



# De l'état de transit à l'Etat de droit<sup>1</sup>

Par Patrick Charlier, Julie Lejeune<sup>2</sup>

Novembre 2004

De l'état de transit à l'Etat de droit .....	1
1. Introduction .....	2
2. Le profil des étrangers placés en zone de transit.....	2
3. La souveraineté nationale dans le contrôle de l'accès au territoire et ses aménagements .....	4
(a) Droit individuel de quitter son pays et droit étatique de permettre l'accès au territoire national.....	4
(b) La Convention de Genève relative au statut des réfugiés.....	5
(c) L'accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (et sa Convention d'application).....	7
4. Les décisions administratives prises lors du contrôle aux frontières et les recours dont elles sont susceptibles de faire l'objet .....	10
(a) La décision de refoulement.....	11
(b) L'annulation du visa .....	14
(c) Décision de privation de liberté.....	17
5. Le statut de la zone de transit .....	19
6. Le transfert en zone de transit .....	22
(a) Libération ou privation de liberté ?.....	22
(b) La question de l'effectivité du recours et du procès juste et équitable.....	25
L'applicabilité de l'article 13 CEDH .....	26
Quelle effectivité du recours ouvert par l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 ? ....	26
Article 6 de la CEDH : procès juste et équitable.....	28
7. Les conditions de vie dans la zone de transit et les traitements inhumains ou dégradants ..	28
8. Les conditions du retour.....	32
9. Conclusion.....	33

---

<sup>1</sup> Titre inspiré par une réflexion de Marie-Claire Caloz-Tchopp qui évoque un mouvement apparemment paradoxal : un moins d'Etat, un moins de droit, un moins d'Etat de droit et un plus d'Etat (musclé et bureaucratique). M-C Caloz-Tschopp, « La zone internationale et le droit d'asile en Europe. Les limites d'une communauté d'états ... de droit et l'exercice de la démocratie radicale » in Frontière du droit, frontières des droits, Paris, l'Harmattan, 1993, p.18

<sup>2</sup> Patrick Charlier et Julie Lejeune sont juristes, collaborateurs au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Observatoire des migrations). Ils tiennent à remercier Tido Gayibor et Erik Jagers, Stefan Dhondt et Koen Dewulf, qui ont partagé et partagent au quotidien leur travail dans la zone de transit, le centre Inad et les centres fermés.

## **1. Introduction**

Les premiers mois de l'année 2004 ont été marqués par le nombre important d'étrangers transférés en zone de transit après une ordonnance de mise en liberté prononcée par la Chambre du Conseil<sup>3</sup>. Entre le 9 et le 19 février un groupe de 11 personnes se trouvait dans cette situation pour 14 transferts en tout entre le 24 décembre 2003 et le 30 mai 2004.

Cette pratique existe depuis longtemps<sup>4</sup>, elle se poursuit encore aujourd'hui mais pas dans les mêmes proportions. Qu'il nous soit permis d'émettre l'hypothèse suivante pour expliquer cette crise. La mort de Sémira Adamu a abouti à la condamnation des gendarmes pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner (12 décembre 2003). Après ce verdict, les policiers fédéraux chargés des rapatriements forcés ont décidé de ne plus procéder à ce type d'éloignement. Les rapatriements forcés ont donc été suspendus dans les mois qui ont suivi (le premier rapatriement collectif a eu lieu en mars 2004). Durant la même période, le Ministre de la défense a annoncé ne plus vouloir mettre à disposition des avions militaires pour procéder à des rapatriements. Le 24 décembre 2003 une femme était transférée dans la zone de transit, elle y restera 125 jours. Ce fait est très certainement lié à l'impossibilité temporaire de procéder à des éloignements forcés.

Indépendamment de toute situation de crise, le principe même de cette pratique mérite d'être examinée, c'est l'objet du présent article. Après avoir rapidement tracé le profil socio-graphique et administratif des étrangers transférés en zone de transit (2), nous rappellerons le principe de souveraineté nationale dans le contrôle de l'accès au territoire (3) en le confrontant au droit individuel de quitter son pays, aux principes de la Convention de Genève relative aux réfugiés et à la mise en œuvre des accords de Schengen. Nous examinerons ensuite les trois décisions qui peuvent être prises au moment du contrôle aux frontières, à savoir le refoulement, l'annulation du visa et la décision de privation de liberté, ainsi que les recours qui sont ouverts à l'étranger (4). Nous aborderons ensuite le statut de la zone de transit (5) avant de confronter la pratique du transfert en zone de transit (6) avec certaines dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, telles que l'article 5 (privation de liberté), l'article 13 (droit un recours effectif) et l'article 6 (droit à un procès juste et équitable). Nous terminerons par un examen des conditions de vie dans la zone de transit à la lumière de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (7) avant d'évoquer brièvement les conditions du retour (8).

## **2. Le profil des étrangers placés en zone de transit**

Pour définir le profil des étrangers transférés en zone de transit, nous avons travaillé au départ des données que nous avons pu recueillir relativement à 19 personnes entre le 1<sup>er</sup> février 2003 et le 22 septembre 2004. Si nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, il s'agit cependant d'un nombre suffisamment significatif pour la période concernée et spécialement pour le premier semestre 2004 durant lequel l'essentiel (14) des transferts en zone de transit se sont déroulés.

---

<sup>3</sup> Eventuellement confirmée par la Chambre des mises en accusation lorsqu'un recours était introduit

<sup>4</sup> Voir par exemple J-Y Carlier, « La pratique et la législation en Belgique » in Frontière du droit, frontières des droits, Paris, l'Harmattan, 1993, pp. 134 et 138

Aucun des étrangers transférés en zone de transit n'a eu accès au territoire. Qu'ils aient disposé ou non d'un passeport et/ou d'un visa, tous ont été refoulés lors de leur arrivée à l'aéroport de Bruxelles national et ont été placés dans un centre fermé (INAD, 127 ou Bruges). Tous ont également bénéficié d'une ordonnance de mise en liberté prononcée par la Chambre du Conseil (le cas échéant confirmée en appel par la Chambre des Mises en accusation) suite au recours qui leur était ouvert conformément aux articles 71 et suivants de la loi du 15 décembre 1980<sup>5</sup> sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.<sup>6</sup> A contrario, cela veut dire que les autorités ne transfèrent pas un étranger en zone de transit s'il est passé, préalablement, sur le territoire de la Belgique. Il faut trouver une explication de ce constat dans l'article 3.39.4. des annexes de la Convention de Chicago<sup>7</sup> qui prévoit que les coûts du retour restent à charge du transporteur tant que le voyageur n'a pas franchi la frontière.

La grande majorité d'entre eux provient d'Afrique subsaharienne (16) parmi lesquels un nombre important de congolais (11 – pour 3 angolais, un guinéen et un camerounais), les autres venant de Palestine (2) ou d'Ukraine (1).

Il y a eu 9 hommes et 10 femmes. La plupart étaient majeurs (16) et l'état de minorité des autres (3) faisait l'objet de contestation de la part des autorités, sauf l'un d'entre eux qui s'est vu désigné un tuteur.

Huit des étrangers avaient demandé l'asile, deux venaient pour motifs de tourisme, trois étaient en transit vers les Pays-Bas (affaires), trois venaient sous couvert d'un visa étudiant, deux venaient en Belgique pour affaires et enfin une des personnes venait pour regroupement familial. Un des étrangers qui a demandé l'asile était venu au départ sous couvert d'un visa pour affaires.

Le motif du refoulement pour les étrangers qui ne venaient pas pour demander l'asile, s'est fondé pratiquement à chaque fois sur l'article 3 alinéa 2, 3° de la loi du 15 décembre 1980 (objet et condition du séjour), parfois combiné avec le 4° (moyens de subsistance insuffisants) ou le 2° (absence de documents requis par l'article 2, faux documents). Lorsque l'étranger disposait d'un visa valable, celui-ci était annulé en vertu de l'article 3 alinéa 2 de cette même loi.

La durée du séjour dans la zone de transit a varié de 2 à 125 jours. La durée moyenne du séjour<sup>8</sup> (calculée sur 17 personnes) atteint 52 jours. Si l'on se concentre sur la période du premier semestre 2004, la moyenne monte à 66 jours (3 ont dépassé les 100 jours). Avant cette période et après, aucun étranger n'est donc resté aussi longtemps dans la zone de transit (Si l'on retient uniquement les durée de détention avant et après, la moyenne descend à 7,75 jours). Ce qui, outre le nombre important de personnes étant présentes simultanément dans cette zone, accredit l'idée que nous avons connu une crise durant cette période.

---

<sup>5</sup> M.B. 31/12/1980

<sup>6</sup> Sur le recours au judiciaire, voir infra point 4 (c)

<sup>7</sup> Convention relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 approuvée par la loi du 30 avril 1947 (M.B. 4 juin 1947)

<sup>8</sup> Calculée sur base des informations disponibles concernant 17 personnes sur 19.

Treize des étrangers ont fini par quitter le pays. Nous verrons plus loin qu'en raison des conditions de vie dans la zone de transit et des pressions qui ont été exercées sur ces personnes, le caractère véritablement volontaire de ces retours peut être sujet à caution, même si seuls deux de ces retours ont été faits officiellement par éloignement forcé (après un passage dans le centre fermé de Merksplas). Quatre des étrangers ont disparu de la zone de transit sans que l'on puisse déterminer s'ils ont pris un vol vers une autre destination ou s'ils ont pu accéder au territoire belge. Deux autres des étrangers ont pu accéder au territoire l'un avec un ordre de quitter le territoire, l'autre, un mineur à qui un tuteur avait été désigné, ayant été accueilli au centre ouvert de Florennes.

Enfin, les demandeurs d'asile ont obtenu une décision de mise en liberté alors qu'ils se trouvaient dans un centre fermé (Bruges ou 127) alors que les autres étaient tous retenus au centre Inad de l'aéroport de Bruxelles national.

### **3. *La souveraineté nationale dans le contrôle de l'accès au territoire et ses aménagements***

La pratique questionnée par le présent article, à savoir le transfert en zone de transit, ne peut se comprendre en dehors de tout raisonnement sur ce qui se passe exactement en faits et en droit lorsqu'un individu se présente à la frontière d'un Etat avec l'intention d'y pénétrer. Il convient dès lors de rappeler rapidement le cadre général de droit international classique dans lequel s'inscrit la liberté de circuler des individus, et certaines des exceptions qui ont été apportées conventionnellement à ce principe tant au niveau international qu'au niveau régional.

#### **(a). *Droit individuel de quitter son pays et droit étatique de permettre l'accès au territoire national***

La liberté de circuler des individus est organisée par le droit international sous la forme d'une asymétrie remarquable qu'il convient de garder à l'esprit. Ainsi, le droit de toute personne de quitter n'importe quel pays y compris le sien est consacré par des instruments internationaux dotés d'une force contraignante et notamment<sup>9</sup> par l'article 12.2 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, sans que son corollaire, à savoir le droit individuel d'entrer sur le territoire de tout pays y compris un autre que le sien ne soit consacré. En effet, la décision sur l'accès au territoire national relève entièrement du pouvoir de chaque Etat et ce en vertu du principe de la souveraineté nationale<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> De façon non contraignante, ce droit est proclamé par l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Il l'est également, pour la Belgique parce qu'elle ne l'a pas encore ratifié par l'article 2.2 du quatrième protocole de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>10</sup> M. Puéchavy « Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme » in P. Lambert et C. Pettiti (éd.) Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 75 et sq.

Au niveau national, ce principe est appliqué à l'accès au territoire de ressortissants étrangers notamment par la technique de la délivrance des visas<sup>11</sup>. La politique de délivrance des visas constitue avec le contrôle des personnes lors du franchissement des frontières les deux éléments complémentaires de toute politique à l'égard des ressortissants de pays tiers<sup>12</sup>, nous aurons l'occasion d'y revenir. Cette application du principe de souveraineté nationale a connu toutefois plusieurs aménagements successifs notamment du fait de la ratification des conventions de Genève ou de Schengen qui sont abordées ici.

## **(b) La Convention de Genève relative au statut des réfugiés**

Un premier critère d'analyse peut à ce stade être appliqué à l'étude de la situation des personnes ayant été placées en zone de transit à savoir celui de l'introduction ou non d'une demande d'asile. En effet, les normes applicables aux personnes ayant demandé l'asile constituent un aménagement notable du principe de la détermination souveraine des conditions d'accès au territoire par chaque Etat.

Cet aménagement a eu lieu au lendemain de la seconde guerre mondiale et au nom du besoin de protection de certaines populations. Ainsi, par la ratification de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié de nombreux Etats se sont obligés à donner accès à leur territoire à tous ceux qui remplissent les conditions pour bénéficier du statut de réfugié<sup>13</sup> c'est-à-dire qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leur appartenance à un certain groupe social ou leurs opinions politiques et se trouvent hors du pays dont ils ont la nationalité<sup>14</sup>.

Cette Convention consacre également le principe du non refoulement<sup>15</sup> de ces personnes : « Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> « Formalité destinée à autoriser un étranger à pénétrer sur le territoire national soit pour le traverser, soit pour y séjourner temporairement et matérialisé par l'apposition sur le passeport d'une mention à cet effet (visa de court, de long séjour) », G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 1994, p. 845.

<sup>12</sup> N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 83.

<sup>13</sup> J.Y. Carlier, « la pratique et la législation en Belgique » in J. Laferrière, Frontière du droit, frontières des droits. L'introuvable statut de la zone internationale, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 131.

