

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Affaire Ngono c. Belgique - N° DE REQUÊTE 23057/19

Tierce intervention de Myria, le Centre fédéral Migration

I. Brève présentation de Myria, le Centre fédéral Migration

1. Myria est une institution publique belge indépendante qui a notamment pour mission de veiller au respect des droits fondamentaux des étrangers et de stimuler la lutte contre la traite des êtres humains¹. Myria a un protocole de collaboration avec Unia, le Centre interfédéral pour l'égalité des chances, qui est accrédité en tant qu'Institut national des droits de l'homme (INDH) de type B auprès des Nations Unies.
2. Dans la présente intervention, Myria souhaiterait discuter essentiellement la deuxième question posée par votre Cour concernant l'effectivité des recours contre les décisions de refus de séjour pour raisons médicales et contre les ordres de quitter le territoire (ci-après « OQT ») en Belgique. Nous considérons que cette question pose un problème structurel de respect des droits fondamentaux des étrangers.
3. Myria se propose d'éclairer la Cour par une brève analyse du système de recours contre les décisions de refus de séjour pour raisons médicale (II) et ensuite (III) des recours contre les OQT au Conseil du contentieux des étrangers (ci-après « CCE). Il s'agira aussi de faire le point sur les besoins fondamentaux des personnes concernées pendant la durée du recours (IV) avant d'évaluer le système de recours dans son ensemble (V). Myria s'appuiera notamment sur la jurisprudence et sur son expertise acquise au contact des étrangers gravement malades, confrontés à ces procédures, qu'il rencontre dans le cadre de ses permanences juridiques. Avant cela, Myria souhaite faire une brève remarque sur la notion de grief défendable (I).

I. Remarque préliminaire sur la notion de grief défendable

4. Pour bénéficier du droit au recours effectif, l'étranger doit invoquer un grief défendable. Un grief doit être considéré comme étant défendable lorsqu'il n'est pas manifestement non fondé et qu'il mérite un examen au fond par les instances nationales compétentes². Le seuil d'exigence pour déterminer si un grief est « défendable », condition d'application du droit au recours effectif, ne peut évidemment pas se confondre avec l'examen du risque sérieux de mauvais traitements, qui est précisément la

¹ Loi du 15 février 1993 créant un Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains.

² Cour EDH, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, 21 octobre 2014, § 174.

raison d'être de ce recours. Il est bien établi qu'une violation du droit au recours effectif sur base de l'article 13 ou du volet procédural de l'article 3 de la Convention peut être constatée même en l'absence de mauvais traitements ou de risques sérieux d'encourir ceux-ci (volet substantiel). En matière de mauvais traitements prétendument infligés par les forces de l'ordre, « la circonstance que la Cour ne puisse (...) conclure que le requérant a été victime de mauvais traitements (...) ne prive pas nécessairement le grief tiré de l'article 3 de son caractère défendable (...). La conclusion de la Cour quant au volet matériel ne porte pas atteinte à l'obligation de mener une enquête effective sur la substance du grief »³. Ce raisonnement vaut également en matière d'expulsion d'étrangers. La circonstance que le risque sérieux de mauvais traitements en cas de retour n'a, *in fine*, pas été jugé comme établi à l'issue d'un examen attentif, n'enlève pas au grief son caractère « défendable » et n'exclut pas une condamnation de l'État pour violation du droit au recours effectif⁴.

5. Vu les conséquences graves et irréversibles d'un renvoi vers un État où l'étranger n'a pas accès au traitement médical adéquat dans son pays d'origine, il faudrait, selon Myria, considérer qu'un grief est défendable dès qu'un risque de mauvais traitement est invoqué avec une certaine vraisemblance. Comme l'a indiqué la Cour, le risque ne peut être en principe écarté *ab initio*⁵. Par conséquent, selon Myria, le grief ne pourrait être écarté à ce stade que s'il est purement fantaisiste ou invoqué sans aucun élément pour l'étayer⁶. Dans le contexte juridique belge, l'OE a la faculté de déclarer une demande de séjour médical irrecevable « lorsque le fonctionnaire médecin (...) constate dans un avis que la maladie ne répond manifestement pas » à une maladie « telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne »⁷. Selon Myria, on doit considérer que le grief défendable existe en tout état de cause lorsque l'administration n'a pas fait usage de cette faculté et a procédé à un examen au fond de la demande.

