



Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique



Droit de vivre en famille sous pression

MyriaDoc 8

Décembre 2018

Glossaire	4
PARTIE 1 : Chiffres.....	7
PARTIE 2 : Évolutions récentes	17
1. Au niveau européen	17
1.1. Actualités	17
1.2. Jurisprudence	19
2. Au niveau belge	22
2.1. Actualités	22
Encadré 1 : Nouvelle loi asile : nouveautés en matière de détention et d'éloignement des étrangers	25
Encadré 2 : L'obligation d'examiner le risque de mauvais traitement avant tout éloignement.....	31
2.2. Jurisprudence	31
FOCUS : La détention et la protection de la vie familiale	36
1. Entre prérogative de l'État à contrôler l'immigration et le droit des individus à la protection de leur vie familiale	36
2. Vie familiale dans les centres fermés	38
2.1. Visites familiales et visites intimes	38
2.2. La détention des couples et membres de famille majeurs	39
2.3. La détention des familles avec enfants mineurs	39
3. Détention, éloignement et grossesse	45
3.1. Dispositions juridiques concernant la femme enceinte et ses conditions de détention	45
3.2. La jurisprudence sur l'impossibilité médicale de retour et les recommandations de la Commission Vermeersch.....	47
4. L'établissement du lien familial en détention : le cas de la reconnaissance paternelle	48
4.1. La nouvelle loi sur les reconnaissances frauduleuses – explications générales	48
4.2. Les droits protecteurs de l'enfant en lien avec la reconnaissance paternelle.....	49
4.3. Conséquence de la nouvelle loi sur les reconnaissances frauduleuses pour les personnes en détention	51
4.4. Documents et longueur de la procédure : risque d'éloignement avant la décision de la commune et un recours éventuel	53
4.5. Obstacles pratiques et juridiques après l'éloignement du père ou de la mère avec l'enfant	53
5. Introduire une demande de regroupement familial en détention ? Théorie et pratique.....	56
5.1. Lien familial et séjour.....	56
5.2. Obstacles juridiques et pratiques à l'introduction de la demande de regroupement familial en centre fermé	58
5.3. Défi : remboursement des frais de rapatriement et de détention exigé.....	63
5.4. Vie familiale et ordre public.....	64
Positions et recommandations.....	68

Glossaire

AIG	Inspection générale de la police fédérale et de la police locale
BNG	Banque Nationale Générale (données de la police)
CCE	Conseil du contentieux des étrangers
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CGRA	Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
IE	Interdiction d'entrée
OE	Office des étrangers
OIM	Organisation Internationale pour les Migrations
ONG	Organisation non gouvernementale
OQT	Ordre de quitter le territoire
REM	Réseau européen des migrations
SIS	Système d'information Schengen
UE	Union européenne
VIS	Système d'information sur les visas

Introduction

La vie de famille, pierre d'achoppement d'un équilibre tangent

Le 1^{er} août 2018 était publié au Moniteur belge un arrêté royal organisant la détention de familles avec enfants mineurs dans des unités familiales spécialement construites à cette fin. Entrait ainsi en vigueur l'un des projets les plus controversés du gouvernement fédéral : mettre fin à la pratique de non détention des familles avec enfants en centre fermé, en vigueur depuis 2008 (sauf quelques exceptions). Motif allégué : les « maisons de retour », principale alternative imaginée depuis une dizaine d'années, ne fonctionneraient pas, puisqu'un tiers environ des familles qui y séjournent, environ, en fuient. Une vision purement arithmétique qui ne tient pas compte des difficultés dans lesquelles se trouvent des familles devant laisser toute une partie de leur vie en Belgique. Si on exclut les familles libérées, la moitié des familles devant faire l'objet d'un éloignement forcé depuis une maison de retour l'a finalement été. Et il conviendrait plutôt d'investir davantage dans ces alternatives. Comme de nombreux autres acteurs, Myria a plaidé pour une interdiction de principe de la détention de familles avec enfants mineurs, et pour que les alternatives soient davantage étudiées.

Certes, jamais la Cour européenne des droits de l'homme n'a condamné le principe de la détention d'enfants en tant que telle ; elle est envisageable si, notamment, les conditions sont « adaptées » et que l'enfermement est aussi bref que possible. Mais la simple énonciation de ces limites fait comprendre l'ampleur du dilemme que doivent affronter, en la matière, des démocraties désireuses de combiner le respect de leurs frontières avec celui des droits fondamentaux : la détention d'enfants ne constitue-t-elle pas un traitement inhumain ou dégradant, est-elle conforme au droit à la liberté et à la sûreté et par nature compatible avec la protection de la vie familiale ? Sur les questions liées à la détention et l'éloignement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme prône un juste équilibre entre l'intérêt des personnes de mener une vie familiale et le droit des États de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux. Un équilibre qui doit se faire sur la base d'un examen de la proportionnalité car le droit au respect de la vie privée (article 8 de la CEDH) n'a pas (contrairement au désormais célèbre article 3) un caractère absolu. De quoi mener à de nombreux paradoxes, puisque se retrouvent détenues en centre fermé et/ou éloignées nombre de personnes ayant développé des liens familiaux en Belgique.

Dans le cadre de son travail sur la détention, le retour et l'éloignement d'étrangers, Myria est régulièrement confronté à des situations qui mettent en avant des problématiques familiales en centre fermé. C'est pourquoi nous consacrons le focus de ce Myriadoc à l'analyse du respect du droit à la protection de la vie familiale des personnes en détention, en pointant quelques situations particulières. Les aspects sélectionnés l'ont été en fonction des problématiques rencontrées dans le cadre des permanences juridiques mais aussi sur la base d'interpellations de nos partenaires. Nous abordons successivement certains aspects de la vie familiale en détention : la vie familiale dans les centres fermés, les questions liées à la détention et l'éloignement d'une femme enceinte, la procédure permettant d'établir un lien de filiation en détention, l'introduction d'une demande de regroupement familial en détention, le remboursement des frais de rapatriement et de détention ainsi que le droit de vivre en famille, la vie familiale et l'ordre public. Comme toujours, désormais, nous illustrons ces problématiques, lorsque cela est possible, à l'aide de situations individuelles rencontrées.

Notre Myriadoc « Retour, détention et éloignement » est aussi l'occasion de mettre à jour les informations relatives aux droits et aux chiffres. Nous avons tenté d'être aussi bref et schématique que possible en vue de faciliter la lecture et la compréhension des chiffres ; le lecteur qui souhaite davantage d'informations sur les définitions et concepts utilisés pourra se référer au Myriadoc de l'année dernière, plus exhaustif.

Entre 2015 et 2017, on note une forte hausse du nombre d'arrestations administratives d'étrangers (+27%). Il paraît important de relever, dans le contexte actuel, qu'en 2017, 30% de ces arrestations se sont opérées dans le cadre d'une migration de transit, témoignant d'une nette augmentation (cela représentait 16% en 2015). Ceci reflète l'importance qu'a pris la lutte contre la migration de transit dans les opérations de contrôle par la police, ce qui se reflète aussi dans l'analyse des nationalités. On relève ainsi une forte hausse du nombre d'arrestations d'Erythréens et de Soudanais (multiplication par 4 entre 2016 et 2017). Cette réalité se traduit dans les chiffres des rapatriements. Les rapatriements de Soudanais (vers le pays d'origine, mais aussi – et surtout - vers des pays de l'UE en exécution du règlement Dublin et d'accords bilatéraux) sont passés de 7 en 2016 à 138 en 2017, tandis que ceux d'Erythréens sont passés de 18 en 2016 à 96 en 2017.

S'agissant des détentions, on notera notamment une hausse de 13% du nombre de premières détentions en centre fermé entre 2016 et 2017. On relève aussi une hausse de la proportion de personnes détenues en centre fermé après avoir été refoulées à la frontière, même si les personnes en centre fermé restent toutefois majoritairement des personnes en séjour irrégulier sur le territoire. Enfin, s'agissant des retours, les chiffres sont contrastés. On note une nette augmentation des refoulements, une diminution des retours volontaires assistés, et une très légère diminution des rapatriements (tant pour les rapatriements vers le pays d'origine que pour les transferts Dublin et les reprises bilatérales). Les principales nationalités des personnes rapatriées en 2017 sont les Albanais, les Marocains et les Roumains.

Notons encore, au registre des nouveautés, que nous présentons cette année les chiffres des contrôles réalisés par l'AIG sur les retours forcés entre 2013 et 2017. Cela permet de montrer une diminution de 41% entre 2013 et 2017 du nombre de contrôles d'éloignement effectués par l'AIG auprès de la police aéroportuaire de Zaventem. En 2017, 92 contrôles y ont été effectués pour 7.901 tentatives d'éloignement réalisées depuis cet aéroport. Nous présentons aussi les chiffres des contrôles pour les retours forcés réalisés depuis l'aéroport de Charleroi, les ports et la gare de Bruxelles-Midi. Cette année, nous ne présentons pas les chiffres sur le coût des éloignements, ne les ayant pas reçus malgré nos demandes répétées auprès du cabinet du Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration.

Le point cardinal de ce Myriadoc est, sans surprise, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui nous semble particulièrement en péril dans les affaires liées à des contestations de filiation, auxquelles l'enfant est – sans mauvais jeu de mots – totalement étranger. Nous rappelons une série de recommandations antérieures, portant par exemple sur la suppression de l'exigence disproportionnée de fournir des documents au préalable à toute reconnaissance du lien de filiation. Nous prônons aussi une protection supplémentaire des parents contre l'éloignement pendant la procédure d'établissement de la filiation.

La préservation du droit de la famille, et à travers lui, de l'intérêt supérieur de l'enfant, est un test important pour toute démocratie. C'est la ligne sur laquelle les arbitrages sont sans aucun doute les plus difficiles. S'il ne devait rester qu'une ligne sur laquelle ne pas transiger, ce serait celle-ci.

François De Smet

Directeur

PARTIE 1 : Chiffres

1. Les décisions de retour



Une décision de retour peut être délivrée à un étranger lorsque :

- celui-ci se voit délivrer un refus dans le cadre d'une procédure pour obtenir ou prolonger un titre de séjour (demande d'asile, régularisation, regroupement familial, etc.) ;
- lorsque l'étranger qui réside légalement sur le territoire n'entre plus dans les conditions de son séjour ;
- lorsqu'un étranger en situation irrégulière sur le territoire belge se fait arrêter.

▶ Voir : 2. Les arrestations administratives et leurs suites

Les décisions de retour ne mènent pas forcément à un départ effectif du territoire belge car l'étranger peut, par exemple, régulariser sa situation et obtenir un nouveau titre de séjour ou ne pas obtempérer.

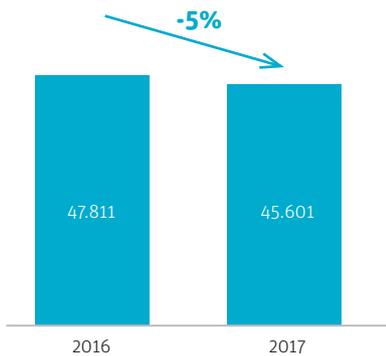
Les décisions de retour regroupent différentes catégories :

Type de décision de retour	2017
OQT	44.970
Ordres de reconduire (mineurs)	544
Arrêtés royaux d'expulsion	17
Arrêtés ministériels de renvoi	70
Total	45.601

Ces deux dernières catégories ont été abrogées en cours d'année 2017 par la loi du 24 février 2017 (loi « ordre public »). Les décisions de refoulement à la frontière ne sont pas comprises dans les décisions de retour.

Parmi ces décisions, figurent tous les OQT délivrés en 2017 que ce soient les premiers délivrés à une personne ou les suivants, sans distinction entre ceux qui ont été mis en œuvre ou qui auraient fait l'objet d'un retrait ou d'une annulation.

Légère baisse du nombre de décisions de retour délivrées



En 2017 :

- **45.601 décisions de retour** ont été délivrées, soit 5% de moins qu'en 2016.
- Ces 45.601 décisions de retour concernaient **38.441** personnes dont **26.050** personnes pour lesquelles il s'agissait d'une première décision de retour.
- **42%** de ces décisions de retour correspondent à des OQT délivrés après une arrestation administrative (avec ou sans décision de maintien).
- **11%** des décisions de retour ont été délivrées à des citoyens de l'UE. Ceux-ci ne se voient en principe délivrer un OQT qu'en cas de trouble à l'ordre public ou, depuis juillet 2016, en cas de fraude.

Nombre de décisions de retour délivrées selon la nationalité		Nombre de personnes ayant reçu une décision de retour selon la nationalité		Nombre de personnes ayant reçu une première décision de retour selon la nationalité	
Maroc	5.965	Maroc	4.919	Maroc	3.037
Algérie	2.771	Algérie	2.141	Érythrée	1.155
Érythrée	1.952	Irak	2.261	Algérie	1.237
Irak	2.624	Afghanistan	1.999	Afghanistan	1.669
Afghanistan	2.213	Érythrée	1.227	Irak	1.686
Albanie	1.710	Albanie	1.525	Albanie	1.138
Roumanie	1.431	Roumanie	1.367	Roumanie	1.164
RD Congo	1.438	RD Congo	1.240	Syrie	707
Syrie	1.121	Syrie	852	Brésil	495
Tunisie	889	Brésil	732	Géorgie	352
Autres	23.487	Autres	20.178	Autres	13.410
Total	45.601	Total	38.441	Total	26.050
Total UE	4.805	UE	4.538	UE	3.930
Total Non-UE	40.796	Non-UE	33.903	Non-UE	22.120

- Plusieurs décisions de retour peuvent être délivrées à une même personne au cours d'une même année.
- Une décision de retour peut concerner plusieurs personnes (mineurs accompagnés).

Interdictions d'entrée

Une décision de retour peut être accompagnée d'une interdiction d'entrée qui interdit, pour une durée déterminée, l'entrée et le séjour sur le territoire belge ou sur le territoire de l'ensemble des États de l'UE.

En 2017 :

- **2.368** interdictions d'entrée ont été délivrées par la Belgique (données extraites de la Banque nationale générale (BNG)).
- Parmi celles-ci, **1.746** interdictions d'entrée ont été enregistrées par la Belgique dans le Système d'information Schengen (SIS II) : 74% étaient d'une durée de 2 à 4 ans, 22% de 5 à 9 ans et 5% de 10 ans et plus.
- On note une **diminution** de moitié du nombre d'interdictions d'entrée enregistrées par la Belgique dans le SIS II depuis 2015 (3.398 en 2015, 2.252 en 2016).

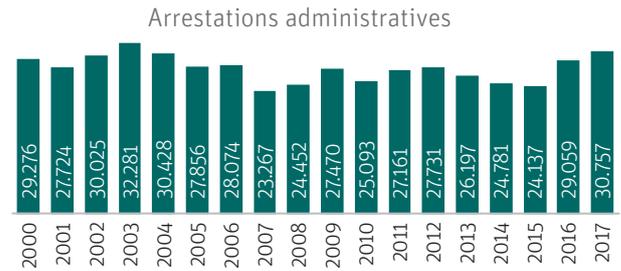
Note : Par facilité de langage, la suite de ce rapport utilisera le terme « OQT » pour l'ensemble des décisions de retour. Pour la définition des concepts présentés dans cette partie « Chiffres », veuillez vous référer au Myriadoc #5 Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique (2017). Un retour, à quel prix?, disponible sur : www.myria.be.

2. Les arrestations administratives et leurs suites

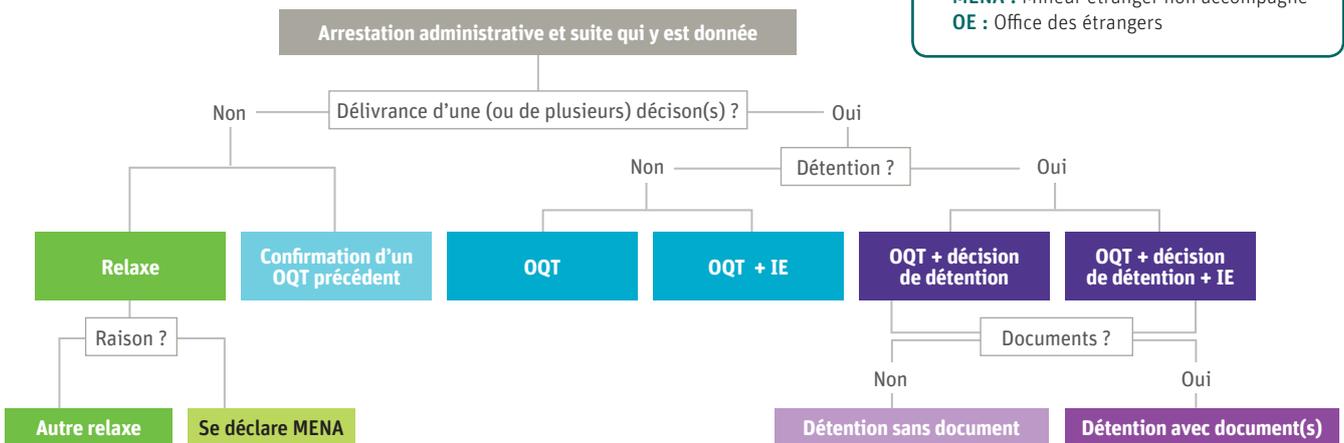
Ces données sur les **arrestations administratives** correspondent au nombre de fois où l'OE est sollicité par la police suite à une arrestation administrative (les arrestations dans le cadre d'une infraction pénale ne sont pas reprises). Une arrestation administrative peut avoir lieu suite à un contrôle d'identité ou être ordonnée par l'OE à la police lorsqu'un étranger n'a pas respecté le délai prévu pour quitter le pays de manière volontaire (procédure Sefor).

En 2017 :

- L'OE a pris **30.757** décisions suite à une arrestation administrative d'étrangers par la police.
- Ce nombre est en **augmentation** depuis 2015 (+27%).



OQT : Ordre de quitter le territoire
IE : Interdiction d'entrée
MENA : Mineur étranger non accompagné
OE : Office des étrangers



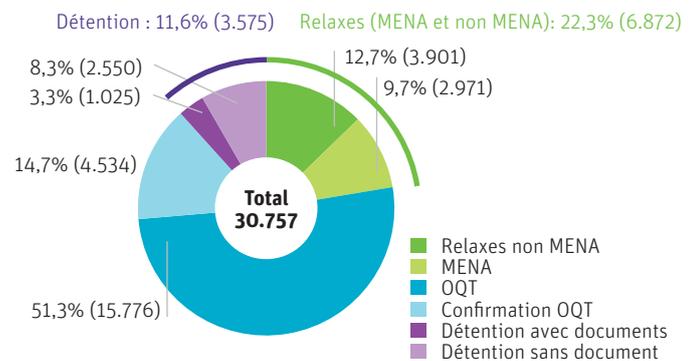
Suite à l'arrestation de l'étranger, la police envoie un rapport administratif à l'OE. Sur base de ce rapport, l'OE peut décider de délivrer une ou plusieurs décisions ou de laisser disposer la personne arrêtée (**Relaxe**). C'est le cas par exemple des personnes pour lesquelles une procédure est en cours d'examen ou celui des personnes se déclarant **MENA** qui seront relaxées après un signalement au Service des Tutelles.

OQT : La personne arrêtée ne fait pas encore (ou plus) l'objet d'un OQT, ou fait déjà l'objet d'un OQT mais de nouveaux éléments justifient la délivrance d'un nouvel OQT. L'OQT peut s'accompagner ou non d'une interdiction d'entrée.

Confirmation d'un OQT : La personne arrêtée fait l'objet d'au moins un OQT non exécuté dont le délai d'exécution est dépassé, qui a été délivré moins d'un an auparavant, et depuis lequel aucun nouvel élément n'est constaté. Cette confirmation se fait par la délivrance d'une lettre qui rappelle à l'étranger arrêté l'OQT dont il fait l'objet. Selon l'OE, il ne s'agit pas là, ni d'un OQT, ni d'une décision administrative pouvant faire l'objet d'un recours.

Détention : Lorsque l'étranger arrêté se voit placé en détention, il reçoit un OQT (avec ou non une IE) accompagné d'une décision de maintien. On parlera de **détention avec document(s)** quand la personne dispose des documents nécessaires pour retourner dans son pays d'origine (ou dans un pays tiers) et de **détention sans document** quand elle n'en dispose pas. C'est la loi nationale du pays d'origine de l'intéressé ou l'existence d'un éventuel accord avec la Belgique qui détermine avec quel document un étranger pourra être éloigné (passport, laissez-passer,...).

Suites des arrestations administratives en 2017



En 2017 :

- Plus de la moitié des 30.757 arrestations administratives se sont soldées par la délivrance d'un OQT (51,3%) et 14,7% par la confirmation d'un OQT.
- 22,3% ont mené à une relaxe : 12,7% car le dossier de la personne arrêtée est en cours d'examen et 9,7% car elle se déclarait MENA.
- 11,6% se sont soldées par des mises en détention : 8,3% de détention sans document et 3,3% de détention avec documents.

Entre 2016 et 2017, les proportions des suites données aux arrestations sont restées relativement stables, sauf dans le cas de la délivrance d'OQT qui a diminué (55% en 2016 pour 51,3% en 2017) et de celle de la confirmation d'OQT qui a augmenté (12% en 2016 pour 14,7% en 2017).

La nationalité, mais aussi le profil et la situation de la personne arrêtée, sont centraux dans le choix de la suite qui sera donnée par l'OE à l'arrestation.

- Le choix de placer un étranger en détention dépend de différents facteurs : l'application des critères légaux permettant de détenir un étranger, la disponibilité d'une place en centre fermé ou en maison de retour, la possession de documents d'identité ou de voyage, ...
- La détention de certaines nationalités constitue parfois une priorité stratégique, par exemple en cas d'organisation d'un vol sécurisé vers un pays. De plus, un équilibre est recherché entre les différentes nationalités au sein des centres fermés.

En 2017 :

- On note des évolutions différentes du nombre d'arrestations administratives selon la nationalité. Entre 2016 et 2017, alors que le total, toutes nationalités confondues, a légèrement augmenté ($x 1,1$), on note que **le nombre d'arrestations administratives d'Érythréens et de Soudanais a quadruplé** tandis que celui des Syriens a diminué de moitié. Dans le cas des Érythréens et des Soudanais, la tendance à la hausse se note déjà en 2015 ($x 17$ entre 2015 et 2017 pour les Érythréens et $x 21$ pour les Soudanais).

10% des arrestations administratives mènent à un signalement de MENA

2.971 des 30.757 arrestations administratives en 2017 ont mené à un signalement de personne se déclarant MENA au Service des Tutelles. Certaines nationalités présentent une proportion plus élevée de personnes se déclarant MENA à la suite de ces arrestations. C'est le cas, par exemple, des Serbes (37%), des Érythréens (19%), des Soudanais (17%), des Libyens (16%) et des Afghans (15%).

Principales nationalités arrêtées administrativement en 2017 selon les suites données à l'arrestation et évolution 2016-2017 du nombre d'arrestations

Nationalité	Nombre d'arrestations administratives			Suites données aux arrestations administratives en 2017				
	2016	2017	Évolution 2016-2017	Relaxes non MENA	Relaxes MENA	OQT	Confirmation OQT	Détention
Maroc	4.034	4.702	↗ x 1,2	6%	6%	63%	17%	7%
Érythrée	826	3.355	↗ x 4,1	19%	53%	22%		
Algérie	2.917	3.274	↗ x 1,1	10%	61%	23%		
Soudan	560	2.323	↗ x 4,1	17%	52%	20%	9%	
Irak	2.009	1.613	↘ x 0,8	6%	13%	69%	8%	
Roumanie	1.488	1.472	x 1,0		67%	8%	21%	
Syrie	2.379	1.283	↘ x 0,5	11%	9%	55%	22%	
Tunisie	870	959	↗ x 1,1	6%		61%	26%	5%
Albanie	679	854	↗ x 1,3	14%		26%	5%	51%
Libye	316	657	↗ x 2,1	16%		55%	22%	
Inde	773	589	↘ x 0,8			68%	12%	12%
Afghanistan	1.031	588	↘ x 0,6	21%	15%	33%		28%
Serbie	482	473	x 1,0	11%	37%	26%		22%
Indéterminé	321	386	↗ x 1,2	11%	17%	57%		11%
Pologne	375	374	x 1,0		45%	37%		13%
Brésil	286	370	↗ x 1,3	7%		53%	6%	34%
Nigeria	362	366	x 1,0	14%		46%		36%
Pakistan	487	356	↘ x 0,7	12%		46%		37%
Iran	2.516	309	↘ x 0,1	8%	5%	73%	7%	6%
Géorgie	163	293	↗ x 1,8		41%	26%		31%
Autres	6.185	6.161	x 1,0	21%	6%	43%	10%	21%
Total	29.059	30.757	↗ x 1,1	13%	10%	51%	15%	12%

Notons qu'il s'agit de la nationalité déclarée au moment de l'arrestation, mais il se peut qu'elle ait été corrigée par la suite par les services de l'OE.

- On observe également que les Roumains, les Polonais et les Géorgiens ont été davantage relaxés que les autres nationalités. Les Albanais, les Pakistanais et les Nigériens ont quant à eux été plus régulièrement détenus que la moyenne.

30% d'arrestations dans le cadre des migrations de transit

Certaines de ces arrestations se font dans le cadre de la lutte contre les migrations de transit sur le territoire belge. En 2017 :

- Sur les 30.757 arrestations administratives, **9.347** ont été réalisées dans le cadre d'une migration de **transit**, soit 30% du total des arrestations administratives.
- Ce pourcentage a légèrement diminué par rapport à l'année précédente puisqu'il était de 34% en 2016. Cependant, 2016 a présenté une forte augmentation du nombre d'arrestations administratives dans le cadre du transit. Cette proportion était nettement inférieure précédemment (16% en 2015).

➡ Voir Myria, Rapport annuel d'évaluation 2018 Traite et Trafic des êtres humains, pp. 153-156.

- Certaines nationalités, comme les Érythréens (85%), les Irakiens (81%) et les Soudanais (76%) présentent une proportion d'arrestations dans le cadre d'une migration de transit fortement supérieure à la moyenne.

Nationalité	Arrestations dans le cadre du transit	Total des arrestations	% transit
Érythrée	2.847	3.355	85%
Soudan	1.770	2.323	76%
Irak	1.305	1.613	81%
Syrie	789	1.283	61%
Afghanistan	367	588	62%
Inde	333	589	57%
Libye	303	657	46%
Algérie	270	3.274	8%
Maroc	237	4.702	5%
Iran	234	309	76%
Autres	892	12.064	7%
Total	9.347	30.757	30%

Note: Une même personne peut être arrêtée plusieurs fois la même année.

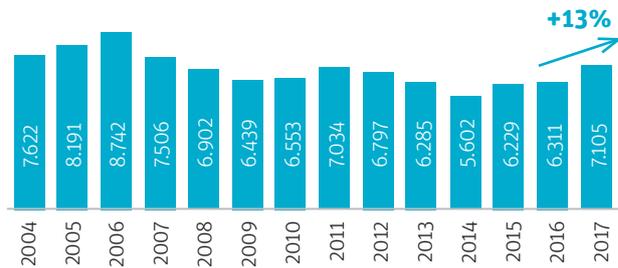
3. La détention et ses alternatives

Les centres fermés

En 2017 :

- **7.105 personnes ont été détenues** pour la première fois en centre fermé (soit une augmentation de 13% par rapport à 2016).
- La capacité des centres fermés était de **609 places** fin 2017 (583 places fin 2016).
- La durée moyenne de détention était de **34,6 jours**.
- 1/5^{ème} des détenus en centre fermé étaient des femmes.
- 16 familles avec enfant(s) mineur(s) ont passé une nuit en centre fermé (31 enfants et 25 adultes) lors d'un transfert depuis/vers une maison de retour.

Premières détentions en centre fermé



► Pour des chiffres sur les unités familiales ouvertes en 2018 au Centre 127 bis, voir : Focus.

Top 20 des nationalités des personnes détenues en centre fermé en 2017

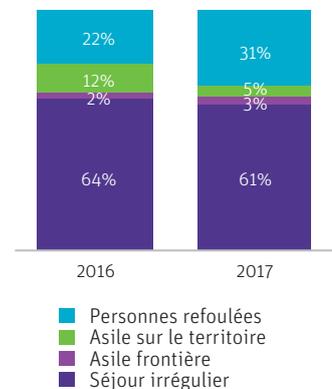
Nationalité	Nombre	%
1 Albanie	835	12%
2 Maroc	226	3%
3 Afghanistan	225	3%
4 Soudan	217	3%
5 Algérie	213	3%
6 RD Congo	190	3%
7 Turquie	184	3%
8 Pakistan	175	2%
9 Serbie	174	2%
10 Guinée	164	2%
11 Moldavie	157	2%
12 Géorgie	150	2%
13 Brésil	146	2%
14 Érythrée	146	2%
15 Nigeria	139	2%
16 Russie	138	2%
17 Macédoine	135	2%
18 Ukraine	116	2%
19 Roumanie	111	2%
20 Cameroun	106	1%

En 2017, les **Albanais** représentaient 12% des personnes détenues en centre fermé. Ils devançaient les **Marocains** et les **Afghans**. Entre 2016 et 2017, on note une diminution de moitié du nombre de Marocains et d'Afghans détenus en centre fermé, ainsi que l'entrée des **Soudanais** dans le top 10, qui se placent en 4^{ème} position en 2017.