<sup>14</sup> Article 1A de la Convention relative au statut des réfugiés adoptée à Genève du 28 juillet 1951 et entrée en vigueur le 22 avril 1954.

<sup>15</sup> Selon certains, le principe de non refoulement a acquis un véritable statut de *ius cogens* – de règle acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble et à laquelle aucun dérogation n'est permise (article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités), ce qui interdirait à tout Etat d'en violer le contenu que ce soit de sa propre initiative ou dans le cadre de l'Union européenne. Voyez J. Allain, « The *ius cogens* nature of non refoulement », International Journal of Refugee Law, vol. 13, n°4, 2001, Oxford University Press, p. 533 et sq.

<sup>16</sup> Article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés adoptée à Genève du 28 juillet 1951 et entrée en vigueur le 22 avril 1954

Cette disposition protège non seulement le réfugié reconnu mais aussi le candidat réfugié et ce en raison du caractère déclaratif de la décision qui reconnaît la qualité de réfugié<sup>17</sup>.

Parce qu'il précise que ce principe ne peut être violé « de quelque manière que ce soit », le texte de la Convention de Genève protège également du refoulement indirect à savoir celui d'une personne vers un pays où sa liberté et sa sécurité ne seraient pas directement en danger mais qui pourrait la renvoyer vers un autre Etat où elle craindrait effectivement pour l'une ou pour l'autre. Cette obligation de protéger contre un traitement cruel, inhumain ou dégradant même par ricochet se déduit également de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, tel qu'il a été développé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>18</sup>.

Enfin, il découle de ce principe de non refoulement un droit individuel à l'asile provisoire à savoir le « droit pour le demandeur d'asile d'avoir accès et de séjourner sur le territoire de l'Etat d'accueil jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise sur la qualité de réfugié »<sup>19</sup>.

Ces différents principes sont traduits dans la législation nationale belge par la loi du 15/12/1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'éloignement et à l'éloignement des étrangers et plus précisément par l'article 48 pour le statut de réfugié, l'article 52bis pour le principe de non refoulement, l'article 63/5 pour une forme de protection contre le refoulement indirect<sup>20</sup>.

L'ensemble de ces dispositions a pu trouver à s'appliquer à celles d'entre les personnes ayant séjourné en zone de transit qui ont demandé l'asile.

Dans le cadre de la construction européenne, l'Union européenne s'est dotée d'un instrument destinée à répartir entre ses Etats membres la charge du traitement des demandes d'asile de ressortissants de pays tiers dont la version la plus récente est le Règlement de Dublin II<sup>21</sup>.

Par ailleurs, un traitement plus favorable est aménagé au bénéfice de certains ressortissants étrangers favorisés dans le cadre de la construction européenne. Parallèlement à la suppression du contrôle aux frontières intérieures comme mesure participant de la libre circulation des ressortissants communautaires, l'Union européenne a organisé l'harmonisation des contrôles aux frontières extérieures de son territoire dans le cadre de la Convention de Schengen.

---

<sup>17</sup> J.Y. Carlier, Les enjeux juridiques d'un statut de séjour humanitaire », R.D.E., n°85, Numéro Spécial Personnes déplacées, actes de la journée d'études du 9 février 1995 organisée au Parlement par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en collaboration avec le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, p. 457.

<sup>18</sup> Cour eur. D.H., Arrêt Soering c. Royaume uni , 7 juillet 1989, §91; arrêt Cruz Varas c. Suède du 20 mars 1991 et arrêt Vilvarajah c. Royaume uni du 30 octobre 1991.

<sup>19</sup> J.Y. Carlier, « Les enjeux juridiques d'un statut de séjour à titre humanitaire », art. cit., p. 457.

<sup>20</sup> Cet article fonde la compétence du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides pour assortir une décision négative rendue au stade de l'examen de la recevabilité d'une demande d'asile une clause dite « de non –reconduite » s'il y a dans le dossier des éléments qui attestent des risques de traitements inhumains cruels et dégradants dans le pays d'origine, ou si le CGRA possède de tels éléments.

<sup>21</sup> Règlement (CE) n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, Journal officiel de l'Union européenne, 25 février 2003

### **(c) L'accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (et sa Convention d'application)**

L'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes et sa Convention d'application du 19 juin 1990<sup>22</sup> organise le contrôle d'identité effectué sur toutes les personnes quelle que soit leur nationalité selon des principes uniformes. Les ressortissants de pays tiers sont soumis à un contrôle renforcé dans les conditions que nous allons voir plus précisément ci-dessous. L'efficacité des contrôles est assurée par la création d'un système d'échange d'informations. Enfin, le système de la Convention est complété par des mesures de sanction en cas de franchissement irrégulier des frontières extérieures des Etats contractants, qui frappent les auteurs du franchissement irréguliers des frontières mais aussi par des dispositions relatives à la responsabilité des transporteurs<sup>23</sup>.

C'est l'article 5 des accords de Schengen du 14 mars 1985<sup>24</sup> qui établit dans son paragraphe premier les conditions auxquelles l'entrée sur le territoire des parties contractantes peut être accordée à un étranger<sup>25</sup>. Ces conditions sont les suivantes :

- posséder un ou des documents valables permettant le franchissement de la frontière
- être en possession d'un visa valable si celui-ci est requis
- présenter le cas échéant les documents justifiant de l'objet et des conditions de séjour envisagé et disposer des moyens de subsistance suffisants tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un Etat tiers dans lequel son administration est garantie, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens

---

<sup>22</sup> Cette politique de délivrance des visas a été organisée à l'origine par le mécanisme classique en droit international de la coopération intergouvernementale. Elle a ensuite connu une communautarisation progressive, entamée avec le traité de Maastricht et finalisée avec le Traité d'Amsterdam dont l'art.62.2 litt b du TUE fonde la compétence de la communauté pour l'adoption d'une politique commune des visas « Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 67, arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (...) 2) des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres qui fixent : a) les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les Etats membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures ; b) les règles relatives aux visas pour les séjours prévus d'une durée maximale de trois mois, notamment : i) la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation ii) les procédures et conditions de délivrance des visas par les Etats membres, iii) un modèle type de visa iv) des règles en matière de visa uniforme (...) ». Les Etats membres ont décidé d'abord de communautariser l'acquis Schengen en l'intégrant dans le Traité d'Amsterdam puis de procéder à une intégration différenciée. Il en résulte une Europe à géométrie variable en cette matière puisque le Danemark, L'Irlande, le Royaume uni, l'Islande et la Norvège ont fait usage des possibilités d'opt-in et d'opt-out

<sup>23</sup> En cas de refus d'entrée sur le territoire d'une partie contractante, le transporteur est tenu de reprendre en charge l'étranger et de le renvoyer dans l'Etat tiers à partir duquel il a été transporté. Cette obligation ne connaît ni motivation ni dérogation.

<sup>24</sup> Les articles 2 à 8 de cette Convention sont relatifs au franchissement des frontières extérieures tandis que les articles 9 à 18 concernent les visas de court et de long séjour.

<sup>25</sup> Remarquons qu'une dissociation est faite entre les visas de court et de long séjour. Les premiers relèvent du franchissement des frontières extérieures es Etats membres et font l'objet d'une politique commune. Les visas de long séjour impliquent un établissement sur le territoire des Etats membres, il sont traités dans le cadre de la politique d'immigration par des mesures d'harmonisation des législations nationales.

- ne pas être signalé aux fins de non admission
- ne pas être considéré comme pouvant compromettre l'ordre public, la sécurité nationale ou les relations internationales de l'une des parties contractantes.

L'Instruction Consulaire Commune adressée aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière des parties contractantes à la Convention de Schengen a pour objet de clarifier les conditions de délivrance d'un visa uniforme, valable pour le territoire de toutes les parties contractantes. Cette instruction détaille la procédure d'instruction de toute demande de visa et de décision relative à celle-ci. Elle rappelle que « les préoccupations essentielles qui doivent guider l'instruction des demandes de visa sont la sécurité des parties contractantes et la lutte contre l'immigration clandestine ainsi que d'autres aspects relevant des relations internationales. (...) Pour ce qui est du risque migratoire, l'appréciation relève de l'entière responsabilité de la représentation diplomatique ou consulaire (...). Il convient à cet effet d'exercer une vigilance particulière sur les populations à risque - chômeurs, personnes démunies de ressources stables, etc. En cas de doute portant notamment sur l'authenticité des documents et la réalité des justificatifs présentés, la représentation diplomatique ou consulaire s'abstiendra de délivrer le visa. A l'inverse, les contrôles seront allégés pour les demandeurs reconnus comme étant des personnes *bona fide*, ces informations étant échangées dans le cadre de la coopération consulaire ».

Ainsi, outre la vérification de la demande de visa (correspondance entre durée du séjour demandée et objet du voyage), de l'identité du demandeur et d'un éventuel signalement aux fins de non-admission dans le Système d'Information Schengen et celle du document de voyage (régularité, validité territoriale, durée de validité, séjours antérieurs), cette Instruction Consulaire commune prévoit la vérification d'autres documents « en fonction de la demande ». Ainsi le nombre et la nature des justificatifs dépendent du risque éventuel d'immigration illégale et de la situation locale et peuvent varier d'un pays à l'autre. ces documents justificatifs devront porter obligatoirement sur le motif du voyage (lettre d'invitation, convocation, ...) les moyens de transport et le retour (billets A/R, devises pour l'essence ou l'assurance voiture), les moyens de subsistance (preuve à rapporter pour tout moyen permettant de justifier d'une garantie de ressources en devises, et le niveau de ces moyens doit être proportionné à la durée et à l'objet du séjour ainsi qu'au coût de la vie dans l'Etat visité) et les conditions d'hébergement (réservation d'hôtel, contrat de location ou titre de propriété, en cas d'hébergement chez un particulier, les représentations consulaires doivent vérifier si l'étranger y sera effectivement hébergé). Il est également prévu que « le cas échéant », d'autres documents peuvent être exigés comme : des justificatifs relatifs au lieu de résidence et relatifs aux attaches avec le pays de résidence, ou ayant trait à la situation socioprofessionnelle du demandeur. Enfin, l'instruction prévoit également un examen de la bonne foi du demandeur, sur la base des éléments échangés dans le cadre de la coopération consulaire.

Tout ceci atteste l'importance de la politique des visas comme élément essentiel du dispositif de maîtrise de l'immigration. Les Etats parties aux accords de Schengen<sup>26</sup> ont harmonisé leurs exigences

---

<sup>26</sup> Sur tout ceci, voyez notamment E. Aubin, « La Convention de Schengen devant le Conseil d'Etat. Le contrôle juridictionnel des refus de visas », *JCP G2002*, I, p. 113, P. De Bruycker « Vers un statut des ressortissants des pays tiers dans le Traité d'Amsterdam : libre circulation ou discrimination ? » in E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, *Union européenne et nationalités. Le principe de non discriminations et ses limites*, Bruylant 1999, p. 222, F. Crepeau et JY Carlier « Intégration régionale et



en matière de visa par l'adoption de plusieurs instruments dont une liste commune des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa lors du franchissement des frontières extérieures, un inventaire des Etats tiers dont les ressortissants sont dispensés de l'obligation de visa par toutes les parties contractantes lors du franchissement de leur frontière extérieure et un inventaire des Etats tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa dans certains Etats seulement<sup>27</sup>.

Pour certains auteurs, ce dispositif révèle une structuration politique des relations avec le monde extérieur à l'Union européenne selon plusieurs cercles concentriques. Ainsi selon M.C. Caloz-Tschopp, « Le premier cercle est constitué des Etats membres de l'espace Schengen. Le second cercle réunit les pays candidats à l'adhésion à l'Union et les pays méditerranéens, ces pays sont appelés à aligner leur politique d'immigration sur les critères Schengen en particulier pour les visas, le contrôle aux frontières, les politiques de refoulement et de rapatriement. Le troisième cercle concerne les pays de l'ancienne Union soviétique, la Turquie et l'Afrique du Nord. Ces pays sont appelés à se concentrer sur le contrôle des transits et la lutte contre les filières clandestines en échange de quoi ils bénéficieront d'une aide économique. Le quatrième cercle comprend le Proche-Orient, la Chine, l'Afrique noire. Les personnes en provenance du dernier cercle sont en principe exclues des possibilités d'immigrations vers l'Europe (sauf exception pour les cas économiquement rentables et les riches) »<sup>28</sup>.

La traduction de ces principes dans la loi du 15/12/1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers s'opère dans son article 3 : « Sauf dérogations prévues par un traité international ou par la loi, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières, l'étranger qui se trouve dans un des cas suivants :

- 1° s'il est appréhendé dans la zone de transit aéroportuaire sans être porteur des documents requis par l'article 2 ;
- 2° s'il tente de pénétrer dans le Royaume sans être porteur des documents requis par l'article 2 ;
- 3° s'il ne peut pas présenter le cas échéant les documents justifiant l'objet et les conditions du séjour envisagé
- 4° s'il ne dispose pas des moyens de subsistance suffisants tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un Etat tiers dans lequel son admission est garantie et n'est pas en mesure d'acquérir légalement ces moyens

---

politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation », *JDI*, 1999, p. 953, et N. Berger, *op. cit.*, p. 82 à 106.

<sup>27</sup> Ces inventaires ne sont pas contraignants. Sur tout ceci, voyez N. Berger, *op. cit.*, p ; 101.