II. Le recours au CCE contre une décision de refus de séjour médical est inefficace

II.1. Contrôle de légalité *ex tunc*

6. Dans le cadre d'un recours en suspension et annulation contre une décision de refus de séjour pour raisons médicales, le CCE n'est pas autorisé à prendre en considération la situation actuelle de l'étranger malade au moment où il statue ni les nouveaux éléments éventuellement présentés : il peut uniquement juger de la légalité du refus de l'OE au moment où ce refus a été pris, sur base des documents déjà en possession de l'administration (contrôle exclusivement *ex tunc*). En outre, il exerce uniquement un contrôle de légalité et pas de plein contentieux : il ne peut qu'annuler une décision illégale mais n'a pas le pouvoir d'y substituer sa propre décision.
7. Dans deux arrêts récents, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que le recours contre un refus de régularisation médicale n'est pas effectif au sens de l'article 13 de la CEDH⁸. Elle a toutefois refusé d'annuler la loi, considérant que, pris dans leur ensemble, les autres recours disponibles (nouvelle

³ Cour EDH, *Mehmet Yaman c. Turquie*, 24 février 2015, § 65. Voir aussi Cour EDH, *Çelik et Imret c. Turquie*, 26 octobre 2004, § 57 ; *Uzeyir Jafarov c. Azerbaïdjan*, 29 janvier 2015 ; *A.N. c. Ukraine*, 29 janvier 2015 ; *Chinez c. Roumanie*, 17 mars 2015 ; *Aleksey Borisov c. Russie*, 16 juillet 2015.

⁴ Voir parmi d'autres, Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, § 103 ; *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, § 91 ; *Chankayev c. Azerbaïdjan*, 14 novembre 2013, § 90 ; *Mohammed c. Autriche*, 6 juin 2013, §§ 85 et 111 ; *Andrei Georgiev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, § 67.

⁵ Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, § 103.

⁶ Cour EDH, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, 21 octobre 2014, §173.

⁷ Art. 9ter § 3, 4° de la loi du 15 décembre 1980.

⁸ Cour const., n° 186/2019, 20 novembre 2019, B.5 ; Cour const., n° 206/2019, 19 décembre 2019, B.4 et B.5.

demande ou recours contre un OQT ou une mesure d'éloignement effectif) étaient conformes à la Convention (voir point V).

II.2. Une procédure déraisonnablement longue par le jeu de ping-pong entre l'OE et le CCE

8. Le CCE n'ayant pas le pouvoir de prendre lui-même une décision en matière de séjour médical, l'annulation de la décision aboutit au renvoi du dossier à l'administration, qui, tout en tenant compte de l'arrêt du CCE, doit prendre une nouvelle décision qui peut être un nouveau refus autrement motivé, qui fera à son tour, selon toute probabilité, l'objet d'un nouveau recours au CCE. L'OE procède aussi fréquemment au retrait de la décision attaquée pour en prendre une nouvelle contenant une motivation (parfois très légèrement) modifiée⁹, ce qui rend le recours initial au CCE sans objet et nécessite l'introduction d'un nouveau recours contre la nouvelle décision. En l'absence de délai légal imposé à l'administration pour prendre une décision et en raison du délai de traitement de ce type de dossiers au CCE, ce « jeu de ping-pong » entre CCE et OE peut ainsi connaître de multiples allers-retours sur une durée de plusieurs années¹⁰. Cette situation d'attente et d'incertitude est source très importante de stress pour les étrangers gravement malades. Certains étrangers ont le sentiment de devoir se battre à la fois contre leur maladie, et contre des procédures administratives et judiciaires qui ne prend pas leur souffrance au sérieux. Par la longueur manifestement déraisonnable de ces procédures¹¹, ils peuvent éprouver un sentiment d'abandon et d'absence totale de perspective¹².

III. Le système de recours contre un ordre de quitter le territoire en Belgique

9. Myria note que l'État belge a fait l'objet depuis 2002 de multiples condamnations sanctionnant l'ineffectivité des recours contre un ordre de quitter le territoire¹³. Malgré quelques améliorations apportées par une loi en 2014¹⁴, validée par la Cour constitutionnelle¹⁵, Myria constate que l'accès à un recours effectif pour les étrangers ayant reçu un ordre de quitter le territoire pose toujours problème.
10. La jurisprudence constante de la Cour considère que l'article 13 de la Convention exige un recours suspensif de plein droit lorsqu'un grief défendable est invoqué sur base de l'article 3 de la Convention. Myria constate qu'en pratique, tous les étrangers invoquant un grief défendable lié à un risque sérieux de mauvais traitements n'ont pas accès à un recours suspensif de plein droit.

III.1. Accès trop limité au recours suspensif

⁹ Cette pratique administrative est dénoncée par plusieurs intervenants lors des auditions à la Chambre en 2017 (Doc. Parl. Chambre, 54, n° 1885/003, p. 6, www.lachambre.be).

¹⁰ Pour un exemple, voir notamment : CCE n°158 626 du 15 décembre 2015, CCE n° 157 196 du 27 novembre 2015.

¹¹ Un recours peut être considéré comme inefficace en raison de sa durée excessive (CEDH (GC), de Souza Ribeiro c. France, 13 décembre 2012, § 81), l'examen d'un risque de violation de l'article 3 exige une célérité particulière (§ 82).

¹² Voir mutatis mutandis, sur le terrain de l'article 8, CEDH, Hoti c. Croatie, § 126; Sudita Keita c. Hongrie, 12 mai 2020, § 36.

¹³ Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, § 64-85 ; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 31 janvier 2011, § 385-397 ; *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, § 103-108 ; *Singh et autres c. Belgique*, 2 octobre 2012, § 89-106 ; *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, § 100-108 ; *V.M. et autres c. Belgique*, 7 juillet 2015, § 214- 217.

