⁷ CCE 18 novembre 2003, n° 125.397 ; CCE 7 novembre 2006 n° 164.425.

⁸⁸ D'après l'OE, jusqu'au mois d'août 2020, l'annulation du vol par la compagnie aérienne était de loin le principal motif d'annulation des éloignements (rapport annuel, p. 81).

⁸⁹ Move coalition, Quel impact du Covid sur la détention administrative ?, juin 2023, disponible ici : <https://movecoalition.be/wp-content/uploads/2023/05/Limpact-de-COVID-Centres-de-detention-administrative.pdf>.

⁹⁰ Précisons que si ces personnes étaient objectivement inéloignables, *a fortiori* pour une durée limitée, certaines juridictions n'ont pas suivi le raisonnement lors de recours introduits contre le titre de détention.

⁹¹ Directive retour, Art. 15.

personnes qui ont finalement été libérées.⁹² D'après la Cour EDH, en l'absence de possibilité d'éloignement effectif dans un délai raisonnable, la détention administrative devient illégale.⁹³

Les perturbations du trafic aérien ont jonché la période de pandémie. Notons à ce propos la suspension des vols vers le Maroc de décembre 2021 à février 2022 suite à la propagation du variant Omicron du coronavirus.

Des évènements géopolitiques peuvent aussi générer des situations d'inéloignabilité. La prise de pouvoir des talibans en août 2021 a par exemple rendu l'éloignement de ressortissant-es afghan-es impossible, l'espace aérien afghan ayant été fermé. Une fois les vols possibles, la question du retour sans violer le principe de non-refoulement a émergé (Cfr. *Supra*). Alors que le CGRA prend à nouveau des décisions de refus de protection internationale, l'OE ne procède à l'heure d'écrire ces lignes en avril 2023 pas à des retours forcés vers l'Afghanistan. Les organisations en charge d'assister au retour volontaire – OIM ou Caritas – refusent aussi d'organiser le retour de ressortissant-es afghan-es et les vols commerciaux vers l'Afghanistan sont toujours suspendus.⁹⁴ Une combinaison de ces facteurs – inexistence de retour forcé ou volontaire – génère également des situations d'inéloignabilités.

Les ressortissant-es ukrainien·nes déjà en Belgique lors de l'éclatement de la guerre avec la Russie se sont retrouvés dans une situation similaire. Les vols vers l'Ukraine ayant été suspendus, les demandes de protection ultérieures l'étaient aussi. Ces personnes ne bénéficiaient au départ par ailleurs pas de la protection temporaire et sont restées sur le territoire sans titre de séjour.

5.3. Inéloignabilité pour raison d'apatridie

Trois principales causes sont à l'origine de situations d'apatridie : la dissolution ou séparation d'un État ; une législation nationale et des pratiques administratives complexes (perte de nationalité en cas d'absence du territoire, obligation d'inscription de l'enfant à la naissance, etc.), et des pratiques nationales discriminatoires (par exemple exclusion d'une certaine ethnie). Les personnes se retrouvant dans cette situation sont, logiquement, dans la grande majorité des cas inéloignables car il n'y a tout simplement pas d'État vers lesquels elles peuvent retourner ou être éloignées où elles bénéficieraient d'un séjour.

5.3.1. Définition

La source première de définition de l'apatridie relève de la Convention relative aux apatrides du 28 septembre 1954. Son article 1 définit l'apatride comme : « une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ».

La personne qui se dit apatride doit ainsi démontrer qu'elle n'a aucune nationalité. Pour ce faire, il ne s'agit pas de prouver qu'elle n'a « aucune nationalité au monde » mais plutôt qu'elle ne peut pas prétendre à la nationalité des États pertinents dans son cas. Il s'agira de démontrer qu'elle n'a pas la nationalité du pays dans lequel elle est née, du pays où les membres de sa famille

⁹² Au centre de détention de Merksplas par exemple, la durée moyenne de détention pour les personnes finalement libérées a presque doublé, passant de 52,02 jours en 2019 à 94,14 jours en 2020 (OE, *Rapport annuel du CIM*, 2021, p. 49).

⁹³ Art. 5 CEDH (et la jurisprudence interprétative : CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 2009, § 164 ; *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 2011, §§ 117-119 et références citées). Art. 7 L1980.