<sup>28</sup> M.C. Caloz-Tschopp, « Ce qui fait... Ceux qui font le lit du totalitarisme néolibéral à venir ? Réflexions suscitées par une invention suisse (1990) reprise par l'UE (1998) dans la stratégie et les dispositifs des politiques d'immigrations et du droit d'asile », *Revue québécoise de droit international*, Montréal, mai 2001, Québec, p. 13. E. Aubin maître de conférences en droit public à l'Université de Poitiers, Institut de droit public, reprend cette analyse lors de son cours du 3 juillet 2003 « La politique communautaire des visas de court séjour », dans le cadre du Cour d'été européen « Droit et politique de l'immigration et de l'asile de l'Union européenne, organisée par le Réseau académique Odysseus d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, à l'Université libre de Bruxelles.

- 5° s'il est signalé aux fins de non admission dans les Etats partie à la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990, soit pour le motif que sa présence constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, soit pour le motif qu'il a fait l'objet d'une mesure d'éloignement non rapporté ni suspendue, comportant une interdiction d'entrée, fondée sur le non respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers ;
- 6° s'il est considéré par le Ministre, après avis conforme de la Commission consultative des étrangers, comme pouvant compromettre les relations internationales de la Belgique ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures liant la Belgique ;
- 7° s'il est considéré par le Ministre ou son délégué comme pouvant compromettre la tranquillité publique, l'ordre public ou la sécurité nationale ;
- 8° s'il a été renvoyé ou expulsé du Royaume depuis moins de dix ans lorsque la mesure n'a pas été suspendue ou rapportée.

Lorsque l'étranger à refouler est porteur d'un visa valable, les autorités chargées du contrôle des frontières soumettent le cas pour décision au Ministre ou à son délégué. Si l'accès au territoire est refusé, elles annulent le visa et refoulent l'étranger. »

C'est donc en application de ce texte, et sur la base du contenu de l'Instruction Consulaire Commune que s'effectue non seulement l'instruction de et la décision sur la demande de visa mais également le contrôle par la police des frontières au moment du franchissement effectif de la frontière extérieure de l'espace Schengen<sup>29</sup>.

Les personnes concernées par la problématique du placement en zone de transit sont d'une part les personnes refoulées à la frontière en application de ces dispositions, soit qu'elles étaient démunies de documents d'identité et de voyage valables, soit que munies d'un passeport et d'un visa elles se sont vu refuser l'accès au territoire pour une autre raison, et d'autre part celle qui sont déboutées d'une demande d'asile faite à la frontière et sont réputées, du point de vue administratif n'avoir jamais eu accès au territoire.

#### **4. Les décisions administratives prises lors du contrôle aux frontières et les recours dont elles sont susceptibles de faire l'objet**

---

<sup>29</sup> Il faut compléter ce chapitre en mentionnant l'importance du dispositif de sanction aux transporteurs qui acheminent vers les frontières de l'espace Schengen des personnes qui n'ont pas de document d'identité ou de séjour valides. Les articles 74/2 à 74/4bis de la loi du 15/12/1980 réglementent cette matière en droit belge. Remarque : la transposition de la Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, *JOUE du 10/07/2001, L 187 p. 0045 – 0046* a fait l'objet d'un avant projet de loi approuvé en conseil des Ministres le 24/09/2004. Sur tout ceci voyez notamment E. Mignon, « Réfugiés et compagnies aériennes », *R.D.E.*, n°56, p. 287; J.Y. Carlier, « La non applicabilité des sanctions à charge des transporteurs », *R.D.E.*, n°74, 1993, p. 334 ; A. Cruz, *Nouveaux contrôleurs d'immigration. Transporteurs menacés de sanctions*, Paris, L'Harmattan, 1995, p.10 à 12 notamment.

Lors du contrôle à la frontière, le service « inspection des frontières » de l'Office des Etrangers a procédé à une triple décision à savoir :

- un ordre de refoulement (annexe 11) en application de l'article 3 paragraphe premier de la loi du 15/12/1980, c'est-à-dire concrètement un refus d'accès au territoire. Cet acte administratif est susceptible de faire l'objet d'un recours en suspension en extrême urgence et d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat ;
- le cas échéant, il est procédé à l'annulation du visa sur la base du second alinéa de cet article. Cette décision ne fait pas l'objet d'un acte administratif spécifique, il est « intégré » à la décision de refoulement et à l'annexe 11 ;
- une décision de privation de liberté en application de l'article 74/5 de la loi du 15/12/1980<sup>30</sup>, c'est-à-dire concrètement une décision de placement en centre fermé. Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours devant la Chambre du Conseil, juridiction chargée du contrôle de la légalité de la détention.

Ces décisions et les recours dont elles sont susceptibles font l'objet du chapitre qui vient.

### **(a) La décision de refoulement**

La question de la légalité des décisions de refoulement<sup>31</sup> est capitale, puisque c'est sur cette base qu'est ordonnée l'enfermement en vue de l'organisation du retour de l'étranger.

Parmi les huit motifs sur base desquels la loi prévoit qu'un refoulement peut être ordonné<sup>32</sup>, l'expérience et l'analyse de la motivation des décisions de refoulement révèle que celui relatif à la justification de l'objet et des conditions du voyage pose question notamment en raison de la large place qu'il fait à l'appréciation personnelle du fonctionnaire de l'immigration qui contrôle l'étranger à la frontière.

---

<sup>30</sup> Le paragraphe premier de cet article prévoit : « Peut être maintenu dans un lieu déterminé, situé aux frontières, en attendant l'autorisation d'entrer dans le Royaume ou son refoulement du territoire : 1° l'étranger qui, en application des dispositions de la présente loi peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières ; 2° l'étranger qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2, qui se déclare réfugié et demande à la frontière à être reconnu comme tel ». Les documents prévus à l'article 2 de la loi du 15/12/1980 sont soit les documents requis en vertu d'un traité international, d'une loi ou d'un arrêté royal, soit un passeport valable ou un titre de voyage en tenant lieu, revêtu d'un visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa, valable pour la Belgique, apposé par un représentant diplomatique ou consulaire belge ou par celui d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures liant la Belgique. Le Ministre ou son délégué peut autoriser à pénétrer en Belgique l'étranger qui n'est porteur d'aucun des documents prévus à l'alinéa précédent sur la base des modalités déterminées par arrêté royal ». Sur la genèse de cette disposition, voyez M. Biélot, « Par peur des appels d'air, donner le ton l'air de rien. Historique et objectifs des politiques d'éloignement et d'enfermement des étrangers », in PA Perrouy (Coord.) La mise à l'écart de l'étranger. Centres fermés et expulsions, Bruxelles, Labor, 2004, p. 16.

<sup>31</sup> Ce passage reprend certains extraits de Vers la diversité, le rapport annuel 2002 du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (publié en juin 2003).

<sup>32</sup> Cfr supra l'article 3 de la loi du 15/12/1980

Contrairement aux autres motifs légaux de refoulement qui sont plus objectifs, l'objet et les conditions du voyage se justifient en pratique, non seulement par des documents, comme l'exige la loi, mais aussi par un faisceau d'indices concordants : indication du lieu de résidence, hôtel ou domicile privé, date de la réservation de retour, informations sur les moyens de locomotion, documents relatifs à l'objet déclaré, par exemple : lettre d'invitation d'une firme et connaissance des produits et du secteur d'activité concerné pour un voyage d'affaires ; connaissance d'informations sur les sites et les villes à visiter, pour un voyage touristique. On ne peut pas raisonnablement exclure qu'une même situation objective puisse donner lieu à deux conclusions différentes en fonction de la façon dont est menée l'entretien par le fonctionnaire de l'immigration, qui est libre de pousser plus ou moins loin la technicité des questions posées à l'étranger par rapport au type d'affaires qu'il envisage de conclure ou aux activités touristiques auxquelles il entend s'adonner. Dans ces conditions, il est donc crucial qu'un contrôle juridictionnel efficace soit exercé sur les décisions de refoulement afin de protéger de l'arbitraire administratif ou policier les étrangers qui auront parfois dépensé des sommes considérables pour organiser leur voyage.

La décision de refoulement est formalisée<sup>33</sup> dans une annexe 11 et est susceptible d'un recours en annulation et ainsi que d'un recours en suspension en extrême urgence devant le Conseil d'Etat<sup>34</sup>. Enfin, la mesure de refoulement est par ailleurs assimilée de plein droit à un ordre de quitter le territoire au sens de l'article 7 alinéa premier de la loi du 15/12/1980<sup>35</sup>.

Le contentieux administratif relatif aux personnes refoulées se place dans un contexte concret où la brièveté des délais pour statuer joue un rôle important. Il faut alors examiner les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat accepte de statuer en extrême urgence. La jurisprudence récente du Conseil d'Etat s'est développée surtout autour des requêtes introduites contre les ordres de quitter le territoire.

De façon générale, il faut pour bénéficier de la procédure d'extrême urgence pouvoir par un exposé des faits, établir que l'exécution immédiate de la décision litigieuse risque de causer au demandeur un préjudice grave et difficilement réparable<sup>36</sup>. « L'extrême urgence requiert une circonstance spéciale, qui vient s'ajouter à l'exigence d'un moyen sérieux et d'un préjudice grave et difficilement réparable »<sup>37</sup>. Selon la jurisprudence des chambres néerlandophones du Conseil d'Etat, le seul fait d'être maintenu en centre fermé ne suffit pas à justifier l'introduction d'un recours en extrême urgence, pas plus que le fait d'avoir reçu un ordre de quitter le territoire dans un délai de cinq jours, ni d'être sous la menace d'une mesure d'éloignement du territoire.

---

<sup>33</sup> En application de l'article 14 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers « Lorsque l'étranger est refoulé en vertu de l'article 3 de la loi, la décision de refoulement lui est notifiée par la remise d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 11 ».

<sup>34</sup> C'est l'article 69 de la loi du 15/12/1980 qui prévoit que toute « décision refusant le bénéfice d'un droit prévu par la présente loi » est susceptible d'un recours en annulation régi par l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973.

<sup>35</sup> C'est l'article 74/5 §5 qui prévoit explicitement cette assimilation de plein droit.

<sup>36</sup> Article 8 de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 (M. B. 15/07/2000)

<sup>37</sup> P. Gilliaux, Avis de l'auditeur sur des demandes de suspension d'extrême urgence, R.D.E., n°122, 2003, p. 28.

Le seul fait de pouvoir à tout moment être éloigné ne constitue pas un préjudice grave et difficilement réparable pour les chambres néerlandophones du Conseil d'Etat, qui attendent du demandeur qu'il établisse précisément en quoi, dans sa situation personnelle du moment, le préjudice serait tel. Enfin, le Conseil d'Etat fait application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » et rejette pour défaut d'intérêt à agir les requêtes dans des dossiers qui contiennent des éléments avérés de fraude dans le chef du demandeur<sup>38</sup>. Pour les chambres francophones aussi, la notion de préjudice grave et difficilement réparable et celle d'extrême urgence, même si elles sont complémentaires, doivent reposer sur des justifications différentes. Cependant, cette jurisprudence admet l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable lié à la mise en œuvre éventuelle d'une mesure d'éloignement du territoire<sup>39</sup>. Il faut cependant que le requérant établisse qu'il a agit avec toute la diligence requise et qu'il n'est pas lui-même à l'origine de l'imminence du préjudice qu'il allègue.

La jurisprudence des chambres francophones établit que l'extrême urgence s'apprécie non seulement sur la base de l'attitude de la partie requérante (sa diligence, notamment) mais qu'il faut aussi tenir compte de l'imminence de l'exécution effective de l'acte dont la suspension est demandée, de la date de la notification de cet acte et de son caractère exécutoire<sup>40</sup>. Une certaine confusion régnait du fait de la contradiction entre des arrêts admettant les demandes de suspension d'extrême urgence contre des décisions accompagnées ou non d'ordre de quitter le territoire (OQT) au motif que le rapatriement est d'emblée prévisible et ceux qui admettent de traiter en extrême urgence des demandes de suspension ordinaire au motif qu'un OQT a été délivré et que le rapatriement forcé est un élément nouveau justifiant pareille mesure provisoire.

Compte tenu de l'assimilation du refoulement à un ordre de quitter le territoire, cette jurisprudence doit pouvoir valoir également pour les ordres de refoulement et leur exécution à partir du moment où la loi du 15/12/1980 les assimile explicitement à des mesures d'ordre de quitter le territoire.

Il convient dans un second temps de souligner que sur le plan matériel, l'exercice effectif des voies de recours est largement conditionné par la localisation particulière du Centre INAD. Ainsi, l'information communiquée aux personnes refoulées sur leur situation et sur les recours légaux consiste pour l'essentiel en la délivrance de la décision qui les concerne et qui est rédigée en néerlandais ou en français. Il revient en pratique aux policiers d'essayer de trouver entre eux des collègues capables d'assurer la traduction orale à la personne refoulée. Le personnel du Centre INAD apporte également une aide utile en la matière, dans la mesure de ses capacités mais il est déjà arrivé que lors de ses visites au Centre Inad, le Centre pour l'égalité des chances rencontre des étrangers avec qui personne ne pouvait communiquer<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> F. De Neve, « Overzicht van rechtspraak van de nederlandsestalige kamers van de Raad van State gewezen in 2001 inzake beroepen tegen de bevestigende beslissingen van een weigering van verblijf genomen door het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen », *T.V.R.*, nr 3/2002, bldz. 262 tot 264

<sup>39</sup> Voir à ce sujet E. Derrickx, *Chronique de jurisprudence, droit des étrangers, Les dossiers du J.T.*, n°36, 2002 cité par L. Cambier, « La procédure d'extrême urgence dans le contentieux du droit des étrangers devant le Conseil d'Etat : lorsque la procédure d'exception devient la règle... », *Obs. sous C.E.* 27 février 2003, n°116.507, *R.D.E.*, n°122, 2003, p. 33.