¹⁴ Loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses concernant la procédure devant le Conseil du Contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État, *M.B.*, 21 mai 2014.

¹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 13/2016 du 27 janvier 2016, point B13.2, <http://www.const-court.be>.

11. L'étranger qui souhaite contester l'OQT peut introduire un recours en suspension et en annulation en principe dans les 30 jours auprès du CCE. Ce recours n'est pas suspensif, même si l'étranger invoque des risques sérieux de mauvais traitement en cas de retour. Le seul recours suspensif (qui suspend l'expulsion jusqu'à la décision du juge) est le recours en suspension d'extrême urgence (ou une demande de mesures provisoires en extrême urgence après avoir introduit un recours en suspension simple et annulation). Mais ce recours ne peut être introduit qu'en cas de « mesure d'éloignement ou de refoulement dont l'exécution est imminente », et en particulier en cas de détention¹⁶. A défaut, l'étranger doit introduire un recours – non suspensif – en suspension ordinaire, et activer des mesures provisoires en extrême urgence au moment où l'exécution de son éloignement devient imminente. Depuis 2014, la loi n'exclut pas d'activer une demande de suspension ou de mesures provisoires en extrême urgence en dehors de l'hypothèse de la détention. Pour cette raison, la Cour constitutionnelle a considéré qu'un moyen invoquant la discrimination entre étrangers détenus, ayant accès à la procédure d'extrême urgence et étrangers non détenus, qui n'y auraient pas accès, était irrecevable¹⁷. Toutefois, Myria note qu'en pratique, les situations pour lesquelles le CCE a admis que l'exécution de l'éloignement était « imminente » sans détention sont extrêmement rares voire exceptionnelles¹⁸.
12. Voici comment le CCE interprète la condition de l'imminence de l'éloignement après la modification législative de 2014 : « Lorsque la partie requérante est privée de sa liberté en vue de son éloignement, elle fait l'objet d'une mesure d'éloignement dont l'exécution est imminente. Dans ce cas, il est légalement établi que la suspension de l'exécution de cette mesure, selon la procédure de suspension ordinaire, interviendra trop tard et ne sera pas effective. *A contrario*, la seule délivrance d'un ordre de quitter le territoire à un étranger qui ne fait, par ailleurs, l'objet d'aucune mesure de contrainte en vue de l'obliger à quitter le territoire, ne constitue pas comme telle un péril imminent justifiant le recours à la procédure d'extrême urgence. La seule crainte que l'exécution de l'acte attaqué pourrait survenir à tout moment, une fois expiré le délai accordé pour quitter volontairement le territoire, n'autorise pas davantage à tenir pour établi qu'un éloignement par la contrainte surviendra de manière effective dès l'expiration de ce délai »¹⁹. (souligné par Myria)

Le CCE considère que : « Certes, dans des cas exceptionnels, il a déjà été jugé qu'afin de respecter les exigences requises par l'article 13 de la CEDH, la partie requérante doit conserver la possibilité de demander la suspension d'extrême urgence d'un ordre de quitter le territoire, même lorsque celui-ci ne fait pas l'objet d'une mesure de contrainte, chaque fois qu'il s'avère nécessaire et urgent de procéder à l'examen effectif des griefs tirés de la violation de l'article 3 de la CEDH.

Il appartient cependant dans ce cas à la partie requérante de justifier, dans l'exposé de l'extrême urgence de la demande de mesures provisoires introduite, la raison pour laquelle elle estime que la suspension de l'exécution de cet ordre de quitter le territoire, selon la procédure de suspension ordinaire, interviendra trop tard et ne sera pas effective. Cette justification doit être étayée par des éléments concrets susceptibles d'en établir la réalité, d'en cerner la nature et la consistance, et de justifier l'intervention urgente du juge quant à ce »²⁰ (souligné par Myria).

¹⁶ À savoir, « maintenu dans un lieu déterminé visé aux articles 74/8[centre fermé] et 74/9 [alternative à la détention pour les familles] ou est mis à la disposition du gouvernement» (Loi du 15 décembre 1980, art. 39/82 § 4, al. 2 et art. 39/85).

¹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 13/2016 du 27 janvier 2016, point B13.2, <http://www.const-court.be>.

¹⁸ Myria n'a connaissance que de deux décisions du CCE acceptant de traiter un recours en extrême urgence en l'absence de mesure de contrainte, en raison d'un risque d'interruption d'un traitement médical pouvant provoquer un traitement dégradant prohibé par l'article 3 de la CEDH (CCE n°131.614 du 17 octobre 2014; CCE n° 154 753 du 16 octobre 2015).

¹⁹ CCE n° 148 969 du 30 juin 2015. Voir aussi parmi beaucoup d'autres, CCE n° 154 141 du 8 octobre 2015. Tous les arrêts cités sont disponibles sur le site <http://www.rvv-cce.be>.

²⁰ CCE n° 146 105 du 25 mai 2015, point n° 2.4. Cette argumentation est reprise dans de nombreux arrêts du CCE, notamment les arrêts n° 155 443 du 27 octobre 2015, p. 4 ; CCE n° 154624 du 15 octobre 2015 ; CCE n° 231 849, 27 janvier 2020, p. 5.