⁹⁴ France diplomatie, conseils pour l'Afghanistan, <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/conseils-aux-voyageurs/conseils-par-pays-destination/afghanistan/> [dernière consultation le 2 mars 2023].

résident et du pays dans lequel elle a précédemment séjourné. Le Haut-Commissariat des Nations Unis pour les réfugiés précise :

(...) toute vérification visant à déterminer si une personne est apatride se limite aux États avec lesquels cette personne entretient un lien pertinent, en particulier pour des raisons de naissances sur le territoire, de filiation, de mariage, d'adoption ou de résidence habituelle.⁹⁵

Afin de pouvoir déterminer si une personne est bien considérée par un État comme un de ses ressortissant-es, il convient d'analyser la législation, toutes normes confondues, de l'État ainsi que son application en pratique ; de vérifier si le statut de la personne a été modifié par des modes d'acquisition ou de perte de la nationalité et d'identifier l'instance nationale compétente pour la nationalité.

5.3.2. Procédure de reconnaissance du statut d'apatridie

En Belgique, une procédure a été expressément instaurée afin de déterminer si une personne est apatride. L'Art. 572bis du code judiciaire précise ainsi que le Tribunal de la famille est compétent pour statuer sur une demande de reconnaissance du statut d'apatridie. Le Tribunal doit être saisi sur requête unilatérale et peut l'être, l'inverse serait un non-sens, par une personne sans papiers du moment qu'elle arrive à établir, par voie de faits, que sa résidence se situe dans le giron de compétence du Tribunal en question.⁹⁶

La requête sera transmise au Procureur du Roi qui rendra un avis, éventuellement sur base de renseignements recueillis auprès de l'OE et du CGRA. La particularité dans cette procédure est de devoir apporter une preuve négative, c'est-à-dire de devoir prouver qu'aucun État ne considère le/la demandeur-euse comme un-e de ses ressortissant-es. Il s'agira dans la pratique d'établir que ce n'est pas le cas pour tous les pays avec lesquels la personne pourrait avoir un quelconque lien (naissance, famille, séjour précédent, etc.). Nous renvoyons pour davantage d'information sur la procédure au *Guide pratique sur l'apatridie en Belgique pour les professionnels du droit des étrangers* publié par Nansen.⁹⁷ Cette procédure débouche sur un acte déclaratoire auquel peu de conséquences juridiques sont attachées.

La reconnaissance d'apatridie ne résulte pas automatiquement en un droit de séjour en Belgique. En l'état actuel des choses, il faudra, pour la personne reconnue apatride, ensuite passer par la procédure de régularisation prévue par l'Art. 9bis. L'OE a eu l'occasion de préciser :

Chaque demande est soumise à un examen individuel. Lors de cet examen une attention particulière est accordée : - à la décision de reconnaissance du statut d'apatride ; - aux raisons pour lesquelles l'intéressé ne peut pas ou plus se prévaloir d'une quelconque nationalité ; - aux liens que l'intéressé entretient avec la Belgique ; - aux liens qu'il a entretenus précédemment ou entretient encore avec un ou plusieurs autres pays ; - à la dangerosité de l'intéressé pour l'ordre public et la sécurité nationale.⁹⁸

⁹⁵ UNHCR, *Manuel sur la Protection des Apatrides*, 2014, §18.

⁹⁶ Notons qu'il s'agit des tribunaux de la famille se trouvant dans le ressort des cours d'appel.

⁹⁷ Nansen, *Guide pratique sur l'apatridie en Belgique*, 2020, <https://nansen-refugee.be/wp-content/uploads/2020/06/200520-Guide-apatridie-avocats-final.pdf>.

⁹⁸ Avis relatif à la proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de régler le droit de séjour des apatrides, DOC 54 3487/001.

Cette situation, comparée à celle d'une personne à laquelle on a conféré le statut de réfugié, a été jugé discriminatoire par la Cour constitutionnelle.⁹⁹

L'article 9bis octroie un trop large pouvoir discrétionnaire à l'OE et ne prévoit aucun critère clair de sorte que cette procédure est inadéquate pour solutionner de manière structurelle et durable la situation des personnes inéloignables. Début mars 2023, le Gouvernement a annoncé¹⁰⁰ vouloir réformer la procédure prévue pour les personnes apatrides en les protégeant davantage. Aucun projet de loi n'a encore été transmis au Parlement de sorte que les conditions ne peuvent pas encore être examinées à ce stade.