<sup>40</sup> P. Gilliaux, *idem*.

<sup>41</sup> On ne saurait que recommander l'organisation d'un dispositif structurel assurant la traduction orale ou écrite permettant à la personne refoulée d'être informée dans une langue qu'elle comprend, de sa situation et des recours légaux.

Enfin, il faut ajouter à l'édifice de ce débat la pierre de l'arrêt Conka<sup>42</sup> en matière d'effectivité de ce recours. Selon la Cour dans cet arrêt, l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme exige que l'administration laisse s'écouler un délai minimum entre la notification de la mesure de rapatriement et son exécution afin de permettre à l'intéressé qui le souhaiterait d'agir en extrême urgence<sup>43</sup>. Il s'agit là selon l'arrêt d'une obligation minimale qui s'impose comme telle à l'administration belge.

## **(b) L'annulation du visa**

L'obligation de visa découle directement de l'article 2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Pour l'étranger qui ne peut bénéficier de dispositions d'un traité international, d'une loi ou d'un arrêté royal (art 2, 1°), le principe veut qu'il doive présenter un passeport valable revêtu d'un visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa valable pour la Belgique pour être autorisé à entrer dans le Royaume (art 2, 2°). Il s'agit donc d'un régime d'autorisation préalable que l'étranger doit demander à l'étranger auprès du poste diplomatique belge<sup>44</sup>.

L'octroi du visa relève soit d'un droit, pour les étrangers qui remplissent les conditions légales à son obtention (regroupement familial, articles 10 et 40 de la loi du 15 décembre 1980 – étudiants, articles 58), soit d'une faveur relevant du pouvoir discrétionnaire des autorités (que ce soit pour le court séjour : tourisme, affaires, visite familiale ... ou pour un séjour de plus de trois mois).

Cette procédure d'autorisation préalable à obtenir auprès du poste diplomatique belge à l'étranger (ambassade ou consulat) constitue parfois, pour l'étranger, un parcours de longue haleine.

L'ensemble des démarches à effectuer prend parfois plusieurs semaines ou plusieurs mois et emporte un coût important (déplacement, traduction de documents officiels, billet d'avion...) sans pour autant garantir la délivrance du visa. Il faut cependant signaler qu'au cours des dernières années tant l'Office des étrangers que les postes diplomatiques ont fait de sérieux efforts quant à la qualité et l'accessibilité de l'information relative à la délivrance des visas. Que ce soit sur le site de l'Office des étrangers<sup>45</sup> ou des différents postes diplomatiques<sup>46</sup> il est possible d'obtenir des informations précises quand à la réglementation, les conditions d'octroi, les documents nécessaires, les conditions d'accès, les modes d'introduction des demandes, l'état d'avancement d'un dossier de demande de visa ...

---

<sup>42</sup> Cour eur. D.H., Conka c. Belgique, 5 février 2002.

<sup>43</sup> Paragraphe 82 de l'arrêt Conka du 5 février 2002. Sur tout ceci voyez notamment P. Gilliaux, sous C.E. 27 février 2003 n°116.507, R.D.E., n°122, p. 28 ; P. Gilliaux, « L'arrêt Conka et l'effectivité des recours devant le Conseil d'Etat », RDE, n° 118, p. 313 ; JY Carlier, « la détention et l'expulsion collective des étrangers », RTDH, n°53/2003, p. 198, O. De Schutter, « Les recours de l'étranger contre la menace de l'éloignement du territoire », R.D.E., n° 121, colloque des 23-24 octobre 2002, p. 807, D. Van Heule, « het Conka-arrest : een mijlpaalarrest voor de asielprocedure ? », T.V.R., nr 2, juni 2002, bldz. 159.

<sup>44</sup> J-Y Carlier et S. Saroléa, « Belgique », in L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats membres de l'Union européenne, Giuffrè editore, Milano, 2001, p.37

<sup>45</sup> [www.dofi.fgov.be](http://www.dofi.fgov.be)

<sup>46</sup> [www.diplomatie.be](http://www.diplomatie.be)

Cette information permet très certainement de gagner du temps, et de l'argent, en évitant, autant que faire se peut, l'introduction de dossiers incomplets avec ce que cela implique d'aller-retour entre les autorités et les intéressés.

Il ne s'agit pas de mettre en cause cette procédure et les différentes étapes qui la composent, mais bien de mettre en tension le poids de ces démarches avec le risque réel que ce visa soit annulé à la frontière à la suite d'un contrôle effectué dans les conditions potentiellement problématiques décrites plus haut.

En effet, un visa ne constitue pas une garantie ou un droit absolu à accéder au territoire. L'article 3 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit les conditions auxquelles un étranger peut être refoulé lorsqu'il se présente à la frontière. Nous avons vu, dans le point qui précède que les motifs qui peuvent être invoqués en application de l'article 3. Cette question est intimement liée à celle de l'annulation du visa. En effet, l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 15 décembre 1980 dispose que « lorsque l'étranger à refouler est porteur d'un visa valable, les autorités chargées du contrôle des frontières soumettent le cas pour décision au Ministre ou à son délégué. Si l'accès au territoire est refusé, elles annulent le visa et refoulent l'étranger. »<sup>47</sup>.

Donc, l'annulation d'un visa valable peut se faire à la frontière, sur décision du Ministre ou de son délégué, en raison d'une décision de refoulement. Si la décision de refoulement peut être prise seule par les autorités chargées du contrôle à la frontière (alinéa 1), cette décision ne peut être prise que par le Ministre ou son délégué si l'étranger est porteur d'un visa valable auquel cas le visa sera automatiquement annulé (alinéa 2).

La décision de refoulement est notifiée par la remise d'une annexe 11 (article 14 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981). La décision d'annulation de visa ne fait pas l'objet d'une décision spécifique, elle est intégrée dans la décision de refoulement. Il s'en déduit que les motifs d'annulation du visa sont identiques aux motifs de refoulement.

Ceci nous amène à formuler quatre commentaires.

Le premier concerne la définition du visa. Si l'on suit la définition de Cornu, le visa est la « formalité destinée à autoriser un étranger à pénétrer sur le territoire national soit pour le traverser, soit pour y séjourner temporairement et matérialisée par l'apposition sur le passeport d'une mention à cet effet »<sup>48</sup>. La réglementation actuelle, et spécialement les conditions exigées par l'article 3 de la loi du 15 décembre 1980, nous amène à préciser cette définition. Le visa ne constitue pas un droit inconditionnel à pénétrer sur le territoire. Par contre, la possession d'un visa valable facilite le départ du pays d'origine. En effet, le titulaire d'un visa valable passera beaucoup plus facilement les contrôles à la fois des autorités du pays de départ, mais surtout celui effectué par les transporteurs<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Il faut préciser que les autorités peuvent, sur cette base, annuler un visa Schengen délivré par des autorités d'un autre pays, partie à la Convention d'application des accords de Schengen (en ce sens, C.E., arrêt n° 89.726 du 20 septembre 2000).

<sup>48</sup> G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 1994, p. 845

<sup>49</sup> Les sanctions à l'égard des transporteurs concernent les passagers qui ne sont pas titulaires des documents prévus par l'article 2 de la loi (passeport, visa ...) – articles 74/2 et 74/4bis de la loi du 15 décembre 1980. Il n'y a en principe pas de sanction à proprement parler (amende) s'il y a refoulement d'un étranger qui est titulaire d'un visa valable (article 3, al 1, 3° à 8°). Dans ce cas, seuls les coûts liés au retour de l'étranger peuvent être imputés au transporteurs (article 74/4).

Dans cette hypothèse, le visa valable constitue un droit de se présenter à la frontière et une présomption de droit d'accès au territoire sous réserve de remplir les conditions pour en pas être refoulé.

Le second concerne les conséquences de l'obtention du visa sur l'appréciation des motifs de refoulement. A l'occasion d'une plainte individuelle, le Collège des médiateurs fédéraux a été amené à traiter le dossier d'un étranger qui avait bénéficié d'un visa étudiant<sup>50</sup>. La validité de ce visa n'était pas contestée mais l'étudiant a été refoulé à son arrivée en vertu de l'article 3, alinéa 1, 3<sup>o</sup>: objet et condition du séjour envisagé. Au terme d'un examen approfondi de ce dossier, le Collège des médiateurs fédéraux conclut à la mal-administration notamment<sup>51</sup> parce que l'Office des étrangers a invoqué des éléments dont il connaissait déjà l'existence au moment où il a délivré le visa - en l'occurrence une autorisation de séjour provisoire (ASP).

Cela veut dire que lorsque les autorités délivrent un visa, elles procèdent, à ce moment là, à un premier examen des conditions d'accès au territoire. Elle doivent donc en tenir compte au moment où l'étranger se présente à la frontière. Ce dernier ne devrait plus devoir justifier des éléments dont il a déjà du faire la preuve au moment de sa demande de visa. Cela vise particulièrement la question de l'objet et des conditions du séjour (article 3 alinéa 1, 3<sup>o</sup>). De ce point de vue, seuls des éléments postérieurs à la délivrance du visa devraient être vérifiés à l'arrivée à la frontière.

Suite au dossier examiné par le Collège des médiateurs fédéraux, il apparaît que l'Office des étrangers, dans le cadre des visas étudiants, a proposé au SPF affaires étrangères, que l'interrogatoire relatif aux études suivies et envisagées « soit dorénavant effectué systématiquement par les postes diplomatiques et consulaires dans le cadre de l'examen de la demande de visa et fasse ensuite l'objet d'un rapport joint au dossier envoyé à l'Office des étrangers »<sup>52</sup>. De même un dossier plus fourni permettant d'établir la cohérence du projet d'études devrait être exigé des étrangers sollicitant un visa étudiant<sup>53</sup>. Si les propositions de l'Office des étrangers devaient être mises en oeuvre, nous ne pourrions suivre le Collège des médiateurs fédéraux dans l'appréciation positive qu'il leur réserve qu'à la stricte condition que les contrôles renforcés effectués par les postes diplomatiques sur un dossier plus complet impliquent l'absence de contrôle ultérieur à la frontière sur l'objet et les conditions de séjour envisagé (article 3, alinéa 1, 3<sup>o</sup>)<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Voir extraits de l'avis du Collège des médiateurs fédéraux page ...

<sup>51</sup> D'autres arguments sont invoqués à l'appui de la démonstration du Collège des médiateurs fédéraux comme le fait que les autorités ne peuvent ajouter des conditions à la décision d'octroi de l'ASP ou l'irrélevance de la référence à l'article 5 de la Convention d'application des accords de Schengen qui ne concerne que le court séjour.

<sup>52</sup> Avis du Collège des médiateurs fédéraux, in fine, page ....

<sup>53</sup> Lettre de motivation justifiant la continuité des études, détail du cursus scolaire et académique, production de copies certifiées conformes de l'ensemble des diplômes et certificats obtenus, preuve de la connaissance suffisante de la langue des études envisagées, justification de l'utilité de la formation choisie à la fois en regard des possibilités d'étude existantes dans le pays d'origine et des débouchés professionnels.

<sup>54</sup> A tout le moins, il faudrait dans ce cas que les éléments relatifs aux motifs et aux conditions du séjour figurant dans le rapport destiné à l'Office soient considérés comme établis lors du contrôle à la frontière.



Le troisième commentaire nous ramène au début de notre raisonnement. Il concerne l'équilibre entre les démarches et les conditions d'obtention du visa et les circonstances de l'annulation de ce même visa. On ne peut qu'être frappé par l'apparente disproportion entre ce qui est exigé de l'étranger (en temps, en coûts, en démarches, en garanties) pour l'obtention d'un visa et le fait que celui-ci peut être annulé, à l'occasion d'un refoulement, pour des motifs qui, s'ils sont peut-être fondés, paraissent toutefois au vu de la motivation de certaines décisions, parfois subjectifs<sup>55</sup>. Une objectivation des critères permettant d'appliquer cette disposition de la loi est souhaitable. D'autre part, il est indispensable qu'une information claire et complète soit dispensée aux étrangers qui demandent et obtiennent un visa sur le fait que des conditions supplémentaires seront exigées au moment de leur arrivée en Belgique, sur leur nature et leur contenu.

Enfin, notre quatrième et dernier commentaire. L'annulation ou la suspension de la décision de refoulement par le Conseil d'Etat emporte l'annulation de la décision d'annulation du visa, qui fait partie intégrante de la décision de refoulement. Mais pour que le visa ne perde pas toute utilité, et conformément aux principes de bonne administration, l'étranger doit être réintégré dans ses droits et son visa doit en conséquence être prolongé pour une durée équivalente à celle pendant laquelle il a été empêché de poursuivre son voyage. Il n'y a aucune raison que l'étranger voie son préjudice aggravé par l'obligation d'entamer, au départ de son pays d'origine, une nouvelle procédure de demande de visa.

### **(c) Décision de privation de liberté**

L'article 74/5 §1er de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que : « peut être maintenu dans un lieu déterminé, situé aux frontières, en attendant l'autorisation d'entrer dans le Royaume ou son refoulement du territoire :

- 1° l'étranger qui, en application des dispositions de la présente loi, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières ;
- 2° l'étranger qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2, qui se déclare réfugié et demande, à la frontière, à être reconnu comme tel ».