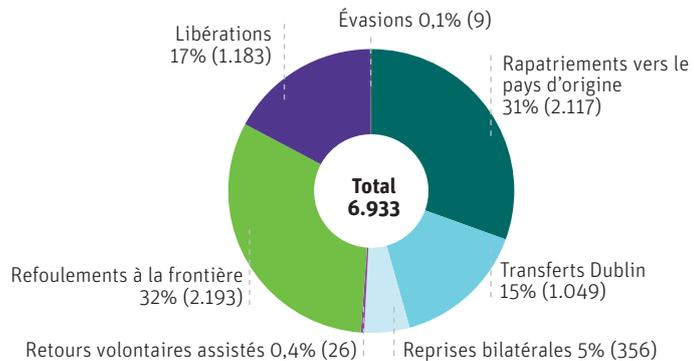
En 2017 :

- 61% des personnes inscrites en centre fermé étaient en séjour irrégulier sur le territoire, 31% avaient fait l'objet d'une décision de refoulement, 5% avaient fait une demande d'asile sur le territoire et 3% une demande d'asile à la frontière.
- Entre 2016 et 2017, on note une forte augmentation de la proportion de personnes refoulées et une diminution de moitié de personnes ayant demandé l'asile sur le territoire.

Type d'inscriptions dans les centres fermés en 2017



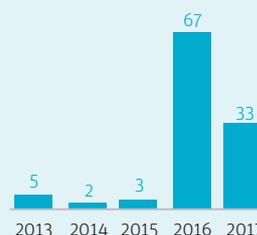
Départs depuis les centres fermés en 2017



Sur les **6.933** départs depuis un centre fermé : 31% étaient des rapatriements vers le pays d'origine, 15% des transferts Dublin, 5% des reprises bilatérales, 32% des refoulements, 17% des libérations et 0,1% des évasions.

La mise à disposition du gouvernement

La mise à disposition du gouvernement permet de placer en détention un demandeur d'une protection internationale sur le territoire ou un demandeur d'une protection internationale débouté dans « des circonstances exceptionnellement graves » en lien avec l'ordre public. La nouvelle loi entrée en vigueur en mars 2018 supprime cette notion légale. ► Voir : Évolutions récentes.



Après une très forte augmentation entre 2015 et 2016, le nombre de mises à disposition du gouvernement a diminué de moitié entre 2016 et 2017.

Plaintes auprès de la Commission des plaintes

- En 2017, **23 plaintes** ont été introduites auprès de la Commission des plaintes (pour 19 en 2016). 13 ont été jugées recevables et 10 irrecevables. Parmi les 13 plaintes jugées recevables, 2 ont été jugées non fondées, 2 partiellement fondées, 3 ont été clôturées après arrangement à l'amiable et 6 ont été rejetées car il n'y avait plus d'intérêt légitime.
- Les 23 plaintes portaient principalement sur le personnel (6), les soins médicaux (4) et le transport (4).

- 10 concernaient des personnes détenues à Merksplas, 4 à Vottem, 4 au Caricole, 3 au Centre 127 bis et 2 à Bruges.

Plaintes auprès du directeur du centre fermé

- Cette procédure existe depuis 2014, mais ces plaintes ne sont toujours pas enregistrées de manière uniforme dans les différents centres fermés. Il n'est donc pas possible de présenter des chiffres fiables et reflétant la réalité, ce que Myria déplore.

La résidence à domicile

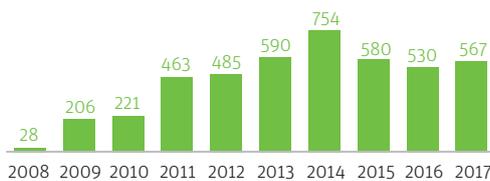
La résidence à domicile est une alternative à la détention mise en place en 2014 afin de permettre aux familles en séjour irrégulier de résider, sous certaines conditions, dans leur habitation personnelle. Elles doivent à cette fin signer une convention qui en prévoit les conditions et les sanctions en cas de non-respect.

En 2017 :

- **118 familles** convoquées dans le cadre d'une résidence à domicile.
- **15 familles** ont signé la convention en vue de leur accompagnement. Parmi lesquelles 2 familles ont finalement été éloignées après un maintien en maison de retour. Nous n'avons pas d'information sur ce qui est advenu des autres familles.

Les maisons de retour

Personnes maintenues en maison de retour



Maison de retour : alternative à la détention pour les familles avec enfant(s) mineur(s) en séjour irrégulier qui font l'objet d'une décision d'éloignement ou qui ont été refoulées à la frontière.

En 2017 :

- **567 personnes** ont été maintenues en maison de retour.
- Les principales nationalités des personnes maintenues en maison de retour étaient les Turcs, les Albanais et les Russes.
- Il s'agit de **171 familles** dont **327 enfants** et **240 adultes**.
- Parmi ces 171 familles, 88 ont été arrêtées à la frontière, 74 sur le territoire et 9 sont des cas Dublin.
- **27 unités** d'habitation étaient disponibles au 31/12/2017 (auxquelles s'ajoutent 2 unités qui étaient en travaux à cette date).

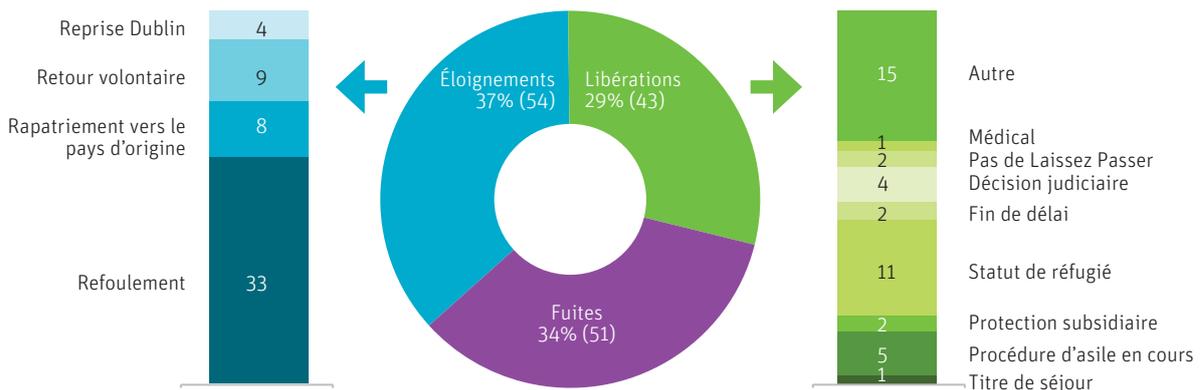
Principales nationalités des personnes (enfants + adultes) entrées en maison de retour en 2017

Nationalité	Nombre	%
Turquie	63	11%
Albanie	45	8%
Russie	45	8%
Serbie	44	8%
Arménie	42	7%
RD Congo	33	6%
Kosovo	33	6%
Maroc	22	4%
Syrie	22	4%
Angola	17	3%
Vénézuéla	17	3%
Autres	184	32%
Total	567	100%

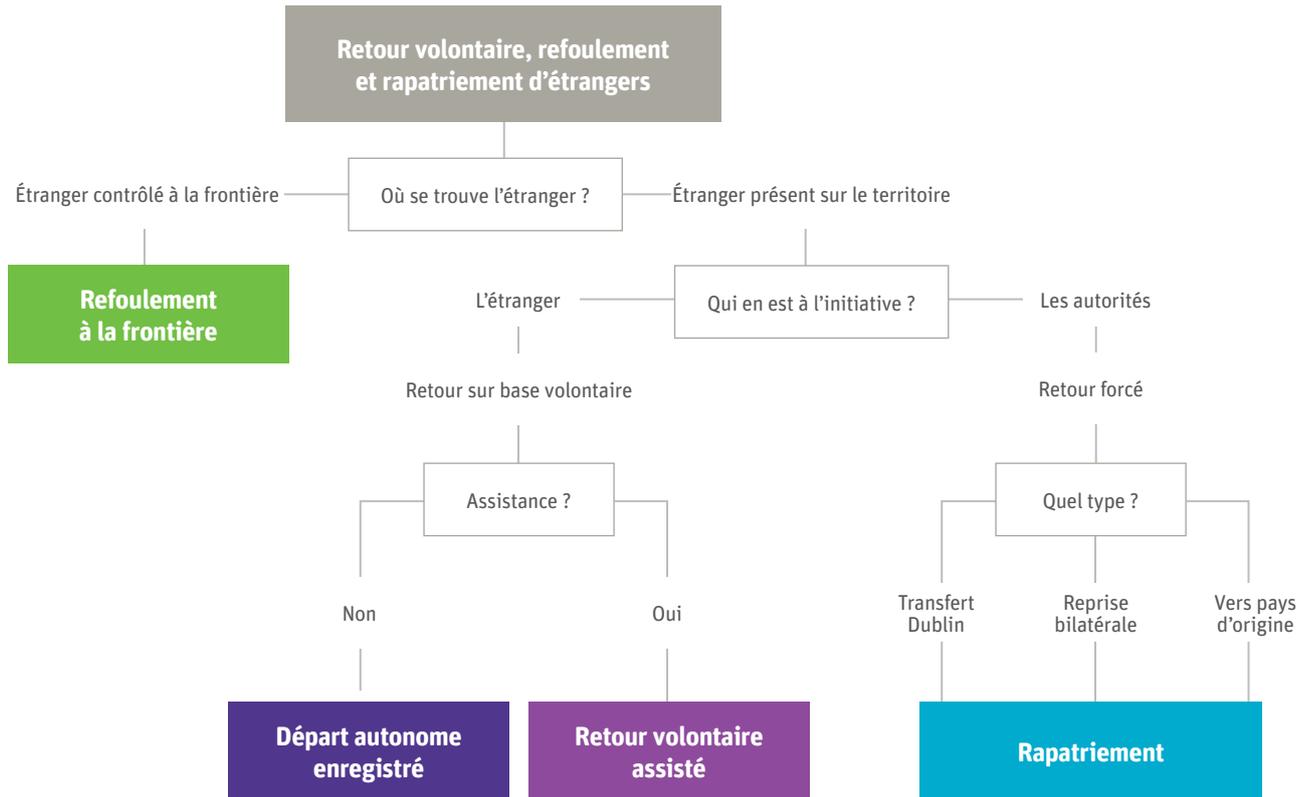
En 2017 :

- **148 familles** ont quitté une maison de retour.
- Parmi elles, 37% ont été éloignées, 34% se sont enfouies et 29% ont été libérées.
- Sur les 51 familles qui se sont enfouies d'une maison de retour, 33 avaient été arrêtées sur le territoire, 14 à la frontière et 4 étaient des cas Dublin.

Familles sorties de maisons de retour en 2017 par type de sortie

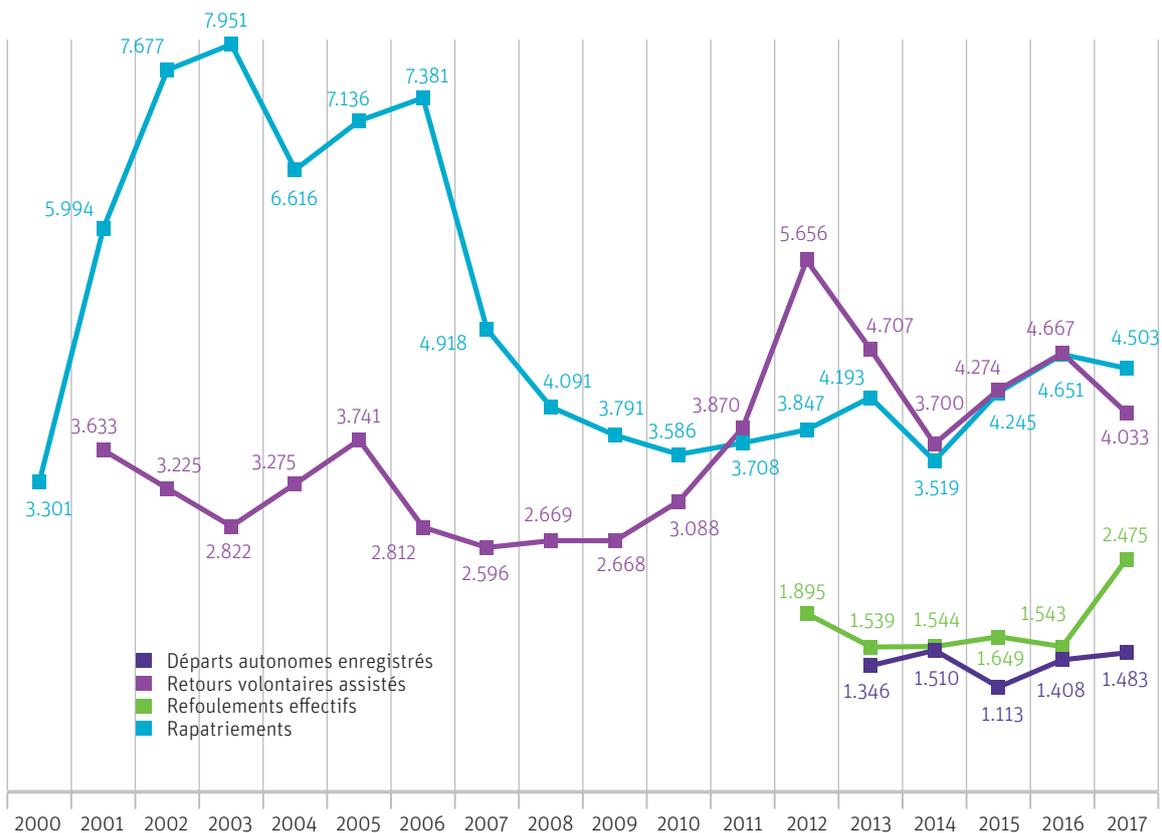


4. Les retours



Entre 2016 et 2017, on observe :

- une nette augmentation des **refoulements** ;
- une diminution des **retours volontaires assistés** ;
- une très légère diminution des **rapatriements** ;
- une légère augmentation des **départs autonomes enregistrés**.



Les départs autonomes enregistrés

1.483 départs autonomes enregistrés en 2017

En 2017, 1.483 étrangers ont fait savoir aux autorités belges qu'ils avaient quitté le territoire de manière volontaire et non assistée. La grande majorité de ces départs sont

enregistrés à l'aéroport de Zaventem, mais il arrive aussi, par exemple, que l'étranger informe l'ambassade belge une fois de retour dans son pays d'origine.

Les retours volontaires assistés

Les **retours volontaires assistés** concernent des étrangers qui décident de quitter le territoire ET souhaitent bénéficier pour ce faire d'une assistance. L'assistance au retour prévoit une aide dans les démarches pour obtenir les documents nécessaires au voyage et le remboursement des frais ainsi que le paiement du billet d'avion. Sous certaines conditions, ces retours peuvent être organisés depuis un centre fermé ou une maison de retour. Ils peuvent aussi concerner les demandeurs de protection internationale en procédure ou déboutés.

Plusieurs institutions interviennent dans l'organisation des retours volontaires assistés : Fedasil, l'OIM et l'OE.

En 2017, d'après les données de l'OE qui reprennent les données des trois institutions, il y a eu :

- un total de **4.033 retours volontaires assistés**.
- Parmi ceux-ci, 3.670 ont été réalisés via l'OIM et 363 via l'OE et Fedasil.
- On observe une diminution des retours volontaires assistés entre 2016 et 2017 (-14%).
- 26 retours volontaires ont eu lieu depuis un centre fermé et 9 depuis une maison de retour.



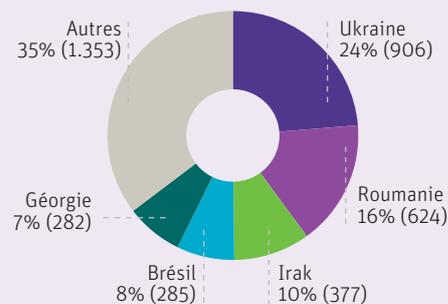
Une **place ouverte de retour** accueille pendant une durée déterminée un demandeur de protection internationale débouté de sa procédure ou un candidat au retour volontaire qui attend son départ.

Les **places Dublin** sont quant à elles destinées aux demandeurs de protection internationale qui font l'objet d'un OQT dans le cadre d'une procédure Dublin (Annexe 26 quater), à l'exception des MENA. Ces places se situent dans des centres d'accueil pour demandeurs d'asile.

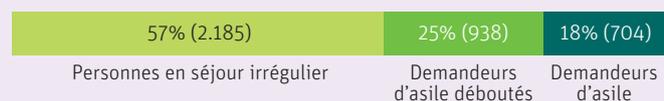
Données de Fedasil sur les retours volontaires

Fedasil publie des données avec davantage de détails que celles de l'OE, mais celles-ci ne reprennent pas les transferts assistés dans le cadre du règlement Dublin ou d'accords bilatéraux. Le total des retours volontaires en 2017 est de 3.827 pour les données Fedasil alors qu'il est de 4.033 pour les données de l'OE.

Pays de destination des personnes retournées via un retour volontaire en 2017



Profil des personnes retournées via un retour volontaire en 2017



Demandeurs de protection internationale et retour volontaire assisté

Le retour volontaire assisté n'est pas réservé aux seuls étrangers en situation irrégulière. Depuis 2012, le trajet retour est devenu partie intégrante du trajet d'accompagnement offert aux demandeurs de protection internationale. En cas de rejet de la demande d'asile, la personne doit en principe quitter sa place d'accueil pour se rendre dans une **place ouverte de retour** pendant la durée du délai de l'OQT. Si la personne ne collabore pas à son retour volontaire, un retour forcé est envisagé par l'OE.

En 2017 :

- Fedasil avait une capacité de 310 places ouvertes de retour au 31/12/2017.
- **2.899** personnes se sont vues désigner une place ouverte de retour et **494** personnes s'y sont effectivement rendues (soit 17%). Parmi celles-ci, **170** ont effectué un retour volontaire (soit 6% du total).
- **1.651** personnes se sont vues désigner une place Dublin.

Les rapatriements (ou retours forcés)

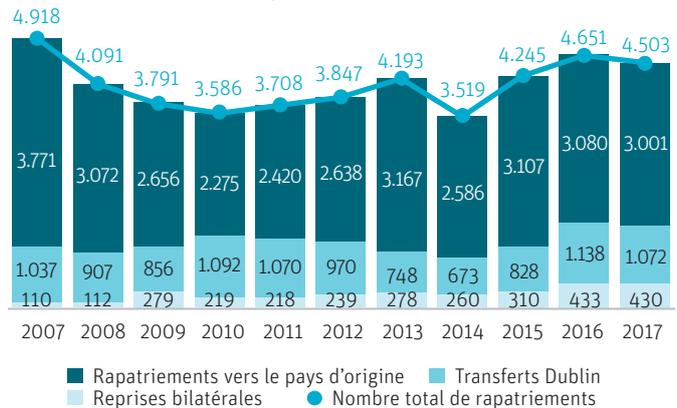
Parmi les rapatriements, on distingue :

- Les rapatriements d'étrangers en séjour irrégulier vers leur **pays d'origine**.
- Les **transferts Dublin** : transferts effectifs de demandeurs de protection internationale vers un autre État membre responsable de leur demande (en application du règlement Dublin III).
- Les **reprises bilatérales** : rapatriements d'étrangers en séjour irrégulier vers un autre pays de l'UE dans lequel la personne a un droit de séjour mais qui n'est pas son pays d'origine.

En 2017 :

- Sur les **4.503** rapatriements réalisés, 3.001 étaient des rapatriements vers le pays d'origine (**67%**), 1.072 des transferts Dublin (**24%**) et 430 (**9%**) des reprises bilatérales par un autre État de l'UE.
- 89% des rapatriements ont été réalisés par avion et 11% par la route.
- Les principales nationalités des personnes rapatriées en 2017 sont les Albanais (614), les Marocains (440) et les Roumains (334).
- On compte 793 rapatriements de citoyens de l'UE (soit 18% du total).

4.503 rapatriements en 2017



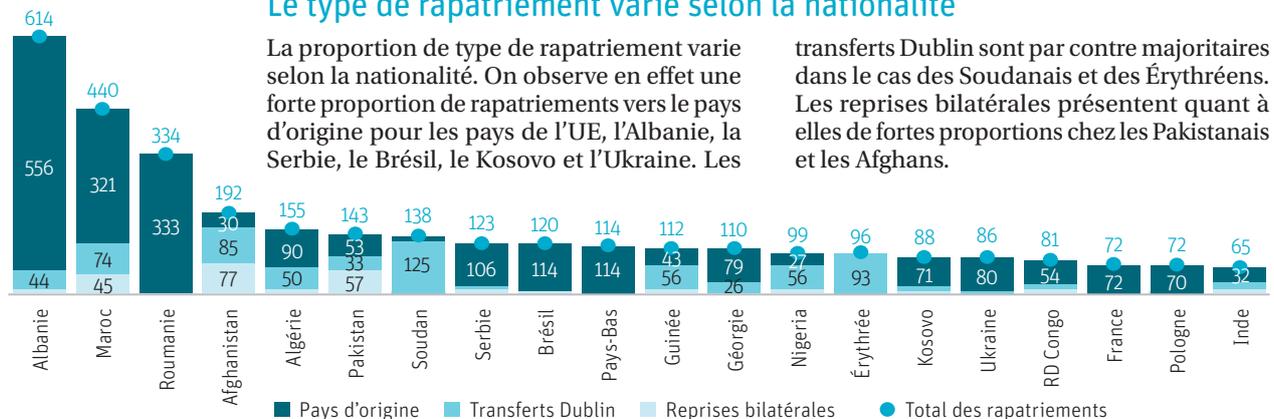
Entre 2016 et 2017, on observe :

- une très légère baisse du total de rapatriements, visible parmi tous les types de rapatriements,
- de fortes évolutions pour certaines nationalités :
 - les rapatriements de Soudanais ont été multipliés par 20 (7 en 2016 ; 138 en 2017),
 - ceux d'Érythréens par 5 (18 en 2016 ; 96 en 2017),
 - ceux des Algériens ont également augmenté mais plus légèrement (100 en 2016 ; 155 en 2017).
- On note par contre une diminution de moitié des rapatriements d'Afghans (446 en 2016 ; 192 en 2017).

Le type de rapatriement varie selon la nationalité

La proportion de type de rapatriement varie selon la nationalité. On observe en effet une forte proportion de rapatriements vers le pays d'origine pour les pays de l'UE, l'Albanie, la Serbie, le Brésil, le Kosovo et l'Ukraine. Les

transferts Dublin sont par contre majoritaires dans le cas des Soudanais et des Érythréens. Les reprises bilatérales présentent quant à elles de fortes proportions chez les Pakistanais et les Afghans.



Rapatriements depuis les prisons

- En 2017, 1.622 rapatriements de détenus ont été réalisés (on en comptait 1.595 en 2016). Ils représentent 36% de l'ensemble des rapatriements.
- 54% d'entre eux ont été réalisés directement depuis la prison. Dans 41% des cas, la personne a séjourné en centre fermé avant son rapatriement et, dans 5% des cas, elle y a passé une nuit.

Vols sécurisés

- En 2017, 283 personnes ont été rapatriées via **52** vols sécurisés.
- Les principales destinations de ces vols étaient l'Albanie (25 vols), le Pakistan (9) et le Nigeria (6).

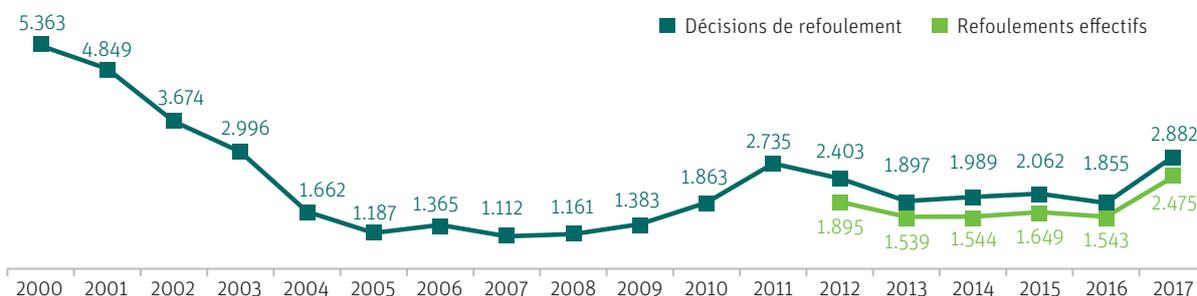
Special needs

- En 2017, **85** ressortissants de pays tiers ont bénéficié du programme Special needs destiné aux personnes considérées comme vulnérables.

Escortes policières

- **21%** des rapatriements ont eu lieu avec escortes en 2017 (954 sur 4.503).
- Les principales nationalités qui ont été éloignées avec une escorte sont les Albanais, Marocains, Algériens, Guinéens et Congolais (RD Congo).

Les refoulements



- **Décisions de refoulement :** Décisions de refus d'accès au territoire belge délivrées à des étrangers à une frontière belge parce qu'ils ne remplissent pas les conditions d'accès au territoire. Un refoulement peut avoir lieu même lorsque l'étranger est en possession des documents de voyage nécessaires (ex. : il ne justifie pas de manière satisfaisante le motif de son voyage ou il ne peut justifier des ressources suffisantes pour couvrir la durée de son séjour).
- **Refoulements effectifs :** Personnes effectivement refoulées en 2017.

- Hausse importante des refoulements effectifs entre 2016 et 2017 (1.543 en 2016 pour 2.475 en 2017). Ils sont en hausse pour la plupart des nationalités mais augmentent plus fortement dans le cas de certaines d'entre elles (voir tableau ci-dessous).
- Parmi les 2.475 refoulements effectifs en 2017, 128 concernent des demandeurs de protection internationale à la frontière dont la demande a été rejetée. Ceux-ci sont notamment vénézuéliens (13), palestiniens (11), congolais (RD Congo) (10) et sierra-léonais (10).

Pourquoi les chiffres des refoulements effectifs diffèrent-ils de ceux des décisions de refoulement ?

- Les refoulements effectifs réalisés en 2017 ne sont pas forcément la conséquence d'une décision de refoulement établie la même année.
- Certains étrangers à qui une décision de refoulement a été délivrée peuvent ensuite se voir autoriser à entrer sur le territoire (la décision de refoulement est alors retirée). C'est par exemple le cas des demandeurs de protection internationale à la frontière à qui une protection internationale est accordée. Les personnes qui demandent l'asile à la frontière reçoivent en effet une décision de refoulement et sont conduites en centre fermé le temps de l'examen de leur demande d'asile. Si leur demande d'asile aboutit à une décision positive, elles pourront accéder au territoire et seront libérées, elles ne seront donc pas refoulées.
- En vertu du principe de non-refoulement, le refoulement effectif d'une personne vers un pays où elle risque d'y subir un traitement inhumain ou dégradant est interdit. Dans ce cas, la décision de refoulement ne pourra, en principe, pas être mise en œuvre.

En 2017, les Syriens, Palestiniens, Chinois, Turcs et Vénézuéliens présentaient une forte différence entre les décisions de refoulements et les refoulements effectifs.

Nationalité	Refoulements effectifs		
	2016	2017	Évolution 2016-2017
1 Albanie	427	678	↗ x 1,6
2 Maroc	123	282	↗ x 2,3
3 Moldavie	80	139	↗ x 1,7
4 Macédoine	37	90	↗ x 2,4
5 Russie	68	88	↗ x 1,3
6 RD Congo	56	86	↗ x 1,5
7 Turquie	45	83	↗ x 1,8
8 Serbie	35	56	↗ x 1,6
9 Ukraine	19	55	↗ x 2,9
10 Vénézuéla	15	47	↗ x 3,1
11 Angola	16	43	↗ x 2,7
12 Inde	15	38	↗ x 2,5
13 Cameroun	42	37	↘ x 0,9
14 Sénégal	22	36	↗ x 1,6
15 Géorgie	1	32	↗ x 32
16 Algérie	25	31	↗ x 1,2
17 Israël	31	26	↘ x 0,8
18 Chine	15	24	↗ x 1,6
19 Égypte	8	23	↗ x 2,9
20 Pakistan	12	23	↗ x 1,9
Autres	451	558	↗ x 1,2
Total	1.543	2.475	↗ x 1,6

5. Les contrôles de l'AIG sur les éloignements

L'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale (AIG) est chargée du contrôle des éloignements forcés. Sur base d'une analyse de risques de chaque tentative d'éloignement (prévue avec ou sans escorte policière), elle décide de contrôler, ou non, l'ensemble (jusqu'à destination) ou une partie (jusqu'à l'embarquement) de la procédure d'éloignement d'une personne.

Son contrôle peut se faire lors d'un éloignement sur :

- un vol de ligne (vol commercial) ou
- un special flight (vol militaire sur lequel plusieurs personnes sont éloignées).

L'AIG est habilitée à réaliser ses contrôles dans tous les endroits d'où ont lieu des éloignements (aéroports, ports et frontière terrestre avec le Royaume Uni - gare de Bruxelles-midi). Elle peut contrôler tant les tentatives de rapatriement (sans limitation) que de refoulement (sans limitation si l'escorte est réalisée par la police fédérale, mais simplement jusqu'à l'embarquement si l'escorte est celle de la compagnie aérienne). Il porte en principe sur la tentative d'éloignement d'une seule personne, mais il peut porter sur plusieurs personnes si elles sont éloignées par le même vol. En 2017, les contrôles de l'AIG ont concerné **282** personnes.