5.4. Consolidation des limbes : prolongation du départ volontaire, report de l'éloignement et aide sociale

5.4.1. Prolongation du délai pour le départ volontaire et report d'éloignement

Le droit belge ou européen ne prévoit que peu de solutions effectives pour les personnes se trouvant dans une situation d'inéloignabilité. Afin de privilégier les retours volontaires aux retours forcés et pour transposer l'article 7§2 de la directive retour¹⁰¹, le Législateur belge a adopté l'art. 74/14 L1980 qui dispose que :

§ 1er. La décision d'éloignement prévoit un délai de trente jours pour quitter le territoire. Le ressortissant d'un pays tiers qui, conformément à l'article 6, n'est pas autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume, bénéficie d'un délai de sept à trente jours. Sur demande motivée introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre ou de son délégué, le délai octroyé pour quitter le territoire, mentionné à l'alinéa 1er, est prolongé, sur production de la preuve que le retour volontaire ne peut se réaliser endéans le délai imparti. Si nécessaire, ce délai peut être prolongé, sur demande motivée introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre ou de son délégué, afin de tenir compte des circonstances propres à sa situation, comme la durée de séjour, l'existence d'enfants scolarisés, la finalisation de l'organisation du départ volontaire et d'autres liens familiaux et sociaux. Le ministre ou son délégué informe par écrit le ressortissant d'un pays tiers que le délai de départ volontaire a été prolongé.

Le rapport de la « commission Bossuyt » dépeint la possibilité de prolongation du délai du départ volontaire comme la « principale alternative au maintien qui peut être proposée ».¹⁰² Les motifs de prolongation évoqués sont notamment la maladie, la scolarité des enfants, une grossesse, une naissance, le mariage/la cohabitation, l'unité de la famille ou des raisons humanitaires. Plusieurs circulaires, antérieures à l'adoption de l'Art. 74/14 L1980, prévoient les circonstances dans lesquelles la suspension de l'OQT peut être octroyée.¹⁰³ En pratique, l'OE prolonge le délai de départ volontaire dans les cas visés par ces circulaires où l'exécution de l'OQT est suspendue,

⁹⁹ CC 17 décembre 2009, n°198/2009 ; CC, 1^{er} janvier 2012, n°1/2012.

¹⁰⁰ [Le gouvernement trouve un accord sur l'accueil des demandeurs d'asile: De Croo a présenté les mesures \(VIDEO\) - La Libre](#)

¹⁰¹ Cfr. notamment Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53, 1825/001, p.5.

¹⁰² Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, *Rapport final*, 15 septembre 2020, p. 55.

¹⁰³ Circulaire du 29 avril 2003 relative à l'éloignement de familles avec enfant(s) scolarisé(s) de moins de 18 ans. Intervention des services de police dans les écoles ou circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'information entre les officiers de l'état civil et l'Office des Étrangers à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour irrégulier ou précaire.

sur demande explicite de l'intéressé-e ou de son conseil.¹⁰⁴ Mais cette pratique n'est pas ancrée légalement, ce qui fait l'objet de critiques.¹⁰⁵ Notons encore que la décision de refus de prolongation est un acte administratif attaquant¹⁰⁶ qui doit être dûment motivée.¹⁰⁷

Cette possibilité légale de prorogation du départ volontaire n'est pas de nature à offrir une solution aux situations d'inéloignabilité durables ou structurelles. Dans un dossier d'une famille algérienne désirant retourner volontairement au pays, le CCE a confirmé la décision de refus de prolongation prise par l'OE, alors que le délai avait déjà été prorogé à quatre reprises, au vu de l'impossibilité d'identification d'un des membres de la famille par les autorités algériennes de sorte que « un retour volontaire n'est pas réalisable ».¹⁰⁸

En effet, le Conseil estime que pour qu'il soit fait application de l'Art. 74/14, le retour volontaire doit être réalisable dans un délai raisonnable :

La prorogation d'un ordre de quitter le territoire suppose ainsi nécessairement en son principe, pour que cette mesure ait quelque utilité, qu'au jour où il est statué à cet égard, un éloignement du territoire, bien que non réalisable « dans le délai imparti » initialement fixé, soit néanmoins encore possible dans un avenir proche. Ainsi, il ne suffit pas que des démarches aient été entreprises par les intéressés auprès de leurs autorités nationales, encore faut-il que l'on puisse raisonnablement espérer qu'elles aboutissent favorablement dans un délai raisonnable.