En vertu d'une certaine forme de « spécialisation fonctionnelle » appliquée aux différents centres fermés existants sur le territoire, lorsque l'étranger refoulé demande l'asile à la frontière il est transféré au Centre de Transit 127 situé à Melsbroek pendant la durée de l'examen de sa demande. Lorsqu'il n'a pas demandé l'asile, il est conduit, à l'intérieur même de l'aéroport, au Centre INAD (pour les passagers « inadmissibles »). Les étrangers qui ont eu accès au territoire et ne sont pas ou plus en ordre de séjour sont susceptibles d'être placés dans l'un des trois centres fermés pour illégaux, celui de Bruges, de Vottem ou de Merksplas.

---

<sup>55</sup> Voir supra et la première annexe du dossier de presse En transit ... vers la liberté ? (23 mars 2004, ADDE et consorts) qui reprend quelques exemples de motifs de refus :  
Absence ou problème de réservation d'hôtel ;  
Impossibilité de donner les lieux à visiter pour quelqu'un qui vient faire du tourisme, absence d'un guide touristique ;  
Refus de prendre en considération la possession de voyageurs chèques...

Enfin, toutes catégories confondues, les étrangers dont l'éloignement a été décidé sont susceptibles de passer par le Centre de Rapatriement 127bis situé à Steenokkerzeel. Remarquons que si les règles de fonctionnement de cinq centres fermés est aménagé par l'Arrêté royal du 2 août 2002<sup>56</sup>, le fonctionnement du Centre INAD n'est à ce jour concerné par aucune disposition réglementaire<sup>57</sup>.

En application des articles 71 à 74 de la loi du 15/12/1982 c'est la Chambre du Conseil qui « vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur son opportunité »<sup>58</sup>. La Chambre du conseil compétente pour les étrangers dont le maintien en centre fermé a été décidé sur la base de l'article 74/5 de la loi du 15/12/1980 - comme c'est le cas des passagers inadmissibles qui ont fait l'objet d'une décision de refoulement - est celle du tribunal correctionnel du lieu où ils sont détenus. L'intéressé peut saisir la chambre du conseil mensuellement, celle-ci a cinq jours pour statuer<sup>60</sup>, et elle applique pour ce faire la loi sur la détention préventive.

L'article 71 exclut explicitement le contrôle en opportunité de la détention, ce qui limite donc la Chambre du conseil à un examen de sa légalité. Toutefois, selon la jurisprudence constante des chambres du conseil, le contrôle de la légalité porte tant sur la légalité interne qu'externe de l'acte<sup>61</sup>. Le contrôle de légalité ne se réduit pas à un simple examen des conditions de forme, il comporte un contrôle de fond<sup>62</sup>.

A partir du moment où contrôle de la légalité interne emporte un examen de l'objet, du motif, du but de l'acte attaqué<sup>63</sup>, et que la privation de liberté organisée par la loi du 15 décembre 1980 par les articles 7, 27, 74/5 et 74/6 est une faculté laissée au Ministre qui peut, s'il l'estime nécessaire, faire ramener à la frontière sans délai l'étranger qui a reçu un ordre de quitter le territoire ou une décision de refoulement et à cette fin, le priver de liberté pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de cette mesure, la détention n'étant qu'un moyen parmi d'autres pour assurer l'éloignement de l'étranger, il a pu être argumenté que la motivation de cette détention doit dès lors comprendre des éléments relatifs à l'adéquation de la mesure prise et à son caractère proportionnel. Et qu'il appartient à la chambre du conseil d'évaluer la légalité de la décision de privation de liberté sur la base de cette motivation, ce qui prive de pertinence la dichotomie légalité-opportunité pour faire entrer cette juridiction dans un véritable contrôle de proportionnalité<sup>64</sup>.

---

<sup>56</sup> M.B. 12/09/02

<sup>57</sup> Sur ceci notamment et sur la détention en centre fermé en général voyez Vers l'égalité, Rapport 1993-2003 du Centre pour l'égalité et la lutte contre le racisme, p. 139.

<sup>58</sup> Article 72 §2 de la loi du 15/12/1980

<sup>59</sup> Cass. 14 novembre 1984 J.T., 1985, p. 646 ; Cass. 3 avril 1985, R.W., 1985-86, p. 2049, Cass, 8 août 1995, RDE, 1995, p. 558.

<sup>60</sup> Sauf quoi l'étranger est mis en liberté (art. 72 par.premier).

<sup>61</sup> Sur tout ceci voir S. Saroléa, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité opportunité au controle de proportionnalité », J.T., 1997, n°5834, p. 166.

<sup>62</sup> Doc. Parl., Chambre, n° 364/8, sess. 1995-1996, p. 183 et sq. Cité par S. Saroléa, art.cit., p. 166.

<sup>63</sup> On entend par légalité interne les éléments relatifs à l'objet, aux motifs et au but de l'acte attaqué, tandis que les éléments relatifs à la compétence de l'auteur de l'acte et à la procédure suivie pour l'adopter. P. Lewalle, Contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 855.

<sup>64</sup> S. Saroléa, art.cit., p.171.

Dans le cas des personnes libérées en zone de transit, il apparaît que les décisions de mise en liberté de la chambre du conseil ont été prises en majorité sur la base d'éléments relatifs à la légalité externe des actes attaqués. Le raisonnement qui a été présenté ci-dessus ouvre toutefois deux perspectives dans le cadre de la discussion sur la zone de transit. Tout d'abord, il souligne, si besoin en est, la nécessité pour tous les étrangers privés de leur liberté d'avoir matériellement accès au recours prévu devant la chambre du conseil à partir du moment où il revient à cette juridiction d'examiner la proportionnalité de cette mesure. A cet égard le paragraphe 4 de l'article 5 de la CEDH prévoit « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention (en ce compris la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours<sup>65</sup>) a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Rappelons que la Belgique a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>66</sup> parce qu'en organisant une mesure d'expulsion à l'encontre de la famille Conka et de plusieurs autres familles de tsiganes slovaques ayant demandé l'asile en Belgique et dont la privation de liberté avait été effectuée en contravention avec le prescrit de l'article 5 de la Convention (on se souvient de la petite ruse de la police qui avait convoqué les intéressés en vue de compléter leur dossier de demande d'asile avant de procéder simplement à leur placement en centre fermé lorsqu'elles se présentèrent au commissariat), elle n'avait pas offert aux intéressés la possibilité de saisir la juridiction compétente, en l'occurrence la chambre du conseil, afin que cette dernière puisse statuer sur la légalité de la détention et ce avant que la mesure d'éloignement soit effectivement mise en œuvre<sup>67</sup>.

Par ailleurs, ce raisonnement nous introduit à l'examen de la proportionnalité de toute détention administrative, un examen sur lequel nous reviendrons et qui, parce qu'il permet au juge, sans se substituer à l'administration « de ramener le comportement de la puissance publique, traduite en actes administratifs, le plus près possible d'une zone considérée par lui comme raisonnable : c'est un des moyens de garantir l'Etat de droit »<sup>68</sup>.

## **5. Le statut de la zone de transit**

Si la zone de transit est un lieu-frontière<sup>69</sup>, parmi d'autres, fait-elle ou non partie du territoire national ? A partir de quel instant précis se trouve-t-on sur le territoire ? Peut-on relever de la juridiction d'un Etat avant d'en avoir franchi le poste frontière ?

Si la question s'est posée par le passé<sup>70</sup>, il y est aujourd'hui répondu clairement par l'affirmative tant par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que par la jurisprudence interne.

---

<sup>65</sup> Voy. l'article 5 précité, paragraphe 1, sous f).

<sup>66</sup> Cour eur. D.H. Conka c. Belgique, 5 février 2002.

<sup>67</sup> Sur cet arrêt et ses implications, cfr supra note 25.

<sup>68</sup> J.P. Costa « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1988, p. 434 cité par S. Sarolea, *art.cit.*, p. 171. L'auteur précise : « Cette voie que J.P. Costa, conseiller d'Etat français décrit comme étant celle empruntée par le juge administratif, doit être également celle du juge de l'ordre judiciaire en l'occurrence de la chambre du conseil »

<sup>69</sup> V Carrère, « Sangatte et les nasses aux frontières de l'Europe », in *Projet (dossier Migrations et frontières)*, n° 272, décembre 2002, p 93

Dans l'arrêt Amuur contre France, la Cour européenne affirme que nonobstant une disposition de droit interne en sens contraire (ordonnance du 2 novembre 1945) le maintien des requérants « dans la zone de transit de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français ». La Cour poursuit en considérant que « en dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extraterritorialité »<sup>71</sup>. Le même raisonnement est suivi, quoi que de manière moins développée, dans l'arrêt Shamsa contre Pologne dans lequel la Cour considère que le maintien des requérants « dans la zone de transit les faisait relever du droit polonais » même si ils « ne ne trouvaient pas en Pologne au sens où l'entend le Gouvernement »<sup>72</sup>. En fait, ce qui préoccupe la Cour n'est pas tellement de savoir si la zone de transit fait ou non partie du territoire de l'Etat, mais bien de s'assurer que les personnes qui se trouvent dans cette zone puissent bénéficier des garanties offertes par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en reconnaissant, et donc en imposant, la juridiction de l'Etat dans cette zone<sup>73</sup>.

Au niveau des juridictions internes, tant la Cour de Cassation que le Conseil d'Etat ont considéré que la zone de transit faisait partie du territoire et que les personnes qui s'y trouvaient relevaient des juridictions belges.

La première a considéré que « en ce qui concerne l'accès, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, il ne résulte pas de la distinction légale entre la zone de transit aéroportuaire et le reste du territoire du Royaume, que la zone de transit ne fait pas partie du Royaume et que la loi susmentionnée n'y est pas applicable »<sup>74</sup>.

Le second reconnaît, pour sa part, que « la zone de transit fait partie du territoire belge, et présente seulement cette particularité que les étrangers y sont admis alors qu'ils ne remplissent pas les conditions nécessaires pour pénétrer sur le territoire, et ce afin de faciliter le transport aérien »<sup>75</sup>.

Sur base de ces deux décisions, le Collège des médiateurs fédéraux, dans le dossier qui lui a été soumis, tient le raisonnement suivant concernant le placement en zone de transit des étrangers ayant obtenu une ordonnance de mise en liberté. Les étrangers en question ont tous fait l'objet d'une décision de refoulement du territoire et d'une décision de mise en détention. L'ordonnance de mise en liberté ne concerne que la décision de mise en détention, le refoulement n'ayant pas été affecté par cette ordonnance. Le transfert en zone de transit est dès lors présenté par l'Office des étrangers comme l'exécution du refoulement.

---

<sup>70</sup> Voir par exemple Marie-Claire Caloz-Tchopp qui parle de vide juridique, de rétrécissement d'une partie du territoire, qui plaide pour un statut juridique. M-C. Caloz-Tschopp, « La zone internationale et le droit d'asile en Europe. Les limites d'une communauté d'états ... de droit et l'exercice de la démocratie radicale » in Frontière du droit, frontières des droits, Paris, l'Harmattan, 1993, pp.18 et 22

<sup>71</sup> Cour eur. D.H., arrêt Amuur c. France, 25 juin 1996, §52, R.D.E.,- n° 89, 1996, p.341 et observations de Olivier De Schutter, «Privation de liberté et maintien en zone internationale »

<sup>72</sup> Cour eur. D.H., arrêt Shamsa c. Pologne, 27 novembre 2003

<sup>73</sup> Pour plus de développements sur le sujet, voir les commentaires de l'arrêt Amuur par Olivier De Schutter dans R.D.E.,- n° 89, 1996, p.347 (§§ 8 à 10).

<sup>74</sup> Cass (2<sup>ème</sup> chambre), 22 juin 1999

<sup>75</sup> Conseil d'Etat (15<sup>ème</sup> chambre), n° 102.722, 21 janvier 2002

Mais, poursuit le Collège des médiateurs fédéraux, puisque la zone de transit, c'est le territoire du Royaume, « le transfert du centre INAD en zone de transit opéré par l'Office des étrangers en exécution d'une ordonnance de la chambre du conseil ou d'un arrêt de la chambre des mises en accusation est en totale contradiction avec l'ordre de refoulement pris par lui, lequel suppose un refus d'accès au territoire »<sup>76</sup>.

Cependant le Collège des médiateurs fédéraux ne va pas jusqu'au bout de la logique qu'il a entamé, et révèle ainsi qu'il ne conclut pas à une objection principielle contre le transfert en zone de transit, puisqu'il accepte cette pratique pour une durée maximale de 48 heures<sup>77</sup>. En effet, dans les conclusions qu'il formule sur ce point, il ne revient pas explicitement sur la contradiction qu'il a soulevée. S'il recommande qu'il soit mis fin à cette pratique, c'est sur la base d'un autre ordre d'argument : la zone n'étant ni conçue ni aménagée pour accueillir des personnes pour une longue durée, il constate une disproportion entre le moyen utilisé et les atteintes causées aux droits des intéressés.

Si l'on poursuit le raisonnement du Collège des médiateurs fédéraux à propos de cette contradiction entre transfert en zone de transit et refoulement, on doit refuser par principe tout placement en zone de transit après décision de mise en liberté. Mais alors que faire ? Deux cas de figure sont à distinguer. La décision de refoulement et d'annulation de visa concernant des étrangers qui dispose(ai)nt d'un visa valable peut être retirée par l'Office des étrangers suite à la décision de mise en liberté ; les intéressés obtenant ainsi l'accès au territoire dans les limites de ce visa<sup>78</sup>. Dans tous les autres cas, les solutions envisageables posent question en terme de respect de droits fondamentaux des étrangers : accès au territoire avec délivrance d'un ordre de quitter le territoire, accès au territoire avec assignation à résidence, nouvelle décision de mise en détention, éloignement immédiat. Mais c'est une conséquence du fait que les deux actes succesifs, à savoir le refoulement et la mise en détention, font l'objet de recours juridictionnels différents.