Aéroport de Zaventem



En 2017, l'AIG a effectué **92** contrôles auprès de la police aéroportuaire de Zaventem. On note une forte diminution (-41%) de ceux-ci depuis 2013 (157 contrôles).

En 2017, ont été dénombrées :

- 6.426 tentatives d'éloignement sans escorte et
- 1.475 tentatives avec escorte, dont 7 via l'aéroport de Gosselies avec des escorteurs de la police de Zaventem.

Type de contrôle		2013	2014	2015	2016	2017
Vol de ligne	Jusqu'à l'embarquement	132	106	80	55	57
	Jusqu'au lieu de destination	13	14	4	7	4
	Lors d'un transit dans l'aéroport	0	0	0	0	1
Special flight	Jusqu'à l'embarquement	3	4	7	21	16
	Jusqu'au lieu de destination	9	5	14	8	14
Total		157	129	105	91	92

Tentatives d'éloignement	2013	2014	2015	2016	2017
Avec escorte	2.492	Non	2.701	2.428	1.475
Sans escorte	6.388	disponible	6.008	6.049	6.426
Total	8.880	-	8.709	8.477	7.901

Aéroport de Gosselies



- En 2017, **10** contrôles ont été effectués par l'AIG auprès de la police aéronautique de Gosselies. C'est plus de 2x plus que l'année précédente. Il s'agit uniquement de contrôles sur des vols de ligne jusqu'à l'embarquement.
- En 2017, 739 tentatives d'éloignement sans escorte ont eu lieu depuis cet aéroport (en plus des 7 tentatives avec escorte effectuées par la police de Zaventem), pour 284 en 2016 (281 sans escorte et 3 avec escorte) et 298 en 2015 (sans escorte).

Ports



- En 2017, l'AIG a effectué **1** contrôle auprès de la police de la navigation lors d'un refoulement d'un passager clandestin. Il y a également eu 1 contrôle de ce type en 2014 et 1 en 2015. Il n'y en a pas eu en 2013 ni en 2016.
- 1 tentative d'éloignement (avec escorte) a été effectuée depuis un port en 2017. On en comptait 2 (sans escorte) en 2016 et 2 (avec escorte) en 2015.

Gare (Bruxelles-Midi)



- En 2017, l'AIG n'a effectué **aucun** contrôle lors d'un refoulement par train auprès de la police des chemins de fer. (La gare de Bruxelles-Midi est la seule qui possède un poste frontière dans le cadre du contrôle des passagers de l'Eurostar). En 2016, 2 contrôles de ce type avaient été effectués. Il n'y en a pas eu en 2013, 2014 et 2015.
- En 2017, 19 tentatives d'éloignement par train (sans escortes) ont été effectuées. On en comptait 6 en 2016 et 0 en 2015.

PARTIE 2 : Évolutions récentes

1. Au niveau européen

1.1. Actualités

La question du renforcement de l'effectivité des retours a particulièrement été mise en avant en 2017 et 2018 :

- La Commission européenne a notamment mis en exergue la nécessité pour les États de faire preuve de flexibilité et d'adaptabilité, et de mobiliser tous les acteurs étatiques impliqués dans le retour. Ceci dans le cadre d'une recommandation établissant un « **manuel sur le retour** »¹ adopté en novembre 2017. Ce manuel remplace la version antérieure (octobre 2015) et doit être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour.
- Cette question a également fait l'objet de nombreuses déclarations² et apparaît également dans plusieurs **communications** de la Commission européenne relative à la mise en œuvre de l'Agenda européen en matière de Migration. En septembre 2017, la Commission estimait que le **taux de retours** demeure **insatisfaisant** « parce que les instruments existant au niveau de l'UE et au niveau national sont mal utilisés » et que des développements étaient encore requis en matière de coopération avec les pays tiers³, ce qui a donné lieu à un dialogue renforcé avec certains d'entre eux (comme l'Afghanistan, le Bangladesh ou le Pakistan). En mai 2018, la Commission constatait une **augmentation du nombre de décisions de retour** émises en 2017, car de nombreux demandeurs d'asile arrivés lors de l'afflux en 2015 se sont vus déboutés, mais un **taux de mise en œuvre** de ces décisions **en baisse**. Elle encourageait les États membres à renforcer le recours aux compétences de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes en matière de retour (Frontex)⁴.

En septembre 2018, lors de la présentation de l'État de l'Union⁵, la Commission européenne a publié :

- Une proposition de modification de la directive retour⁶ visant « à accélérer le retour des migrants en situation irrégulière ». Cette proposition⁷ contient différents éléments parmi lesquels figurent : l'établissement d'une liste commune, non-exhaustive, de critères pour déterminer l'existence d'un risque de fuite ; la réduction du délai minimal pour un départ volontaire et l'introduction de circonstances dans lesquelles le départ doit être immédiat, sans aucun délai ; la possibilité de délivrer des interdictions d'entrée lors du contrôle frontière réalisé à la sortie de l'espace Schengen, sans décisions de retour ; une obligation de coopération des ressortissants de pays tiers ; un délai de cinq jours pour introduire un appel contre une décision de retour qui

¹ Commission européenne, 16 novembre 2017, C (2017) 6505 final, Annexe 1. Celui-ci fait suite à la recommandation et au plan d'action pour renforcer l'efficacité du système européen de retour de mars 2017, voir : Myria, *Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique (2017), Un retour à quel prix?* Evolutions récentes-Europe, p. 36.

² Voir par exemple, Commission européenne, Discours sur l'état de l'Union 2017, 13 septembre 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_fr.htm.

³ Commission européenne, *Communication relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration*, 27 septembre 2017, COM/2017/0558 final.

⁴ Commission européenne, *Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration*, 16 mai 2018, COM(2018) 301 final.

⁵ Commission européenne, Discours sur l'état de l'Union 2018, 12 septembre 2018, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-speech_fr.pdf.

⁶ 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, *J.O.U.E.* 348, 24 décembre 2008, pp. 98–107, (ci-après : directive retour).

⁷ Commission européenne, Proposition de directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte), COM(2018) 634 final.

accompagne un refus définitif de protection internationale, avec un seul degré de recours ; une durée légale minimale de détention fixée à trois mois ; une procédure simplifiée de retour pour les demandeurs de protection internationale à la frontière qui ont été déboutés.

- Une proposition de modification du Règlement sur l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes en matière de retour. Elle vise notamment à renforcer le retour des migrants en situation irrégulière par la création d'un véritable corps européen de 10.000 garde-frontières dont une des trois équipes travaillera sur le retour et par l'extension du mandat de l'Agence en matière d'assistance technique et opérationnelle des États membres dans les procédures de retour⁸.

Le REM a effectué une **étude sur la question de l'effectivité des retours**. Elle comprend un **rapport de synthèse**⁹ publié en février 2018 fondé sur les contributions nationales de 22 États membres dont celle de la Belgique¹⁰. L'étude se penche notamment sur la délivrance systématique d'OQT, le risque de fuite, les interdictions d'entrée ou les garanties procédurales mises en place.

⁸ Commission européenne, Proposition de règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, COM(2018) 631 final.

⁹ EMN, *The effectiveness of return in EU Member States, Synthesis Report for the EMN Focussed Study*, 2017.

¹⁰ EMN, *The effectiveness of return in Belgium: Challenges and good practices linked to EU rules and standards*, <https://emnbelgium.be/publication/effectiveness-return-belgium-and-other-member-states-emn>.

1.2. Jurisprudence

La **Cour de justice de l'UE** a récemment jugé :

- dans l'arrêt **Gnandi** du 19 juin 2018¹¹ que la directive retour ne s'oppose pas à ce qu'une décision de retour soit donnée à un demandeur de protection internationale dès le rejet de sa demande. Une condition est cependant exigée : les États membres doivent suspendre les effets juridiques de la décision de retour jusqu'à l'issue du recours introduit contre le rejet de la protection internationale.
- dans l'arrêt **K.A. et autres** du 8 mai 2018¹² que le seul fait de faire l'objet d'une interdiction d'entrée ne peut pas impliquer le rejet de toute demande de regroupement familial, sans que les circonstances propres à la situation (notamment le lien de dépendance, les conséquences d'une séparation, etc.) ne soient examinées. Lorsque les États membres prennent une décision de retour à l'encontre d'une personne qui a déjà fait l'objet d'une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée, ils doivent prendre en compte les éléments de la vie familiale mentionnés dans la demande de regroupement familial. Cet arrêt devrait mettre fin à la pratique de l'OE qui, de manière systématique, refusait de prendre en considération les demandes de regroupement familial si l'intéressé faisait l'objet d'une interdiction d'entrée encore valable¹³.
- dans l'arrêt **K. et H.F.** du 2 mai 2017¹⁴ que, dans le cadre de la directive libre circulation¹⁵, le fait qu'un citoyen de l'UE (ou un ressortissant d'un pays tiers membre de la famille d'un citoyen de l'UE) qui sollicite un droit de séjour ait fait dans le passé l'objet d'une décision d'exclusion du statut de réfugié ne permet pas aux autorités de considérer automatiquement (et indépendamment de l'existence ou non d'un risque de récidive) que sa seule présence constitue une menace qui justifie l'adoption de mesures d'ordre public ou de sécurité publique. La Cour y décrit comment l'appréciation de la menace doit se faire et rappelle que l'État membre doit également, selon le principe de proportionnalité, mettre en balance la protection de l'intérêt fondamental de la société en cause d'une part, et les intérêts de la personne concernée, d'autre part. Par ailleurs, si les mesures envisagées mènent à l'éloignement de l'étranger, l'État membre doit également prendre en compte les éléments propres à sa situation personnelle, tels que la nature et la gravité de son comportement, la gravité des faits reprochés, la dangerosité actuelle de l'individu, la légalité de son séjour et son niveau d'intégration dans le pays d'accueil.
- dans l'arrêt **B.** du 17 avril 2018¹⁶ que dans le cadre de la directive libre circulation, il faut disposer d'un droit de séjour permanent pour pouvoir bénéficier de la protection contre un éloignement prévu pour les citoyens de l'UE qui ont séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les dix années précédentes. Si un citoyen de l'UE purge une peine privative de liberté et qu'il fait l'objet d'une décision d'éloignement, la condition d'avoir séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les dix années précédentes (à partir de la date à laquelle il reçoit la décision d'éloignement) doit se baser sur une appréciation globale de la situation de l'intéressé prouvant que ses liens d'intégration avec cet État n'ont pas été rompus malgré la détention.

¹¹ CJUE, *Gnandi c. Belgique*, 19 juin 2018, C-181/16.

¹² CJUE (GC), *K.A. et autres c. Belgique*, 8 mai 2018, C-82/16.

¹³ Voir à ce sujet point 5.2, d) du focus.

¹⁴ CJUE, *K. et H.F.*, 2 mai 2018, C-331/16 et C 366/16 (affaires conjointes).

¹⁵ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.U.E.*, 158, 30.4.2004, pp. 77–123 (ci-après : directive libre circulation).

¹⁶ CJUE (GC), *B. c. land Baden-Württemberg et Secretary of State for the Home Department c. Franco Vomero*, 17 avril 2018, affaires conjointes C-316/16 et C-424/16.

- dans l'arrêt **E.** du 16 janvier 2018¹⁷ que, dans le cadre des accords de Schengen, lorsqu'un État souhaite adopter une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée et de séjour dans l'espace Schengen à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers titulaire d'un titre de séjour valable délivré par un autre État contractant, il peut engager la procédure de consultation de ce dernier État (prévue en vue de déterminer s'il y a des motifs suffisants pour retirer le titre de séjour) avant même l'adoption de la décision. Il doit cependant l'engager dès qu'une telle décision est adoptée. La décision de retour peut être exécutée alors même que la procédure de consultation est en cours, si l'intéressé est considéré par l'État en question comme représentant une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale. Si l'État signalant n'obtient pas, dans un délai raisonnable, de réponse de l'autre État, il doit retirer le signalement de non admission dans l'espace Schengen et inscrire l'intéressé sur sa liste nationale de signalement. L'intéressé peut se prévaloir devant le juge national des effets juridiques liés à la procédure de consultation qui incombent à l'État signalant ainsi que des exigences qui en découlent.
- dans les arrêts **X. et Y.**¹⁸ et **X.**¹⁹ du 26 septembre 2018, la Cour s'est prononcée sur la disposition de la directive retour relative aux voies de recours (article 13). Elle se réfère à l'arrêt Ghandi rendu en juin 2018 et confirme que les Etats membres doivent, pour assurer la pleine efficacité du recours contre la décision rejetant la demande de protection internationale, suspendre tous les effets de la décision de retour pendant le délai d'introduction de ce recours et, si un tel recours est introduit, jusqu'à l'issue de celui-ci. Par contre, si l'Etat membre décide de prévoir un second degré d'appel, il ne doit pas pour autant assortir cette voie de recours supplémentaire d'un effet suspensif de plein droit, même si le principe de non-refoulement est invoqué de manière sérieuse par l'intéressé.

La **Cour européenne des droits de l'homme** a quant à elle considéré :

- dans l'arrêt **X.** du 9 janvier 2018²⁰ que l'éloignement d'un Marocain considéré par les autorités suédoises comme terroriste vers son pays d'origine risque de le soumettre une fois sur place à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants proscrits par l'article 3 de la CEDH. La Cour considère en effet que le fait que les autorités suédoises aient pris contact avec le Maroc dans le cadre de son éloignement en indiquant qu'il constitue selon elles une menace pour la sécurité nationale le soumet à un tel risque. Elle a donc demandé à la Suède de ne pas procéder à son éloignement.
- dans l'arrêt **M.A.** du 1^{er} février 2018²¹, que la France a exposé un Algérien condamné notamment en France et en Algérie pour participation active dans un réseau terroriste à un risque réel et sérieux de traitements inhumains et dégradants en le renvoyant vers l'Algérie (en violation d'une mesure provisoire de suspension de l'éloignement ordonnée par la Cour). Pour évaluer ce risque, la Cour se base sur des rapports détaillés et très récents du Comité contre la torture des Nations Unies et d'ONG qui y décrivent une situation très préoccupante, particulièrement pour les personnes impliquées dans le terrorisme international. Elle souligne également que l'éloignement du requérant a eu lieu sept heures seulement après qu'il en ait été averti, ce qui a affaibli ses possibilités de saisir la Cour et donc le niveau de protection de l'article 3 CEDH.

¹⁷ CJUE, *E.*, 16 janvier 2018, C-240/17.

¹⁸ CJUE, *X et Y c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 26 septembre 2018, C-180/17.

¹⁹ CJUE, *X contre Belastingdienst/Toeslagen*, 26 septembre 2018, C-175/17.

²⁰ Cour eur. D.H., *X c. Suède*, 9 janvier 2018.

²¹ Cour eur. D.H., *M.A. c. France*, 1^{er} février 2018.

- dans l'arrêt **A.S.** du 19 avril 2018²², que la France n'a par contre pas soumis un marocain condamné pour terrorisme à des traitements inhumains ou dégradants en le renvoyant. Elle explique en deux points sa position différente par rapport à des affaires similaires : 1) le Maroc a entrepris des actions concrètes pour prévenir le risque de torture en détention ; 2) l'intéressé n'a pas pu amener les preuves suffisantes de ses allégations et ce, malgré le fait qu'il était déjà libéré lorsque la Cour a examiné sa requête. La France est par contre condamnée car elle n'a pas respecté la mesure provisoire de suspension de l'éloignement et a donc entravé le droit de la personne à saisir la Cour de manière efficace (article 34 CEDH). Elle va dans le même sens dans l'arrêt **X.** du 10 juillet 2018.²³
- dans l'arrêt **S.F.** du 7 décembre 2017²⁴ que les conditions matérielles particulièrement rudes de la détention – même de courte durée (41 heures) – de trois enfants mineurs dans un centre de rétention en Bulgarie les ont soumis à des traitements inhumains et dégradants.
- dans l'arrêt **Bistieva** du 10 avril 2018²⁵ que la détention d'une famille avec enfants mineurs en Pologne en vue de leur éloignement a constitué une violation du droit à la vie familiale et privée (article 8 de la CEDH). Même si la mère n'a pas été séparée de ses enfants, le fait d'avoir détenu la famille dans un centre fermé dans des conditions de vie dignes d'une institution carcérale pour une durée de six mois doit être considéré comme compromettant l'exercice effectif de leur vie de famille. À ce sujet, la Cour a d'ailleurs publié une fiche thématique reprenant ses positions sur la détention des familles avec enfants²⁶.

Le **Comité des droits de l'enfant des Nations Unies** s'est prononcé sur le renvoi d'une enfant somalienne vers son pays d'origine²⁷. Celui-ci constitue, selon lui, une violation des articles 3 (l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale et droit à la protection) et 19 (précaution contre les mauvais traitements) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant si elle risque d'y être soumise à une mutilation génitale féminine.

²² Cour eur. D.H., *A.S. c. France*, 19 avril 2018.

²³ Cour eur. D.H., *X. c. Pays-Bas*, 10 juillet 2018.

²⁴ Cour eur. D.H., *S.F. et autres c. Bulgarie*, 7 décembre 2017.

²⁵ Cour eur. D.H., *Bistieva et autres c. Pologne*, 10 avril 2018.

²⁶ Cour eur. D.H., *Fiche thématique sur les mineurs migrants accompagnés en détention*, avril 2018, disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Accompanied_migrant_minors_detention_FRA.pdf.

²⁷ Comité des droits de l'enfant, Communication n° 3/2016, I.A.M. c. Danemark, 25 janvier 2018. Le Comité des droits de l'enfant est un organe des Nations-Unies composé d'experts indépendants qui veille à la bonne application par les États partie de la Convention relative aux droits de l'enfant et de ses protocoles facultatifs.

2. Au niveau belge

2.1. Actualités

a) Arrestations

Un projet de loi sur les **visites domiciliaires**²⁸ a été déposé par le gouvernement en décembre 2017 et a mené à de vives critiques et oppositions. Ce projet permet aux fonctionnaires de la police, dans certaines conditions (notamment celle de disposer de l'autorisation d'un juge d'instruction), d'entrer entre 5 heures du matin et 21h – sans le consentement des occupants et au besoin en utilisant la force – dans tout logement privé où se trouve une personne qui fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire en vue de mettre celui-ci à exécution. Très préoccupé par ce projet au regard des droits fondamentaux, Myria a communiqué un avis²⁹ à la Commission de l'Intérieur de la Chambre sur le projet de loi. Selon des déclarations récentes dans la presse³⁰, il semblerait que ce projet ait finalement été mis de côté.

Deux **opérations policières d'arrestation** ont également fait couler beaucoup d'encre dans la presse : l'arrestation musclée au centre ouvert de Jodoigne le 6 décembre 2017 d'une famille russe en vue de son transfert Dublin (menant à la séparation de la famille) ainsi que l'arrestation de personnes en séjour irrégulier dans les locaux de l'association Globe Aroma le 9 février 2018 et le transfert de deux d'entre elles en centre fermé.

L'actualité a été marquée par les questions liées à la **migration de transit** et les arrestations, à proximité du Parc Maximilien ou des autoroutes, de migrants cherchant à rejoindre l'Angleterre :

- Le 17 mai 2018, suite à une course poursuite, une de ces opérations a abouti au décès tragique d'une petite fille de deux ans, Mawda Shawri, qui se trouvait à bord d'une camionnette avec d'autres migrants en séjour irrégulier. Certaines questions se posent notamment sur les circonstances précises de cette opération et des suites qui y ont été données (séparation de la famille, les parents n'ayant pu accompagner leur enfant blessée à l'hôpital, détention de la famille de l'enfant, suivi de l'interpellation de MENA présents et prise en compte de la possibilité pour eux de bénéficier potentiellement du statut de victime d'une forme aggravée de trafic d'êtres humains...). Une enquête est actuellement ouverte auprès du Comité P. Dans le cadre sa mission légale de stimuler la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains, Myria s'est constitué partie civile dans le dossier judiciaire ouvert pour ces faits³¹.

²⁸ Projet de loi du 7 décembre 2017 (DOC 54 – 2798/001) modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement.

²⁹ Myria, *Note à la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique*, 30 janvier 2018, disponible sur : http://www.myria.be/files/Avis_Myria_projet_de_loi_visites_domiciliaires_FR.pdf.

³⁰ Voir notamment : RTBF, *Le projet de visites domiciliaires reporté : "Nous avons perdu la bataille de la communication"*, 3 septembre 2018, disponible sur : www.rtf.be/info/belgique/detail_le-projet-de-visites-domiciliaires-reporte-nous-avons-perdu-la-bataille-de-la-communication?id=10009576.

³¹ Voir à ce sujet : Myria, *Rapport annuel traite et trafic des êtres humains 2018*.

- En septembre 2018, le Ministre de l'Intérieur et le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration ont annoncé l'ouverture d'un « centre administratif national pour la transmigration », situé au sein du centre fermé 127bis. Cette mesure fait partie d'un vaste plan pour lutter contre la migration irrégulière. Toutes les personnes qui seront arrêtées sur le territoire dans le cadre de la migration de transit seront envoyées dans ce centre le temps de déterminer quelle suite sera donnée à leur arrestation (détention en centre fermé, délivrance d'un OQT, relâche, etc.). Des représentants de la Police fédérale et de l'Office des étrangers y seront présents pour effectuer les contrôles et démarches administratives nécessaires. Il est également prévu d'y mettre l'accent sur le démantèlement des réseaux de passeurs (notamment en confisquant et en contrôlant les téléphones portables des migrants). Suite à ces déclarations, Myria, dans le cadre de ses missions légales, a interpellé le Ministre de l'Intérieur et le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration et les a invités à veiller à la mise en place de garanties concernant le respect des droits de ces personnes (droit à l'information, droit d'être entendu, attention particulière à donner aux MENA,...) et les procédures concernant l'identification et l'accompagnement des victimes de forme aggravée de trafic des êtres humains³². Début octobre 2018³³, ce centre administratif de transit (exclusivement géré par la police et fonctionnant comme un commissariat) disposait d'une quarantaine de places. Le reste du centre fermé 127 bis (à l'exception des unités familiales) ainsi que l'ensemble du centre fermé de Bruges sont dédiés à la détention exclusive de migrants de transit (soit transférés du centre administratif de transit après y avoir reçu une décision d'écrou, soit directement amenés depuis le commissariat du lieu de leur arrestation).

b) Retour

Une attention particulière est portée depuis 2016 aux personnes qui bénéficient en Belgique d'une protection internationale (statut de réfugié reconnu ou de protection subsidiaire) et qui se rendent **pour un séjour dans leur pays d'origine**. Une collaboration a été mise en place entre la police des frontières, l'OE et le CGRA (à qui l'OE peut adresser des demandes de retrait ou d'abrogation de la protection internationale) et également avec d'autres pays européens³⁴. Depuis 2016 et jusqu'à mi-2018, l'OE a adressé 305 signalements au CGRA (dont deux ont été retirés). Parmi ceux-ci, 103 ont mené à une abrogation ou à un retrait du statut de protection internationale par le CGRA, 67 à un maintien de statut et 133 étaient encore en cours de traitement mi-2018³⁵. Si le CGRA décide d'un retrait ou d'une abrogation de statut, c'est à l'OE de décider s'il sera mis fin ou pas au droit de séjour de la personne. Sur les 103 retraits ou abrogations de statut par le CGRA, 39 ont finalement mené à une décision mettant fin au séjour par l'OE. Le REM, à l'initiative des autorités belges, prévoit de publier début 2019 une étude européenne comparative à ce sujet.

³² Lettre de Myria au Ministre de l'Intérieur et au Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration du 13 septembre 2018.

³³ Informations reçues par l'OE lors d'une rencontre le 9 octobre 2018.

³⁴ Une collaboration existe avec les aéroports des Pays-Bas, de l'Allemagne et de la Suisse. Des discussions sont en cours avec l'Autriche, la Finlande, la Suède, la Norvège, le Danemark, la France et l'Italie. Ch. Repr., *Note de politique générale Asile et Migration*, 17 octobre 2017, pp. 16-17.

³⁵ De Morgen, *Al 115 vluchtelingen betraapt op 'vakantie' in thuisland*, 31 juillet 2018, disponible sur:

www.demorgen.be/binnenland/al-115-vluchtelingen-betraapt-op-vakantie-in-thuisland-b8fdbdc5/?referer=https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwi0ouCQtbXdAhWObFAKHeTLCWsQFJAegQIABAB&url=https%253A%252F%252Fwww.demorgen.be%252Fbinnenland%252Fal-115-vluchtelingen-betraapt-op-vakantie-in-thuisland-b8fdbdc5%252F&usg=AOvVaw1mjdqVw_Hw7EH6Ads4Zaz9. Ces chiffres ont été corrigés par l'OE lors de sa relecture.

c) Détention

- L'été 2018 a été marqué par l'ouverture des **unités familiales du centre fermé 127bis**. Cette actualité est traitée dans le focus ci-après.
- L'arrêté royal relatif aux centres fermés³⁶ a été adapté en juillet 2018³⁷ pour introduire des dispositions spécifiques relatives à la détention des familles dans les unités familiales³⁸. D'autres articles ont également fait l'objet de modifications, notamment en ce qui concerne :
 - L'examen médical qui suit une tentative infructueuse d'éloignement. Il n'a désormais plus lieu de manière systématique, mais seulement dans certains cas précis, à savoir en cas d'utilisation de mesures coercitives ou d'une escorte, de demande de l'intéressé ou de présomption d'atteinte à son intégrité physique ou psychique (Art. 61/1) ;
 - Des nouvelles possibilités de déroger à la règle selon laquelle l'étranger détenu et son avocat sont informés 48 heures avant une première tentative d'éloignement (Art. 62) ;
 - La possibilité de déroger au régime de groupe et de chambre. Celle-ci permettait de mettre l'étranger en isolement préalablement à son éloignement, ce qui est également désormais étendu aux cas de transfert de l'étranger détenu (Art. 84) ;
 - La fouille par-dessus les vêtements. Alors que celle-ci devait être réalisée par deux agents du même sexe que l'étranger détenu, seul un des deux agents doit dorénavant l'être. De plus, il n'est plus requis explicitement que ce type de fouille soit réalisé dans un lieu où aucune autre personne n'est présente ou ne peut jeter un regard (Art. 111/2).
- En vue de la création d'un des trois nouveaux centres fermés (celui de Zandvliet à Anvers) annoncés par le gouvernement dans le cadre de son « Master plan centre fermé » de mai 2017³⁹, un accord a été conclu en mai 2018 avec les autorités néerlandaises pour récupérer les containers métalliques qui abritaient **les cellules des détenus belges de la prison de Tilburg**. La capacité de ce centre fermé sera de 144 places, destinées à des personnes jugées problématiques ou présentant un risque pour l'ordre public.
- La Chambre a adopté le 19 juillet 2018 le projet de loi⁴⁰ relatif à la ratification du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants (**OPCAT**). La Belgique dispose en principe d'un délai d'un an après la ratification du protocole pour mettre en place un mécanisme effectuant des visites régulières des lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

³⁶ Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

³⁷ Arrêté royal du 22 juillet 2018 modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002.

³⁸ Voir ci-dessous dans le focus le point relatif à la détention des familles avec enfants mineurs.

³⁹ Voir, à ce sujet : Myria, *Myriadocs 5 Détention, retour et éloignement des étrangers en Belgique (2017), Un retour : à quel prix ?*, p.41.

⁴⁰ Chambre des représentants, projet de loi du 21 juin 2018, portant assentiment du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté à New York, le 18 décembre 2002, DOC 54-3192/001.

Encadré 1 : Nouvelle loi asile : nouveautés en matière de détention et d'éloignement des étrangers

Le 22 mars 2018 sont entrées en vigueur deux lois⁴¹ qui modifient substantiellement la loi sur les étrangers et visent à transposer les directives procédure⁴², accueil⁴³ ainsi que dans une moindre mesure la directive retour⁴⁴. Elles mettent également en œuvre des éléments du règlement Dublin III⁴⁵. Certains éléments de cette loi relatifs à la détention doivent encore être encadrés par un arrêté royal qui n'a pas encore été adopté. Myria a adressé en juillet 2017 une note à l'attention de la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique, dans le cadre du processus d'adoption de ces lois, qui examine essentiellement les aspects liés à la détention, à l'éloignement et au recours effectif⁴⁶.

Les éléments clés de ces lois en la matière peuvent être résumés de la façon suivante :

Le risque de fuite est redéfini dans la loi (Article 1^{er}, §2)

- La précédente version de cette définition ne contenait pas de critères objectifs pour déterminer l'existence de ce risque, ce qui paraissait notamment en contradiction avec l'arrêt *Al Chodor*⁴⁷.
- La nouvelle loi liste onze hypothèses sur base desquelles le risque de fuite peut être déduit. Un seul critère suffit mais le risque doit être actuel et réel, et basé sur un examen individuel.
- Ces hypothèses visent l'absence de demande de séjour ou d'asile introduite dans le délai légal, la fraude, l'absence de coopération avec les autorités, le non-respect d'une mesure antérieure d'éloignement ou d'une mesure privative de liberté, l'existence d'une interdiction d'entrée valable, l'introduction d'une demande de séjour considérée comme dilatoire, la volonté de dissimuler la prise d'empreintes digitales antérieures dans Eurodac, la succession de demandes de protection internationale et/ou de séjour sans résultat positif, la dissimulation de l'introduction d'une demande de protection internationale dans un autre État membre, le séjour motivé par d'autres objectifs que ceux avancés par l'étranger, l'amende infligée pour recours manifestement abusif auprès du CCE.
- Comme mentionné par Myria dans sa note, certaines de ces hypothèses et le fait que l'existence d'une seule d'entre elles suffise pour justifier une détention, posent question.