La famille algérienne évoquée ci-dessus se trouvait indéniablement dans une situation d'inéloignabilité. On peut déplorer ici qu'aucun effet juridique ne soit attaché ni aux décisions successives de prolongation de l'OQT ni à l'impossibilité d'identification dans le chef d'un-e des membres de la famille. Nos recommandations exposées en fin de rapport tentent précisément d'apporter des pistes de modifications législatives pour sauvegarder les droits des personnes qui se trouvent dans une situation telle que celle-ci.

Ensuite, au stade de la mise en œuvre de l'éloignement, l'Art. 74/17 L1980, déjà évoqué, prévoit que :

L'éloignement est reporté temporairement si la décision de reconduite ou d'éloignement aux frontières du territoire expose le ressortissant du pays tiers à une violation du principe de non-refoulement. [...] L'éloignement peut être reporté temporairement en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Il est ainsi tenu compte : 1° de l'état physique ou mental du ressortissant d'un pays tiers ;

2° des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification.

¹⁰⁴ Les demandes peuvent être adressées par courriel à l'adresse suivante : prolongation.oqt@ibz.fgov.be.

¹⁰⁵ Myria, Note sur le rapport final de la Commission chargée de l'évaluation de la politique de retour volontaire et de l'éloignement forcé des étrangers (Commission Bossuyt), novembre 2021, https://www.myria.be/files/Note_Myria_rapport_final_Bossuyt.pdf, p. 14.

¹⁰⁶ Un refus de prolonger un ordre de quitter le territoire ne constitue pas une simple mesure d'exécution d'un ordre de quitter le territoire mais bien une décision administrative attaquant (en ce sens, CE, n° 62.494 du 10 octobre 1996 & CCE n° 191.218 du 31 août 2017)

¹⁰⁷ Une demande motivée de prolongation du délai de l'ordre de quitter le territoire comme prévu par l'article 74/14, §1, quatrième alinéa de la loi du 15 décembre 1980 implique une réponse motivée dans laquelle les circonstances propres à la situation sont adressées par le Secrétaire d'État compétent (CCE, 30 mars 2015, n° 142 327). Cfr. à titre illustratif : CCE 184329 du 24 mars 2019 où le Conseil a annulé une décision de refus de prolongation pour défaut de prise en compte des éléments médicaux étayant une impossibilité de retourner au pays (le 9ter introduit antérieurement avait fait l'objet d'un refus technique).

¹⁰⁸ CCE n° 175622 du 30 septembre 2016.

[...] Pour éviter le risque de fuite, des mesures préventives¹⁰⁹ peuvent être prises.

Peu de garanties juridiques entourent cette possibilité de report d'éloignement. L'Art. 74/17 précise que la décision est communiquée par écrit ou oralement si la personne concernée est détenue. Mais la décision de refus n'est pas systématiquement communiquée par écrit à l'étranger, ce qui complexifie l'usage du droit au recours contre cet acte administratif attaquant. Afin de sauvegarder le droit au recours, il est préférable d'adresser la demande de report de l'éloignement par courriel et/ou par recommandé au service compétent de l'OE.

Notons encore que la décision de report ne protège en rien contre la détention. L'article ne fixe, de plus, aucun délai au-delà duquel le report ne pourrait plus être effectué, permettant ainsi les décisions successives et le report potentiellement illimité de l'éloignement sans aucune conséquence juridique.

Pour conclure, les dispositions précitées, tout comme les procédures de régularisation existantes, échouent à adéquatement traiter les situations d'inéloignabilité et contribuent à accentuer les limbes juridiques, le statut de report et/ou prolongation de l'OQT étant purement déclaratoire et ne conférant aucun droit, même temporaire, de séjour.

5.4.2. Impossibilité de retour et aide sociale

Reste à aborder la possibilité pour les personnes en situation d'inéloignabilité de bénéficier de l'aide sociale au terme d'une création jurisprudentielle de l'impossibilité de retour. Cette impossibilité peut être d'ordre médical et/ou pratique.