Il faut enfin préciser qu'il n'y a contradiction dans le raisonnement du Collège des médiateurs fédéraux que si l'on suit le raisonnement de l'Etat selon lequel le transfert en zone de transit constitue une mise en liberté<sup>79</sup>. En effet, les centres fermés pour étrangers ne constituent pas des enclaves extraterritoriales soustraites à la juridiction des autorités belges, pas plus que la zone de transit. On pourrait dès lors voir également une contradiction entre la décision de refoulement et le placement dans un de ces centres. Malgré la fiction administrative de l'extraterritorialité, les étrangers en question se trouvent de fait sur le territoire. Mais en vertu de l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980<sup>80</sup>, il y a un titre de détention qui aménage la décision de refoulement et prolonge cette fiction le temps pour les autorités soit d'exécuter effectivement le refoulement soit d'autoriser l'étranger à accéder au territoire. Si l'on considère le transfert de l'étranger en zone de transit comme une mise en détention, ce que ni les autorités, ni le Collège des médiateurs ne fait, la contradiction disparaît.

---

<sup>76</sup> Voir extraits de l'avis du Collège des médiateurs fédéraux page ...

<sup>77</sup> Il propose l'assignation à résidence telle que prévue à l'article 73 de la loi du 15 décembre 1980 pour les étrangers qui n'auraient pas pu être éloignés dans ce délai.

<sup>78</sup> Le cas échéant prolongé, voir supra

<sup>79</sup> Nous verrons plus loin que nous contestons ce point de vue

<sup>80</sup> Art. 74/5 §2 : « Le Roi peut déterminer d'autres lieux à l'intérieur du Royaume qui sont assimilés au lieu (situé aux frontières) ».

## 6. *Le transfert en zone de transit*

### (a) Libération ou privation de liberté ?

Le Ministre de l'Intérieur affirme que les étrangers transférés en zone de transit sont bien en liberté<sup>81</sup> puisque si elle est « fermée » vers la Belgique, elle reste « ouverte » vers l'extérieur de sorte que les intéressés peuvent repartir de leur propre chef et dès lors exercer leur liberté d'aller et de venir.

Que transférer un étranger à qui l'accès au territoire a été refusé dans la zone de transit d'un aéroport international en exécution d'une décision judiciaire de mise en liberté ne consiste aucunement en une privation de liberté reste à établir.

D'une part la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion dans l'affaire *Amuur c. France* (1996)<sup>82</sup> de déclarer cet argument irrecevable à tout le moins chaque fois qu'il s'agit de placer en zone de transit des demandeurs d'asile dont la demande n'a pas encore reçu de décision négative définitive. En effet, pour ces personnes la possibilité d'un retour dans le pays d'origine est parfaitement fictive puisque la demande d'asile est justement fondée sur des craintes de persécutions dans ce pays.

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, de rappeler dans un arrêt *Guzzardi contre Italie* du 2 octobre<sup>83</sup>, entre la restriction de liberté et la privation de liberté, il n'y a qu'une différence de degré et non pas une différence de nature ou d'essence.

Dès lors, « pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5<sup>84</sup>, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée »<sup>85</sup>. Dans le cas d'espèce, Monsieur Guzzardi avait au terme d'une détention préventive classique été transféré de la maison d'arrêt où il avait séjourné deux ans dans l'île d'Asinara, au large de la Sardaigne où il était assigné à résidence et soumis à une série de contraintes (prévenir les autorités chargées de sa surveillance de ses allées et venues, se présenter à elles deux fois par jour, leur signaler par avance le numéro et le nom de son correspondant quand il désirait donner ou recevoir une communication téléphonique, entre autres). La Cour constate avec le gouvernement italien les différences flagrantes entre le régime subi par l'intéressé à Asinara et une détention classique en prison., « il existe toutefois maintes autres formes de privation de liberté.

---

<sup>81</sup> Q.R. Ch. Représ., Législature 51, question n°6 du 22 juillet 2003 (Genot).

<sup>82</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Amuur c. France*, 25 juin 1996, R.D.E., - n° 89, 1996, p.341 et observations de Olivier De Schutter, « Privation de liberté et maintien en zone internationale »

<sup>83</sup> Arrêt *Guzzardi* du 2 octobre 1980, paragr. 93.

<sup>84</sup> L'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

<sup>85</sup> Arrêt *Guzzardi* du 2 octobre 1980, paragr. 92, qui fait également référence à l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n°22, p. 24, §§ 58-59.

L'évolution des normes juridiques et des idées tend à en accroître la diversité ; or la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques »<sup>86</sup>. Enfin, après avoir étudié soigneusement la situation de Monsieur Guzzardi, elle conclut que si aucun de ces éléments considéré isolément ne permet de parler de privation de liberté, accumulés et combinés, ils soulèvent une problème sérieux de qualification (...). Tout bien pesé, la Cour estime que le cas d'espèce se range dans la catégorie des privations de liberté »<sup>87</sup>.

Récemment, dans une affaire Shamsa contre Pologne du 27 novembre 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en raison de la situation dans laquelle ils se trouvaient (maintien dans la zone de transit pendant une période de 14 jours, surveillance permanente par des gardes frontières,...) les requérants étaient privés de leur liberté. La Pologne a été condamnée pour violation de l'article 5§2 de la Convention européenne des droits de l'homme car la détention en question n'avait pas été ordonnée par un tribunal, donc pas garantie contre l'arbitraire.

La comparaison s'impose ici avec les conditions matérielles de vie des personnes qui ont été placées dans la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles national. La zone de transit est bien un espace restreint à l'intérieur duquel la circulation est limitée, un espace qu'il n'est pas possible de quitter, d'autant que les titres d'identité et de voyage des intéressés avaient été confisqués par les autorités au moment du transfert en zone de transit<sup>88</sup>. Les personnes qui s'y trouvaient faisaient indubitablement l'objet d'une surveillance policière dans la mesure où ce sont des membres de la police des frontières qui leur donnaient trois fois par jour leurs repas et qui étaient leurs seuls interlocuteurs officiels pour toutes les questions qu'ils se posaient, tous les besoins qui leur advenaient. Relevons encore que la possibilité de prendre contact avec l'extérieur était au mieux limitée par le crédit des téléphones portables que détenaient éventuellement les personnes, et dans tous les autres cas soumise à l'accord de la même police des frontières. Relevons également que la durée moyenne du séjour en zone de transit pour les personnes dont nous avons pu étudier le profil varie entre 12 et 125 jours<sup>89</sup>.

Soulignons trois différences entre la situation des requérants dans l'affaire Shamsa et celle qui nous occupe.

- Ils ont donc eu accès au territoire polonais
- Les frères Shamsa n'ont pas fait l'objet d'un refoulement, mais d'une décision d'expulsion pour des raisons d'ordre public
- Ils n'ont pas bénéficié formellement d'une décision de mise en liberté, ce n'est qu'au terme de leur détention administrative qu'ils auraient dû être libérés et qu'ils ont donc été transférés en zone de transit.

---

<sup>86</sup> Arrêt Guzzardi du 2 octobre 1980, paragr.95

<sup>87</sup> Arrêt Guzzardi du 2 octobre 1980, paragr.95.

<sup>88</sup> Selon le Ministre de l'Intérieur, « il est exact que la police fédérale est chargée de garder les passeports des inadmissibles. Il ne s'agit pas d'une confiscation au sens pénal (...) Dans l'attente de leur départ effectif, la police fédérale est chargée de garder leur documents de voyage ». Compte rendu intégral, Ch. Représ., sess. ord. 2003-2004, interpellations jointes n°280 (Genot) et 287 (Boukourna) du 21 avril 2004 respectivement sur « la libération dans la zone de transit » et « la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles-National », Com. 234, p. 38. Rapport du collège des médiateurs fédéraux rendu le 14 septembre 2004 .

<sup>89</sup> A l'exception des deux derniers cas (juillet et septembre 2004), caractérisés par la brièveté - relative - de leur séjour de 2 à 3 jours en zone de transit.

Il nous paraît que, a fortiori, le sort des personnes qui n'ont fait l'objet d'aucune poursuite ou condamnation pénale et qui ont bien bénéficié d'une décision formelle de mise en liberté ne peut être moins favorable.

Au vu de ces circonstances et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme présentée ci-dessus, il ne nous paraît pas déraisonnable d'affirmer que le placement d'étrangers en zone de transit tel qu'il s'effectue à l'aéroport de Bruxelles National revient à priver ces personnes de leur liberté au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Or, toute mesure privative de liberté, qu'il s'agisse d'une détention préventive dans le cadre d'une procédure pénale ou d'une détention administrative à l'égard d'un étranger en vue de son éloignement du territoire, doit remplir les garanties liées au respect des droits fondamentaux tels que consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>90</sup>, non seulement quant aux conditions dans lesquelles la privation de liberté et le maintien en détention sont effectuées, mais aussi quant aux recours effectifs offerts contre cette privation de liberté. Cela signifie entre autre que la mesure privative de liberté doit être légale, que son objectif doit être légitime et que le moyen utilisé soit proportionné à cet objectif c'est-à-dire efficace et nécessaire. Ce que nous proposons ici au lecteur est un examen de ces trois conditions appliquées à la pratique du transfert d'étrangers refoulés en zone de transit.

La privation de liberté que constitue le placement en zone de transit d'un étranger inadmissible en guise d'exécution d'une décision judiciaire de mise en liberté concernant cet étranger est très clairement dépourvue de fondement légal.

Certes, on peut considérer avec les autorités que le recours judiciaire contre la décision de privation de liberté prise sur la base de l'article 74/5 concomitamment à la décision de refoulement prise en application de l'article 3 de la loi du 15/12/1980 ne met à néant, quand il est couronné de succès, que cette décision précisément, et que la décision relative à l'accès au territoire reste valide. La nécessité de résoudre pratiquement la tension entre un prescrit légal et une décision judiciaire contradictoires nous paraît cependant insuffisante à fonder en droit une nouvelle mesure de privation de liberté. La condition de légalité est selon nous absente, ce qui pourrait suffire en soi à fonder une condamnation de la Belgique pour violation de l'article 5 de la Convention.

Quand bien même l'on suivrait la fiction revendiquée par les autorités à savoir que les personnes en centre fermé qui bénéficient d'une libération par la chambre du conseil sont effectivement libérées lorsqu'elles sont transférées en zone de transit puisqu'elles peuvent toujours la quitter au moyen d'un vol retour vers leur pays de provenance, un examen de la légitimité de l'objectif poursuivi et de l'efficacité du moyen choisi par rapport à cet objectif doit pouvoir être effectué.

Examinons dès lors l'objectif du placement en zone de transit. Principalement, il s'agit d'assurer le respect des conventions internationales relatives à l'accès au territoire de l'espace Schengen et auxquelles la Belgique est partie, en évitant de donner physiquement accès au territoire belge à des personnes qui ne satisfont pas aux conditions prévues dans ces instruments.

---

<sup>90</sup> Voy. plus particulièrement l'article 5 de la CEDH.



L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle qu'elle assimile souvent, lorsqu'elle procède à un examen de proportionnalité l'existence d'un fondement légal à la mesure examinée et l'existence d'un but légitime (sur la base de la présomption que les buts du législateur sont légitimes). Accessoirement, il s'agit de permettre l'application d'un autre dispositif de droit international à savoir la responsabilité des transporteurs pour le retour vers le pays de provenance des étrangers ayant été refoulés aux frontières de l'espace Schengen<sup>91</sup>. La lecture de l'article 5 paragraphe premier, littera (f) nous fournit cependant une indication importante pour évaluer cet élément. Il prévoit qu'on peut priver de sa liberté une « personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire » ou pour procéder à une expulsion ou à une extradition. Si l'objectif principal du transfert en zone de transit correspond exactement avec cette condition, ce n'est pas le cas de l'application de la responsabilité des transporteurs. L'objectif visé par les autorités belges à travers cette pratique n'est donc que partiellement compatible avec le prescrit de l'article 5 §1(f) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant à l'efficacité du moyen choisi, à savoir le placement en zone de transit il est sans doute efficace par rapport au premier objectif, quoique quatre des dix-neuf personnes placées en zone de transit aient disparu - sans que l'on puisse déduire de ce constat qu'elles ont toutes eu accès au territoire belge, on ne peut exclure complètement cette possibilité. L'efficacité par rapport aux sanctions aux transporteurs est à mesurer exactement à la même aune. Reste que si la mesure est privée de base légale, ces éléments sont non pertinents et insuffisants pour compenser cela.

Il nous apparaît donc que l'impératif pratique de résoudre la tension entre refus d'accès au territoire et ordonnance de mise en liberté par l'instance judiciaire compétente ne légitime pas à suffisance la pratique du placement en zone de transit qui est gravement attentatoire à plusieurs droits fondamentaux des personnes qui en font l'objet.

## **(b) La question de l'effectivité du recours et du procès juste et équitable**

La question de l'effectivité d'un recours peut être examinée sous deux angles en ce qui concerne la pratique du transfert en zone de transit. D'une part, il peut s'agir d'examiner le type de recours offert à l'étranger transféré en zone de transit pour contester ce qui s'avère être, à la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, une privation de liberté. Sur ce premier point, nous renvoyons à ce qui vient d'être dit. D'autre part, il faut se poser la question du caractère effectif du recours offert à l'étranger qui se trouve mis en détention conformément à l'article 74/5 de la loi du 15 décembre à partir du moment où l'exécution de cette éventuelle décision de mise en liberté se traduit par une atteinte potentielle à certains droits reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme tels que les article 5 (détention) et 3 (traitements inhumains ou dégradants). Enfin, il faut aborder la question du procès juste et équitable en ce qu'une administration devrait être tenue, au nom de la bonne administration de la justice, à exécuter des décisions de justice définitives sans les détourner. Mais avant de développer ces deux points, nous examinerons l'applicabilité de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme à la matière qui nous occupe.