La détention des demandeurs de protection internationale sur le territoire (Article 74/6)

- La nouvelle loi introduit le concept d'alternative à la détention, ce qui implique que la détention de ces personnes n'est désormais possible que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées. Néanmoins, hormis l'assignation à résidence, ces alternatives ne figurent pas dans la loi et doivent encore être définies par arrêté royal.

⁴¹ Loi du 21 novembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 et loi du 17 décembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980.

⁴² Directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

⁴³ Directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

⁴⁴ Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁴⁵ Règlement (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

⁴⁶ Myria, *Note à l'attention de la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique*, 4 juillet 2017, www.myria.be/files/20170704_Myria_avis_projet_de_loi_Transposition_Detention_eloignement.pdf.

⁴⁷ CJUE, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. S. Al Chodor*, 15 mars 2017, C-528/15. Pour plus d'informations, voir Myria, *MyriaDoc 5 Détention, retour et éloignement*, novembre 2017, p. 38.

- La nouvelle loi réduit les hypothèses dans lesquelles un demandeur de protection internationale sur le territoire peut être détenu à quatre cas :
 - pour établir ou vérifier l'identité ou la nationalité du demandeur ;
 - pour déterminer les éléments qui ne peuvent être obtenus autrement, en particulier s'il y a un risque de fuite ;
 - s'il y a des indices du caractère dilatoire de la demande de protection, qui est introduite lors d'une détention en vue d'un retour ;
 - en cas de risques pour la sécurité nationale et/ou l'ordre public.
- La durée de détention est aussi modifiée. Elle doit être la plus brève possible et de maximum deux mois. Elle peut être prolongée de deux mois pour la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, et ensuite, sur décision du ministre, de mois en mois sans que la durée totale de la détention ne dépasse six mois. La durée de maintien est suspendue d'office pendant le délai utilisé pour introduire un recours auprès du CCE et également si un délai supplémentaire est accordé au CGRA ou à la partie requérante afin d'examiner les nouveaux éléments apportés⁴⁸.

La détention des demandeurs de protection internationale à la frontière (Article 74/5)

- La loi mentionne que le demandeur ne peut être détenu pour la seule raison d'avoir introduit une demande de protection internationale.
- Mais elle ne prévoit cependant pas que des mesures moins coercitives doivent être envisagées à la frontière. Or ceci n'est pas conforme à la directive accueil qui, en son article 8, prévoit pour tout demandeur de protection internationale, et donc aussi à la frontière, que la détention n'est possible que si « cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas » et que si « d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées ». L'absence d'une telle mention implique que la détention systématique des demandeurs d'asile à la frontière, qui a pourtant déjà fait l'objet de critiques, risque de se poursuivre⁴⁹.
- Par ailleurs, si la durée de détention n'est pas modifiée, la nouvelle loi introduit le fait qu'est autorisé à entrer dans le Royaume, l'étranger « à l'égard duquel une décision n'a pas été prise par le Commissaire général aux réfugiés et apatrides dans les quatre semaines après la réception de la demande de protection internationale transmise par le ministre ou son déléguée ». Ceci vise à transposer l'article 43 de la directive procédure, qui prévoit que si « aucune décision n'a été prise dans un délai de quatre semaines, le demandeur se voit accorder le droit d'entrer sur le territoire de l'État membre ». Si Myria se réjouit que cette disposition soit désormais transposée, deux questions se posent toutefois :
 - sur le moment à partir duquel ce délai devrait être calculé : selon l'OE, celui-ci commence à courir lors de la transmission du dossier au CGRA, une fois que la Belgique a été identifiée comme l'État responsable. Selon Myria, ce point est sujet à interprétation et devrait commencer à partir de l'introduction de la demande ;
 - sur la pratique qui avait déjà été poursuivie avant la transposition dans la loi de la directive procédure et qui consiste à poursuivre en réalité la détention du demandeur au-delà de ce délai de quatre semaines, mais en tant que demandeur de protection internationale sur le territoire⁵⁰. L'OE confirme que cette détention est à son sens possible au-delà des quatre

⁴⁸ Art.39/76, §1^{er} de la loi sur les étrangers.

⁴⁹ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits*, 2016, pp. 234-235.

⁵⁰ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits*, 2016, p. 235 ainsi que pour plus d'informations, Nansen, *Note 2018/01-Demandeurs d'asile à la frontière : procédure à la frontière et détention*, avril 2018.

semaines mais sur une autre base légale et se réfère à cet égard aux travaux préparatoires de la loi⁵¹.

La détention dans le cadre de Dublin

- La nouvelle loi précise désormais que la détention n'est possible que sur la base d'un examen individuel, s'il existe un risque non négligeable de fuite, et uniquement pour autant que le maintien soit proportionné et qu'aucune autre mesure moins coercitive ne puisse effectivement être appliquée (mais les alternatives sont encore à mettre en œuvre via un arrêté royal).
- Il n'est pas repris dans la loi que la durée de détention doit être aussi brève que possible, comme cela est prévu par le règlement Dublin III, mais ce dernier étant directement applicable, cette condition devra bien être rencontrée.
- Le délai de détention distingue deux phases, celle de la détermination de l'État responsable (maximum 6 semaines) et celle de la phase de transfert (maximum 6 semaines) sans tenir compte de la durée de détention lors de la première phase, et dont le délai de départ varie selon les hypothèses comme exposé par la CJUE dans l'arrêt *Amayry*⁵². Le délai est de plus interrompu en cas d'introduction d'un recours suspensif.

La mise à disposition du gouvernement

- La nouvelle loi abroge les dispositions de l'ancien article 52/4, alinéa 4 et de l'ancien article 54, §2, alinéa 2 sur la mise à disposition du gouvernement qui permettait la détention ou l'assignation à un lieu déterminé des demandeurs de protection internationale qui représentaient un danger pour la société, la sécurité nationale ou qui avaient été condamnés pour une infraction (voir ci-dessus, pour les chiffres de l'année 2017).
- Néanmoins, la nouvelle loi⁵³ permet la détention ou l'assignation à résidence des demandeurs de protection internationale qui présentent un risque pour l'ordre public ou la sécurité nationale, ce qui implique qu'hormis la base légale de la mesure, les possibilités de détention pour ces raisons demeurent assez similaires.

À travers ses permanences juridiques, Myria a déjà pu constater que, précédemment, la mise à disposition du gouvernement, et désormais la détention des demandeurs de protection internationale sur le territoire est parfois utilisée suite à un comportement jugé problématique d'un demandeur de protection internationale dans un centre d'accueil alors que le régime des sanctions applicables en cas de manquement grave aux règles de l'accueil aurait pu être appliqué ou à tout le moins envisagé⁵⁴. Myria a notamment été contacté dans une affaire, où la proportionnalité de la détention n'a pas été suffisamment examinée à sons sens par l'administration et les juges, surtout au regard du profil vulnérable d'un jeune demandeur de protection internationale. Celui-ci a introduit une demande d'asile en Belgique à l'âge de 17 ans. Après près de deux ans de procédure, période durant laquelle il a un moment été mis en observation en hôpital psychiatrique en raison de troubles mentaux, il reçoit une décision négative sur base du manque de crédibilité de son récit, ce qui le perturbe. Peu de temps après, au cours d'une altercation au réfectoire, il s'empare d'un couteau (peu tranchant) posé à côté de son assiette et le brandit à la vue des autres résidents et du personnel. Il ne touche personne et se calme rapidement mais la police, appelée par le centre Fedasil, en fera un procès-verbal de

⁵¹ Chambre des représentants, Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, DOC 2548/001, p. 151.

⁵² CJUE, *Mohammad Khir Amayry c. Migrationsverket*, 13 septembre 2017, C60/16. Pour une analyse de l'arrêt, voir Myria, *MyriaDoc 5 Détention, retour et éloignement*, novembre 2017, p. 38.

⁵³ Article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980.

⁵⁴ Article 45 de la loi du 12 janvier 2017 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers.

« menace à l'arme blanche ». Suite à cet incident, il retourne à l'hôpital psychiatrique pour une nouvelle mise en observation, suite à laquelle il est placé en centre fermé. Il est estimé qu'il existe des circonstances exceptionnelles qui justifient qu'il soit mis à la disposition du gouvernement jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise » dans sa procédure d'asile. Cette décision est confirmée par les juridictions d'instruction. L'intéressé restera finalement plusieurs mois en centre fermé, malgré un arrêt du CCE annulant le refus du CGRA, jusqu'à ce que le CCE lui octroie finalement la protection subsidiaire.

Éloignement de certains étrangers introduisant une demande de protection internationale

- Si la règle demeure qu'en principe aucune mesure d'éloignement du territoire ou de refoulement de manière forcée ne sera exécutée à l'égard du demandeur de protection internationale dès la présentation de sa demande, la nouvelle loi y introduit néanmoins quelques exceptions. En ce qui concerne le demandeur qui est en détention :
 - Un éloignement est désormais possible avant la décision du CGRA, à partir de la troisième demande de protection (= deuxième demande ultérieure), si le demandeur se trouve en détention préalablement à la présentation de la précédente demande déclarée irrecevable et que le CGRA avait estimé dans ce cadre qu'il n'y avait pas de violation du principe de non refoulement (Article 57/6/2, §3).
 - Un éloignement est possible pendant le recours au CCE (Art. 39/70). Depuis 2014, ceci était permis à certaines conditions lorsque le demandeur déposait sa demande dans les 48 heures qui précédaient son éloignement. Cette règle des 48 heures est supprimée et remplacée par la possibilité d'éloigner le demandeur qui a introduit une première demande ultérieure de protection internationale dans l'année suivant la décision finale concernant sa demande de protection internationale précédente, alors qu'il se trouvait en détention et si, selon le CGRA, cela n'entraîne de risque de violation du principe de non-refoulement (Article 39/70).
 - Le principe du recours suspensif ne s'applique donc plus lorsqu'une décision de retour n'entraîne pas de refoulement direct ou indirect et que l'intéressé a introduit une nouvelle demande ultérieure de protection internationale à la suite d'une décision finale sur une première demande ultérieure de protection internationale⁵⁵.
- Cette dernière condition reprise à l'article 39/70 et l'article 57/6/2, §3, de ne pas entraîner de refoulement direct ou indirect, devra en toute hypothèse être rencontrée pour se conformer aux obligations internationales de la Belgique.

Délivrance de l'OQT ou de la décision de refoulement

- Parmi les objectifs mentionnés dans les travaux parlementaires de la nouvelle loi figurent notamment le fait « d'optimiser » la politique de retour et de rationaliser la délivrance des OQT.
- Dans certains cas, l'OQT ou la décision de refoulement sera donc suspendu pendant la période durant laquelle le demandeur peut conformément à l'article 49/3/1 et 39/70 de la loi sur les étrangers, rester sur le territoire (la personne est mise en possession d'un document de séjour temporaire) ou à la frontière (pendant le traitement de sa demande de protection internationale), et pourra ensuite être réactivé, ce qui a d'ailleurs été préconisée par la CJUE dans son arrêt *J.N.*⁵⁶ Ce sera notamment le cas si un OQT ou une décision de refoulement a déjà été notifié avant une demande de protection internationale (art. 52/3, §3).
- En outre, un OQT ne sera plus délivré automatiquement à l'issue de la décision du CGRA mais seulement après l'expiration du délai de recours contre la décision du CGRA, ou si un recours

⁵⁵ Article 39/70, alinéa 2, 2° de la loi sur les étrangers.

⁵⁶ CJUE, *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 15/02/2016, C-601/15. Pour une analyse de l'arrêt, voir Myria, *La migration en chiffres et en droits*, 2016, p.225.

est introduit après l'arrêt du CCE si ce dernier rejette le recours. Un OQT pourra quand même être délivré directement après la décision du CGRA à partir de la troisième demande de protection internationale si celle-ci est jugée irrecevable (Article 52/3, §1).

Délai de recours contre la décision du CGRA du demandeur en détention : 5 jours

- Le délai de recours général de 30 jours reste en vigueur, mais sera à réduit à :
 - Dix jours si le demandeur de protection internationale se trouve en détention au moment de la notification de la décision.
 - Cinq jours si le demandeur est en détention au moment de la notification et que lui est notifiée une décision d'irrecevabilité prise contre une demande ultérieure de protection internationale pour laquelle aucun élément ou fait nouveau « n'apparaît ni n'est présenté par le demandeur ».
- Ces délais semblent fort courts, en particulier le délai de cinq jours, car il s'agit là de cinq jours calendriers et non de jours ouvrables. Or, le service social du centre fermé n'est pas accessible les weekends et jours fériés et les avocats sont également difficilement joignables. Ainsi, dans le cas d'une notification qui interviendrait à la veille d'un jour férié suivi d'un week-end ou inversement, ce délai de recours sera en pratique réduit à deux jours. Dans ce délai, il s'agit d'abord de trouver un avocat disponible et ensuite, pour celui-ci, d'introduire un recours au CCE. Il n'est pas possible de se contenter d'un recours de pure forme puisque la procédure au CCE est essentiellement écrite : la requête doit être adéquatement motivée et contenir dès le début tous les raisonnements juridiques invoqués puisqu'il n'est pas possible d'ajouter des arguments par la suite⁵⁷. Myria estime donc que ce délai trop court porte atteinte au droit à exercer un recours effectif.
- En outre, l'existence de ces deux délais réduits peut être de nature à induire de la confusion dans le chef des étrangers détenus qui ne disposent que d'un délai assez court pour agir et il est nécessaire, selon Myria, que le délai applicable au cas d'espèce soit clairement indiqué dans la décision, qui actuellement ne renvoie qu'à la disposition légale qui contient les différents délais de recours.

Un recours devant la Cour constitutionnelle a été introduit à l'encontre de certaines dispositions de ces lois par neuf associations en septembre 2018⁵⁸.

- Suite à la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Paposhvili⁵⁹, une nouvelle procédure a été mise en place pour les personnes en détention. Pour chaque nouvel arrivant en centre fermé, le médecin du centre remplit une attestation médicale qui indique si la personne souffre ou non d'une maladie qui pourrait constituer un risque de traitement inhumain ou dégradant (contraire à l'article 3 de la CEDH) en cas de retour, ou si des examens complémentaires doivent être réalisés pour le déterminer. S'il détermine qu'un tel risque existe, une deuxième attestation est complétée. Il est alors demandé au service central de l'OE (service Medcoi) de vérifier si les traitements

⁵⁷ L'art. 39/69 de la loi sur les étrangers précise que la requête doit contenir les moyens juridiques invoqués contre la décision attaquée « sous peine de nullité » et l'art. 39/60 de la même loi précise que la procédure est écrite et qu'il « ne peut être invoqué d'autres moyens que ceux exposés dans la requête ou dans la note ».

⁵⁸ Communiqué de presse, Un recours contre des lois liberticides et contraires à la Constitution, www.cire.be/presse/communiques-de-presse/un-recours-contre-des-lois-liberticides-et-contraires-a-la-constitution.

⁵⁹ Cour eur. D.H [GC], *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016. La Cour y a considéré qu'il est interdit d'éloigner un étranger gravement malade lorsqu'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 exposé 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 (contraire à l'article 3 CEDH) ». A ce sujet, voir : Myria, *La migration en chiffre et en droit 2017*, p.164.

recommandés sont disponibles et accessibles dans le pays de retour. Si c'est le cas, il sera procédé à l'éloignement, sinon, la personne peut faire appel au programme 'Special Needs' ou être libérée. En 2017, 42 demandes d'information ont été adressées au service Medcoi dans ce cadre, suite à quoi 3 personnes ont été libérées. Certaines personnes ont également bénéficié du programme 'Special Needs' mais les chiffres à ce sujet ne permettent pas de distinguer celles qui en ont bénéficié dans le cadre de cette nouvelle procédure⁶⁰. Notons que cette procédure diffère un peu pour les éloignements vers un autre État membre de l'UE dans le cadre du règlement Dublin. L'avis du service Medcoi n'est en effet pas demandé car il est présumé que la disponibilité et l'accès aux traitements médicaux sont similaires dans l'ensemble des pays de l'UE. En cas de problèmes médicaux, ceux-ci sont en principe indiqués dans les documents transmis à l'État membre avant le transfert en vue de l'administration des soins et traitements médicaux nécessaires⁶¹. Pour le renvoi vers certains pays (actuellement : l'Italie, la Grèce et la Hongrie), l'OE veille à obtenir des garanties du pays en question sur l'accueil et la prise en charge de la personne à son arrivée⁶².

d) Éloignement

- Une **Commission d'évaluation** en matière de retour et d'éloignement des étrangers, présidée par le Professeur Marc Bossuyt a été mise en place par le gouvernement en mars 2018. Elle résulte notamment des discussions politiques et médiatiques de 2017 et du début 2018 sur l'éloignement de ressortissants soudanais. La Commission réunit, en principe chaque mois et pour une période d'au moins deux ans, des responsables de différentes instances publiques (Office des étrangers, CGRA, Fedasil) ainsi que la hiérarchie des services de police et des représentants du secteur aéronautique. Elle a pour mission d'évaluer la mise en œuvre pratique du cadre légal et réglementaire de la politique de retour ainsi que la collaboration entre les différents acteurs. Un rapport avec des recommandations est prévu à la mi-parcours. Myria, comme d'autres organisations du secteur, a été invitée par la Commission à transmettre ses observations et points d'attention à la Commission, ce qu'il a fait.
- Le 22 septembre 2018 a été marqué par les commémorations de la mort, 20 ans plus tôt, de **Sémira Adamu**⁶³. Cette jeune nigériane de vingt ans est morte par étouffement lors de sa tentative de refoulement, suite à l'usage par les policiers escorteurs d'un coussin positionné sur ses genoux et contre lequel sa tête était bloquée.
- En avril 2018, l'**Inspection générale de la police fédérale et de la police locale (AIG)** a publié un rapport global de ses activités 2013-2017. Sur sa mission relative au contrôle des retours forcés, seuls les chiffres généraux des contrôles réalisés par année sont présentés. Si Myria se réjouit de la publicité de ces chiffres (qui n'avaient plus été publiés depuis 2011), il regrette néanmoins que les rapports annuels spécifiques à cette mission (qui reprennent en détails : les chiffres, les constats, les recours à la contrainte, les recommandations émises, etc.) ne soient toujours pas rendus publics. Myria présente dans la partie chiffre de ce rapport une compilation des chiffres du rapport d'activités de l'AIG 2013-2017 ainsi que ceux des rapports annuels (non publics) 2013, 2014, 2015, 2016 et 2017.

⁶⁰ Informations reçues de l'Office des étrangers le 15 octobre 2018.

⁶¹ Article 32 §1 du règlement Dublin III.

⁶² Informations reçues de l'OE lors d'une rencontre le 9 octobre 2018.

⁶³ Voir à ce sujet : Myria, *Myriadocs 5 Détention, retour et éloignement des étrangers en Belgique (2017), Un retour : à quel prix ?*, pp. 82-84. Des collectifs et associations – réunis au sein de la coordination Semira Adamu 2018 – ont organisé une série d'actions entre le 14 septembre et le 13 octobre 2018 (interventions dans l'espace public, concerts, publications, théâtre, ateliers, débats, expositions, discussions, rassemblements).

Encadré 2 : L'obligation d'examiner le risque de mauvais traitement avant tout éloignement

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » : c'est ce que stipule l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition implique l'interdiction absolue de renvoyer un étranger vers un pays où il existe un risque réel qu'il y subisse un tel traitement (principe de non-refoulement) ou une atteinte à sa vie. Ce principe a récemment été au cœur de l'actualité, entre autres suite aux opérations d'arrestation et d'identification de migrants en transit, notamment soudanais, ainsi qu'au rapatriement en 2017 d'une dizaine d'entre eux. L'État belge a-t-il exposé des personnes à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants en les renvoyant vers le Soudan ? Avant de ce faire, a-t-il réalisé un examen minutieux de ce risque, malgré le fait que ces personnes n'aient pas demandé l'asile ? Le CGRA, chargé par le gouvernement de répondre entre-autre à ces questions, a rendu un rapport d'enquête en février 2018⁶⁴.

Dans son rapport annuel *La Migration en chiffres et en droits 2018*⁶⁵, Myria consacre une analyse approfondie – basée sur la jurisprudence belge et européenne – qui se penche sur tous les contours de cette obligation d'examiner le risque de mauvais traitement avant un éloignement : qui doit prouver ce risque ? doit-on examiner ce risque en l'absence d'une demande d'asile ? à quel moment le risque doit-il être évalué ? quels mécanismes sont prévus dans la loi pour ce faire ? comment ce risque est-il évalué actuellement dans la pratique ? Myria y constate que, malgré plusieurs condamnations de la Belgique par les cours européennes à ce sujet, il n'existe toujours aucune procédure uniforme dans la loi belge sur les étrangers permettant un examen systématique de ce risque chaque fois que c'est nécessaire. Le recours au CCE contre un ordre de quitter le territoire ne peut pas non plus garantir le respect du principe de non-refoulement puisqu'il ne peut pas être considéré comme effectif (car n'est pas suspensif de plein droit chaque fois qu'un étranger invoque un risque de mauvais traitements). Depuis la sortie du rapport du CGRA, l'OE a adapté sa pratique et tente d'organiser la manière d'examiner le risque de violation de l'article 3 CEDH en cas de retour et en l'absence d'une demande d'asile. Il a notamment adapté : le questionnaire « droit d'être entendu » destiné aux services de police au moment de l'arrestation ; les questions posées lors de l'entretien social à l'arrivée dans le centre fermé ; l'enregistrement, dans les cas où il considère qu'un examen du risque doit être réalisé par le CGRA, d'une « demande d'asile implicite ». Dans son analyse, Myria y plaide notamment pour la mise en place d'un système qui distingue clairement la décision de retour (qui constate l'irrégularité du séjour de l'étranger et son obligation de quitter le territoire) et la décision d'éloignement (qui identifie clairement le pays de retour après analyse du risque lié à l'article 3 CEDH). Myria y développe également des recommandations en vue de mettre en place des garanties supplémentaires.

2.2. Jurisprudence

De nombreux jugements et arrêts ont été rendus récemment par les juridictions belges dans le cadre de la détention et de l'éloignement. Myria en reprend ici quelques exemples pour illustrer différentes thématiques :

⁶⁴ CGRA, *Le respect du principe de non-refoulement dans l'organisation des retours de personnes vers le Soudan*, 8 février 2018.

⁶⁵ *Analyse : L'étape ultime de la protection : l'obligation d'examiner le risque de mauvais traitements avant tout éloignement* dans Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, pp. 54-68.

Détention dans le cadre du règlement Dublin III

Par un arrêt rendu en décembre 2017⁶⁶, la Cour de cassation a estimé que le règlement Dublin III était applicable à la détention d'un étranger en séjour irrégulier, même en l'absence d'une nouvelle demande de protection internationale introduite par ce dernier en Belgique. La Cour constate qu'une demande de reprise en charge avait été faite par la Belgique à un autre État membre au sein duquel une demande de protection avait été préalablement introduite.

Le CCE a jugé de même dans plusieurs arrêts rendus en mars 2018⁶⁷. Il ajoute en outre, que dans le cas où l'étranger concerné n'a plus de demande de protection internationale pendante dans un autre État membre, la Belgique dispose du choix de le renvoyer, sur base de la directive retour, vers son pays d'origine ou de le transférer, en vertu du règlement Dublin III, vers un autre État membre qui serait responsable de l'intéressé. Si la Belgique fait le choix de demander une reprise en charge à cet État membre, le règlement Dublin III s'applique et, de ce fait, il en est de même des procédures et garanties qu'il prévoit en matière de détention.

Suite à cette jurisprudence, l'OE a adapté les décisions de maintien remises à une personne en séjour irrégulier (qui ne demande pas l'asile en Belgique) auquel le règlement Dublin III est applicable. Précédemment, cette personne recevait généralement une annexe 13septies qui se fondait sur base du seul article 7 de la loi sur les étrangers en matière de séjour irrégulier. Dorénavant, la personne peut recevoir : 1) une « décision de maintien dans un lieu déterminé en vue de la détermination de l'État membre responsable (parfois libellée annexe X1) » ; 2) une « décision de maintien dans un lieu déterminé en vue du transfert vers l'État membre responsable (parfois libellée annexe X2) ». L'utilisation de ces nouvelles décisions (se fondant directement sur le règlement Dublin III et non sur la loi sur les étrangers) ont posé pas mal de questions auprès des juridictions compétentes pour en recevoir les recours (juridictions d'instruction ou CCE⁶⁸). Entre temps, des juridictions d'instruction se sont déclarées compétentes pour contrôler la légalité de ces deux décisions de maintien⁶⁹. Le CCE a déjà également examiné un recours contre une décision de maintien dans un lieu déterminé en vue du transfert vers l'État membre responsable (annexe X2), sans se déclarer incompétent pour statuer sur le recours introduit⁷⁰.

Transfert dans le cadre du règlement Dublin III

Par un arrêt du 8 juin 2018⁷¹, le CCE a estimé que la situation en Grèce en matière d'asile et d'accueil ne constituait plus une défaillance systémique telle que tout transfert vers ce pays devait être empêché. L'absence de vulnérabilité particulière de l'intéressé constatée en l'espèce ainsi que les garanties données par la Grèce sur les conditions dans lesquelles il serait accueilli permettaient donc, selon le CCE, d'effectuer son transfert, ce qui a donc été réalisé. Cela constituait une première en sept ans, depuis la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *M.S.S*⁷². Depuis lors, et jusqu'au 3 septembre 2018, il y a eu 2 transferts vers la Grèce (dont l'un avec et l'autre sans escorte).

⁶⁶ Cass., 20 décembre 2017, P.17.1192.F.

⁶⁷ CCE, 8 mars 2018, 200.933 ; CCE, 9 mars 2018, 200.976 et 200.977.

⁶⁸ Voir notamment concernant l'annexe X1 : TPI, Ch. du Conseil, Bruxelles, 9 mai 2018 (qui se déclare incompétent pour en apprécier la légalité) et CCE, 16 mai 2018, n° 203 838 (déclarant le recours irrecevable car la décision attaquée constitue selon lui une mesure de privation de liberté qui relève des compétences des juridictions d'instruction) ; CCE, 31 mai 2018, n°204.794 ; CCE, 8 août 2018, n°207.586.

⁶⁹ Voir notamment : CMA, 26 juin 2018, Liège ; TPI, Ch. du Conseil, Liège, 15 juin 2018 ; TPI, Ch ; du Conseil, Bruxelles, 4 juillet 2018.

⁷⁰ CCE, 30 juillet 2018, n°207.360.

⁷¹ CCE, 8 juin 2018, n° 205 104.

⁷² Cour eur. D.H, *M.S.S contre la Belgique et la Grèce*, 21 janvier 2011, n°30696/09.

Le CCE a par contre suspendu, dans un arrêt de février 2018 rendu en extrême urgence, un transfert vers l'Italie qui présentait un risque de violation de l'article 3 de la CEDH, compte tenu notamment des déclarations du requérant concernant des mauvais traitements subis précédemment lors de son arrivée en Italie⁷³. En septembre 2018, le Comité des Nations-Unies contre la torture a condamné la Suisse pour le renvoi en Italie d'une victime de torture dans le cadre du règlement Dublin. Il a estimé que la Suisse n'avait pas réalisé une évaluation individualisée suffisante du risque en cas de transfert vers l'Italie et qui aurait tenu compte de l'expérience personnelle du requérant en tant que victime de torture⁷⁴.

Détention des demandeurs de protection internationale

Dans un arrêt de décembre 2017, la Cour de cassation a estimé que la détention d'un demandeur de protection internationale à la frontière ne pouvait être justifiée par le seul fait que l'intéressé avait introduit une demande ou que la détention permettait de garantir son éventuel refoulement. Cette détention aurait dû faire l'objet d'un examen individualisé de la situation, pour en démontrer le caractère nécessaire, conformément à l'article 8.2 de la directive accueil. Néanmoins, la nouvelle loi entrée en vigueur en mars 2018 ne prévoit toujours pas que des mesures moins coercitives doivent être envisagées à la frontière contrairement aux exigences de la directive accueil (voir ci-dessus)⁷⁵.

Délai de l'interdiction d'entrée

Le CE⁷⁶ a suivi la position adoptée par la CJUE en 2017 dans l'affaire *Ouhrami*⁷⁷ sur le point de départ du délai de l'interdiction d'entrée. Il a estimé que l'article 74/11, §3 de la loi sur les étrangers doit donc être interprété de la manière suivante : l'interdiction d'entrée existe et est obligatoire dès le jour de sa notification, mais le délai pour lequel l'interdiction d'entrée a été fixée « ne commence à courir qu'après que l'intéressé a effectivement quitté le territoire ».