13. La possibilité d'obtenir un effet suspensif en dehors d'une détention est donc laissée à la discrétion des juges puisque la loi ne précise pas dans quels cas on doit considérer l'expulsion « imminente » en dehors de la mesure de contrainte. Même lorsque l'étranger invoque un risque de mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la Convention, la jurisprudence du CCE exige, pour accéder à un recours suspensif, que celui-ci démontre que l'examen de son grief est au cours d'une procédure de suspension ordinaire « interviendra trop tard et ne sera pas effective ». Or, la procédure en suspension ordinaire est en principe toujours tardive et inefficace puisque cette procédure n'est pas suspensive de plein droit. La circonstance que l'Office des étrangers (OE) n'exécuterait généralement pas, en pratique, la décision avant l'arrêt rendu au terme de la procédure de suspension ordinaire relève de l'arrangement pratique et pas de la garantie effective, comme déjà constaté par la Cour en 2002 dans l'affaire Conka²¹. Le CCE par exemple considéré que la situation d'un étranger malade ayant besoin de trois séances de dialyses par semaine, privé d'aide sociale suite au retrait de séjour et soumis à une procédure judiciaire d'expulsion de son logement par son propriétaire, ne justifiait pas la procédure d'extrême urgence²².

III.2. Délai de recours brefs et difficulté d'accès à l'aide juridique dans les centres fermés

14. Depuis 2014, la loi²³ prévoit que la requête en suspension en extrême urgence, ou les mesures provisoires en extrême urgence, peut être introduite dans un délai de dix jours. Ce délai est réduit cependant à cinq jours s'il s'agit d'une deuxième mesure d'éloignement ou de refoulement. Pendant ce délai de recours, aucun éloignement ne peut être mis en œuvre sauf accord de l'intéressé. Et une fois le recours introduit, il ne sera procédé à l'exécution forcée de la mesure contestée qu'après le rejet du recours par le CCE. Si l'étranger a déjà introduit une demande en suspension ordinaire, il pourra demander au titre de mesure provisoire, dans le même délai, soit dix jours réduits à cinq en cas de deuxième mesure d'éloignement, que sa demande de suspension ordinaire soit examinée dans les meilleurs délais par le CCE.
15. Myria note que la loi ne prévoit plus un nombre minimal de jours ouvrables pour introduire un recours alors que ce délai était, en vertu de la précédente modification législative, fixé à trois jours ouvrables²⁴. Ainsi, dans l'hypothèse où il s'agit d'un recours contre une seconde mesure d'éloignement qui interviendrait à la veille d'un jour férié suivi d'un week-end ou inversement, ce délai de recours sera en pratique réduit à seulement deux jours, ce qui paraît trop court. Une part importante des étrangers détenus se sont déjà vus notifier antérieurement un premier OQT. Ils sont donc nombreux en pratique à ne bénéficier que d'un délai de recours en extrême urgence restreint de 5 jours calendrier. Suite aux arrêts rendus par l'Assemblée générale du CCE en 2011 suite à l'arrêt M.S.S., ce délai de recours avait été étendu à quinze jours²⁵, ce qui rendait ce recours plus accessible. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas non plus fixé un délai minimal qui doit être respecté dans ces circonstances, elle a toutefois déjà jugé qu'un délai suffisant doit être ménagé pour introduire cette demande²⁶. Elle a de

²¹ Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, § 64-85 (voir aussi : CEDH, *Gebremedhin t. France*, 26 avril 2007, § 66 ; CEDH, *Singh et autres t. Belgique*, 2 octobre 2012, § 98 ; MRH, *M.A. t. Chypre*, 23 juillet 2013, § 137 ; CEDH, *A.C. et autres t. Espagne*, 22 avril 2014, § 95 ; CEDH, *A.M. t. Pays-Bas*, 5 juillet 2016, § 63 ; CEDH, *Allanazarova t. Russie*, 14 février 2017, § 97 ; CEDH, *S.K. t. Russie*, 14 février 2017, § 75).

²² CCE n° 146 105 du 25 mai 2015.

²³ Art. 39/82, §4 et 39/85 de la loi du 15 décembre 1980, modifiés par la loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses concernant la procédure devant le Conseil du Contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État, *M.B.*, 21 mai 2014.

²⁴ Art. 22 de la loi du 8 mai 2013 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, et modifiant la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses.

²⁵ CCE (AG) n° 56.201-56.208 du 17 février 2011.

²⁶ Cour EDH, *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, n°70055/10, §153.

même estimé qu'un délai automatique et mécanique de cinq jours pour introduire une demande d'asile devait être considéré comme « incompatible avec la protection de la valeur fondamentale consacrée par l'article 3 de la Convention »²⁷. Il devrait en être de même en ce qui concerne un recours invoquant des griefs défendables fondés sur l'article 3 de la CEDH.