L'article 57 §2 1° de la loi organique des CPAS exclut en principe de l'aide sociale « (l')étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume ». Mais selon la Cour constitutionnelle, cette disposition ne peut, sous peine d'être discriminatoire, s'appliquer aux étranger·es qui ont reçu un ordre de quitter le territoire mais qui, pour des raisons liées à leur état de santé, ne peuvent y donner suite.¹¹⁰ Les juridictions du travail se sont engouffrées dans la brèche et ont développé dans la jurisprudence des critères pour l'application de cette exception prétorienne. Ainsi, selon une jurisprudence majoritaire, trois critères cumulatifs doivent être pris en considération pour déterminer si un étranger en séjour irrégulier se trouve dans une situation d'impossibilité médicale absolue de retour : le degré de gravité de la situation médicale, la possibilité d'effectuer le voyage de retour et la disponibilité et accessibilité à un traitement adéquat dans le pays d'origine.¹¹¹ Selon la jurisprudence, l'impossibilité de retour est une notion autonome et plus large que ce qui paraît être le fondement de l'Art. 9ter.¹¹²

Dans le même ordre, on retrouve dans la jurisprudence des juridictions du travail une notion d'impossibilité administrative de retour en raison de l'absence de documents de voyage, l'état de guerre dans le pays d'origine, d'un moratoire sur les expulsions, ainsi que pour les apatrides

¹⁰⁹ Les « mesures préventives » évoquées sont définies à l'article 110quaterdecies de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 (signalement auprès des autorités, dépôt d'une garantie financière et/ou remise d'une copie des documents permettant d'établir leur identité). Ces mesures préventives qui constituent le « premier degré de coercition »¹⁰⁹ ne sont que très rarement mises en pratique. Le gouvernement a annoncé en mars 2023 vouloir également prévoir dans la loi des mesures préventives et des mesures moins coercitives que la détention.

¹¹⁰ CA arrêt n°80/99, 30 juin 1999. Voy également CC arrêt n° 195/2005, 21 décembre 2005 où la Cour a précisé que cette règle s'applique également aux membres de la famille d'une personnes atteinte d'un handicap lourd et ne pouvant pas recevoir des soins adéquats dans son pays d'origine.

¹¹¹ CT Bruxelles, 12 février 2015. Voy également P. HUBERT, C. MAES, J. MARTENS et K. STANGHERLIN, « la condition de nationalité ou de séjour », in *Aide Sociale – Intégration sociale : le Droit en pratique*, édit. La Chartre, 2011, p. 166-167.

¹¹² CT Bruxelles 4 juin 2014, RG 2012/AB/862.

ou les candidat·es apatrides.¹¹³ L'on notera également cette jurisprudence qui fait découler du droit à un procès équitable une impossibilité temporaire de retour duquel découle un droit de bénéficier de l'aide sociale.¹¹⁴

Ainsi, les étranger·es gravement malades¹¹⁵ qui passent entre les mailles du filet de la régularisation 9bis, 9ter ou la procédure d'apatridie peuvent toutefois compter sur le bénéfice de l'aide sociale grâce à l'application du concept de l' « impossibilité de retour ». Si la notion d'impossibilité de retour tempère la rigidité de certaines procédures, elle ne constitue toutefois pas une solution pérenne pour les personnes inéloignables. Le bénéfice de l'aide sociale n'équivaut pas à une régularisation du séjour et ne peut être obtenue qu'au terme d'une procédure judiciaire qui peut s'avérer longue et coûteuse. Notons que dans de tels cas de figure, il peut être utile d'invoquer le constat d'impossibilité médicale de retour opéré par les juridictions du travail dans le cadre de l'éventuelle procédure 9ter pendante. Si l'OE n'est pas juridiquement tenu par les conclusions des juridictions, l'OE sera néanmoins soumis à une obligation de motivation renforcée en cas de décision de rejet.

Portrait de Fiona

Vingt ans dans les limbes

Je suis née dans ce qui est maintenant le Kosovo, l'ex-Yougoslavie. Je n'ai aucune attache, même pas de nationalité. Je fais partie de la communauté rom. Entre la Serbie, la Belgique et la France, j'ai tenté de régulariser ma situation, mais en vain. J'ai essayé de rejoindre mon mari en Serbie, l'entrée m'a été refusée et on m'a renvoyée en Belgique. En 2001, j'y ai demandé l'asile. Ma demande a été refusée et je me suis retrouvée sans document de séjour valable pendant plusieurs mois. Toutes ces démarches m'ont épuisées, j'étais désespérée.