Ordre public

Le CCE a rendu plusieurs arrêts en lien avec des OQT pris à l'encontre d'étrangers dont le comportement a été jugé contraire à l'ordre public. Il a ainsi :

- annulé la décision de refus de séjour et l'OQT délivrés à un ressortissant de pays tiers. Il a estimé que les faits sur base desquels cet étranger était considéré comme présentant un risque pour l'ordre public ne résultaient que d'une série de rapports de police, et non de poursuites ou de condamnations. Ceci ne constituait donc pas une motivation adéquate car ces éléments ne permettaient pas de comprendre en quoi l'intéressé représentait une « menace grave » pour un intérêt fondamental de la société⁷⁸. Myria a déjà soulevé le caractère flou de la notion d'ordre public, qui a pourtant des conséquences importantes en matière de détention et d'éloignement⁷⁹.
- estimé que l'État avait manqué de diligence en adoptant une décision de fin de séjour et d'éloignement contre un étranger né en Belgique, pour des raisons graves d'ordre public en lien avec le terrorisme, sans tenir compte d'éléments invoqués relatifs notamment à l'impossibilité

⁷³ CCE, 9 février 2018, n°199 510.

⁷⁴ Comité des Nations-Unies contre la torture (CAT), *A.N. c. Suisse*, communication n°. 742/2016, 3 août 2018, www.refworld.org/cases,CAT,5b964c664.html.

⁷⁵ Cass., 27 décembre 2017, P.17.1244.F.

⁷⁶ CE, 11 janvier 2018, n°240.394.

⁷⁷ CJUE, *Mossa Ouhrami*, 26 juillet 2017, C-225/16.

⁷⁸ CCE, 31 janvier 2018, n° 199.018.

⁷⁹ Myria, *Rapport annuel Migration 2013*, « Sous la loupe : l'ordre public, la détention et l'éloignement », pp.193-199. Et ci-dessous dans le focus, 5.4. *Vie familiale et ordre public*.

de mener dans son pays d'origine son droit à une vie privée et familiale et au risque d'y subir des mauvais traitements⁸⁰.

- jugé a contrario dans une affaire du même type, de fin de séjour pour des raisons graves d'ordre public, que la décision démontrait une mise en balance des intérêts. Vu le danger représenté pour l'ordre public par l'intéressé, le CCE a estimé que les intérêts de sa famille, y compris des enfants mineurs, ne prévalaient pas sur la sauvegarde de l'ordre public⁸¹.

Le CE a par contre estimé dans une autre affaire que même en l'absence de condamnation pénale, un imam pouvait être éloigné en raison de son comportement jugé dangereux et ce sans violer le principe de la présomption d'innocence ou ses libertés fondamentales de culte et d'expression⁸².

L'obligation d'examiner le risque de mauvais traitement avant tout éloignement en application de l'article 3 de la CEDH

Comme mentionné dans l'encadré ci-dessus, Myria a développé dans son dernier rapport annuel une analyse sur ce principe qui se fonde notamment sur la jurisprudence récente des juridictions administratives et d'instructions⁸³.

Tout comme dans un arrêt du CCE cité dans cette analyse⁸⁴, le CE a également suspendu en extrême urgence dans une autre affaire un OQT qui mentionnait expressément qu'un « examen au fond de l'article 3 et 8 de la CEDH aura lieu au centre fermé ». Il a rappelé que cet examen de conformité à l'article 3 de la CEDH devait avoir lieu avant la prise de l'annexe 13septies, et donc avant l'adoption d'éventuelles mesures de contrainte⁸⁵.

Le CE a par ailleurs aussi, à travers plusieurs arrêts, considéré que l'administration devait veiller au respect de l'article 3 de la CEDH lors de l'adoption de l'ordre de quitter le territoire et ne pouvait se contenter de postposer cet examen sous prétexte qu'elle pourrait opérer une telle vérification « lors de la prise de mesures de contrainte destinées à l'éloignement de l'étranger en cas d'inexécution de l'ordre de quitter le territoire ». De même, le CE a estimé que cet examen ne peut pas se faire uniquement au moment de l'exécution forcée de l'OQT, mais doit aussi déjà l'être au moment de sa délivrance⁸⁶.

⁸⁰ CCE, 22 février 2018, n°200.119.

⁸¹ CCE 22 décembre 2017, n°197.311

⁸² CE, 27 mars 2018, n° 241.138.

⁸³ Voir notamment : Cass., 31 janvier 2018, P.18.0035.F.

⁸⁴ CCE, 22 mars 2018, n°201.546.

⁸⁵ CE, 28 septembre 2017, n°239.259.

⁸⁶ CE, 8 février 2018, n° 240.691. Voir également en ce sens, CE, 29 mai 2018, n° 241.623 et 241.625

Recours contre une décision de la Commission des plaintes

Myria a été contacté dans le cadre d'un dossier relatif à une décision prise par la Commission des plaintes. Cette dernière s'était prononcée sur la situation d'un étranger mis à disposition du gouvernement et détenu en centre fermé dans le cadre du régime en chambre sans contact avec les autres étrangers détenus. La Commission des plaintes avait estimé que son isolement devait être réduit mais de manière partielle et sous condition. La question se posait de savoir quel était la juridiction compétente pour statuer sur un appel contre la décision de la Commission des plaintes. Le CE, auprès duquel un recours avait été introduit par l'avocat de l'intéressé contre cette décision, sur base de la compétence générale du CE en matière d'actes administratifs, s'est estimé incompétent. À la connaissance de Myria, il s'agit de la première fois qu'un recours est introduit contre une décision de la Commission des plaintes. Le CE s'est basé sur les travaux préparatoires relatifs à la création du CCE et en vertu desquels le CCE peut être compétent pour statuer sur des décisions individuelles prises en application d'une réglementation particulière relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers. Le CE a jugé que la décision de la Commission des plaintes, qui est une décision individuelle « qui a trait aux modalités ou conditions de séjour d'un étranger durant son maintien en centre fermé », rentrait dans cette définition et ressortait donc de la compétence du CCE⁸⁷. Un recours a donc été introduit devant le CCE et est actuellement pendant.

⁸⁷ CE, 29 mars 2018, n.241.168.

FOCUS : La détention et la protection de la vie familiale

1. Entre prérogative de l'État à contrôler l'immigration et le droit des individus à la protection de leur vie familiale

La question de la détention et du retour des étrangers fait souvent apparaître une tension : le droit de tout État de contrôler les flux migratoires *versus* le droit de toute personne, y compris en séjour irrégulier, de mener une vie familiale. Le droit à la protection de la vie familiale sans discrimination, est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par la Convention internationale des droits de l'enfant⁸⁸. La question du respect de la vie familiale doit également tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants lorsque la famille en comprend.

Cette tension se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, de manière constante⁸⁹, prône un juste équilibre entre l'intérêt des personnes de mener une vie familiale et le droit des États de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux. Cet équilibre doit se faire sur la base d'un examen de la proportionnalité car le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH) n'a pas un caractère absolu. L'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit est possible si celle-ci est prévue par la loi et « qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁹⁰.

En principe, c'est dans le cadre des procédures de séjour, ou au plus tard avant la délivrance d'un ordre de quitter le territoire⁹¹, que le droit à la protection de la vie familiale de l'étranger doit être examiné. On pourrait donc supposer que les personnes en détention n'ont pas d'attaches familiales (ou que celles-ci ne sont pas suffisantes ou pas suffisamment prouvées) et peuvent donc être éloignées sans violer leur droit à une vie familiale.

Or, en pratique, on se retrouve confronté à un vrai paradoxe puisque régulièrement, dans les centres fermés et dans les maisons de retour, on rencontre des personnes ayant de réelles attaches familiales en Belgique et dont la détention - et davantage encore l'éloignement- pourraient constituer une ingérence dans leur vie familiale. Dans certains cas, on pourrait considérer que les personnes sont elles-mêmes responsables de la situation dans laquelle elles se trouvent (relation familiale pas juridiquement établie, OE non informé de la situation, pas de tentative de régularisation). Dans d'autres cas, la situation semble être de la responsabilité de l'État (non prise en compte ou que de manière superficielle de la vie familiale dans la procédure, conditions du regroupement familial appliquées de manière trop restrictive, délai de rendez-vous trop long pour introduire la demande de regroupement familial avant que l'enfant n'ait atteint 18 ans).

⁸⁸ Art.8 et 14 de la CEDH, art.7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et art.2, 9 et 10 de la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après : CIDE).

⁸⁹ Arrêt de principe : Cour eur. D. H., *Jeunesse c. Pays-bas*, 3 octobre 2014.

⁹⁰ Art.8 § 2 de la CEDH.

⁹¹ Où le principe du 'droit d'être entendu' doit s'appliquer c'est-à-dire le droit pour toute personne de faire valoir tout élément de sa situation personnelle (vie familiale, état de santé, craintes en cas de retour, etc.) qui pourrait avoir une influence sur la délivrance ou non d'un ordre de quitter le territoire.

Dans le cadre de son travail sur la détention, le retour et l'éloignement d'étrangers, Myria est régulièrement confronté à des situations qui mettent en avant des problématiques familiales en centre fermé. C'est pourquoi, il a décidé de consacrer le focus de ce rapport à l'analyse du respect du droit à la protection de la vie familiale des personnes en détention, en pointant quelques situations particulières. Les aspects sélectionnés l'ont été en fonction des problématiques rencontrées dans le cadre des permanences juridiques mais aussi sur la base d'interpellations de nos partenaires. Cette analyse ne portera pas sur les problématiques liées aux situations spécifiques dans les maisons de retour.

Nous aborderons successivement certains aspects de la vie familiale en détention : la vie familiale dans les centres fermés, les questions liées à la détention et l'éloignement d'une femme enceinte, la procédure permettant d'établir un lien de filiation en détention, l'introduction d'une demande de regroupement familial en détention, le remboursement des frais de rapatriement et de détention ainsi que le droit de vivre en famille, la vie familiale et l'ordre public.

L'objectif de ce rapport n'est pas d'analyser l'examen qui est fait de l'article 8 de la CEDH ni pourquoi les personnes se sont retrouvées en détention malgré une éventuelle vie familiale. Il est plutôt d'analyser comment les personnes en détention en vue d'un éloignement peuvent encore faire valoir certains aspects de leur vie familiale.

Cas pratique

Un monsieur marocain, autorisé au séjour pour une durée illimitée est marié avec une femme belge avec laquelle il a eu 4 enfants également de nationalité belge.

La famille part en vacances en Turquie. À leur retour, Monsieur est arrêté à la frontière et placé en centre fermé car, sans le savoir, il a été radié d'office par la commune (Monsieur n'était, tout comme les autres membres belges de sa famille, plus inscrit à son adresse de résidence). Son titre de séjour était toujours valable et il déclarait ne pas avoir eu connaissance d'une procédure de radiation à son égard.

Myria est contacté et tente de comprendre ce qu'il s'est passé. Il apparaît que le propriétaire de leur logement a effectué des travaux dans l'immeuble et que l'agent de quartier a considéré que la famille n'habitait plus là.

Son épouse a dû prendre contact avec l'agent de quartier et monsieur a pu être libéré mais après plusieurs semaines en centre fermé.

Comment est-il possible qu'une personne en ordre de séjour en Belgique, membre de la famille de citoyens belges, soit mis en détention ?

N'était-il pas possible pour les autorités de vérifier sa situation avant de le placer en détention ?

2. Vie familiale dans les centres fermés

2.1. Visites familiales et visites intimes

Sur la base des rapports annuels 2017 des centres fermés (qui ne sont toujours pas rendus publics, ce que Myria déplore), il est possible de connaître le nombre de visites familiales, amis et connaissances, ainsi que le nombre de visites intimes qui ont eu lieu. Ces chiffres permettent d'illustrer les attaches familiales et privées dont disposent encore les personnes en détention.

Visites familiales

En 2017, on recense un total de 12.722 visites familiales, d'amis et de connaissances dans les centres fermés, par 14.709 visiteurs⁹². Ce chiffre donne une indication, mais il n'est malheureusement pas possible de distinguer parmi celles-ci, les visites qui ont été effectuées par des membres de la famille de la personne détenue et celles qui l'ont été par des amis et des connaissances.

Visites intimes

Une visite intime est permise sous certaines conditions prévues par l'arrêté royal sur le fonctionnement des centres fermés⁹³. La personne est détenue depuis minimum 1 mois, doit prouver qu'elle est mariée ou cohabitant légal ou être dans une relation durable de minimum 6 mois, et introduire sa demande conformément aux règles déterminées au sein du règlement d'ordre intérieur (à savoir, en pratique, généralement disposer de l'accord du directeur du centre). Une durée minimum de 2h est prévue et les personnes peuvent en faire la demande au moins une fois par mois.

Lors d'une réunion des directeurs des centres en octobre 2011, il a été décidé que ce type de visite pouvait être ouverte à d'autres membres de la famille (enfant par exemple) et que la fréquence d'une fois par mois était un droit minimum⁹⁴.

En 2017, il y a eu un total de 516 visites intimes dans les centres fermés⁹⁵.

Les critiques fréquemment relatées à Myria par les proches des personnes détenues - tant pour les visites familiales qu'intimes- sont les trajets à devoir effectuer pour ces visites, d'autant que certains centres sont difficilement accessibles. En effet, le lieu de résidence des personnes mises en détention et de leurs membres de famille n'est pas pris en compte lors de la sélection du lieu de détention, ce qui entraîne souvent de longs trajets pour les éventuels visiteurs.

⁹² Nombre de visites en 2017 : 1.788 au centre fermé Caricole (par 1.176 visiteurs), 3.132 au centre fermé de Merksplas (par 5.134 visiteurs), 2.350 au centre fermé de Bruges (par 3.540 visiteurs, information transmise par l'OE à Myria), 2.670 au centre fermé 127bis (par 1.404 visiteurs, information transmise par l'OE à Myria) et 2.782 au centre fermé de Vottem (par 3.455 visiteurs).

⁹³ Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art.36.

⁹⁴ Centre pour illégaux Merksplas, *rapport annuel 2017*, p.56. Certains centres prévoient dans les conditions une visite toutes les deux semaines.

⁹⁵ 91 à Caricole, 138 au centre fermé de Merksplas, 59 au centre fermé de Bruges, 119 au 127bis et 109 au centre fermé de Vottem.

2.2. La détention des couples et membres de famille majeurs

Sur les 5 centres fermés, une détention en couple ou en famille de personnes de sexe différent (enfants majeurs par exemple) n'est plus possible que dans 2 centres. En effet, les centres fermés de Vottem et de Merksplas ne sont ouverts qu'aux hommes et l'aile 'famille' du centre fermé 127bis est devenu le centre pour transmigrants géré par la police. Il reste donc le centre fermé de Caricole et celui de Bruges.

Les couples ne sont pas systématiquement mis dans une même chambre. L'OE explique que tout dépend de l'infrastructure du centre et du souhait des intéressés. Au niveau de l'infrastructure, seul le centre fermé Caricole a la possibilité de mettre des membres de famille dans une même chambre. À Bruges, les hommes et les femmes ne sont pas mis dans les mêmes ailes. En ce qui concerne les couples homosexuels, il est, selon l'OE, d'usage de rester très discrets, les personnes ne souhaitant pas avoir de problèmes avec les autres résidents.

Il n'existe pas de chiffres qui permettent d'avoir une vue sur le nombre de couples ou de familles qui sont placés en détention.

2.3. La détention des familles avec enfants mineurs

La situation en Belgique avant août 2018 et l'ouverture des unités familiales au 127 bis

La loi sur les étrangers a intégré en 2011 une disposition sur la détention en centres fermés des familles avec enfants mineurs⁹⁶. Celle-ci autorise la détention pour une durée aussi courte que possible à la condition que les lieux soient adaptés aux besoins des enfants, notion qui n'a pas été davantage définie. Néanmoins, les familles avec enfants mineurs n'étaient en principe plus détenues et demeuraient à la place dans des lieux alternatifs à la détention mis en place en 2008, les maisons de retour. Il arrivait toutefois encore que des familles avec enfants soient enfermées au centre fermé Caricole pour une brève durée, généralement moins de 24 heures, soit à leur arrivée à la frontière aéroportuaire - en vue d'un refoulement, soit avant un transfert en maison de retour, soit avant un éloignement forcé. Il existait depuis plusieurs années le projet de construction de nouvelles unités familiales au sein du centre fermé 127bis.

Ce 11 août 2018 a été marqué par l'ouverture de ces unités destinées à détenir des familles avec enfants mineurs en vue de leur éloignement ou de leur refoulement. Myria déplore la mise en œuvre de ce projet, selon lui contraire notamment à l'intérêt supérieur de l'enfant et réitère sa position : la détention d'un enfant pour des raisons migratoires devrait être interdite par la loi. Myria a également déjà recommandé que les moyens octroyés aux alternatives à la détention soient renforcés et qu'une évaluation régulière et transparente de ces alternatives soit organisée pour en permettre une éventuelle amélioration⁹⁷.

L'ouverture de ces unités a également suscité de nombreuses réactions critiques émanant notamment de plus de 325 organisations qui soutiennent la position contre la détention des enfants, dans le cadre de la campagne : "On n'enferme pas un enfant. Point"⁹⁸.

Positionnement au niveau international

Myria s'appuie également à cet égard sur le point de vue adopté depuis déjà plusieurs années par de **nombreux spécialistes et institutions internationales**, notamment le Conseil de l'Europe, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, le Rapporteur spécial

⁹⁶ Art. 74/9 de la loi sur les étrangers.

⁹⁷ Myria, *La migration en chiffres et en droits 2016*, La détention de familles avec enfants mineurs en centre fermé, pp. 232-233.

⁹⁸ Pour plus d'informations, voir le site web de la campagne : www.onnenfermepasunenfant.be/#splash.

des Nations Unies sur la torture et l'Unicef⁹⁹. Tous s'accordent sur le fait que la détention est néfaste pour les enfants et peut avoir des conséquences graves et traumatisantes à plus ou moins long terme sur leur santé physique et mentale. Et ce, même si elle est de très courte durée et qu'elle se fait dans des conditions relativement humaines. Récemment encore **le Comité des Nations Unies pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants** et des membres de leur famille et le **Comité des droits de l'enfant** ont affirmé dans une observation générale conjointe « *que les enfants ne devraient jamais être détenus pour des raisons liées au statut migratoire de leurs parents et les États devraient mettre fin rapidement et sans délai à la détention des enfants pour des motifs d'immigration et éradiquer cette pratique. Tout type de détention d'enfants liée à l'immigration devrait être interdit dans la loi et cette interdiction devrait être pleinement mise en œuvre dans la pratique* »¹⁰⁰.

En juin 2018, la **Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe** a d'ailleurs une fois de plus appelé le gouvernement belge à ne pas « en revenir à des pratiques du passé qui mettent en danger la protection des droits de l'enfant »¹⁰¹. Elle y réfute également l'argumentation du gouvernement selon laquelle les alternatives à la détention ne donnent pas les résultats escomptés en indiquant que cette situation pourrait être résolue en accroissant les efforts pour améliorer ces solutions de rechange, plutôt qu'en réintroduisant la détention en centres fermés.

Par ailleurs, si la Cour européenne des droits de l'homme n'interdit pas en tant que telle la détention des mineurs dans le contexte migratoire, elle a néanmoins restreint le cadre dans lequel cela semble envisageable¹⁰². Elle a ainsi condamné la Belgique à trois reprises, en 2006, 2010 et 2011¹⁰³ pour avoir détenu des enfants dans le centre 127bis en attente de leur éloignement dans des conditions de détention constitutives de traitements inhumains ou dégradants (en violation de l'article 3 de la CEDH). Elle a aussi condamné d'autres pays, tels que récemment la Bulgarie¹⁰⁴ ou la France¹⁰⁵, notamment cette dernière en raison de l'exposition à des nuisances sonores importantes dans un centre fermé se trouvant à proximité immédiate des pistes d'atterrissage d'un aéroport (tel que l'est également le centre fermé 127bis). Les autorités belges indiquent néanmoins que selon elles, la situation actuelle est très différente de celles qui ont mené aux condamnations de la Belgique puisque l'infrastructure a été adaptée pour les familles et que des mineurs non accompagnés n'y sont plus enfermés.

⁹⁹ Pour une liste plus précise des différentes positions développées par des instances internationales jusqu'en 2016, Voir Myria, *La migration en chiffres et en droits* 2016, *La détention de familles avec enfants mineurs en centre fermé*, pp. 232-233.

¹⁰⁰ Observation générale conjointe no 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017, § 5.

¹⁰¹ Conseil de l'Europe, *La Commissaire appelle la Belgique à ne pas recommencer à placer des enfants migrants en détention*, 5 juin 2018, www.coe.int/fr/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-belgium-not-to-resume-detention-of-migrant-children?inheritRedirect=true&redirect=%2Fweb%2Fcommissioner%2Fthematic-work%2Fmigration.

¹⁰² Pour plus d'informations à cet égard voir Cour eur. D.H., *Fiche thématique – Les mineurs migrants accompagnés en détention*, avril 2018, www.echr.coe.int/Documents/FS_Accompanied_migrant_minors_detention_FRA.pdf et *Fiche thématique - Les mineurs migrants non-accompagnés en détention*, janvier 2018, www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_FRA.pdf.

¹⁰³ Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, n° 13178/03 ; Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, 41442/07 ; Cour eur. D.H., *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011, 15297/09.

¹⁰⁴ Cour eur. D.H., *S.F. et autres c. Bulgarie*, 7 décembre 2017.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., *M. e.a. c. France*, 12 juillet 2016, 33201/11; *A.B. e.a. c. France*, 12 juillet 2016, 11593/12; *A.M. e.a. c. France*, 12 juillet 2016, 24587/12; *R.C. e.a. c. France*, 12 juillet 2016, 76491/14; *R.K. e.a. c. France*, 12 juillet 2016, 68264/14. voir Myria, *MyriaDoc 5 Détention, retour et éloignement*, novembre 2017, p. 46.

Sur base des visites qu'il a pu effectuer avant et après l'ouverture des unités familiales (en mai et en septembre 2018), Myria considère néanmoins que, malgré les aménagements pour tenter d'y remédier (telles que les jeux et objets récréatifs et bâches sur les grillages), tant l'impression d'incarcération que le niveau sonore élevé restent bien présents.

Les alternatives à la détention

Myria rejoint le point de vue de la Commissaire aux droits de l'Homme : si les autorités mettent régulièrement en exergue le taux limité de renvois effectifs au départ de ces maisons de retour (37% d'éloignements, contre 34% de fuite et 29% de libérations en 2017), il faut se garder de considérer ce résultat de manière purement arithmétique : quelques familles acceptent, via ces maisons de retour, de réaliser un « deuil migratoire » qui est par définition très difficile. Myria a déjà exprimé qu'à son sens il faudrait plutôt renforcer les moyens matériels et humains dédiés aux maisons de retour, ainsi qu'à d'autres formes d'alternatives telles que l'accompagnement à domicile, plutôt que de recourir à l'enfermement de familles¹⁰⁶. C'est d'ailleurs sur ce point que Myria ainsi que trois autres institutions indépendantes (le Médiateur fédéral, le Délégué général aux droits de l'enfant et le Kinderrechtencommissaris) avec lesquelles il a effectué une visite commune des unités familiales en septembre 2018 ont demandé l'évaluation des mesures d'éloignement qui n'impliquent pas l'enfermement d'enfants¹⁰⁷.

Modification du cadre réglementaire

L'arrêté royal qui régit le fonctionnement des centres fermés a été modifié par un arrêté royal publié le 1^{er} août 2018¹⁰⁸ en vue d'intégrer des règles spécifiques pour les familles. Ce nouvel arrêté royal pose question à différents niveaux et fait d'ailleurs l'objet d'un recours en suspension et en annulation au Conseil d'État. Outre le fait qu'il ne spécifie pas comment, dans la pratique, les autorités doivent veiller à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, certaines dispositions sont assez préoccupantes. Citons notamment celles qui permettent :

- une durée de détention qui peut à certaines conditions aller jusqu'à un mois (14 jours renouvelables). Il n'y a néanmoins pas de garantie que cette limite ne soit purement théorique puisque généralement les délais de détention sont remis à zéro après chaque tentative d'éloignement échouée ;
- pour certaines familles, la possibilité d'être directement enfermées sans avoir pu bénéficier d'alternatives à la détention si un des membres de la famille constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, sans que ces notions ne soient clairement définies ;
- pour des raisons disciplinaires, de placer un mineur de 16 ans ou plus à l'isolement dans un « local » pour une durée maximale de 24h (l'arrêté royal ne garantit pas un accès à l'extérieur, un système de mise en garde préalable et n'apporte pas de précision sur les conditions dans lesquelles les parents pourront visiter leur enfant).

¹⁰⁶ Commissaire aux droits de l'Homme, Lettre à monsieur Theo Francken, Secrétaire d'État à l'asile et la migration, 5 juin 2018, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808b2d5b>.

¹⁰⁷ Myria, Communiqué de presse, *Ouverture imminente des unités familiales dans le centre fermé 127bis*, 10 août 2018, www.myria.be/files/180810_Communique_127bis.pdf.

¹⁰⁸ Arrêté royal du 22 juillet 2018 modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002.

Rien n'est par ailleurs spécifié ni sur l'adaptation des règles relatives à l'usage de la contrainte (qui pourrait aussi être appliquée aux enfants), ni sur l'importance de prendre en compte le respect de l'unité familiale, ni encore concernant la formation aux droits de l'enfant du personnel en charge de ces familles. Deux éléments sont néanmoins spécifiés : 1) la fouille à nu ne peut pas être réalisée sur des enfants mineurs¹⁰⁹ et 2) les mesures d'ordre et de sécurité doivent être adaptées à l'âge, à la maturité et à la vulnérabilité de l'enfant mineur¹¹⁰.

Constats dans la pratique

À la date du 3 octobre 2018, trois familles ont été maintenues dans les unités familiales avec respectivement cinq, quatre et deux enfants mineurs.

C'est le 14 août, qu'une première famille (une mère seule avec quatre enfants) y a été détenue. Celle-ci y est restée jusqu'au 10 septembre, soit durant le délai maximal de 28 jours, avant d'être transférée vers une maison de retour. Les autorités ont estimé que l'éloignement n'avait pas été possible durant le délai de cette détention en raison de l'usage abusif par la famille des procédures existantes¹¹¹. Néanmoins, il est interpellant de constater que cette première famille soit déjà restée durant la période de détention maximale pour être ensuite transférée vers une maison de retour, qui est censée être l'étape antérieure dans le système de cascade. En outre, trois jours plus tard, après la fuite de la famille de la maison de retour, cette dernière fut à nouveau arrêtée et replacée dans les unités familiales. En date du 25 septembre 2018, le Comité des droits de l'enfant, en réponse à une plainte individuelle de la famille (voir encadré ci-dessous), a pris une mesure provisoire priant la Belgique de libérer la famille du centre où elle était détenue. Aucune suite ne sera donnée à cette mesure provisoire et la famille sera finalement éloignée le 9 octobre – soit après un total de plus de 50 jours de détention dans les unités familiales.

Une deuxième famille, également une femme seule avec ses cinq enfants (pour certains nés en Belgique et tous scolarisés), a été détenue en date du le 3 septembre 2018. Pour cette famille, la prolongation de la détention après 14 jours en unités familiales n'a pas été réalisée en raison de l'impact psychologique de la détention sur certains enfants. La famille a été transférée en maison de retour.

Enfin, une troisième famille, encore une fois une femme seule avec deux enfants, a été détenue à partir du 18 septembre et éloignée le 1^{er} octobre 2018.

L'expérience de ces trois premières situations pose des questions importantes sur la durée totale de la détention dans la pratique (pourtant légalement fixée à un maximum de 28 jours), sur le mécanisme d'aller-retour entre les unités familiales et les maisons de retour (qui permet dans la pratique de contourner ces délais et de rendre la détention – si interrompue- illimitée) ainsi que sur l'impact réel et reconnu de la détention sur la santé mentale des enfants.

¹⁰⁹ Article 111/2, §3 de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹¹⁰ Article 97 de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹¹¹ Déclaration du Secrétaire d'État à l'asile et la migration, Theo Francken, sur twitter, 10 septembre 2018.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies

Au sein des Nations-Unies, il existe 10 organes chargés de surveiller la mise en œuvre des principaux traités internationaux sur les droits de l'homme¹¹².

La Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant ainsi que son troisième Protocole facultatif établissant une procédure de communications (OPIC) sont des traités au sens du droit international. La Belgique a ratifié cette convention, qui a été signée par tous les pays dans le monde sauf les États-Unis, ainsi que ses trois protocoles additionnels¹¹³. Ils lient donc la Belgique qui doit en assurer le plein respect.

L'organe de traités en charge de cette Convention est le Comité des droits de l'enfant (CRC) composé de dix-huit experts indépendants, de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine. C'est ce même Comité qui a été habilité par l'OPIC pour connaître des communications individuelles (plaintes), émanant de particuliers, en cas de violation alléguée d'un droit consacré par la Convention.

Dans le cadre de ses prérogatives en matière de communications individuelles, « *Après réception d'une communication, et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgence attention de l'État partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures provisoires qui s'avèrent nécessaires dans des circonstances exceptionnelles pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes des violations alléguées* »¹¹⁴.

En ratifiant la Convention relative aux droits de l'enfant et les trois Protocoles optionnels, l'État belge s'est non seulement engagé à promouvoir, respecter et mettre en œuvre tous les droits qui y sont consacrés mais aussi à se soumettre aux décisions du Comité, y compris celles qui concernent les mesures provisoires.