16. Les conditions d'accès à l'aide juridique en centres fermés pour étrangers ne sont pas optimales. Contrairement au domaine pénal où les personnes détenues préventivement bénéficient automatiquement d'un avocat²⁸, la loi ne prévoit pas de désignation automatique d'avocat aux étrangers détenus administrativement. Actuellement, dans la majorité des centres fermés²⁹, une demande de désignation d'un avocat auprès du bureau d'aide juridique ne se fait qu'à l'issue du premier entretien (intake) avec le service social. Or, en raison d'un manque de personnel et en particulier si l'étranger est détenu à la veille d'un week-end, cet entretien n'a parfois lieu que plusieurs jours après son arrivée au centre fermé. L'étranger qui ne dispose pas préalablement d'un avocat se verra donc parfois désigner un avocat après l'expiration du délai pour demander une suspension ou des mesures provisoires en extrême urgence, en particulier lorsque le délai réduit de cinq jours calendrier est d'application, ce qui rend en pratique impossible la mise en œuvre de son droit au recours effectif.

III.3. Pas d'examen rigoureux et attentif des éléments dans toutes les procédures

17. La loi du 10 avril 2014 impose un « examen attentif et rigoureux de tous les éléments de preuve »³⁰ concernant les risques de mauvais traitement (examen ex nunc), mais cette obligation ne concerne – paradoxalement – que les recours traités en extrême urgence et pas les recours en suspension ordinaire ou en annulation. Pour ces derniers recours, le juge n'exerce en principe qu'un contrôle de légalité et ne suspend ou annule la décision d'éloignement qu'en cas de « violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir »³¹ et uniquement en tenant compte des éléments dont l'administration disposait au moment de la prise de décision (examen ex tunc). Or, comme on vient de le voir, beaucoup d'étrangers n'ont pas accès à la procédure en extrême urgence et ne bénéficient donc pas de cet « examen attentif et rigoureux » de leur état de santé et de l'accessibilité des soins dans leur pays d'origine.
18. Par ailleurs, cette exigence d'examen attentif et rigoureux s'insère dans une procédure par définition rapide et accélérée : le recours doit être introduit dans les 10 ou 5 jours, les droits de la défense et les possibilités d'échanger des arguments entre parties sont réduits, le juge décide seul et dispose de peu de temps pour rendre une décision. Le risque, évoqué par la Cour, que la suspension puisse être incorrectement refusée en extrême urgence parce qu'elle n'est accordée qu'au cas par cas³² n'est effectivement pas exclu malgré la modification législative. Myria observe que des requêtes sont parfois rejetées pour des raisons formalistes sans examen des griefs³³.

²⁷ Cour EDH, *Jabari c. Turquie*, 11 juillet 2000, n° 40035/98, §40.

²⁸ En vertu de l'art. 16 § 4 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, le juge d'instruction qui délivre un mandat d'arrêt a l'obligation d'informer le bâtonnier afin que celui-ci désigne un avocat au détenu.

²⁹ Il existe un système de permanence juridique de première ligne aux centres fermés de Vottem (à raison de deux fois par semaine et par lequel une demande de désignation est introduite) et de Bruges (une fois par semaine, ce qui implique que le service social du centre intervient encore pour les demandes de désignation auprès du bureau d'aide juridique).

³⁰ Loi du 15 décembre 1980, art. 39/82 §4, al. 4 et 39/85 § 1^{er}, al. 3.

³¹ Loi du 15 décembre 1980, art. 39/2 §2.

³² Cour EDH, *V.M. et autres c. Belgique*, 7 juillet 2015, § 214 ; *M.A. t. Chypre*, 23 juillet 2013, § 135-137 ; CEDH, *A.C. et autres t. Espagne*, 22 avril 2014, § 94-95 ; CEDH, *A.M. t. Pays-Bas*, 5 juillet 2016, § 63 ; CEDH, *Allanazarova t. Russie*, 14 février 2017, § 97 ; CEDH, *S.K. t. Russie*, 14 février 2017, § 75. .

³³ Par exemple, le CCE a rejeté des mesures provisoires en extrême urgence uniquement parce que le recours initial introduit par l'avocat contre l'OQT s'intitulait « recours en annulation » et non pas « recours en suspension