---

<sup>91</sup> Voir supra

## **L'applicabilité de l'article 13 CEDH**

L'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dispose que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés, a droit à un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

L'accès au territoire et le séjour ne constituent pas un droit reconnu, comme tel, par la CEDH. Cependant, ce n'est pas de ce point de vue que nous abordons la question du recours effectif. En effet, il s'agit bien ici d'une privation de liberté (article 5) et, le cas échéant, de traitement inhumains et dégradants (article 3) qui constituent potentiellement tous deux des atteintes à des droits reconnus par la CEDH.

Le fait même que la loi belge organise deux recours distincts, l'un au Conseil d'Etat contre la décision de refoulement, l'autre devant la Chambre du Conseil contre la mise en détention démontre qu'il s'agit bien de deux questions différentes même si elles restent intimement liées. En effet, on ne peut exclure qu'une décision de mise en liberté prise en application de l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 puisse avoir une conséquence indirecte quant à l'accès au territoire si aucune autre mesure utile et motivée ne peut être prise par les autorités pour exécuter ce refoulement et qu'en conséquence seul l'accès au territoire est de nature à respecter l'ordonnance ou l'arrêt de mise en liberté.

## **Quelle effectivité du recours ouvert par l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 ?**

Nous avons démontré que le transfert en zone de transit pouvait constituer une restriction de liberté assimilable à une privation de liberté. Par ailleurs, nous verrons plus loin que les conditions de vie dans la zone de transit peuvent être constitutives d'un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH.

Si l'étranger qui peut introduire une demande de mise en liberté conformément à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 sait que la conséquence directe d'une décision qui lui serait favorable, sera une situation où certains de ses droits fondamentaux pourraient être affectés gravement, il est probable, sinon certain qu'il réfléchirait à deux fois avant de saisir la chambre du conseil. On peut même considérer que la vie en zone de transit est moins favorable que la vie en centre fermé. Exciper du fait que les étrangers seraient en liberté (libres de quitter la Belgique) n'est certainement pas déterminant puisque le même droit est, logiquement, reconnu aux étrangers qui se trouvent en centres fermés.

La pratique du transfert en zone de transit constitue indéniablement un élément dissuasif à l'introduction d'une demande de mise en liberté à tel point que l'on peut y voir une atteinte à l'effectivité même de ce recours. Il est probable qu'outre les aspects financiers liés à la prise en charge des retours par les transporteurs<sup>92</sup>, un des motifs pour le recours systématique à ce transfert en zone de transit est la crainte de voir les demandes en liberté se multiplier si la conséquence pouvait en être un accès sur le territoire.

---

<sup>92</sup> Voir supra

Cette pratique dissuasive peut être spécialement illustrée par la situation qu'ont vécue deux ressortissants palestiniens en 2002/2003. Tous deux sont arrivés en Belgique en décembre 2002 pour y introduire une demande d'asile. Ils ont été placés en centre fermé le temps de la procédure qui s'est soldée par une décision négative sur la recevabilité<sup>93</sup>. Une demande de mise en liberté a été introduite et par deux fois, par la chambre du conseil d'abord, puis en appel par la chambre des mises en accusation, une décision de mise en liberté leur a été accordée. L'Office des étrangers a exécuté cette décision par un transfert vers la zone de transit. Après plus de 10 jours dans cette zone, les ressortissants ont obtenu, sur requête auprès du Président du tribunal de première instance, une ordonnance condamnant l'Etat belge à les laisser quitter librement et sans restriction la zone de transit de l'aéroport sous peine d'astreinte. Les autorités ont exécuté cette seconde décision par une nouvelle mise en détention au centre fermé de Merkplas au motif que les requérants n'étaient pas en possession des documents requis pour l'accès au territoire. Un recours est pendu devant la Cour européenne des droits de l'homme.

L'obstination à ne pas vouloir exécuter de bonne foi des décisions de justice (trois décisions successives favorables à l'étranger dans le cas présenté) fait perdre toute utilité au recours. Ce sont non seulement les étrangers, premiers concernés, qui connaissent les limites, voire les risques, que peut constituer la saisine de la chambre du conseil, mais toutes les personnes qui sont amenées à conseiller, représenter, défendre ou accompagner les étrangers, au premier chef desquels se trouvent les avocats, pour qui le recours ouvert par l'article 71 devient purement fictif et illusoire<sup>94,95</sup>.

Le transfert en zone de transit comme mesure exécutant valablement une décision de mise en liberté a fait l'objet de plusieurs recours devant les tribunaux belges, le plus souvent en référé. La jurisprudence est variable et nous ne pouvons tirer aucune conclusion définitive de ce point de vue tant que la Cour de Cassation et/ou la Cour européenne des droits de l'homme n'auront pas eu à se prononcer sur la question. On trouve tant des décisions qui font droit à la pratique des autorités, considérant en général que la décision de mise en liberté n'emportait pas automatiquement le droit d'accéder au territoire et que le fait d'être en zone de transit relève d'abord de la responsabilité de l'étranger qui refuse de la quitter<sup>96</sup>, que des décisions qui font droit aux étrangers, considérant que l'on ne peut considérer un transfert en zone de transit comme une mise en liberté au sens de la loi<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Une demande de régularisation basée sur l'article 9 alinéa 3 a alors été introduite.

<sup>94</sup> A tout le moins pour la catégorie des étrangers concernés par cette pratique, cfr supra le profil des personnes concernées.

<sup>95</sup> Voir par exemple la réflexion du CIRE dans « Libérations » en zone de transit, CIRE, 9 février 2004, page 2.

<sup>96</sup> Civ. Bruxelles, réf., 4 janvier 2004 - Appel, Bruxelles, 20 février 2004, Civ. Bruxelles, réf., 20 février 2004, J.T., 2004, p. 630

<sup>97</sup> Civ. Bruxelles, 13 décembre 1990, R.D.E. 1990, n° 61, p 350 - Civ. Bruxelles, réf., 12 avril 2001, R.D.E., n° 114, 2001, p.386 - Civ. Nivelles, réf., 30 novembre 2002, R.D.E., n° 120, 2002, p.653 - Civ. Bruxelles, réf. 14 février 2003

## Article 6 de la CEDH : procès juste et équitable

Si les questions d'accès au territoire et de séjour des étrangers ne relèvent pas des droits civils et politiques au sens de cet article<sup>98</sup>, il s'agit ici avant tout d'une question de détention et de privation de liberté. Et les garanties procédurales ouvertes par l'article 71 relèvent bien des juridictions civiles et visent à contrôler, non pas le refoulement, mais bien la légalité de la détention. L'article 6 de la CEDH s'applique donc au transfert en zone de transit.

Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cet article implique que l'Etat doit nécessairement se soumettre aux décisions de justice définitives et qu'il y va de la bonne administration dans un Etat de droit. La Cour considère en effet que le droit d'accès à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité et célérité - accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en oeuvre des décisions judiciaires; si cet article (art. 6-1) devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention»<sup>99</sup>.

Le même arrêt poursuit en indiquant que « en introduisant un recours en annulation devant la plus haute juridiction administrative de l'Etat, {le requérant} vise à obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets. Or la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par une telle juridiction. La Cour rappelle à cet égard que **l'administration constitue un élément de l'Etat de droit et que son intérêt s'identifie donc avec celui d'une bonne administration de la justice**<sup>100</sup>. Si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdraient toute raison d'être » (§ 41). A cet égard, relevons que dans le dossier qui lui a été soumis, le Collège des médiateurs fédéraux conclut, pour ce qui concerne le transfert en zone de transit, à la mal-administration<sup>101</sup>.

## 7. *Les conditions de vie dans la zone de transit et les traitements inhumains ou dégradants*

La question de savoir si le transfert et la vie en zone de transit pour des périodes plus ou moins longues constituent un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme doit être abordée, en précisant bien toutefois qu'elle ne vient qu'à titre subsidiaire par rapport celle relative à la privation de liberté. En effet, si l'on admet que le transfert en zone de transit constitue une privation de liberté, il ne peut pas y être recouru après

---

<sup>98</sup> Voir Cour eur. D.H., arrêt *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000

<sup>99</sup> Cour eur.D.H., arrêt *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, §40

<sup>100</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>101</sup> Voir page....

une décision de mise en liberté, c'est une question de principe. Ainsi, dans l'affaire Shamsa<sup>102</sup>, la question des conditions de vie même dans la zone de transit de l'aéroport de Varsovie n'a pas été abordée.

Cependant, les conditions dans lesquelles les étrangers sont restés dans la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles national durant le premier semestre 2004, et la durée même de leur présence (pour rappel, en moyenne plus de deux mois) nous impose d'examiner la compatibilité de ce régime avec l'article 3 de la CEDH.

Outre la durée, la vie dans la zone de transit peut se caractériser par ceci <sup>103</sup>:

- Commodités plus que sommaire : pas d'hébergement, pas de lit, accès limité aux douches ...
- Aucune intimité : exposés à la vue de tous, ils ont été accueilli durant un temps dans le lieu de culte avant d'en être expulsé et de devoir vivre dans la salle d'attente<sup>104</sup>.
- Aucun accompagnement social et juridique organisé<sup>105</sup>,
- Contact avec l'extérieur difficile voire impossible que ce soit avec leur avocat, des O.N.G., leur famille ou amis. Pas de visite possible (sauf pour les avocats), aucun accès gratuit au téléphone.
- Prise en charge sanitaire minimale (appel possible au médecin de l'aéroport en cas de besoin seulement).
- Il est arrivé que la fourniture de nourriture et de boissons fasse défaut.
- Limitation des déplacements à une toute petite partie de la zone de transit (entre le contrôle frontière et le contrôle des bagages).
- Aucun accès à l'air libre.

La précarité dans laquelle se trouvent ces personnes sert d'incitant au retour<sup>106</sup>, mais ce n'est probablement pas la seule raison de cette situation. L'aménagement éventuel de la zone de transit avec un dispositif minimal d'accueil et de logement entrerait en contradiction avec la position officielle des autorités selon laquelle ces étrangers sont libres, que de leur propre volonté ils restent dans cette zone, les autorités ne se considérant pas comme responsables de leur situation<sup>107</sup>. Aménager un lieu d'accueil pour ces personnes impliquerait la reconnaissance d'une forme de responsabilité sur elles.

---

<sup>102</sup> Cour eur. D.H., arrêt Shamsa c. Pologne, 27 novembre 2003

<sup>103</sup> Lire également le témoignage d'un des étrangers ayant vécu dans la zone de transit « Zone de transit, bilan d'un gâchis », MRAX info, n° 155, mai 2004, p.9

<sup>104</sup> Cette circonstance pourrait être constitutive d'une atteinte à la vie privée proscrite par l'article 8 de la CEDH.

<sup>105</sup> Dans l'affaire Amuur (Cour eur. D.H., arrêt Amuur c. France, 25 juin 1996, R.D.E., - n° 89, 1996, p.341 et observations de Olivier De Schutter, «Privation de liberté et maintien en zone internationale », un des reproches qui était fait à l'Etat français c'est que les textes légaux ne prévoyaient aucun accompagnement juridique, humanitaire ou social, ni ne fixaient les modalités et les délais d'accès à une telle assistance pour des demandeurs d'asile qui étaient retenus dans la zone de transit (§ 53).

<sup>106</sup> Voir ci-dessous la question des conditions d'éloignement

<sup>107</sup> Voir à cet égard les différentes réponses apportées par le Ministre de l'intérieur aux questions parlementaires sur le sujet. – Question de Zoé Genot du 7/10/2003 et réponse du Ministre : « la

Si l'on suit le raisonnement du Collège des médiateurs fédéraux<sup>108</sup>, un tel aménagement serait d'ailleurs contraire à l'objectif même de la zone de transit. Il s'agit d'une zone destinée essentiellement à faciliter le transport aérien et « la zone de l'aéroport de Bruxelles-National réservée à cette fin n'est pas conçue pour pouvoir accueillir et maintenir des personnes durant une période plus ou moins longue ». En appui de sa démonstration, le Collège des médiateurs fédéraux cite l'ordonnance prise en référé par le Tribunal de première instance de Bruxelles (14 février 2003) dans lequel il est confirmé que la zone de transit n'est nullement conçue ni aménagée à cette fin. Le Collège poursuit en considérant que « utiliser la zone de transit à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été conçue confine dès lors au détournement de pouvoir, à tout le moins lorsque le maintien dans une telle zone excède un délai raisonnable ». Le Collège des médiateurs fédéraux conclut que dans le cadre des dossiers qui lui ont été soumis la durée du maintien dans la zone de transit (entre 75 et 125 jours) était contraire au principe du raisonnable et qu'il y avait donc mal-administration. Manifestement, la durée du maintien en zone de transit est un élément déterminant dans son raisonnement puisque, par ailleurs, il considère, dans les propositions qu'il formule, qu'au-delà de 48 heures, ce maintien deviendrait disproportionné par rapport à l'objectif que constitue l'exécution de la mesure de refoulement.