Suite à une plainte introduite auprès du Comité par les enfants de la famille serbe détenue dans les unités familiales, celui-ci a, en date du 25 septembre 2018, demandé aux autorités belges « de libérer les auteurs du centre de détention de migrants où ils sont détenus »¹¹⁵. Il a néanmoins rejeté la demande de suspendre l'éloignement de la famille durant la procédure d'examen par le Comité.

À la date de rédaction du rapport, l'État n'avait pas donné de réponse officielle à ce courrier et n'avait pas appliqué la mesure puisque la famille est restée maintenue jusqu'au 9 octobre, date de son éloignement. L'OE a réagi officiellement en déclarant qu'il ne reconnaissait pas le pouvoir d'injonction du Comité des droits de l'enfant¹¹⁶. Une telle réponse, provenant d'une administration dont le gouvernement est signataire d'une convention dûment ratifiée par la

¹¹² Le comité des droits de l'homme (CCPR), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), le Comité contre la torture (CAT), le sous-Comité pour la prévention de la torture (SPT), le Comité des droits de l'enfant (CRC), le Comité des travailleurs migrants (CMW), le Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), le Comité des disparitions forcées (CED).

¹¹³ Le 1er protocole concerne l'implication des enfants dans les conflits armés, le 2ème protocole la vente d'enfant, la prostitution d'enfant et la pornographie d'enfant et le troisième protocole les procédures de communications.

¹¹⁴ Art.6, troisième protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion de l'assemblée générale A/RES/66/138 du 19 décembre 2011 entré en vigueur le 14 avril 2014.

¹¹⁵ Lettre du 25 septembre 2018 du Haut-commissariat des droits de l'homme des Nations-Unies expliquant la décision envoyée à l'État à l'avocat de la famille.

¹¹⁶ RTBF, *Famille serbe au 127bis: injonction de l'ONU pour sa libération, que l'Office des Etrangers refuse d'exécuter*, 26 septembre 2018, www.rtb.be/info/belgique/detail_famille-serbe-au-127bis-injonction-de-l-onu-pour-sa-liberation-que-l-office-des-etrangeurs-refuse-d-executer?id=10029695.

Belgique, qui engage l'ensemble de ses autorités administratives est pourtant très interpellante. L'OE a en outre indiqué à Myria¹¹⁷ ne pas avoir libéré la famille car celle-ci avait, entre temps accepté de repartir.

Selon Myria, l'attitude de l'État belge de ne pas appliquer la mesure provisoire demandée par le Comité pose question. Cette procédure de plainte individuelle est assez récente et il existe encore peu de cas où il en a été fait usage. Néanmoins, le non-respect d'une telle mesure provisoire constitue selon Myria une violation du droit international.

Cette question a également fait l'objet de débats parlementaires. Le Premier Ministre a indiqué qu'il existait une différence d'interprétation sur l'application de cette décision entre l'OE, qui contesterait la compétence du Comité, et les Affaires étrangères. Il a donc demandé qu'une analyse juridique soit réalisée par la Chancellerie pour répondre à l'avenir aux problèmes résultant de cette interprétation divergente¹¹⁸. Myria espère que cette analyse mènera à l'application dans le futur de ce type de mesures provisoires.

Myria estime que l'attitude de la Belgique a constitué, en l'espèce, un mauvais exemple pour la communauté internationale en ne semblant pas se sentir liée par les décisions des instances des Nations-Unies. La crédibilité des instruments des Nations-Unies repose en effet grandement sur le respect qui peut en être attendu de la part de ses membres les plus éminents. Si un pays comme la Belgique ne respecte pas aujourd'hui les décisions du Comité des droits de l'enfant, qui les respectera encore demain ?

En outre, comme expliqué ci-dessus, sur trois familles ayant été maintenues dans les unités familiales, l'une d'entre elle a passé au total plus de 50 jours en détention (avec trois jours entre les deux détentions). Même si le Secrétaire d'État à l'asile et la migration explique que la longueur de la détention est de la responsabilité de la famille et des multiples procédures intentées par leur avocat, le fait est là : les enfants ont passé plus de 50 jours en détention. Quel impact celle-ci a-t-elle eu sur les enfants ? Une deuxième famille a déjà été libérée après 14 jours en raison d'un impact traumatisant pour certains enfants. Chaque cas est individuel mais la longueur de la détention pose question d'autant plus que la durée de 28 jours a été présentée comme un délai maximum. Cela veut-il dire également qu'une famille pourrait faire des allers-retours multipliés entre les unités familiales et les maisons de retour, de sorte que sa détention en serait prolongée indéfiniment ?

Myria, dans le cadre de son mandat de veiller au respect des droits fondamentaux des étrangers, suivra de près la détention des familles dans ces unités et continue à plaider pour l'interdiction légale de la détention des enfants et la mise en œuvre de davantage de moyens consacrés aux alternatives à la détention. Ceci d'autant qu'il n'existe pas encore un mécanisme national de prévention chargé du contrôle des conditions de détention qui doit être mis en place dans le cadre de l'OPCAT¹¹⁹.

¹¹⁷ Rencontre avec l'OE, le 8 octobre 2018.

¹¹⁸ Chambre des Représentants, Compte-rendu intégral, Commission de l'Intérieur, CRIV 54 COM 983, pp. 19-21.

¹¹⁹ Voir ci-dessus, *Belgique - Actualités récentes*.

3. Détention, éloignement et grossesse

Cas pratique

Un couple ukrainien est placé en détention dans le cadre d'une demande de transfert « Dublin » vers la Pologne alors que l'épouse est enceinte de 22 semaines. Une première tentative d'éloignement est organisée et refusée par le couple dix jours plus tard. Le couple souhaite attendre le résultat du recours pendant contre la décision de détention (procédure non suspensive) et demande une libération vu la situation de Madame et la présence en Belgique de l'oncle de Monsieur qui s'engage à les prendre en charge en cas de libération. Le jour de la décision de refus du recours et vivant très mal sa détention, Madame fait plusieurs malaises- son état de santé et celui de son bébé sont critiques. Le couple, à ses frais, fait appel à un médecin extérieur au centre fermé et Madame est hospitalisée le jour-même. Elle est alors à plus de 27 semaines de grossesse. Suite à plusieurs échanges précédents avec l'OE, Myria prend alors officiellement contact avec l'OE pour appuyer la demande formulée par l'avocat de prise en charge par la Belgique de l'examen de la demande d'asile (clause humanitaire) qui permettrait la libération de Madame et la prise en charge de celle-ci dans une structure d'accueil. Cinq jours plus tard, l'OE rejette cette demande alors que Madame est encore hospitalisée et que des certificats médicaux attestent de son incapacité à prendre l'avion ou à faire un long trajet durant les semaines à venir. L'OE décide conjointement de libérer Madame avec un OQT de 5 jours (qu'elle n'est médicalement pas à même d'exécuter) et se retrouve donc sans suivi, sans structure d'accueil et, de facto 5 jours plus tard dans l'illégalité – à plus de 28 semaines de grossesse. Une demande de prolongation de l'OQT pour impossibilité médicale de retour est demandée et finalement accordée deux mois plus tard pour une durée d'un mois et demi (couvrant la période de 37 semaines de grossesse à 7 semaines après la date d'accouchement prévue). La fin du délai accordé pour quitter le territoire correspondait également à la fin du délai dans lequel les autorités doivent effectuer le transfert Dublin. Comme le couple était resté en contact avec les autorités et n'avait pas tenter de fuir, la Belgique s'est vu imposer le traitement de la demande d'asile du couple. Monsieur, Madame et le nouveau-né ont donc finalement été mis en possession d'un titre de séjour provisoire (annexe 26) et ont intégré un centre d'accueil pour demandeur de protection internationale, après un parcours périlleux de plus de 9 mois après l'introduction de leur demande d'asile en Belgique.

Une femme étrangère enceinte ne dispose pas, en raison de son état, d'une protection contre la détention ou contre l'éloignement. Ci-dessous sont reprises les dispositions en droit des étrangers qui portent sur la situation des femmes enceintes. En outre, depuis un arrêt-clé rendu en 1999 par la Cour constitutionnelle¹²⁰, la notion « d'impossibilité médicale de retour » s'est développée, rendant ces personnes, sous certaines conditions et de manière temporaire, inéloignables.

3.1. Dispositions juridiques concernant la femme enceinte et ses conditions de détention

Il existe trois textes en droit des étrangers où il est fait référence à la femme étrangère enceinte ou à la grossesse :

- Une circulaire de 2009¹²¹ qui énonce que pour les femmes enceintes, un éloignement forcé ne peut plus être réalisé à partir de 28 semaines de grossesse.
- La « loi accueil » de 2007¹²² prévoit une prolongation de l'aide matérielle à la femme enceinte au plus tôt à 7 mois de grossesse jusqu'au plus tard la fin du 2^{ème} mois suivant l'accouchement¹²³, 7 mois de grossesse correspondant aux semaines 27 à 30.

¹²⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt du 30 juin 1999, n° 80/99.

¹²¹ Circulaire du 29 mai 2009 relative à l'identification d'étrangers en séjour irrégulier, *M.B.*, 15 juillet 2009.

- L'arrêté royal de 2002 sur le fonctionnement des centres fermés¹²⁴ comporte un chapitre intitulé « Naissance ». Ce chapitre ne contient que deux articles prévoyant le cas d'un accouchement d'une femme en détention ainsi que les démarches administratives qui en découlent¹²⁵.

En pratique, Myria n'a pas connaissance d'accouchement ayant eu lieu en centre fermé car en principe, comme un éloignement n'est pas envisageable en toute fin de grossesse (voir ci-dessous), la personne est libérée avant son accouchement.

Sur la base des rapports annuels de chaque centre fermé, on observe que plusieurs femmes enceintes sont détenues chaque année. Elles étaient 59 en 2017¹²⁶. On remarque également que, dans certains cas, l'éloignement a lieu au cours du troisième trimestre de grossesse, c'est-à-dire après la 31^{ème} semaine¹²⁷. D'après les explications reçues par l'OE¹²⁸, il s'agissait de personnes refoulées à la frontière et ayant consenti à leur éloignement.

Il n'existe par contre pas de dispositions spécifiques relatives aux **conditions de détention** d'une femme enceinte. En pratique, la femme enceinte est considérée comme une personne vulnérable et sera, dès son arrivée dans le centre fermé, suivie par le service médical. En cas de besoins spécifiques, elle peut demander, selon une note de service interne à l'OE sur le suivi qui doit lui être donné en détention, une attention particulière (accès à un gynécologue par exemple - voir ci-dessous). Elle pourrait aussi éventuellement bénéficier du programme 'Special Needs', destiné à soutenir les personnes vulnérables¹²⁹.

¹²² Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et certaines autres catégories d'étrangers prévoit en son article 7 §2, 2° que le bénéficiaire de l'aide matérielle peut être prolongée dans le cas où : « l'étranger dont la procédure d'asile et la procédure devant le Conseil d'État se sont clôturées négativement, qui ne peut donner suite à l'ordre de quitter le territoire qui lui a été notifié en raison de sa grossesse. La prolongation du droit à l'aide matérielle s'applique au plus tôt à partir du septième mois de grossesse et se termine au plus tard à la fin du deuxième mois suivant l'accouchement ».

¹²³ Cette loi prévoit en son article 7 §2, 2° que le bénéficiaire de l'aide matérielle peut être prolongé dans le cas où : « l'étranger dont la procédure d'asile et la procédure devant le Conseil d'État se sont clôturées négativement, qui ne peut donner suite à l'ordre de quitter le territoire qui lui a été notifié en raison de sa grossesse. La prolongation du droit à l'aide matérielle s'applique au plus tôt à partir du septième mois de grossesse et se termine au plus tard à la fin du deuxième mois suivant l'accouchement ».

¹²⁴ Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

¹²⁵ Voir les articles 122 et 123 de l'AR du 2 août 2002 :

L'article 122 énonce que « Le directeur du centre ou son remplaçant transmet au Directeur général un rapport muni d'un certificat du médecin du centre au sujet de toute femme susceptible d'accoucher durant la période de maintien ».

L'article 123 que « Le directeur du centre ou son remplaçant annonce la naissance d'un enfant à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance dans les trois jours, conformément à l'article 55 du Code civil ».

¹²⁶ Source : Rapports annuels des centres fermés, calcul : Myria.

¹²⁷ Les données n'étant pas complètes pour tous les rapports, nous n'avons pas pu faire le calcul total. Seul le centre fermé de Caricole donne un tableau en fonction du trimestre (sans préciser le nombre de semaines de grossesse) ainsi que la durée de détention. Pour ce centre, en 2017, 12 femmes dans leur 3^{ème} semestre de grossesse ont été détenues et parmi celles-ci 5 ont été éloignées. Dans ce groupe, la durée maximale de détention a été de 25 jours.

¹²⁸ Rencontre avec l'OE, 8 octobre 2018.

¹²⁹ Voir : Myria, *MyriaDoc 5 Détention, retour et éloignement*, novembre 2017, pp.69-70.

3.2. La jurisprudence sur l'impossibilité médicale de retour et les recommandations de la Commission Vermeersch

Selon l'article 57, § 2, 1° de la loi organique des CPAS¹³⁰, l'aide octroyée se limite à « l'octroi de l'aide médicale urgente, à l'égard d'un étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume ». Cela incluait également les femmes enceintes.

Mais, suite à un arrêt du 30 juin 1999 de la Cour constitutionnelle¹³¹, l'aide sociale (et non juste l'aide médicale urgente) a été élargie aux personnes qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue de donner suite à l'ordre de quitter le territoire. La Cour déclare en effet que « cette disposition viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle s'applique à des étrangers auxquels a été notifié un ordre de quitter le territoire et qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue d'y donner suite ». La notion d'impossibilité médicale de retour est née, notion qui inclut la femme enceinte et qui va être reprise par les juridictions du travail.

En effet, dans la majorité de leurs jugements, ces dernières accordent aux femmes enceintes une aide sociale ordinaire pendant la période qui précède (deux mois) et qui suit (trois mois) la date prévue de l'accouchement. C'est particulièrement le cas quand l'avion est le seul moyen de transport possible pour le rapatriement de la femme concernée. Cette jurisprudence estime qu'il est inopportun pour la mère et l'enfant d'être soumis au cours de cette période à un long voyage et à un changement d'environnement et que, par conséquent, ils doivent durant cette période pouvoir mener une vie digne¹³². En principe, la femme enceinte qui fait l'objet d'un OQT, dont le délai pour quitter le territoire court toujours, peut faire une demande auprès de l'OE en vue de voir prolonger ce délai en raison de sa situation et de son éventuelle impossibilité de retour (voir ci-après). L'OE dispose néanmoins d'une marge d'appréciation.

Le rapport de la Commission Vermeersch¹³³ estime que « lors d'une grossesse normale, l'éloignement peut intervenir jusqu'à la 24^{ème} semaine, même si la personne s'y oppose. Il faut toutefois prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter toute forme de lésions de la paroi abdominale (y compris celles que pourrait s'infliger la personne elle-même). Au-delà de 24 semaines, l'éloignement ne peut avoir lieu que s'il n'y a pas d'opposition de la part de l'intéressée. Au-delà de 36 semaines, l'éloignement ne peut avoir lieu ». La Commission a également invité l'OE et l'IATA (association des compagnies aériennes) à faire preuve d'une prudence spéciale en cas de naissances multiples, de prématurés ou de complications. Si ces recommandations ne sont pas contraignantes, il existe néanmoins une note de service interne à l'OE, rédigée à l'attention des directeurs de tous les centres fermés¹³⁴ qui reprend cette recommandation.

Cette note rappelle qu'une attention particulière doit être donnée aux femmes dans la détection d'une éventuelle grossesse à l'arrivée dans le centre. Le centre doit également faire appel à un gynécologue à la demande de la femme, à charge de l'État. La note énonce ensuite qu'avant tout éloignement, la femme enceinte doit être examinée par un gynécologue qui doit faire rapport au médecin du centre ou à un gynécologue au pays d'origine. Enfin, un éloignement forcé n'est possible que jusqu'à 24 semaines et un éloignement consenti jusque 34 semaines.

¹³⁰ Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale. Cet article prévoit que « l'aide aux étrangers illégaux et aux candidats-réfugiés pour qui les procédures sont terminées, est limitée à l'aide médicale urgente ».

¹³¹ Cour Constitutionnelle, arrêt du 30 juin 1999, n° 80/99 statuant sur une question préjudicielle portant sur l'article 57, §2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale (M.B. du 24/11/1999, p. 43374). Voir aussi Cass., 15 février 2016, S.15.0041.F/1.

¹³² Voir notamment C.T. Liège (13^{ème} ch.), 4 février 2014, R.G. n°2013/AN/143 ; T.T. Gand, 16 janvier 2015, R.G. n°2015/112 ; T.T. Bxl (14^{ème} ch.), 14 juillet 2016, R.G. n°2016/013526.

¹³³ Commission chargée de l'évaluation des instructions en matière d'éloignement, *Rapport final présenté au Ministre de l'Intérieur*, 31 janvier 2005, p.79.

¹³⁴ OE, Note de service interne du 21 mars 2008.

Lorsque l'éloignement ne peut plus avoir lieu, la personne doit être libérée, sans quoi sa détention devient illégale. Généralement, elle sera alors libérée avec, apposé sur son OQT, un nouveau délai pour quitter le territoire (en général 7 jours). En pratique, l'OE affirme en principe ne pas éloigner la personne pendant les deux mois qui suivent l'accouchement mais cette décision sera prise sur la base d'un examen individuel¹³⁵.

Myria constate qu'il n'existe pas de réglementation claire qui protège la femme enceinte avant la naissance de son enfant et la jeune mère ainsi que le nouveau-né, après celle-ci, contre un éloignement. Cette situation laisse une marge de manœuvre aux autorités. Le point de départ même du nombre de semaines n'est pas clair et varie en fonction des différentes juridictions et de l'OE.

4. L'établissement du lien familial en détention : le cas de la reconnaissance paternelle

4.1. La nouvelle loi sur les reconnaissances frauduleuses¹³⁶ – explications générales

La loi sur les reconnaissances frauduleuses a été adoptée pour « lutter contre les reconnaissances frauduleuses », c'est-à-dire les reconnaissances abusives d'un enfant dans le seul but d'obtenir un avantage en matière de séjour. Cette loi vise spécifiquement deux situations : 1) les pères de nationalité étrangère en séjour précaire reconnaissant un enfant d'une mère belge ou disposant d'un droit de séjour et 2) les pères belges ou disposant d'un droit de séjour reconnaissant un enfant d'une mère en séjour irrégulier ou précaire. Ces situations visent principalement les cas de couples ou de parents non mariés puisque le mari bénéficie d'une présomption de paternité¹³⁷. Il est également important de rappeler que malgré les situations spécifiques visées, la nouvelle procédure est applicable à toute reconnaissance d'enfant même, dans certains cas, entre Belges¹³⁸.

Cette nouvelle loi s'inspire du dispositif légal en matière de mariage et de cohabitation légale de complaisance¹³⁹ et prévoit désormais des formalités plus lourdes pour toute reconnaissance. Elle donne la possibilité à l'officier de l'état civil de refuser la reconnaissance s'il l'estime frauduleuse ou de surseoir à l'acter pour mener une enquête s'il existe une « présomption sérieuse » en ce sens.

¹³⁵ Rencontre avec l'OE, 8 octobre 2018. Medimmigrant énonce sur son site à ce sujet que médicalement, après la naissance, la mère est interdite de vol pendant sept jours et le nouveau-né pendant le premier mois (ses poumons n'étant pas encore suffisamment développés).

¹³⁶ Loi du 19 septembre 2017 modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code Consulaire, en vue de lutter contre la reconnaissance frauduleuse et comportant diverses dispositions en matière de recherche de paternité, de maternité et de comaternité, ainsi qu'en matière de mariage de complaisance et de cohabitation légale de complaisance (M.B., 4 octobre 2017), ci-après « la loi sur les reconnaissances frauduleuses ».

¹³⁷ Art.315 Code civil. Dans certains cas, ces situations viseront aussi les couples mariés en cas de contestation de paternité ce qui pourra impliquer une désactivation de la présomption de paternité.

¹³⁸ Myria a eu connaissance de personnes belges n'ayant pas pu reconnaître leur enfant en raison d'impossibilité à avoir leur acte de naissance venant de l'ancien Congo belge par exemple ou encore nés à l'étranger mais devenu Belge entre temps.

¹³⁹ Loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, M.B., 23 septembre 2013. La loi est entrée en vigueur le 3 octobre 2013. À ce sujet, voir : la brochure de Myria, *Mariage et cohabitation légale en Belgique*, avril 2014, www.myria.be/files/brochure_mariage-cohabitation_legale_10_04_2014.pdf.

Pour rappel, cette loi prévoit une procédure qui se divise en trois étapes :

- 1) la déclaration de reconnaissance, moyennant le dépôt d'un certain nombre de documents¹⁴⁰ déterminés par la loi, contre un accusé de réception ;
- 2) la rédaction d'un acte de déclaration ;
- 3) l'acte de reconnaissance.

Myria a réalisé une analyse détaillée de cette loi¹⁴¹. Celle-ci a mis en exergue divers problèmes majeurs qui ont donné lieu à plusieurs recommandations, notamment :

- réserver tout conflit en matière de filiation au pouvoir judiciaire et supprimer la possibilité pour les officiers de l'État civil de refuser préventivement l'établissement d'une reconnaissance, en vue de garantir le droit de chaque enfant à voir sa double filiation établie et le droit à la protection de la vie privée et familiale des personnes concernées ;
- instaurer un recours en cas de refus de l'officier de l'état civil d'acter la reconnaissance puisque la loi renvoie uniquement vers l'action en réclamation d'état auprès du tribunal de la famille¹⁴² ;
- supprimer l'exigence considérée comme disproportionnée de fournir des documents préalablement à toute reconnaissance ;
- ne jamais prendre une décision ou refuser une reconnaissance uniquement sur la base du séjour de la personne et faire peser la charge de la preuve, lors d'une enquête, sur les autorités.
- adopter une disposition transversale obligeant tous les acteurs à prendre en compte, dans chaque décision le concernant (directement ou indirectement), l'intérêt supérieur de l'enfant : « il est indispensable que les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant soient une considération primordiale à chacune des étapes du processus et pour l'ensemble des autorités et acteurs qui y sont impliqués »¹⁴³.

4.2. Les droits protecteurs de l'enfant en lien avec la reconnaissance paternelle

Le droit à un nom, à une identité, à l'entretien de contacts avec ses parents et à une nationalité

La CIDE prévoit que « chaque enfant a le droit d'être enregistré aussitôt après sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux ». Elle donne également l'obligation aux États de « respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales »¹⁴⁴. Enfin, la CIDE édicte que l'enfant ne peut pas être discriminé en fonction du statut de ses parents¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Sur la base de l'art.327/2 du Code Civil, pas moins de 7 documents peuvent être exigés avant de procéder à une déclaration de reconnaissance : une copie conforme des actes de naissance de l'enfant mais aussi des deux parents, une preuve d'identité, de nationalité et éventuellement de célibat des deux parents (dépend du droit applicable), une preuve d'inscription au registre ou une preuve de résidence actuelle des parents. Les documents établis à l'étranger doivent en principe être légalisés et une traduction certifiée conforme peut être demandée. Auparavant, aucun document n'était explicitement exigé par la loi pour procéder à une reconnaissance.

¹⁴¹ Voir : Myriadoc 6, *Être étranger en Belgique en 2017, point I*, pp.4-21 et Rapport annuel, *La Migration en chiffres et en droits 2018*, pp.113-115.

¹⁴² Art. 330/2 al. 5 et 6 du Code civil. L'article énonce que « la personne qui veut faire établir le lien de filiation, peut introduire une action en recherche de maternité, de paternité ou de comaternité auprès du tribunal de la famille du lieu de déclaration de la reconnaissance » et sans oublier de préciser qu'il faut inclure la décision de refus « à peine de nullité ».

¹⁴³ Rapport annuel, *La Migration en chiffres et en droits 2015*, Recommandation 2015/8, p.231.

¹⁴⁴ Voir articles 7 et 8 de la CIDE. Le droit d'être immédiatement enregistré, au nom et à la nationalité est aussi consacré par l'art.24 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

¹⁴⁵ Art.2 CIDE. prescrit que l'on retrouve également à l'art.26 du PIDCP.

En droit européen, l'article 9§3 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁴⁶ ainsi que l'article 24, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux reconnaissent expressément le droit de tout enfant d'entretenir des contacts avec ses *deux* parents. La formulation de ces articles clarifie le contenu de ce droit particulièrement dans le sens que revêt le terme « contact » qui doit « être régulier, permettre le développement d'une *relation personnelle* et être sous la forme d'un *contact direct*. Il existe toutefois une réserve : le droit de tout enfant d'entretenir des contacts avec ses parents est expressément limité par son intérêt supérieur »¹⁴⁷.

Le fait qu'un enfant aurait été instrumentalisé, en vue de l'obtention d'un droit de séjour par un de ses parents, ne permet en aucun cas de faire abstraction de sa qualité d'être humain et d'ignorer ses droits. Dans un commentaire général du Comité des droits de l'enfant et du Comité pour la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille¹⁴⁸, il est rappelé que l'absence d'enregistrement à la naissance peut avoir de nombreux impacts négatifs sur les droits de l'enfant. Les Comités exhortent les États parties à prendre « toutes les mesures nécessaires pour assurer que tous les enfants soient immédiatement enregistrés à leur naissance et à leur délivrer un acte de naissance ».

Enfin, comme déjà énoncé, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être la considération primordiale et doit primer sur toutes autres affaires concernant les enfants. Ce dernier doit être pris en considération en le combinant avec d'autres droits des enfants, comme le droit d'être entendu, le droit de ne pas être séparé de ses parents, etc.¹⁴⁹. Ce dernier doit également être pris en compte dans un contexte migratoire ou à l'encontre de décisions administratives¹⁵⁰.

L'intérêt de l'enfant à voir sa double filiation établie

Comme évoqué ci-dessus, la CIDE prévoit que, dans la mesure du possible, l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans une jurisprudence constante énonce que « la naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8. Le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité. Ceci inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle par exemple l'identité de ses géniteurs »¹⁵¹.

¹⁴⁶ L'article 9§3 de la CIDE énonce que « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

¹⁴⁷ Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, 2015, FRA/CEDH/CE, p.83.

<http://fra.europa.eu/fr/publication/2015/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-des-droits-de-lenfant>

¹⁴⁸ Voir : Observation générale conjointe no 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017, §§20 et 21, p.6.

¹⁴⁹ Pour plus de détails voir : Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux mineurs, *Editions du Conseil de l'Europe 17 novembre 2010*, p.57.

¹⁵⁰ Voir : Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*.

¹⁵¹ Arrêt le plus récent : Cour eur. D. H., *Calin c. Roumanie*, 16 juillet 2016, §83.

Comme évoqué ci-dessus, la nouvelle loi sur les reconnaissances frauduleuses semble énoncer qu'il n'est jamais dans l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie lorsque celle-ci l'a été uniquement dans un but d'obtenir un avantage en matière de séjour. Cette vision a été contestée par le Conseil d'État¹⁵². Et, aussi bien selon la Cour eur. D. H. que selon la CIDE, le droit de voir sa filiation établie et de connaître ses origines, existe normalement indépendamment d'une cohabitation ou d'une vie familiale¹⁵³.

La Cour Constitutionnelle a également affirmé que l'enfant a, en principe, un intérêt à voir sa double filiation établie. Selon la Cour, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est un droit fondamental en matière de filiation. Elle nuance cependant en ajoutant que, si en règle générale, on peut estimer qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de voir sa double filiation établie, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel est toujours le cas. Une balance des intérêts en présence doit être faite au cas par cas où il convient de donner une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant¹⁵⁴. En suivant ce raisonnement, la Cour a considéré qu'une loi « interdisant dans tous les cas l'établissement du double lien de filiation des enfants nés d'une relation entre personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage, [...] empêche la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant » et viole donc la Constitution. En outre, en ce qu'elle porte préjudice surtout aux enfants issus de la relation jugée répréhensible et non aux personnes qui en sont responsables, elle porte une atteinte disproportionnée au droit des enfants concernés à bénéficier, si tel est leur intérêt, d'un double lien de filiation»¹⁵⁵.

Myria considère que le phénomène des reconnaissances frauduleuses ne peut pas être appréhendé de la même manière que celui des mariages et cohabitations de complaisance. Ceci pour la simple raison qu'il concerne prioritairement un sujet de droit qui ne peut lui-même jamais être considéré comme frauduleux ou acteur de la fraude éventuelle : l'enfant.