J'ai ensuite tenté de demander l'asile en France, ce qui m'a aussi été refusé. J'étais fatiguée, je ne savais plus quoi faire pour obtenir des papiers et sortir notre famille de cette situation dramatique.

En 2006, lors d'un contrôle routier en Belgique avec ma famille, la police nous a demandé de présenter nos papiers, ce qui nous était impossible.

“Les agents nous ont alors emmenés en détention avec les enfants. Enfin, dans ce qu'on appelle un centre fermé, ce qui n'est pas très différent d'une prison : dans les deux cas on te prend ta liberté”.

Le centre était situé près de Zaventem. Il n'y avait que des familles comme nous. Nous y sommes restés pendant deux longs mois. Nous n'avions le droit de sortir que quelques heures par jour et restions enfermés le reste du temps. C'était très angoissant et j'étais fort stressée. Nous avons été renvoyés en France, accompagnés d'une escorte lorsque les autorités ont découvert que nous avions demandé l'asile là-bas. Mais nous ne sommes pas restés en France, car nous avons plus d'attaches en Belgique.

¹¹³ CT Bruxelles, 13 mai 2015, R.G. 2013/AB/614

¹¹⁴ TT Bxl, 1^{er} février 2019.

¹¹⁵ Pour plus d'informations sur les procédures concrètes à mener pour les étrangers gravement malades Cfr. CARITAS INTERNATIONAL, Parole à l'exil : Quels droits mobiliser pour les étrangers gravement malades », 2016, [Quels droits encore mobiliser pour les étrangers gravement malades en Belgique ? | Caritas International Belgique](#)

Pendant près de dix ans, nous nous sommes retrouvé-es invisibilisés, sans nationalité, ni titre de séjour, alors que nos enfants étaient scolarisé-es en Belgique. Nous vivions dans la peur et n'avions accès qu'à très peu de droits.

Après toutes ces difficultés, nous avons été reconnu-es comme apatrides, puis notre avocat a pu nous obtenir une régularisation en 2020. Notre famille a enfin pu retrouver une vie normale.

6. Sortir des limbes : Recommandations

7.1 À l'attention du Gouvernement et des députés fédéraux

Move renvoie aux nombreuses propositions de modifications des procédures existantes formulées par les actrices et acteurs de la société civile¹¹⁶ à l'occasion de la consultation pour la rédaction du code de la migration (Art. 9bis, 9ter, protection internationale, regroupement familial, procédure d'apatridie, etc.).

Les présentes recommandations ont pour but de protéger toutes les personnes qui demeurent jusqu'à ce jour dans des limbes juridiques, et qui, au vu de leur situation spécifique, ne peuvent en aucun cas être détenues ni renvoyées.

Pour éviter la détention de ce groupe cible, Move recommande d'insérer dans la loi sur les étrangers/le code de la migration des dispositions spécifiques aux situations d'inéloignabilité :

Un premier article énumère des critères non-limitatifs permettant à l'Office des étrangers de conclure à l'inéloignabilité.

Une personne est inéloignable, à tout le moins dans les cas non-limitatifs suivants :

- Une clause de non-refoulement a été prise par le CGRA dans une décision de retrait de statut de réfugié ou de protection subsidiaire ;
- Dès qu'un Tribunal de la famille/cour d'appel a reconnu le statut d'apatridie (dans l'attente d'une telle décision, un droit de séjour temporaire doit être octroyé Cfr. recommandations Nansen¹¹⁷) ;
- Aucun retour forcé vers le pays de la nationalité de la personne concernée n'est organisé par l'État belge/d'autres instances;
- Les juridictions d'instructions (Chambre du conseil et Chambre des mises en accusations) ont jugé qu'il n'y a pas de perspective de retour dans un délai raisonnable ;
- L'impossibilité médicale, familiale ou administrative de retour est constatée par une juridiction du travail ;
- L'éloignement est contraire à l'article 3 CEDH en raison de son état de santé et/ou les risques encourus dans le pays d'origine; la jurisprudence

¹¹⁶ Cfr. *inter alia* : Ciré, disponible ici : <https://www.cire.be/publication/simplifier-le-droit-des-etrangers/>;

Vluchtelingenwerk Vlaanderen, disponible ici : <https://vluchtelingenwerk.be/publicatie/bevraging-migratiewetboek-inbreng-vluchtelingenwerk-vlaanderen>; Plate-forme Mineurs en exil et DEI-Belgique, disponible ici : <https://www.dei-belgique.be/index.php/blog/161-avis-la-prise-en-compte-et-l-integration-des-droits-de-l-enfant-dans-le-nouveau-code-de-la-migration.html>; Nansen, disponible ici : <https://nansen-refugee.be/2021/09/29/vers-un-code-de-la-migration-contribution-a-la-reflexion/>.