IV. Les besoins de base et les soins médicaux ne sont pas garantis pendant le traitement des recours

19. Vu l'absence d'effet suspensif de plein droit, tant pour le recours contre un refus de séjour médical que pour le recours contre un OQT, l'étranger est en séjour illégal pendant la durée du traitement de ces recours. Ces étrangers n'ont droit qu'à l'aide médicale urgente, octroyée par le Centre public d'action sociale (CPAS) de leur commune de résidence et n'ont pas droit à une aide matérielle ou financière ni à la couverture complète de l'assurance maladie³⁴. Selon médecins et ONG, cette attente en séjour illégal met parfois à mal la continuité des soins³⁵.
20. Selon une jurisprudence constante depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle de 1999, les étrangers qui ne peuvent pas donner suite à un OQT pour raisons médicales ont droit à l'aide sociale complète³⁶. Selon l'arrêt *Abdida* de la CJUE, le droit de l'UE « s'oppose à une législation nationale qui ne prévoit pas la prise en charge, dans la mesure du possible, des besoins de base d'un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie, afin de garantir que les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies puissent effectivement être prodigués, durant la période pendant laquelle l'État membre concerné est tenu de reporter l'éloignement de ce ressortissant de pays tiers à la suite de l'exercice d'un recours contre une décision de retour prise à son encontre »³⁷. Plus de 20 ans après l'arrêt de la Cour constitutionnelle et 5 ans après l'arrêt *Abdida*, cette jurisprudence n'a jamais été intégrée dans la législation. Dans l'état actuel de la législation et des pratiques, les étrangers gravement malades qui ont invoqué un grief défendable au CCE en lien avec l'article 3 de la CEDH se voient refuser une aide sociale complète de la part du CPAS. Ils doivent introduire une autre procédure au du tribunal du travail contre ce refus en vue d'obtenir ce droit aux besoins de base³⁸ et aux soins médicaux qui se seraient pas pris en charge par l'aide médicale urgente. Cette procédure dure plusieurs mois durant lesquels ces personnes se retrouvent dans le dénuement pour assurer logement, nourriture, vêtements...

V. Evaluation globale des recours disponibles contre un refus de séjour médical et un OQT

21. Depuis 2007, Myria considère qu'un recours suspensif de plein droit, et de pleine juridiction contre un refus de séjour médical (sur le fond), par lequel les juges examineraient directement le risque pour la santé en cas de retour, permettrait un meilleur respect des droits fondamentaux tout en économisant

et annulation » alors que son contenu visait tant l'annulation que la suspension de l'OQT (CCE n° 146 104 du 24 mai 2015). La décision de rejet est tellement brève qu'il n'est pas possible de savoir si l'étranger était détenu ni s'il formulait des griefs relatifs à un risque de mauvais traitement en cas de retour.

³⁴ article 57, § 2 de la loi du la loi organique des centres publics d'action sociale du 8 juillet 1976.

³⁵ Audition de Stéphane Heymans (Médecins du Monde), Chambre, 2017, Doc. Parl., 54, 2408/1, p. 23.

³⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 80/99, 30 juin 1999 ; Cass, 15 février 2016, S.15.0041.F (www.juridat.be).

³⁷ CJUE (GC), *Abdida c. CPAS d'Ottignies*, C-562/13, 18 décembre 2014, § 62.

³⁸ Dans un affaire actuellement pendante devant la CJUE, l'avocat général M. MACIEJ SZPUNAR conclut que le droit de l'UE et la directive retour « s'opposent à la réglementation d'un État membre en vertu de laquelle la prestation sociale reçue par un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une décision de retour contre laquelle il a introduit un recours et qui est atteint d'une grave maladie est limitée à l'aide médicale urgente si, d'une part, cette aide ne couvre pas ses besoins de base en lui garantissant que les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable de la maladie puissent effectivement être prodigués et, d'autre part, ce ressortissant est dépourvu des moyens de pourvoir lui-même à ses besoins. » (Conclusions présentées le 28 mai 2020, Affaire C-233/19, B. contre Centre public d'action sociale de Liège (CPAS)).

du temps et des moyens pour tous les acteurs (fonctionnaires, juges, avocats, médecins...)³⁹. Cette recommandation est également défendue depuis 2016 par le Médiateur fédéral en conclusion d'une enquête approfondie sur le fonctionnement de la cellule 9ter de l'OE qui traite ces dossiers⁴⁰.

22. Une proposition de loi visant à rendre ce recours suspensif de plein droit a été déposée au parlement fédéral en 2017 mais n'a pas été adoptée faute de majorité. Ses opposants considéraient que la proposition reposait « sur une lecture erronée de l'arrêt Abdida qui concernait non pas une décision négative relative à une demande de régularisation médicale mais bien une décision de retour. »⁴¹.
23. Après avoir constaté l'absence d'effectivité du recours au CCE contre la décision de refus de séjour médical, la Cour constitutionnelle estime que cette lacune est en quelque sorte compensée par l'effectivité du recours en extrême urgence contre un OQT ou son exécution effective. Dans cette procédure en extrême urgence, le CCE a l'obligation de tenir compte de la situation de santé actuelle de l'étranger et des nouveaux documents produits. Elle en conclut qu'en tenant compte de toutes les procédures disponibles (nouvelle demande de régularisation médicale, d'une part, recours suspensif en extrême urgence au CCE contre une décision de retour ou d'éloignement effectif, d'autre part), l'étranger gravement malade bénéficie globalement d'un recours effectif⁴².
24. Selon Myria, ce raisonnement peut sembler séduisant en théorie mais il se heurte à plusieurs difficultés importantes et n'offre pas toutes les garanties d'un recours effectif en droit comme en pratique et ce pour plusieurs raisons.
25. Premièrement, dans l'arrêt Abdida, la CJUE considère qu'une décision de refus de séjour médical doit être considérée comme une « décision de retour », ce qui la fait entrer dans le champ d'application de la directive retour, qu'elle interprète en conformité avec l'article 13 de la CEDH⁴³. Ceci implique qu'un recours suspensif de plein droit doit exister contre cette décision de refus de séjour⁴⁴, même si une décision formelle d'OQT n'a pas (ou pas encore) été prise à l'égard de cet étranger. C'est aussi l'analyse qu'a fait la grande chambre unanime de la Cour dans son arrêt Paposhvili où elle considère que, selon l'arrêt Abdida : « En tant que décision de retour, la décision de refus d'un titre de séjour médical est soumise au respect des garanties prévues par la directive Retour et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE »⁴⁵. Dans une affaire actuellement pendante devant la CJUE, l'avocat général Maciej Szpunar semble confirmer qu'une décision de refus de séjour médical constitue une décision de retour : « un système de voies de recours administratifs qui n'assortirait pas d'un effet suspensif un recours contre une décision de retour, mais seulement un recours contre une décision d'éloignement ne serait pas conforme à l'arrêt (Abdida) »⁴⁶. Se référant au § 53 de l'arrêt Abdida, il ajoute : « Contrairement à ce qu'a dit le gouvernement belge dans ses observations, on ne peut en aucun cas inférer du libellé clair de ce passage de l'arrêt (...) que la Cour fait uniquement référence à une décision d'éloignement ».