4.3. Conséquence de la nouvelle loi sur les reconnaissances frauduleuses pour les personnes en détention

Cas pratique

Cette situation date d'avant l'entrée en vigueur de la loi sur les reconnaissances frauduleuses. Une dame marocaine est placée en centre fermé suite à la perte de son droit de séjour. Elle est alors enceinte de 13 semaines d'un Algérien en séjour légal, avec qui elle n'a pas eu l'occasion de faire acter une cohabitation légale avant sa détention. Madame souhaite faire valoir sa vie familiale mais son avocat lui déconseille d'introduire un recours contre l'OQT (et l'interdiction d'entrée) dont elle a fait l'objet au moment de son arrestation. Celui-ci n'aurait, selon lui, pas de chance d'aboutir car l'OQT qu'elle a reçu précédemment n'aurait pas fait l'objet d'un recours (argument qui peut être mis en question). L'avocat introduit néanmoins un recours contre la détention en raison de sa grossesse, mais celui-ci est rejeté en première instance et en appel. Madame refuse deux tentatives d'éloignement et vit très mal sa détention et la séparation avec Monsieur. Avec l'aide de Myria et de son avocat, Madame parvient à trouver un notaire prêt à se déplacer pour faire acter la reconnaissance prénatale de l'enfant par Monsieur. Après deux mois et demi de détention et arrivée à 24 semaines de grossesse, la reconnaissance est actée. Madame est libérée le jour-même avec, sur son OQT, un nouveau délai de quelques jours pour quitter le territoire.

¹⁵² Avis du Conseil d'État, *Doc. Ch.*, 2016-2017, n°2529/1, p.69.

¹⁵³ Voir : Cour eur. D. H., *Calin c. Roumanie*, 16 juillet 2016, §83 ainsi que divers articles de la CIDE : art.7 (enregistrement) et art.8 (identité) indépendant de l'art. 9 et 16 (droit à la vie familiale).

¹⁵⁴ C.C., 7 mars 2013, n°30/2013, B.10-B11.

¹⁵⁵ C.C., 9 août 2012, n°103/2012, B.8.1.

Nouvelle compétence du notaire en parallèle avec la compétence de l'officier de l'état civil pour les personnes en détention dans le cadre de la procédure d'établissement de la filiation ?

Concernant les conséquences de cette nouvelle réglementation, notamment sur les personnes en détention, en plus des critiques déjà émises, le principal changement concerne le fait qu'il n'est désormais plus possible d'établir une reconnaissance par acte notarié.

En effet, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le Code civil permettait la reconnaissance d'un enfant sans trop de formalités ou de documents. En pratique, celle-ci pouvait être faite par un notaire ou par l'officier de l'état civil ou encore par les postes consulaires dans certain cas, à condition d'établir raisonnablement l'identité du père et le consentement de la mère. Il arrivait donc qu'elle se fasse depuis un centre fermé via un notaire qui se rendait sur place. Dans cette matière – et en application du droit international privé – le droit applicable sera celui de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance au moment de la naissance de l'enfant, qui pourra donc être le droit belge ou un droit étranger¹⁵⁶.

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les notaires ne sont désormais plus compétents pour établir un acte de reconnaissance¹⁵⁷.

Cependant, bien que le notaire ne soit plus compétent pour établir un acte de reconnaissance, il garde certaines compétences pouvant être utiles à des personnes détenues. Premièrement, il reste compétent pour acter le consentement de la mère. Deuxièmement, sur la base de la circulaire sur les reconnaissances frauduleuses¹⁵⁸, aussi bien pour la déclaration de reconnaissance que pour l'acte de reconnaissance lui-même, le candidat à la reconnaissance peut se faire représenter par un mandat spécial et authentique auprès de l'administration communale. Pour ce faire, il faudra qu'un notaire se déplace auprès du lieu de détention afin d'établir ce mandat.

Pour l'acte de reconnaissance, l'autre possibilité, en théorie, est que l'officier de l'état civil se déplace (ce qui n'est pas prévu pour la déclaration)¹⁵⁹. Sur la base du texte légal, l'officier de l'état civil compétent nous semble être au choix du déclarant : soit l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'enfant, soit celui du lieu d'inscription dans les registres de la population, des étrangers ou d'attente soit celui du lieu de la résidence actuelle effective (avec preuve de la résidence par attestation du lieu de détention) si celle-ci ne correspond pas avec le lieu d'inscription ou si la personne n'est pas inscrite¹⁶⁰. Dans tous les cas, cette possibilité ne sera envisageable que s'il y a production d'une attestation de détention et avec l'autorisation du procureur du Roi pour effectuer ce déplacement. Dans sa pratique, Myria n'a jamais eu, à ce jour, connaissance de cas où l'officier de l'état civil s'est déplacé dans un centre fermé.

Il existe donc, en théorie du moins, la possibilité pour les personnes détenues de pouvoir éventuellement effectuer la deuxième et troisième étapes de la procédure de reconnaissance depuis leur lieu de détention. Mais, en pratique, le fait de devoir réaliser l'établissement d'un mandat authentique et spécial rajoute une étape à cette procédure déjà alourdie par l'introduction de cette nouvelle loi, ce qui ne fera qu'augmenter le délai et les coûts de la procédure.

¹⁵⁶ Voir l'article 62 du Code de droit international privé. Pour plus de détails voir ADDE, *Analyse : vie familiale et détention en centre fermé*, Décembre 2011, pp.10-13.

¹⁵⁷ Voir les articles 2 à 4 de la loi sur les reconnaissances frauduleuses.

¹⁵⁸ Circulaire du 21 mars 2018 relative à la loi du 19 septembre 2017 modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code consulaire, en vue de lutter contre la reconnaissance frauduleuse et comportant diverses dispositions en matière de recherche de paternité, de maternité et de comaternité, ainsi qu'en matière de mariage de complaisance et de cohabitation légale de complaisance, *M.B.*, 26 mars 2018, point A.1., p.2. Ci-après circulaire sur les reconnaissances frauduleuses.

¹⁵⁹ Cette possibilité est envisagée par une circulaire du 26 juillet 1988.

¹⁶⁰ Art.327/1 Code civil.

4.4. Documents et longueur de la procédure : risque d'éloignement avant la décision de la commune et un recours éventuel

Comme expliqué ci-dessus, avec la mise en place de cette nouvelle procédure plus longue et lourde, les demandes de reconnaissance paternelle vont être beaucoup plus difficiles à introduire et probablement dans un délai plus long.

Or, durant ce délai, aucune protection contre l'éloignement n'est prévue. Une protection aurait pu être prévue. Il en existe d'ailleurs une dans le cadre d'une déclaration de mariage ou de cohabitation même si celle-ci connaît des limites¹⁶¹. Étant donné qu'une personne en détention, plus spécifiquement en centre fermé, s'y trouve en vue de son éloignement, le risque est grand que cette personne soit éloignée avant même d'avoir pu reconnaître son enfant.

Myria a déjà analysé et émis une recommandation par rapport à la mise en place d'une protection de l'enfant contre l'éloignement à partir de l'intention déclarée du (des) parents de reconnaître leur enfant, pendant toute la procédure d'établissement de la filiation¹⁶². Ce même type de protection devrait également exister pour le parent qui introduit cette procédure.

RECOMMANDATION : PROTÉGER CONTRE L'ÉLOIGNEMENT POUR PERMETTRE L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

Myria recommande que les parents et l'enfant concernés bénéficient d'une protection contre l'éloignement pendant toute la procédure d'établissement de la filiation.

4.5. Obstacles pratiques et juridiques après l'éloignement du père ou de la mère avec l'enfant

Dans le cas où un éloignement, soit du père étranger soit de la mère et de l'enfant étrangers laissant le père en Belgique, aurait lieu avant que l'établissement de la filiation ne soit fait, celui-ci est-il encore possible à l'étranger ? Y a-t-il des obstacles juridiques ou pratiques qui, suite à un éloignement, videraient le droit à la filiation de sa substance ?

En guise d'introduction, il est important de rappeler que lorsqu'un élément étranger existe, deux articles du Code de droit international privé¹⁶³ constituent la base en matière de filiation : les articles 61 et 62.

L'article 61 établit les cas où les juridictions belges sont compétentes en matière de filiation¹⁶⁴ et **l'article 62** établit le droit applicable en matière de filiation¹⁶⁵.

¹⁶¹ Voir : circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'informations entre les officiers de l'état civil et l'OE à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour illégal ou précaire, *M.B.*, 23 septembre 2013, p.2, point 2. Cette circulaire prévoit la suspension de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire pendant la procédure prévue pour le mariage ou la cohabitation. Néanmoins, elle prévoit des exceptions à cette règle, notamment lorsque l'étranger fait l'objet d'une interdiction d'entrée ou présente un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale. Voir Myria, *Rapport annuel Migration 2013*, pp.185-186.

¹⁶² Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, pp.113-115.

¹⁶³ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé.

¹⁶⁴ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, art. 61 : « Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant l'établissement ou la contestation (d'un lien de filiation), outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si :

1° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande;

2° la personne (à l'égard de laquelle la filiation) est invoquée ou contestée à sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande; ou

3° l'enfant et la personne (à l'égard de laquelle la filiation) est invoquée ou contestée sont belges lors de l'introduction de la demande. ».

¹⁶⁵ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, art. 62 : « § 1er. L'établissement et la contestation (du lien de filiation à l'égard) d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.

Il convient de distinguer deux axes différents, d'une part les éventuels obstacles liés à la procédure, et d'autre part, les éventuels obstacles liés au droit applicable.

Les obstacles liés à la procédure

Dans ce cadre, la procédure applicable sera en général celle du lieu où résident les personnes. Le père qui veut reconnaître son enfant en Belgique se verra appliquer la procédure belge¹⁶⁶ tandis que si celui-ci est éloigné vers son pays d'origine, la procédure sera bien souvent celle de son pays d'origine.

Pour les personnes à l'étranger, on peut dégager certaines difficultés en fonction des situations. Nous en exposons quelques-unes :

➤ Depuis la dernière réforme du Code consulaire, les actes de reconnaissance d'un enfant peuvent relever de la compétence des postes diplomatiques à condition que l'auteur soit belge et qu'il ait son domicile au sein de la circonscription consulaire¹⁶⁷.

Une reconnaissance d'un enfant belge par un père étranger ne pourra donc plus se faire au Consulat belge de son pays de résidence. Dans ce cas-là, à la lecture de l'article 36 du Code civil, une reconnaissance par mandat authentique et spécial est envisageable¹⁶⁸ pour autant que la reconnaissance réponde aux conditions de fond du droit national de l'auteur.

Normalement, le consentement de la mère de l'enfant ne doit être exigé que si le droit national de l'auteur le requiert. Cependant, en pratique, celui-ci est généralement exigé par les autorités belges. Cette pratique est pourtant contraire à l'article 62 du Code de droit international privé qui n'impose pas de consentement lorsque le droit désigné ne le prévoit pas.

Si la mère réside à l'étranger, le droit belge envisage la possibilité pour cette dernière d'acter son consentement par écrit, si elle ne peut être présente lors de la reconnaissance, dans un acte authentique distinct dressé auprès d'un notaire ou de l'officier de l'état civil de son domicile ou de son lieu de résidence¹⁶⁹.

➤ Une autre problématique concerne les cas où une enquête est réalisée. Nous avons vu qu'en cas de présomption sérieuse de reconnaissance frauduleuse, une enquête complémentaire peut être menée¹⁷⁰. Si l'un des deux parents est éloigné, avec ou sans l'enfant, comment sera évaluée leur vie familiale et les contacts du père avec le nouveau-né ? Les éléments de preuve du lien affectif avec l'enfant pourront être difficiles à fournir. En outre, comment sera auditionnée la personne à l'étranger ? Au poste diplomatique belge ? Rien n'est actuellement prévu dans les cas de

Lorsque le droit désigné par le présent article ne prévoit pas l'exigence d'un tel consentement, l'exigence et les conditions du consentement de l'enfant, ainsi que le mode d'expression de ce consentement, sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment de ce consentement.

§ 2. Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes, le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi ou résultant de plusieurs actes de reconnaissance, le conflit est régi, parmi les droits désignés, par celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits».

¹⁶⁶ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, art.64 et la Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, MB, 28/09/2004, point N1.

¹⁶⁷ Code consulaire du 21 décembre 2013, art. 7.

¹⁶⁸ Code civil, art. 36 (futur art. 21 du code civil après l'entrée en vigueur des réformes sur l'état civil, loi du 18 juin 2018, entrée en vigueur le 1er janvier 2019 si la date d'entrée en vigueur antérieure n'est pas fixée par arrêté royal) : « Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique. »

¹⁶⁹ Code civil, art. 327/2, 8° ; Circulaire sur les reconnaissances frauduleuses, *op.cit.*

¹⁷⁰ Code civil, art.330/2.

reconnaissance. Dans ces situations, cela n'augmentera-t-il pas les chances de refus de la reconnaissance ?

Enfin, lorsque la personne est éloignée, il y a aussi la difficulté d'exercer l'action en recherche de paternité lorsque la reconnaissance a été refusée par l'officier de l'état civil¹⁷¹. Doit-elle être présente lors des audiences ? N'y aura-t-il pas des obstacles pratiques pour exercer cette action devant le juge compétent ?

Les obstacles liés au droit applicable

Comme nous l'avons vu, sur la base du droit international privé, le droit applicable pour l'établissement du lien de filiation est celui de la nationalité du demandeur au moment de la reconnaissance de l'enfant¹⁷². Dès lors, dans le cas où le père est de nationalité étrangère, il faudrait vérifier ce qui est prévu dans son droit national sur les règles d'établissement de la filiation.

Sans avoir réalisé une analyse de droit comparé, Myria n'a pas rencontré dans ses suivis individuels de règles juridiques de droit national étranger interdisant l'établissement de la filiation lorsque le père, la mère ou l'enfant ne sont pas ensemble sur le même territoire. Malgré ce constat, certains obstacles existent rendant difficile, voire impossible l'établissement d'une filiation. Dans certains pays de droit musulman par exemple, la loi est assez floue sur la question de l'établissement de la filiation hors mariage. En théorie, une reconnaissance est possible mais en pratique certains obstacles peuvent rendre celle-ci difficile.

Par exemple, au Maroc, une procédure d'aveu de paternité est possible et prévue par la loi¹⁷³. L'aveu du père est acté par le notaire traditionnel (adoul). Mais dans le cas d'enfants nés hors mariage, on constate en pratique une réticence de la part de certains adouls à acter la reconnaissance de paternité¹⁷⁴.

Ce simple exemple montre que de sérieux obstacles peuvent se présenter dans certains pays lors d'une reconnaissance qui risquent de ralentir, voire de rendre impossible l'établissement d'une filiation. Une analyse de droit comparé serait nécessaire afin d'avoir la mesure de l'ampleur de ces obstacles, ce qui n'est pas l'objet de ce présent rapport.

En outre, il est possible que certains droits étrangers prévoient une règle qui soit contraire à l'ordre public belge. En Belgique, la personne pourra, dans certains cas, invoquer une exception d'ordre public¹⁷⁵ par rapport à cette règle. Mais pour une personne à l'étranger, cette dernière ne pourra qu'invoquer l'exception d'ordre public de son propre pays, s'il en existe une.

Par contre, le Code de droit international privé prévoit une clause d'exception. Celle-ci permet de ne pas appliquer exceptionnellement le droit désigné lorsqu'il apparaît que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné alors qu'elle présente des liens forts avec un autre

¹⁷¹ Voir : art.61, loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé.

¹⁷² Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, art.62 §1^{er} : « L'établissement et la contestation du lien de filiation à l'égard d'une personne sont régis par le droit de l'État dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte ».

¹⁷³ Art. 158 Code de la famille marocain.

¹⁷⁴ Retour de personnes ayant voulu faire ou ayant fait un aveu de paternité.

¹⁷⁵ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, art.21 : « L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public ».

État¹⁷⁶. Cette exception pourrait être utilisée, dans certaines situations, pour faire appliquer le droit belge.

Au vu de ce qui précède, nous voyons donc qu'aussi bien au niveau procédural que juridique, la procédure d'établissement de la filiation, déjà véritable parcours du combattant, sera souvent, pour les personnes éloignées encore plus lourde. Ce constat ne fait que renforcer la recommandation de prévoir dans la réglementation que les parents et l'enfant concernés bénéficient d'une protection contre l'éloignement pendant toute la procédure d'établissement de la filiation.

5. Introduire une demande de regroupement familial en détention ? Théorie et pratique.

5.1. Lien familial et séjour

Cas pratique

Un Monsieur russe d'origine tchétchène, en Belgique depuis plusieurs années, contacte Myria alors qu'il est en détention. Il est marié religieusement à une personne réfugiée reconnue qui a deux enfants communs avec Monsieur. La femme et les enfants ont tous une carte de séjour illimité valable 5 ans.

Le couple avait, dans le passé, essayé d'acter une cohabitation légale mais celle-ci a été refusée. L'OQT que Monsieur reçoit au moment de sa détention indique notamment que « avec les moyens de communications modernes, la personne concernée peut, pendant leur séparation, continuer à avoir un contact étroit avec son partenaire et ses enfants et continuer à entretenir sa vie familiale avec eux ».

L'OE est donc informé qu'il est le père de deux enfants réfugiés reconnus. Mais dans ce cas, il n'existe pas un droit au regroupement familial depuis la Belgique pour le père avec ses enfants. Monsieur pourra tenter une demande de régularisation pour raison humanitaire mais cette procédure est longue et sans protection contre un éventuel éloignement. Il n'est pas non plus possible pour les enfants de rentrer au pays avec leur père car ils ont la même nationalité et sont réfugiés reconnus.

Finalement, en février de l'année suivante, Madame obtient la nationalité belge (et les enfants 4 mois plus tard). Le regroupement familial devient possible à partir de la Belgique puisque les enfants de Monsieur sont devenus belges. Monsieur sera libéré peu après l'obtention de la nationalité belge de ses enfants mais aura passé cinq mois en détention.

Sauf par le biais de moyens de communications modernes, la vie familiale de cette famille n'était pas possible au pays d'origine étant donné le statut de réfugiés de la femme et des enfants. Monsieur aurait donc été séparé de sa compagne et enfants pour une longue période.

N'aurait-il pas fallu permettre la possibilité d'introduire une demande en Belgique en raison de circonstances exceptionnelles afin d'éviter une entrave à la vie familiale de plusieurs mois ?

¹⁷⁶ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, art.19 : § 1er. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat.

Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment :

- du besoin de prévisibilité du droit applicable, et

- de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement.

§ 2. Le § 1er n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci.

La reconnaissance d'un lien familial est le point de départ nécessaire à tout droit de séjour sur la base d'un regroupement familial. En fonction du type de situation et de la nationalité des différents membres de la famille, les procédures et conditions varient. **Dans la suite de notre analyse, nous ferons principalement référence aux membres de la famille (ressortissants de pays tiers) de citoyens d'UE ou de Belges. Nous aborderons seulement la procédure de regroupement familial dans le cadre d'un lien de filiation.**

En ce qui concerne les parents ressortissants de pays tiers qui sont en détention et qui ont un conjoint ou un enfant ressortissant de pays tiers en Belgique bénéficiant d'un titre de séjour, ces derniers ne peuvent en principe pas introduire la demande de regroupement familial depuis la Belgique, mais doivent le faire depuis leur pays d'origine.

Le parent pourra uniquement introduire sa demande en Belgique s'il a déjà un séjour de plus de trois mois ou dans des cas très spécifiques lorsqu'il a un séjour de moins de trois mois¹⁷⁷. S'il ne rentre pas dans ces conditions, il ne peut introduire la demande auprès de la commune en Belgique qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » qui rendent un retour dans le pays d'origine impossible ou particulièrement difficile¹⁷⁸. L'acceptation de celles-ci représente une condition de recevabilité sans aucun délai de traitement maximal par l'OE. En outre, les circonstances exceptionnelles ne sont pas définies dans la loi, ce qui laisse une grande marge d'appréciation à l'OE.

Par ailleurs, le regroupement familial est possible entre un parent ressortissant de pays tiers qui a un séjour en Belgique et son enfant¹⁷⁹. Il n'est par contre pas possible entre un enfant mineur ressortissant de pays tiers avec un droit de séjour et ses parents, sauf s'il est mineur étranger non accompagné bénéficiant d'une protection internationale¹⁸⁰. Ces parents n'auront pas d'autre choix que d'introduire une demande de visa humanitaire dans leur pays d'origine ou de régularisation si la personne se trouve déjà en Belgique¹⁸¹. Dans ces deux cas, il s'agit d'une procédure discrétionnaire qui n'offre aucune garantie.

Cette thématique a déjà été largement abordée par Myria dans son dernier rapport annuel¹⁸². Myria rappelle ici ses recommandations à ce sujet :

- ouvrir un droit au regroupement familial pour les parents d'un enfant accompagné bénéficiaire d'une protection internationale ou dans certaines situations pour un parent d'un enfant avec un autre droit de séjour¹⁸³.

¹⁷⁷ Voir : art.12 bis, §1^{er} de la loi sur les étrangers. L'étranger qui déclare se trouver dans un des cas visés à l'article 10 doit introduire sa demande auprès du représentant diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger. Il peut toutefois introduire sa demande auprès de l'administration communale de la localité où il séjourne dans certains cas. Si le membre de la famille est autorisé au séjour pour trois mois au maximum et, si la loi le requiert, qu'il dispose d'un visa valable en vue de conclure un mariage ou un partenariat en Belgique, si ce mariage ou partenariat a effectivement été conclu avant la fin de cette autorisation et s'il présente toutes les preuves visées au § 2 avant la fin de cette autorisation ; s'il est un enfant mineur ou s'il est le père/mère d'un MENA qui bénéficie du statut de protection internationale.

¹⁷⁸ Art.12 bis §1^{er}, 2^e alinéa, 3^o de la loi sur les étrangers. La demande doit alors être introduite auprès de la commune sur la base des articles 10 et 12bis §1^{er}, 2^e alinéa, 3^o.

¹⁷⁹ Art.10, §1^{er}, alinéa 1, 4^o de la loi sur les étrangers.

¹⁸⁰ Art. 10, §1^{er}, alinéa 1, 7^o de la loi sur les étrangers.

¹⁸¹ Art.9 bis de la loi sur les étrangers.

¹⁸² Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, pp.69-120.

¹⁸³ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, p.113.

- ancrer dans la réglementation des critères de « circonstances exceptionnelles » qui permettent d'introduire une demande de regroupement familial auprès de la commune de résidence en Belgique en laissant en parallèle la possibilité d'une appréciation discrétionnaire de ces circonstances dans d'autres cas non prévus par ces critères¹⁸⁴.

5.2. Obstacles juridiques et pratiques à l'introduction de la demande de regroupement familial en centre fermé

Il n'existe pas de dispositions légales empêchant une personne en détention d'introduire une demande de regroupement familial. La seule disposition qui vise les personnes en détention se trouve dans l'arrêté royal sur les étrangers et dispense l'étranger, qui vient d'arriver en Belgique, arrêté et détenu dans un établissement pénitentiaire de devoir se présenter à l'administration communale pour y faire sa déclaration d'arrivée¹⁸⁵. En théorie donc, une procédure et des formalités pourraient être prévues visant soit à dispenser les personnes de se présenter en personne à la commune (comme pour la déclaration d'arrivée), soit à permettre à la personne détenue de se rendre à l'administration communale pour y faire une demande de regroupement familial. Mais, en pratique, la personne en détention n'a généralement pas la possibilité de se rendre à la commune. Dès lors, quelles sont les possibilités existantes pour ces personnes lorsqu'elles veulent faire valoir un droit de séjour comme membre de la famille d'un citoyen de l'UE ou d'un belge ?

La réglementation prévoit que le membre de la famille ressortissant de pays tiers **qui prouve son lien familial** peut introduire une demande de carte de séjour comme membre de la famille d'un citoyen de l'UE ou d'un Belge auprès de l'administration communale du lieu où il réside. Dans ce cas, la commune doit délivrer une annexe 19ter. Cette annexe 19ter est en pratique le point de départ de la demande de séjour et offre une protection contre un éloignement (et contre la détention). Celle-ci doit en principe être délivrée automatiquement lorsque le demandeur prouve son lien familial. S'il ne prouve pas son lien familial, l'annexe 19ter ne lui sera pas délivrée¹⁸⁶. Normalement, après un contrôle de résidence, la personne est mise en possession d'une attestation d'immatriculation valable 6 mois. Le droit de séjour doit être reconnu le plus rapidement possible, dans la mesure où la personne répond aux conditions requises pour bénéficier du regroupement familial, au plus tard dans les 6 mois de la demande¹⁸⁷.

Selon Myria, pour les personnes en détention, diverses pistes sont possibles, chacune comprenant des obstacles :

¹⁸⁴ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, p.83 (*recommandation complète*). Par exemple, Myria propose comme circonstances exceptionnelles à ancrer dans la réglementation : enfants mineurs impliqués dans la demande, situation humanitaire ou médicale inquiétante quand celle-ci n'est pas prise en compte pour une régularisation médicale, pays de retour déconseillé par les Affaires étrangères, etc.

¹⁸⁵ Art.18 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981. Cette disposition s'applique au séjour de moins de trois mois.

¹⁸⁶ Art.52 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981.

¹⁸⁷ Art.42 de la loi sur les étrangers qui s'applique aussi bien aux citoyens UE qu'aux belges.

a) L'introduction par courrier recommandé : la jurisprudence par rapport à l'introduction d'une demande de regroupement familial par écrit

Tant le CE¹⁸⁸ que le CCE¹⁸⁹ ont déjà affirmé qu'une demande de regroupement familial est valablement **introduite** par écrit. Le CCE énonce qu'« il ne résulte nullement du prescrit des articles 40ter, alinéa 1er de la loi du 15 décembre 1980 et 52, §1er, alinéa 1 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 qu'une demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union, (...), ne puisse être introduite par la voie d'une lettre recommandée adressée à l'administration communale compétente »¹⁹⁰.

Il est donc possible à la personne d'envoyer sa demande de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union ou d'un Belge par voie de recommandé.

Deux questions subsistent :

- à quelle administration communale l'envoyer ?
- si la personne ne se présente pas, comment prouver le délai de départ de la demande et être mis en possession de l'annexe 19ter ?

Pour la première question et en application de l'article 52 de l'arrêté royal sur les étrangers, les avis sont partagés. Pour certains praticiens, c'est la commune du lieu de résidence qui est compétente. Dans le cas d'une personne en centre fermé, il s'agit de celle sur le territoire de laquelle ce dernier se trouve. Dans certains dossiers individuels, Myria a eu connaissance de personnes en détention ayant obtenu que le directeur du centre fermé signe une attestation confirmant la présence du demandeur. Cette pratique nous semble importante afin de confirmer la situation de résidence de la personne. Pour d'autres praticiens, c'est la commune du lieu de résidence de la famille puisque c'est là que s'exerce la vie familiale et que la résidence effective se trouve¹⁹¹. La question n'est pas tranchée, les demandes s'introduisant parfois dans la commune du lieu de détention, parfois dans celle du lieu de vie de la famille.

Pour la deuxième question, Myria a déjà critiqué le fait que certaines communes mettent plusieurs mois à délivrer l'annexe 19ter¹⁹². Cela arrive d'autant plus dans le cas des personnes introduisant leur demande par recommandé ou par l'intermédiaire de quelqu'un d'autre (un autre membre de la famille par exemple). En outre, comme évoqué ci-dessus, cet aspect a encore plus d'importance dans le cas de personnes en détention puisque ce n'est qu'à partir de la délivrance de l'annexe 19ter (et l'octroi d'un droit de séjour provisoire) qu'il y aura une protection contre l'éloignement (et donc en principe une libération de la personne).

¹⁸⁸ Voir notamment : CE arrêt n° 173.514 du 13 juillet 2007 et CE n°236.250 du 25 octobre 2016.

¹⁸⁹ Pour exemple : CCE arrêt n°196.990 du 21 décembre 2017, point 3.1.2. « si rien ne semble empêcher d'introduire une demande de regroupement familial en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union par courrier ».

¹⁹⁰ CCE, arrêt 165.386 du 7 avril 2016, arrêt cassé par un arrêt du Conseil d'État du 25 octobre 2016 n°236.250 mais l'arrêt du CE ne remet pas en cause ce point spécifique.

¹⁹¹ Même si dans le cas de personnes qui introduisent une demande de visa regroupement familial depuis leur pays d'origine, le lieu de résidence n'est pas celui de la famille en Belgique et donc peut déforcer cet argument.

¹⁹² Voir : Myria, *La Migration en chiffres et en droits 2018*, encadré Etranger dans sa commune du Chapitre 6, pp.137-138.

Le fait de faire commencer le délai de 6 mois au moment de la délivrance par la commune de cette annexe 19ter (et non pas au moment du dépôt de la demande) ne fait que prolonger le délai dans lequel l'administration a l'obligation de répondre à la demande. Cette pratique n'est pas, selon Myria, l'interprétation qui doit être faite de l'article 52 de l'arrêté royal sur les étrangers. Le Médiateur fédéral, dans une autre procédure, suit ce même raisonnement consistant à considérer que « cette pratique fait dépendre la prise de cours du délai d'opposition de l'action unilatérale d'une des parties, ce qui n'est pas admissible, comme la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de l'affirmer dans d'autres domaines, en matière fiscale notamment »¹⁹³.

Certains avocats spécialisés envoient la demande de regroupement familial par courrier recommandé et dans certains cas, lorsqu'ils sont confrontés à des communes réticentes à délivrer l'annexe 19ter, ils joignent une annexe 19ter en partie pré-remplie et signée par la personne. Bien que le document ne soit pas signé par la commune, la preuve du recommandé peut, selon Myria, constituer une preuve de la date d'introduction de la demande à défaut de délivrance immédiate par la commune d'une annexe 19ter. Il reste que celle-ci est un document qui doit être normalement délivré par l'autorité compétente mais l'absence de sa délivrance ne doit pas porter préjudice à la personne qui fait la demande¹⁹⁴.

b) Introduction par le membre de la famille ou par l'avocat - Faut-il un mandat ?