¹¹⁷ Nansen, [Contribution pour le code de la migration : Pour un statut d'apatride](#), Septembre 2021.

internationale et nationale est unanime : l'OE doit procéder à un examen du risque de violation de l'article 3 CEDH avant la délivrance d'un OQT¹¹⁸ ;

- L'éloignement est contraire à l'article 8 CEDH en raison de la situation familiale concrète de cette personne¹¹⁹.

Un second article prescrit l'interdiction de détention durant la procédure qui tend à la reconnaissance du statut d'inéloignable comme garantie minimale. En effet, une personne pour laquelle il existe des éléments sérieux de nature à démontrer son inéloignabilité ne peut jamais être placée en détention administrative. Toute personne qui a fait l'objet d'une détention par le passé ne peut pas être remis en détention à l'exception de la survenance d'un élément nouveau.

En outre, il découle de la reconnaissance d'une inéloignabilité, laquelle est démontrée par la mise en possession d'un document de séjour spécifique et l'inscription au registre des étrangers, une série de droits :

- L'accès au marché du travail est autorisé et à défaut de travail, un droit au revenu d'intégration sociale est garanti ;
- La personne a le droit à la mutuelle;
- La personne a le droit d'introduire des procédures à partir du sol belge;

Enfin, un troisième article règle la procédure. La demande est gratuite et est envoyée par courrier recommandé directement à l'Office des étrangers qui dispose d'un délai court et défini pour prendre une décision. L'absence de réponse dans ce délai équivaut à une décision de reconnaissance d'inéloignabilité. En cas de refus, un recours est ouvert devant le Conseil du contentieux des étrangers, qui, au vu des droits fondamentaux en jeu, siège en plein contentieux et est en capacité de réformer les décisions. Si l'inéloignabilité est permanente, un titre de séjour permanent est octroyé.

7.2 À l'attention du ou de la Secrétaire d'État en charge de la Migration et de son administration

Dans l'attente de la modification législative dans le sens suggéré ci-dessus, le Secrétaire d'État en charge de la migration peut d'ores et déjà mieux protéger cette catégorie de personnes étrangères en usant de son pouvoir discrétionnaire.

La Secrétaire d'État peut donner l'injonction à son administration de ne détenir en aucun cas les personnes énumérées ci-dessus de manière non limitative. Cette communication est rendue publique dans le but de renforcer la transparence et la sécurité juridique découlant du principe général de bonne administration.

L'administration devrait redonner plein effet à l'article 74/17 L1980 qui semble peu usité par les praticien·nes. Le service en charge de l'exécution de cet article au sein de l'Office des étrangers doit être renforcé. Toute personne dans une situation décrite au point 1 (ou connaissant une autre cause d'inéloignabilité) peut compléter son dossier administratif en

¹¹⁸ En ce sens, Move renvoie vers les recommandations formulées autour du nécessaire screening de vulnérabilité à l'occasion du Rapport « Vulnérabilité en détention » réalisé par les membres de Move en 2020 et par le JRS en 2023, l'avis de Move sur la Loi Salduz plaidant en faveur de la présence d'un avocat lors de l'arrestation ainsi que l'avis de Move sur le Code Migration. Enfin, les recommandations de Myria formulées à l'occasion de leurs analyses du rapport Bossuyt doivent également être mise en œuvre.

¹¹⁹ Les raisonnements ci-dessus pour l'article 3 CEDH peuvent être transposés en grande partie pour la détection et la protection d'une violation potentielle de l'article 8 CEDH.

indiquant faire partie d'un cas d'inéloignabilité précis. L'exécution de l'ordre de quitter le territoire est suspendu et partant, toute détention strictement interdite. L'Office des étrangers en informe le/la demandeur·euse par écrit et tant la décision que le dossier administratif précise très clairement cette interdiction de détention.