Nous ne pouvons suivre la logique des autorités selon laquelle les étrangers seraient seuls responsables de leur situation. En effet, elles se considèrent à tout le moins pour une part comme responsables de ces personnes puisqu'elles leur fournissent des repas et boissons (quoique certains étrangers se sont retrouvés un temps sans rien à boire ni à manger). D'autre part, elles procèdent à des contrôles réguliers sur ces étrangers, tant en gardant leur passeport et leur titre de voyage, qu'en les visitant régulièrement pour les inciter à partir. Enfin, comme l'indique le Collège des médiateurs fédéraux, l'Office des étrangers admet qu'il dispose des moyens nécessaires pour exécuter les ordres de refoulement<sup>109</sup>. En conséquence, il faut à tout le moins parler de responsabilité partagée. Les autorités ne peuvent exciper du seul refus des étrangers de quitter le territoire pour se dédouaner de toute responsabilité quant aux violations des droits fondamentaux dont ces étrangers seraient victimes.

La question centrale concernant les conditions de vie dans la zone de transit est de savoir s'il pourrait s'agir d'un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH. Il existe une jurisprudence abondante sur cette question qui concerne principalement le contentieux de la détention (arrestation, exécution de peines judiciaires, détention administrative ...). Pour déterminer s'il y a traitement inhumains ou dégradants, la Cour analyse la situation factuelle des requérants (nature et contexte du traitement, modalités d'exécution, durée, effets physiques ou mentaux, âge, sexe, état de santé ...)<sup>110</sup>. Dans l'affaire *Dougoz*<sup>111</sup>, la Cour a considéré que « la surpopulation importante et l'absence de matériel de couchage, combinées à la durée excessive de sa détention en de pareilles conditions, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3 ».

---

responsabilité de cet état de fait relève de la personne elle-même » - Question orale d'Isabelle Durant du 5/2/2004 et réponse du ministre « les étrangers transférés dans la zone de transit ... ont la possibilité de quitter le territoire à plusieurs reprises ... ces personnes ont choisi cette situation et ... le service public fédéral respecte toutes ses obligations ».

<sup>108</sup> Voir page ...

<sup>109</sup> Voir note 19 dans l'avis du Collège des médiateurs fédéraux, page ...

<sup>110</sup> Cour eur. D.H. *Soering c. Royaume-uni*, 7 juillet 1989 § 100

<sup>111</sup> Cour eur. D.H. *Dougoz c. Grèce*, 6 mars 2001, § 48

Il convient également de se référer aux recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) telles qu'elles apparaissent notamment dans le rapport publié après la visite de l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle<sup>112</sup>. Le CPT y rappelle les garanties fondamentales qui doivent être reconnues aux étrangers privés de liberté<sup>113</sup> :

- Accès à l'eau potable (§ 24)
- Délivrance des repas (§ 24 et 27)
- Possibilité de laver vêtement et linge de corps et délivrance de biens de première nécessité (§ 26)
- Conditions acoustiques respectant le sommeil (§ 28)
- Accès à l'air libre (§ 29)
- Prise en charge sanitaire (§ 31 à 33)
- Délivrance de cartes téléphoniques gratuites (§ 34)
- Droit à un interprète (§ 37)
- Information sur les droits et les recours possibles (§ 38)
- Accès à un avocat (§ 39)

Enfin, citons le Comité des droits de l'Homme des Nations-unies chargé d'examiner le rapport belge relatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>114</sup> qui se dit « préoccupé par le fait que des étrangers maintenus en centre fermé dans l'attente de leur éloignement, puis remis en liberté sur décision judiciaire, ont été maintenus en zone de transit de l'aéroport national dans des conditions sanitaires et sociales précaires. Des informations font état de périodes de détention de plusieurs mois dans certains cas. De l'avis du Comité, ces pratiques s'apparentent à des détentions arbitraires et peuvent conduire à la commission de traitements inhumains et dégradants (art. 7 et 9) »<sup>115</sup>. Il conclut en formulant la recommandation suivante : « L'État partie devrait mettre fin immédiatement à la rétention d'étrangers en zone de transit aéroportuaire ».

De l'ensemble de ces considérations<sup>116</sup>, nous concluons que le transfert et le maintien en zone de transit dans les conditions auxquelles ils se sont déroulés jusqu'à présent est susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant.

---

<sup>112</sup> Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 17 au 21 juin 2002, Strasbourg, 16 décembre 2003, CPT/Inf (2003) 40

<sup>113</sup> En 1993, le CPT a effectué une visite en Belgique au cours de laquelle il a notamment visité l'aéroport de Bruxelles national et plus spécialement la salle d'hébergement qui était émanagée dans l'ancienne aérogare. Le CPT a considéré que les personnes refoulées, qui ne faisaient l'objet d'aucune décision formelle de placement en détention pouvaient être considérées comme des personnes privées de liberté à l'égard desquelles il s'est déclaré compétent.

<sup>114</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations-unies le 16 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981 (M.B. 4/10/83)

<sup>115</sup> Comité des droits de l'Homme, 81<sup>ème</sup> session, examen des rapports par les états parties en vertu de l'article 40 du Pacte, CCPR/CO/81/BEL, 12-14 juillet 2004, § 17.

<sup>116</sup> Voir également V. Carrère, « Sangatte et les nasses aux frontières de l'Europe », in Projet (dossier Migrations et frontières), n° 272, décembre 2002, p 95 et Andi Pacurar, « Smuggling, detention and

## 8. Les conditions du retour

Nous avons déjà évoqué plus haut que le transfert en zone de transit a notamment pour objectif d'inciter les étrangers qui en sont l'objet à accepter un retour volontaire. Par retour volontaire, nous entendons un retour sans contrainte physique et sans escorte organisé par l'Office des Etrangers à ne pas confondre avec le programme REAB de l'OIM. Cependant, plusieurs témoignages font état d'incitants, de pressions et de méthodes persuasion qui pourraient constituer une contrainte morale rendant, de ce fait même, le caractère véritablement volontaire du retour sujet à caution.

Si l'on en croit le témoignage d'une des personnes concernée telle qu'il a été consigné par le Collège des médiateurs fédéraux<sup>117</sup>, les autorités et certains intermédiaires auraient usés de la « carotte et du bâton » pour l'inciter à retourner dans son pays : reproche d'avoir médiatisé sa situation en parlant à des journalistes, d'avoir menti sur sa situation, référence à Sémira Adamu et à son sort tragique, intervention d'une asbl de « mamans » africaines se disant mandatées par les autorités (ou par le Chef de l'Etat du pays d'origine ou encore par la Croix-rouge) pour le convaincre de partir, affirmation que l'annulation de son autorisation de séjour provisoire était une erreur et que s'il retournait vers Kinshasa il obtiendrait très rapidement un nouveau visa, promesse de 50 euros, menace d'interdiction de retour dans l'espace Schengen, intervention en nombre (5 à 7 personnes) de l'autorité ...

Les autres témoignages recueillis par le Collège des médiateurs fédéraux (Office des étrangers, ASBL CJA, avocat et soeur de la personne concernée) ne vont pas tous dans le même sens, certains confirment tout ou partie, d'autres infirment en sorte que le Collège des médiateurs fédéraux procède au classement de cette partie du dossier en responsabilité indéterminable.

D'autres témoignages existent pourtant. L'un concerne B.M. Elle aurait été éveillée dimanche 25 avril tôt le matin. Des représentants de la police fédérale, qu'elle connaissait pour les avoir déjà rencontrés précédemment, lui auraient demandé de les suivre jusqu'au bureau pour apporter quelques informations concernant une autre femme de nationalité ukrainienne qui se trouve également dans la zone de transit. Après avoir éveillé sa voisine, B M aurait accepté de suivre, en robe de nuit, les policiers. Par après, elle ne serait plus jamais revenue. Cinq personnes, parmi lesquelles une portait un badge de SN Brussels Airlines, seraient revenues pour prendre les affaires de B M. Les personnes dans la zone de transit l'aurait vue, par la suite, sur le tarmac de l'aéroport, toujours en robe de nuit, conduite vers un avion. Certains témoignent du fait qu'elle était menottée ce qui est contesté par les représentants de la police des frontières. Suite à un contact que nous avons eu avec l'avocat de B M, nous avons appris que celui-ci n'avait pas été informé du départ de sa cliente alors qu'un recours était toujours pendant devant le Conseil d'Etat et qu'il avait déposé, au nom de sa cliente, une plainte avec constitution de partie civile auprès du parquet pour détention illégale et coalition de fonctionnaire<sup>118</sup>.

---

expulsion of irregular migrants, a study on international legal norms, standards and practices », European journal of migration and law, n° 5, 2003, p.268 à 270

<sup>117</sup> Voir page ... et lire également « Zone de transit, bilan d'un gâchis », MRAX info, n° 155, mai 2004, p.9

<sup>118</sup> Témoignage recueilli par des collaborateurs du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.



Enfin, les deux personnes qui ont fini par faire l'objet d'un rapatriement forcé<sup>119</sup> font état de violences, d'insultes, de maintien dans une cellule plusieurs heures sans manger ni boire lors d'une tentative de rapatriement antérieure. Ces faits ont fait l'objet d'un recours, toujours pendant, à la Cour européenne des droits de l'Homme.

Une pression persistante des autorités peut constituer une contrainte morale telle que le caractère volontaire du retour devienne fictif et que le consentement réel soit vicié. On peut se poser la question de savoir si une telle attitude n'est pas de nature à porter atteinte à la crédibilité dont l'administration que chacun doit pouvoir attendre. Mutatis mutandis, cette pratique évoque l'attitude de la police de Gand à propos de laquelle le juge Velaers écrit « bien que l'Etat ait le droit d'expulser effectivement des illégaux et bien que les alternatives adéquates pour le faire ne soient pas nombreuses et qu'elles risquent parfois d'avoir des conséquences également néfastes pour les personnes intéressées et leurs enfants, l'emploi d'une ruse ... risque d'engendrer la non-crédibilité générale des autorités publiques dans leur relation administrative avec les étrangers qui résident illégalement sur le territoire national »<sup>120</sup>.

Par ailleurs, les moyens utilisés doivent être légaux. A ce titre, nous n'avons pas trouvé la base légale de l'intervention d'une ASBL privée mandatée par les autorités, ayant accès à la zone de transit, par rapport à laquelle aucun contrôle n'est possible sur ce que ses représentants, disent, promettent ou invoquent.

L'objet du présent article ne vise pas spécifiquement les questions du retour et des éloignements forcés. Les pratiques utilisées par les autorités pour aboutir à un départ du territoire et leur légalité mériteraient très certainement des développements plus approfondis. Nous ne faisons ici que les évoquer dans la mesure où ils complètent et appuient le tableau général des violations des droits fondamentaux susceptibles de se produire en zone de transit.

## **9. Conclusion**

Lors du premier semestre 2004, la crise que nous avons connue dans la zone de transit, où de nombreux étrangers ont été transférés et sont restés parfois plusieurs mois, a vu s'affronter deux logiques. La première, administrative et legaliste, tirait sa légitimité du fait non remis en cause, que les décisions de mise en liberté n'emportaient pas l'annulation ou la caducité de la décision de refoulement que les autorités tenaient à exécuter. La seconde, émotionnelle et indignée, ne pouvait admettre que des personnes bénéficiant d'une décision de mise en liberté, voient leur situation devenir moins favorable et pour tout dire inadmissible dans un pays comme le nôtre.

---

<sup>119</sup> Voir supra, le profil des étrangers placés en zone de transit

<sup>120</sup> Cour eur. D.H. arrêt Conka c. Belgique, 5 février 2002, opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M. le juge Velaers, §3, voir également le § 41 de l'arrêt.

Nous avons voulu, par cet article, soumettre la pratique des autorités à l'épreuve des textes internationaux liant la Belgique et plus spécialement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il ne s'agit pas d'un exercice de philosophie, de morale, de politique ou de fiction, mais bien d'une analyse du droit applicable puisque que nous devons rappeler, pour autant que cela soit nécessaire, que la CEDH est un texte juridiquement contraignant directement applicable devant les juridictions internes.

Au terme de notre analyse, nous considérons que le refus d'accepter les transferts en zone de transit en exécution d'une décision de mise en liberté ne se fondent pas seulement sur l'émotion et sur l'indignation mais surtout sur des textes clairs tels que les articles 3, 5, 6 et 13 de la CEDH comme ils ont été appliqués par la Cour européenne des droits de l'homme. Des recours contre la Belgique sont pendant devant cette instance. Nul doute que si les autorités devaient à nouveau y recourir, d'autres recours interviendraient. Nous pouvons raisonnablement nous attendre à ce qu'à terme, la Belgique soit condamnée à Strasbourg.

Ce que les textes internationaux ne disent pas, c'est ce qu'il faut faire lorsque un étranger bénéficie d'une décision de mise en liberté alors qu'une décision de refoulement reste valable. L'ordonnance ou l'arrêt de mise en liberté n'emporte pas nécessairement et automatiquement le droit d'accéder au territoire et encore moins un droit au séjour. Quid alors ? Il revient aux autorités de trouver une solution à cette contradiction, que ce soit par un éloignement sans délai exécutant l'ordre de refoulement, que ce soit par la prise d'une nouvelle décision de mise en détention ou que ce soit par un accès au territoire avec ou même sans titre de séjour, le cas échéant assorti d'une assignation à résidence. Quelle que soit la solution choisie, et rien ne dit qu'elle doive être identique pour tous les étrangers, il faudra qu'elle respecte les règles de droit interne, spécialement en cas d'éloignement ou de nouvelle détention, mais aussi le cadre des droits fondamentaux qui nous est donné par les textes internationaux qui lient la Belgique et spécialement par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.