³⁹ Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (prédécesseur de Myria), *Rapport annuel Migration 2007*, p. 113 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2016*, pp. 207-210 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2017*, pp. 163-167.

⁴⁰ Médiateur fédéral, *Régularisation médicale, le fonctionnement de la section 9ter de l'Office des étrangers*, p. 57, n° 4.

⁴¹ Doc. Parl. Chambre, 54, n° 1885/003, p. 5, www.lachambre.be.

⁴² Cour const., n° 186/2019, 20 novembre 2019, B.9 à B. 11 ; Cour const., n° 206/2019, 19 décembre 2019, B.8 à B.10.

⁴³ CJUE, *Abdida c. CPAS d'Ottignies*, C-562/13, 18 décembre 2014, §44-53 ; citant Cour eur. D. H., *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007, §67, ainsi que *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, §200.

⁴⁴ CJUE (GC), *Abdida c. CPAS d'Ottignies*, C-562/13, 18 décembre 2014, §39.

⁴⁵ Cour eur. D.H. [GC], *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, §122.

⁴⁶ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MACIEJ SZPUNAR présentées le 28 mai 2020, Affaire C-233/19, B. contre Centre public d'action sociale de Liège (CPAS), § 56.

26. Deuxièmement, si le seul examen sérieux de l'état de santé et de l'accessibilité des soins se fait uniquement sur recours en extrême urgence contre un OQT et pas contre un refus de séjour, l'unique recours effectif disponible implique la délivrance formelle d'un OQT à l'étranger gravement malade. Si l'administration omet, intentionnellement ou non, de notifier un OQT en même temps ou peu après le refus de séjour médical⁴⁷, la personne concernée est totalement privée d'accès à un recours effectif tant que dure la procédure de recours au CCE concernant la décision 9ter, qui comme on l'a vu s'apparente fréquemment à un jeu de ping-pong d'une durée déraisonnable. Les autorités pourraient donc se contenter de refuser l'autorisation de séjour médical sur base de l'article 9ter sans prendre en même temps un OQT, uniquement pour mettre hors-jeu l'exigence d'un recours suspensif et l'octroi de l'aide sociale pendant le recours.
27. Troisièmement, l'exigence de l'imminence de l'éloignement font qu'en pratique, selon la jurisprudence du CCE, les étrangers non-détenus, même gravement malades, n'ont quasiment jamais accès au recours en extrême urgence. Or, la détention est évidemment souvent contre-indiquée aux étrangers gravement malades qui font – et c'est heureux – peu l'objet de détention administrative. Admettre que le recours contre un refus de séjour médical peut rester inefficace parce que le recours en extrême urgence le serait, abouti au paradoxe qu'un étranger gravement malade devrait faire l'objet d'une détention (très probablement contraire à l'article 5 voire 3 de la Convention) pour avoir accès au seul recours effectif disponible.
28. Quatrièmement, selon la jurisprudence constante de la Cour, pour être effectif, il faut que le recours soit « suspensif de plein droit »⁴⁸ et ceci, indépendamment du caractère imminent de l'éloignement (donc pas uniquement lorsque l'étranger est détenu). Or, le seul recours suspensif en droit belge (le recours au CCE en suspension d'extrême urgence) est accessible uniquement à condition que la mesure d'éloignement soit « imminente ». L'accessibilité de ce recours est rendue difficile par le délai de recours très court, souvent réduit à 5 jours, pour des étrangers privés de liberté sans avertissement obligatoire de l'avocat lors de cette privation de liberté. Il ne peut par conséquent pas être considéré comme étant suspensif « de plein droit ». Dans la situation de M. Paposhvili, la grande chambre a considéré unanimement qu'une évaluation du risque de mauvais traitements *in extremis*, au moment de l'exécution forcée de la mesure d'éloignement ne répondait pas aux exigences de la Convention sur le terrain de l'article 3⁴⁹. Myria considère que les observations formulées par la Cour dans l'arrêt S.J. c. Belgique⁵⁰ restent totalement pertinentes :