Aucun mandat particulier n'est requis par la loi. Il est donc possible qu'un avocat ou un membre de la famille agisse à la demande de l'intéressé, qui lui a fait parvenir les documents et informations utiles à cette fin¹⁹⁵.

Dans le cas particulier d'un avocat, en dehors de toute procédure juridictionnelle, la présomption du mandat *ad litem*¹⁹⁶ cesse et les règles du mandat de droit commun s'appliquent à la relation entre l'avocat et son client. Le Conseil d'État a déjà jugé que le mandat de droit commun est ou spécial, pour une affaire ou certaines affaires, ou général pour toutes les affaires du mandant¹⁹⁷. Si l'avocat suit toutes les affaires de la personne, un mandat spécial et authentique n'est donc pas requis¹⁹⁸.

¹⁹³ Voir : *Le Médiateur Fédéral, rapport annuel 2017*, p.47. Il est ici question de l'accès au mariage à l'étranger. La logique reste pourtant la même puisque dans ce cas précis un certificat de non-empêchement à mariage peut être demandé, et la question ici porte sur à quel moment l'accusé de réception doit être délivré et par là même marquer le début d'un délai dans lequel une réponse doit être donnée au demandeur. Le Médiateur fédéral fait ici référence à une jurisprudence de la Cour Const., 19 décembre 2007, n° 162/2007.

¹⁹⁴ Voir en ce sens : CCE, arrêt 183.345, 3 mars 2017. Le CCE explique bien que l'annexe 19ter est délivré par le Bourgmestre ou son mandataire après avoir reçu la preuve du lien familial et que cette dernière n'est pas un formulaire de demande à remplir par le demandeur lui-même mais tient compte malgré tout de l'introduction de la demande par le demandeur.

¹⁹⁵ Voir notamment : J.P. Gand, 23.12.1998, T.G.R., 1999, p. 97 ; Civ. Namur, 27.09.2006, F.J.F., 2007, p. 571 ; CE, 25 octobre 2016, n° 236.250.

¹⁹⁶ Voir : art. 1988 Code Civil et 440 et 850 Code Judiciaire. Le mandat de représentation en justice par lequel un plaideur confère à une personne habilitée par la loi (un avocat ou une autre personne habilitée à le représenter devant un tribunal) la mission de le représenter en justice et qui comporte le pouvoir et le devoir d'accomplir au nom du mandant, les actes ordinaires de procédure judiciaire et une mission d'assistance.

¹⁹⁷ CE, 25 octobre 2016, n°236.250, p.7 qui se base de l'art. 1987 du Code civil.

¹⁹⁸ Le mandat spécial et authentique vise la convention par laquelle une personne donne à une autre les pouvoirs de faire pour elle un ou plusieurs actes juridiques. S'il est spécial, il est fait en vue de la réalisation d'une action déterminée et dans ce cas, il doit obligatoirement être écrit. Un acte authentique est un document rédigé conformément aux formalités légales par un officier public habilité par la loi (notaire, officier d'état civil, huissier de justice).

De manière générale, la loi ne fixe pas de mode introductif particulier d'une demande de regroupement familial et prévoit uniquement que le Roi doit préciser les modalités de délivrance de la « déclaration d'inscription » (qui constate le droit de séjour de plus de trois mois de citoyens de l'UE) et du « titre de séjour » (qui constate le droit de séjour de plus de trois mois de membres de la famille non européens de citoyens de l'UE¹⁹⁹).

Myria a eu connaissance de situations dans lesquelles certaines communes refusaient l'introduction de la demande car il n'y avait pas de mandat. Cette pratique n'a pas de base légale quand il est possible d'étayer juridiquement que l'avocat dispose bien d'un mandat délivré par son client.

c) Le refus d'introduction de la demande par la commune équivaut à une décision de refus de séjour

Si la commune refuse l'introduction de la demande de regroupement familial au motif par exemple que la personne doit se présenter elle-même ou qu'il lui faudrait établir un mandat ou encore que la commune en question ne serait pas compétente, il paraît clair qu'il s'agit en soi d'une décision attaquable au moyen d'un recours au CCE²⁰⁰.

En effet, la décision de la commune est une décision de refus au sens de l'article 39/79, §1^{er}, al. 2, 8° de la loi sur les étrangers, qui vise « toute décision de refus de reconnaissance du droit de séjour d'un étranger visé à l'article 40ter ». Le CCE a, à de nombreuses reprises, confirmé ce point de vue en le qualifiant de jurisprudence administrative constante. Selon le CCE, une décision ou un acte administratif est « un acte qui tend à créer des effets juridiques ou à empêcher qu'ils se réalisent, autrement dit qui tend à apporter des modifications à une situation juridique ou à empêcher une telle modification »²⁰¹.

À de nombreuses reprises, le CCE a souligné que ce n'est pas parce que l'administration communique sa position au moyen d'une correspondance ne se présentant pas formellement comme une décision, qu'il ne s'agit pas pour autant d'une décision de refus et que toute décision qui a pour effet de refuser le traitement de la demande, constitue un « refus de séjour »²⁰².

Cependant, dans les cas où la commune ne notifierait aucune décision ou n'enverrait aucun courrier, la personne aura des difficultés à prouver le refus de la commune. Il existe de la jurisprudence du CCE ayant annulé des décisions orales données par la commune²⁰³. Il est donc possible de contester ce type de décision. Il existe également la possibilité pour la personne de mettre la commune en demeure soit seule soit avec l'aide d'un avocat afin d'obtenir une réponse à sa demande. Mais cela rallonge le délai pour obtenir un séjour et peut entraîner des coûts.

CONSTATS RELATIFS À LA DEMANDE DE REGROUPEMENT FAMILIAL

- Myria constate que la date de réception de la demande de regroupement familial avec un belge ou un citoyen UE introduite par une personne n'est pas toujours celle de la date de délivrance de l'annexe 19ter par la commune qui fait courir le délai de 6 mois. Dans certains cas, la commune ne répond pas du tout à la demande. Ces situations entraînent des difficultés pour les personnes concernées.

¹⁹⁹ Art.42, par.4 de la loi sur les étrangers.

²⁰⁰ Tel que prévu par l'art.39/79 de la loi sur les étrangers.

²⁰¹ CCE, 27 avril 2017, n°186.087, pt.2.2.

²⁰² Voir notamment : CCE, 2 avril 2015, n°142.682 ; CCE, 9 septembre 2015, n°152.039 ; CCE, 16 septembre 2015, n°152.574 ; CCE, 25 septembre 2015, n°153.305. Le CCE se réfère régulièrement à des jurisprudences plus anciennes : CE, 17 mars 1999, n°79.313 ; CE, 23 mars 2006, n° 156.831 ; CCE, 26 octobre 2007, n°3.233 .

²⁰³ CCE, 4 décembre 2008, n°19.964 et CCE, 12 décembre 2008, n°20.346 et 20.347.

- Myria constate donc que les personnes détenues ont des difficultés pour introduire une demande de regroupement familial avec leur(s) membre(s) de famille en Belgique. La possibilité d'introduire une telle demande par voie de recommandé ou de mandat n'est en effet pas prévue explicitement dans la réglementation.

RECOMMANDATION : PERMETTRE LA DEMANDE DE REGROUPEMENT FAMILIAL DEPUIS UN CENTRE FERMÉ

Myria recommande de modifier la réglementation pour prévoir explicitement la possibilité pour l'étranger détenu en centre fermé d'introduire une demande de regroupement familial ainsi que ses modalités d'introduction.

d) Evolution de la jurisprudence concernant les personnes sous le coup d'une interdiction d'entrée

Myria a déjà analysé à plusieurs reprises le refus de prise en considération par l'OE d'une demande de regroupement familial en raison d'une interdiction d'entrée sur le territoire²⁰⁴. Pour rappel, l'OE a pour pratique de ne pas prendre en considération les demandes de regroupement familial avec un Belge introduites par des étrangers faisant l'objet d'une interdiction d'entrée. Il n'applique cependant pas cette procédure restrictive aux membres de la famille de citoyens de l'UE étant donné qu'ils relèvent du droit européen. Dans ce dernier cas, une demande de regroupement familial équivaut implicitement à une demande de levée de l'interdiction d'entrée. Myria a formulé à plusieurs reprises la recommandation d'appliquer ce raisonnement également aux demandeurs de regroupement familial avec un Belge n'ayant pas librement circulé ainsi qu'aux demandeurs de régularisation²⁰⁵.

En 2016, le Conseil d'État a jugé dans trois affaires²⁰⁶ que l'existence d'une interdiction d'entrée sur le territoire n'empêche pas l'intéressé d'introduire une demande de regroupement familial. Cependant, le Conseil d'État a également estimé que le droit européen ne s'appliquait pas au père non européen d'un enfant belge. En l'occurrence, selon le CE, l'OE pouvait refuser le droit de séjour en raison de l'interdiction d'entrée valable imposée au membre de la famille²⁰⁷.

La CJUE²⁰⁸ a récemment estimé que, dans ce cas, c'est-à-dire le cas d'un ressortissant citoyen de l'UE n'ayant pas exercé sa libre circulation et se trouvant dès lors dans son pays, les autorités doivent prendre en compte la demande de regroupement familial. Une évaluation au cas par cas doit être réalisée sur l'existence d'une relation de dépendance entre le ressortissant du pays tiers et le citoyen de l'UE ainsi que sur l'existence de motifs d'ordre public pour l'interdiction d'entrée sur le territoire.

À la date de rédaction de ce rapport, Myria constate que l'OE refuse toujours de prendre en considération les demandes de regroupement familial lorsque aucune relation de dépendance n'est prouvée dans la demande. Myria a été consulté en juin 2018, après l'arrêt de la CJUE, par une personne en détention dont la compagne avait introduit pour lui une demande de regroupement familial auprès de leur commune de résidence et pour laquelle l'OE a pris une décision de refus de prise en considération en raison de l'interdiction d'entrée. Dans d'autres situations, la demande de regroupement familial est considérée comme « inexistante ». L'OE reste actuellement sur sa position selon laquelle le demandeur doit avoir un « droit d'entrée » sur le territoire belge ce qui implique l'absence d'une interdiction d'entrée.

²⁰⁴ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, p.75 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2017*, p.129 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2016*, p. 150 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, pp. 147-148.

²⁰⁵ Voir : Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, p.75 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2017*, p.129 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2016*, p. 150 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, pp. 147-148.

²⁰⁶ CE, 12 mai 2016, n°234.719 ; CE, 9 août 2016, n°235.598 ; CE, 13 décembre 2016, n°236.752.

²⁰⁷ CE, 9 août 2016, n°235.596.

²⁰⁸ CJUE, *K.A. c. État belge*, 8 mai 2018, C-82-16.

Une distinction est malgré tout réalisée par l'OE lorsque la relation de dépendance est prouvée dans la demande, ce qui dans ce cas mènera au traitement du dossier selon la procédure normale de regroupement familial.

Myria rappelle pourtant que sur la base de l'arrêt de la CJUE, l'OE ne peut plus invoquer l'absence de droit d'entrée sur le territoire belge pour refuser de prendre en considération une demande de regroupement familial sur le territoire et qu'il n'existe pas de base légale permettant de refuser de prendre en considération une demande de regroupement familial ou de la considérer comme « inexistante ». Le seul refus prévu légalement est la délivrance de l'annexe 20²⁰⁹.

Myria constate donc que l'OE ne se conforme pas à l'arrêt K.A. du 8 mai 2018 de la CJUE et persiste à ne pas prendre en considération toutes les demandes de regroupement familial introduites par des personnes au seul motif qu'elles font l'objet d'une interdiction d'entrée.

5.3. Défi : remboursement des frais de rapatriement et de détention exigé

La loi prévoit que l'OE peut demander le remboursement des frais de rapatriement aux personnes éloignées²¹⁰. En pratique, ces montants sont réclamés lorsque celles-ci introduisent par la suite une demande de visa. Une distinction est faite selon le type de visa demandé : pour un visa « court séjour », la délivrance de celui-ci sera conditionnée au remboursement des frais de rapatriement. En revanche, pour un visa « long séjour », la personne a un droit de séjour, le montant sera réclamé mais la délivrance du visa ne devrait pas être conditionnée à son paiement²¹¹. Cette pratique n'a aucune base légale.

Il existe pourtant des cas où la délivrance d'un visa court séjour ne devrait pas être conditionnée par le remboursement des frais de rapatriement et de détention. On pense particulièrement au visa en vue d'un mariage ou en vue d'une cohabitation légale. Selon Myria, dans ces cas, une vie familiale peut en effet déjà être effective. Le refus de visa en raison d'absence de remboursement immédiat des frais de rapatriement ne répond dès lors pas aux conditions prévues à l'article 8, alinéa 2 de la CEDH pour justifier une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit à la vie familiale puisque cette ingérence n'est pas prévue par la loi.

Le Médiateur fédéral a également émis une recommandation dans ce sens²¹² sur la base d'une interpellation d'un couple homosexuel. L'officier de l'état civil avait refusé de célébrer le mariage de ce couple en Belgique mais sa décision avait été ensuite annulée par le Tribunal de 1^{ère} Instance qui ordonnait de célébrer le mariage. Entre-temps, la personne avait été rapatriée et l'OE refusait de lui délivrer un visa sur la base du non-paiement des frais de rapatriement et de détention. Le mariage n'étant pas possible dans le pays d'origine (qui ne permet pas un mariage entre personnes de même sexe), cette décision rendait impossible la célébration du mariage.

Cette pratique administrative n'est justifiée par aucune disposition légale et constitue donc une atteinte disproportionnée au respect du droit à la protection de la vie familiale.

209

Pour aller plus loin: Agenschap integratie & inburgering, « HvJ: België moet aanvraag gezinshereniging met Belg na inreisverbod wél in aanmerking nemen », 10 juillet 2018, disponible sur : www.agii.be/nieuws/hvj-belgie-moet-aanvraag-gezinshereniging-met-belg-na-inreisverbod-wel-in-aanmerking-nemen?utm_campaign=2018%20nr.%206//%2012%20juli%202018&utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_content=36999.

²¹⁰ Art.27 de la loi sur les étrangers.

²¹¹ Pour plus de détails, voir : Myria, *MyriaDoc 5 Détention, retour et éloignement*, novembre 2017, p. 35 et Migration, *Rapport annuel 2013*, p.191.

²¹² Voir : Recommandation RO 12/01 « Ne pas subordonner la délivrance d'un visa en vue de mariage au remboursement des frais d'un rapatriement forcé antérieur ».

Myria constate que l'OE refuse systématiquement les visas « court séjour » uniquement en raison d'absence de remboursement des frais de rapatriement et de détention, y compris lorsque ce refus entrave la vie familiale des personnes concernées.

5.4. Vie familiale et ordre public

Comme évoqué dans notre introduction, il ressort de la jurisprudence de la Cour eur. D. H. que l'intérêt des enfants et leur droit de vivre en famille doivent être pris en compte. Sur la base d'une jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'un juste équilibre doit être réalisé entre l'intérêt des requérants à mener une vie familiale et l'intérêt de l'État à contrôler les flux migratoires²¹³. L'État doit effectivement examiner s'il y a entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches dans le pays d'accueil et dans le pays d'origine, s'il y a des obstacles insurmontables pour vivre dans le pays d'origine et l'existence d'éléments touchant au contrôle de l'immigration ou à l'ordre public.

Afin de juger de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de regroupement familial, la Cour européenne des droits de l'homme prend également plusieurs éléments en compte dont notamment : les circonstances dans lesquelles se trouvent les enfants mineurs, leur âge, la situation dans leur pays d'origine, la mesure dans laquelle ils dépendent de leurs parents. Elle énonce également que l'intérêt supérieur des enfants doit être placé au centre des préoccupations des tribunaux nationaux²¹⁴.

Et en cas de problème d'ordre public ?

Myria a déjà analysé à plusieurs reprises l'impact de la notion d'ordre public sur le séjour d'une personne, la détention et l'éloignement²¹⁵. Les notions d'ordre public et de sécurité nationale sont en effet fréquemment utilisées dans les décisions qui concernent les étrangers et peuvent avoir un impact important sur la personne. En effet, celles-ci peuvent avoir des conséquences sur le séjour de la personne, le délai d'exécution de l'OQT, la durée de l'interdiction d'entrée, les conditions de détention ainsi que sur la procédure d'éloignement.

²¹³ Voir notamment : Cour eur. D. H., *Jeunesse c. Pays-bas*, 3 octobre 2014, §100 et suiv., Cour eur. D. H., *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni*, 31 mars 2016 ou Cour eur. D. H., *Mugenzi c. France, Tanda-Muzinga c. France et Senigo Longue et autres c. France*, 10 juillet 2014.

²¹⁴ Voir notamment : Cour eur. D. H. 8 mars 2016, *I.A.A. e.a.c. Royaume-Uni*, n°25960/13, §46 et Cour eur. D.H. 8 février 2017, *El Ghatet c. Suisse*, n°56971/10, §§51-54.

²¹⁵ Voir : Myria, *Rapport annuel Migration 2013*, « Sous la loupe : l'ordre public, la détention et l'éloignement », pp.193-199 et Myria, *Myriadoc 5, Retour, détention et éloignement 2017*, « Un retour à quel prix », pp.51-53.

Avec l'introduction des lois dites « d'ordre public »²¹⁶, un système de gradation en fonction de différents degrés de gravité des actes commis par la personne et pouvant mener à un retrait de séjour a été instauré. Pour cela, des critères d'évaluation sont évoqués rappelant la jurisprudence de la CJUE et CEDH. Les décisions de fin de séjour doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'intéressé et ne peuvent être justifiées par des raisons économiques. Le comportement de l'intéressé doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues. Il est tenu compte, lors de la prise de décision, de la gravité ou de la nature de l'infraction ou du danger que l'étranger représente ainsi que de la durée de son séjour dans le Royaume. Il est également tenu compte de l'existence de liens avec le pays de résidence ou de l'absence de lien avec le pays d'origine, de l'âge et des conséquences pour lui et les membres de sa famille. Il n'y a pas de définition de ce qu'est une menace réelle, actuelle et suffisamment grave mais les travaux préparatoires renvoient à la jurisprudence de la CJUE²¹⁷. Selon Myria, cette notion devrait être précisée, en prévoyant également une liste de critères, vu les implications qui en découlent.

En outre, avec l'introduction de ces lois, le législateur a mis fin à l'interdiction de retrait de séjour d'étrangers nés en Belgique ou étant arrivés avant l'âge de 12 ans. Cela fait ressurgir le débat sur la notion de double peine, notion condamnée par plusieurs organisations il y a une quinzaine d'années.

La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, développé une jurisprudence autour de l'article 8 de la CEDH et de la notion d'ordre public. Cette phrase apparaît dans quasiment toutes les affaires d'éloignement pour motifs d'ordre public : Les États ont le droit « *d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* »²¹⁸. Ce principe est opposé aux étrangers qui invoquent le droit au respect de la vie privée et familiale pour contester une mesure d'éloignement du pays où ils résident. Ce droit n'est pas absolu puisque l'article 8 §2 de la CEDH admet qu'il puisse faire l'objet d'une « ingérence [...] nécessaire [...] dans une société démocratique ». Cette nécessité conduit aussi bien la CJUE que la CEDH ou les juridictions nationales, depuis des décennies, à procéder à un contrôle de proportionnalité.

Afin d'évaluer ces éléments, la Cour a développé une série de critères dont notamment : la durée du séjour, le laps de temps depuis l'infraction, la situation familiale du requérant²¹⁹.

Le CCE a également développé une jurisprudence en cas de problèmes d'ordre public qui réalise également cet examen de proportionnalité et cette mise en balance des intérêts. Plusieurs arrêts ont fait prévaloir la sauvegarde de l'ordre public sur la vie privée et familiale²²⁰.

²¹⁶ **Loi du 24 février 2017** modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.*, 19 avril 2017, **loi du 15 mars 2017** modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 19 avril 2017 et **arrêté ministériel du 15 mars 2017** modifiant l'arrêté ministériel du 18 mars 2009 portant délégation de certains pouvoirs du Ministre qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences et abrogeant l'arrêté ministériel du 17 mai 1995 portant délégation des pouvoirs du Ministre en matière d'accès au territoire, de séjour, d'établissement et d'éloignement des étrangers, *M.B.*, 19 avril 2017.

²¹⁷ Art.23 (pour les ressortissants de pays tiers) et art.45 (pour les citoyens de l'UE) de la loi sur les étrangers.

²¹⁸ Voir notamment : Cour eur. D. H., arrêt Boulouf, 2001, §49 et Cour eur. D.H., Uner c. Pays-Bas, 18 octobre 2006.

²¹⁹ Voir notamment : Cour eur. D. H., arrêt Boulouf, 2001, §49 et Cour eur. D.H., Uner c. Pays-Bas, 18 octobre 2006. Pour aller plus loin : S. SAROLEA, « *Eloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux*, note sous C.E.D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni* », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

²²⁰ Voir : CCE, 22 décembre 2017, arrêt n°197311 et CCE, 8 décembre 2017, arrêt n°196.353.

Récemment, en chambre réunie, le CCE, dans un cas de décision de retrait de séjour suite à des problèmes graves d'ordre public d'un ressortissant marocain marié à une belge avec un enfant belge, a rappelé que lors de la mise en balance des intérêts à la lumière de l'article 8 de la CEDH, les autorités nationales doivent tenir compte des circonstances particulières à l'espèce, ce qui dans la situation citée n'avait pas été fait²²¹.

En pratique, aussi bien dans les décisions de refus de séjour que sur un OQT, la prise en compte réelle de ces divers éléments et surtout de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la prise de décision est rarement clairement identifiée²²². Les personnes séparées de leur famille sont, dans la pratique généralement, des personnes qui ont un casier judiciaire ou des problèmes d'ordre public²²³.

Encore une fois ici Myria ne peut que rappeler sa recommandation que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale à appliquer avant chaque prise de décision²²⁴.

²²¹ CCE, 22 février 2018, arrêt n°200.119.

²²² Voir notamment l'opinion dissidente du juge Turkovic dans : Cour eur. D.H., Ndidi c. Royaume-Unis, 14 septembre 2017. Le juge qui souligne que la Cour n'a pas pris en compte correctement l'intérêt supérieur de l'enfant cité dans l'arrêt comme un simple élément parmi d'autres.

²²³ VWV, *In wiens belang ? Gezinnen gescheiden door detentie – analyse van 2016*.

²²⁴ Myria renvoie ici à la checklist qu'il a développé, outil contenant des critères permettant d'apprécier si un examen individuel de l'intérêt supérieur de l'enfant a été réalisé dans chaque cas. Voir Rapport annuel, *La Migration en chiffres et en droits 2015*, Annexe 3, p.235.

Conclusions

Nous avons vu dans cette analyse que le droit à la protection de la vie familiale pour les personnes placées en détention est particulièrement mis à rude épreuve par les derniers changements législatifs. Premièrement, nous avons abordé la vie familiale en détention en commençant par l'ouverture des unités familiales, que Myria ne peut que condamner, ainsi que les mesures éparées d'accès à leur famille pour les personnes en détention. Deuxièmement, nous avons vu l'absence de réglementation claire pour la protection contre l'éloignement des femmes enceintes ou ayant récemment accouché ainsi que sur les conditions de leur détention. Troisièmement, nous avons analysé la réglementation imposant une procédure complexe pour l'établissement de la filiation, qui ne fait que s'alourdir pour les personnes en détention ou éloignées, en rendant son accès quasi impossible dans certaines situations. Enfin, nous avons mis en exergue les difficultés administratives pour introduire une demande de regroupement familial pour les personnes détenues. Cette analyse globale montre que la protection de la vie familiale effective est réellement mise sous pression pour les personnes en détention.

Pour remédier à ce constat, il est essentiel que, pour chaque personne détenue, les autorités fassent une analyse effective de la vie familiale et de l'impact d'un éloignement sur celle-ci. Cela doit être le cas, même si la personne peut être considérée comme occasionnant un problème d'ordre public. Cela ressort notamment des obligations internationales de la Belgique (en ce compris celles relatives aux droits de l'enfant). Actuellement, Myria a régulièrement connaissance de cas dans lesquels l'administration ne procède pas à cette analyse.

La recherche d'une solution permettant à l'enfant de garder des contacts avec ses parents et aux parents d'avoir droit à un regroupement familial nécessite de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale. Le champ d'application de ce processus dépend du contexte. Dans le contexte migratoire, lorsque l'État décide d'imposer une séparation, nous avons vu que celui-ci agit pour servir un intérêt protégé et doit effectuer un juste équilibre entre les intérêts des parties et l'obligation de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais le droit de garder des contacts avec ses parents subsiste malgré ce contexte.

Le fait qu'un parent soit en détention ajoute des difficultés supplémentaires pour accéder à ces droits et notamment pour faire reconnaître sa vie familiale. Dans ce contexte migratoire qui fait actuellement primer le retour de personnes étrangères sur la protection de leur vie familiale, il est essentiel que les autorités et administrations qui en dépendent fassent une analyse approfondie de la situation de ces familles en effectuant un examen réel de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt doit être la considération primordiale.

Positions et recommandations

Constats

- Il n'existe pas de réglementation claire qui protège la femme enceinte avant la naissance et la jeune mère ainsi que le nouveau-né après celle-ci contre un éloignement.
- Myria constate que la date de réception de la demande de regroupement familial avec un belge ou un citoyen de l'UE introduite par une personne n'est pas toujours celle de la date de délivrance de l'annexe 19ter par la commune qui fait courir le délai de 6 mois. Dans certains cas, la commune ne répond pas du tout à la demande. Ces situations entraînent des difficultés pour les personnes concernées.
- L'OE ne se conforme pas à l'arrêt *K.A.* du 8 mai 2018 de la CJUE et persiste à ne pas prendre en considération les demandes de regroupement familial introduites par des personnes au seul motif qu'elles font l'objet d'une interdiction d'entrée.
- Les rapports annuels des centres fermés ainsi que ceux de l'AIG concernant sa mission de contrôle des éloignements forcés ne sont toujours pas rendus publics.
- L'OE refuse systématiquement les visas court séjour uniquement en raison de l'absence de remboursement des frais de rapatriement et détention, y compris lorsque ce refus entrave la vie familiale des personnes concernées.

Recommandations

43/2018	Protéger contre l'éloignement pour permettre l'établissement de la filiation	Les parents et l'enfant concernés bénéficient d'une protection contre l'éloignement pendant toute la procédure d'établissement de la filiation.	Parlement fédéral, Secrétaire d'Etat à l'asile et la migration, OE
44/2018	Permettre la demande de regroupement familial depuis un centre fermé	Modifier la réglementation pour prévoir explicitement la possibilité pour l'étranger détenu en centre fermé d'introduire une demande de regroupement familial ainsi que ses modalités d'introduction.	Parlement fédéral, Secrétaire d'Etat à l'asile et la migration, OE

Rappel recommandations

2016/16 Rapport Migration 2016	Développer les alternatives à la détention	La mise en œuvre de davantage de moyens consacrés aux alternatives à la détention, leur évaluation et l'ancrage de l'interdiction de la détention des enfants dans la loi.	Parlement fédéral Secrétaire d'Etat à l'asile et la migration, Ministre fédéral des affaires intérieures ?
2017/2 Myriadoc 6 2017	Ne pas entraver l'établissement du lien de filiation	Supprimer l'exigence disproportionnée de fournir des documents préalablement à toute reconnaissance du lien de filiation.	Ministre de la Justice Parlement fédéral

Colophon

MyriaDoc #8 *Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique 2018*

La rédaction de cette analyse a été clôturée en novembre 2018.

Éditeur et auteur

Myria

Rue Royale 138

1000 Bruxelles

T : 02 212 30 00

F : 02 212 30 30

myria@myria.be

www.myria.be

Rédaction : Antoinette Dutilleux, Deborah Weinberg, Nathalie Vanparys et Carolina Grafé avec l'aide de toute l'équipe de Myria.

Mise en page de la couverture : Myria

Photo de couverture : Belga Image

Éditeur responsable : François De Smet

Remerciements : Myria tient à remercier l'Agence Fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (Fedasil), le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA), l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale (AIG), ainsi que les membres du groupe transit.

Myria tient tout particulièrement à remercier l'Office des étrangers (OE) d'avoir mis à sa disposition des données et informations essentielles à la préparation de ce rapport, de l'avoir relu et de l'avoir commenté. Toutes les remarques de l'OE ont été examinées de près et, lors de la rédaction finale, il en a été tenu compte autant que possible. Myria porte évidemment seul la responsabilité de son contenu.

Cette publication est disponible en français et en néerlandais sur : www.myria.be.

Myria encourage le partage des connaissances, mais il insiste sur le respect dû aux auteurs et contributeurs de tous les textes de cette publication. Ces textes ne peuvent être utilisés comme source d'information que moyennant mention de l'auteur et de la source. Aucune reproduction, exploitation commerciale, publication ou adaptation partielle ou intégrale des textes, photos, illustrations graphiques ou de tout autre élément protégé par des droits d'auteur ne pourra en être faite sans l'accord préalable et écrit de Myria. Pour l'utilisation des images, veuillez prendre contact avec Myria.