« 102. (...) ce système, (...) a pour effet d'obliger l'étranger, qui est sous le coup d'une mesure d'éloignement et qui soutient qu'il y a urgence à demander le sursis à exécution de cette mesure, à introduire un recours conservatoire, en l'occurrence une demande de suspension ordinaire. Ce recours, qui n'a pas d'effet suspensif, doit être introduit dans le seul but de se préserver le droit de pouvoir agir en urgence lorsque la véritable urgence, au sens donné par la jurisprudence du CCE, se réalise, c'est-à-dire quand l'étranger fera l'objet d'une mesure de contrainte. La Cour observe au surplus que, dans l'hypothèse où l'intéressé n'a pas mis en mouvement ce recours conservatoire au

⁴⁷ Cette pratique a pu être observée (Réponse du Secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration à la question parlementaire n° 950 du 2 décembre 2016 de Madame M. DE CONINCK (N))

⁴⁸ CJUE, *Ibid*, §52, se référant aux arrêts de la CEDH (Cour eur. D. H., *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007, §67, ainsi que *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, §200).

⁴⁹ CEDH [GC], *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, §202.

⁵⁰ CEDH, *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, §102-104. Voir aussi *V.M. et autres c. Belgique*, 7 juillet 2015, §214-217. Les deux affaires qui ont donné lieu à ces arrêts ont été radiées du rôle par la Grande chambre, pour des raisons de procédure. Ces arrêts n'ont plus d'autorité de chose jugée d'un point de vue strictement formel, ce qui n'enlève rien à la pertinence des critiques sur la procédure belge de recours. La Cour a réitéré des critiques similaires à l'encontre de la procédure espagnole dans son arrêt définitif, *A.C. et autres t. Espagne*, 22 avril 2014, § 94.

début de la procédure, et où l'urgence se concrétise par après, il est définitivement privé de la possibilité de demander encore la suspension de la mesure d'éloignement.

103. Selon la Cour, si une telle construction peut en théorie se révéler efficace, en pratique, elle est difficilement opérationnelle et est trop complexe pour remplir les exigences découlant de l'article 13 combiné avec l'article 3 de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique (...) le système préconisé par le Gouvernement peut mener à des situations dans lesquelles l'étranger n'est en fait protégé par un recours à effet suspensif ni durant la procédure contre l'ordre d'expulsion ni face à l'imminence d'un éloignement. C'est cette situation qui s'est produite en l'espèce, alors même que la requérante était conseillée par un avocat spécialisé. Eu égard à l'importance du droit protégé par l'article 3 et au caractère irréversible d'un éloignement, une telle situation est incompatible avec les exigences desdites dispositions de la Convention (...).

104. La Cour observe en outre que ce système accule les intéressés, qui se trouvent déjà dans une position vulnérable, à agir encore in extremis au moment de l'exécution forcée de la mesure.»

29. Cinquièmement, la loi ne prévoit pas le maintien du droit à l'aide sociale, ni pour le recours contre le refus de séjour, ni pour le recours contre l'OQT. Les étrangers gravement malades qui introduisent ces recours ont donc de grandes difficultés à se soigner dans de bonnes conditions et à subvenir à leurs besoins de base. Ceci peut amener certaines personnes à renoncer à introduire le recours, à même à retourner dans leur pays d'origine, alors même que ce retour implique une détérioration irréversible de leur état de santé incompatible avec leur dignité et l'article 3 de la CEDH⁵¹.
30. Selon Myria, ces éléments montrent que l'absence d'effectivité du recours contre le refus de séjour ne peut pas être adéquatement compensée par le recours en suspension d'extrême urgence contre l'OQT. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré à plusieurs reprises que le recours effectif, comme tous les droits de l'homme prévus par la CEDH, doit être fondé sur des garanties solides et non sur de simples déclarations d'intention ou arrangements pratiques des autorités publiques⁵².

Bruxelles, le 12 juin 2020


Koen Dewulf
Directeur

⁵¹ Concernant l'instrumentalisation du retour « volontaire » dans le pays d'origine malgré un risque réel de traitements contraire à l'article 3, sans volonté réelle de la personne, voir *M.S. c. Belgique* 31 janvier 2012, § 121-125 ; N.A. c. Finlande, 14 janvier 2020, § 58-60.

⁵² CEDH, *Conka t. Belgique*, 5 février 2002, § 83 ; CEDH, *Gebremedhin t. France*, 26 avril 2007, § 66 ; CEDH, *Singh et autres t. Belgique*, 2 octobre 2012, § 98 ; *M.A. t. Chypre*, 23 juillet 2013, § 137 ; CEDH, *A.C. et autres t. Espagne*, 22 avril 2014, § 95 ; CEDH, *A.M. t. Pays-Bas*, 5 juillet 2016, § 63 ; CEDH, *Allanazarova t. Russie*, 14 février 2017, § 97 ; CEDH, *S.K. t. Russie*, 14 février 2017, § 75.