



CONTRIBUTION A LA RÉFLEXION 2021/2

Pour un statut d'inéloignable

NANSEN développe une expertise juridique sur la protection internationale ainsi qu'une approche interdisciplinaire de l'asile. NANSEN est également partenaire opérationnel du UNHCR concernant l'aide juridique aux demandeurs d'asile. Les recommandations présentées ici sont le fruit d'un travail portant sur trois dimensions. L'analyse structurelle de l'effectivité de l'accès à la protection internationale, le monitoring de la détention des demandeurs de protection, et l'assistance individuelle aux personnes en besoin de protection (y compris les apatridies). À travers toutes ses activités, NANSEN porte une attention particulière aux personnes en situation de vulnérabilité, notamment les victimes de torture.

Auteur : Valérie Klein

Redaction : Julie Lejeune – Marjan Claes

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUIRE UN STATUT POUR LES PERSONNES INÉLOIGNABLES 3

Introduction..... 3

1. Constats 3

2. Recommandations 5

 2.1. Personnes inéloignables..... 5

 2.2. Procédure de révision de la clause de non-reconduite..... 5

3. Le droit de l'Union européenne 6

INTRODUIRE UN STATUT POUR LES PERSONNES INÉLOIGNABLES

Introduction

Cette proposition concerne les personnes dont l'éloignement est impossible suite à un avis du CGRA quant à la compatibilité d'une mesure d'éloignement avec les obligations de la Belgique en matière de protection internationale aux termes des articles 48/3 et 48/4 de la loi du 15 décembre 1980.

Il s'agit donc ici des personnes concernées par l'application des articles suivants de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après « L.80 »):

- refus de reconnaissance du statut de réfugié suite à une condamnation ou en cas de danger pour la sécurité nationale (art. 52/4 L.80);
- exclusion du statut de réfugié au sens de l'article 1F de la Convention de Genève (art. 55/2);
- retrait du statut réfugié suite à une condamnation pour une infraction particulièrement grave ou en raison d'un danger pour la société ou sécurité nationale (art. 55/3/1);
- exclusion du statut de protection subsidiaire (art. 55/4);
- retrait du statut de protection subsidiaire (art. 55/5/1) ;
- compétence du CGRA pour rendre un avis quant à la compatibilité d'une mesure d'éloignement avec les articles 48/3 et 48/3 dans les cinq hypothèses précitées (art. 57/6, §1^{er}, 9^o à 14^o);
- décision d'irrecevabilité d'une demande ultérieure de protection internationale (art. 57/6/2, §2);

NANSEN n'exclut pas que d'autres groupes de personnes se trouvent confrontées à une impossibilité d'éloignement, par exemple pour des motifs liés à leur vie familiale (article 8 CEDH), ou en raison d'obstacles administratifs. Toutefois, et conformément au mandat de NANSEN, la présente contribution est limitée aux personnes en besoin de protection internationale, qui sont exclues de cette protection, ou auxquelles une telle protection est refusée, pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité nationale.

En outre, dans la mesure où les personnes apatrides font l'objet d'une proposition distincte (voir ci-dessus), leur situation n'est pas discutée ici.

La situation des personnes qui ne peuvent être éloignées appelle aussi à une réflexion concernant le risque accru de détention auquel elles sont exposées. En l'absence de perspective raisonnable d'éloignement, NANSEN rappelle que la détention de ces personnes est illégale. La création d'un statut spécifique les concernant et l'octroi d'un titre de séjour permettrait d'éviter des périodes de détention illégale en l'absence d'une perspective raisonnable d'éloignement (article 5, §1 f) de la CEDH et 15 de la Directive Retour).

1. Constats

Les constats suivants sont notamment tirés du travail de monitoring effectué par NANSEN en détention et de ses visites régulières aux personnes en besoin de protection internationale dans les centres fermés.

Les personnes qui sont exclues de la protection internationale, ou font l'objet d'un retrait ou d'un refus de protection internationale pour des motifs liés à l'ordre public se trouvent, à défaut d'un statut spécifique, dans une situation de « flottement » (en anglais « limbo situations »).

Elles font l'objet d'un ordre de quitter le territoire, mais celui-ci ne pouvant être exécuté, leur présence sur le territoire est tolérée¹.

L'article 74/17 de la L.80 précise que « *l'éloignement est reporté temporairement si la décision de reconduite ou d'éloignement aux frontières du territoire expose le ressortissant du pays tiers à une violation du principe de non-refoulement* ». Cette disposition prévoit également que l'intéressé est informé par écrit que l'exécution de la décision d'éloignement est reportée temporairement. En l'état actuel de la législation, ce simple report de l'éloignement ne s'accompagne toutefois ni d'un droit de séjour, même temporaire, ni d'autres garanties en faveur de l'intéressé. Cette absence de statut entraîne notamment l'interdiction de travailler.

Les personnes concernées peuvent prétendre à une aide du CPAS, qui n'est toutefois octroyée qu'au terme d'une procédure devant les juridictions du travail). En séjour illégal sur le territoire, elles sont en outre exposées à un risque accru d'une détention de longue durée, voire de multiples périodes de détention.

À défaut d'autres options, certaines d'entre elles introduisent une demande d'autorisation de séjour fondée sur l'article 9bis de la L.80. Sous le coup d'un ordre de quitter le territoire, ces personnes font en outre souvent l'objet d'une interdiction d'entrée. Ces demandes sont donc déclarées sans objet, ou se heurtent à des motifs liés à l'ordre public.

Outre l'absence de possibilité de travailler et le passage obligé par le tribunal pour obtenir une aide du CPAS, la situation actuelle est caractérisée par l'absence de transparence et d'encadrement par la loi de la procédure de révision d'une clause de non-reconduite. La seule indication à cet égard figure à l'article 74/17, §1^{er} de la L.80, qui précise que lorsque le CGRA indique que l'éloignement est incompatible avec les articles 48/3 et 48/4, « *l'éloignement ne peut avoir lieu que moyennant une décision motivée et circonstanciée du ministre ou de son délégué démontrant que l'avis du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides n'est plus actuel* ».

En réponse à une question posée par NANSEN à l'occasion d'une réunion de contact de Myria relative à la procédure appliquée par le CGRA lorsque l'Office des Étrangers demande la révision d'une clause de non-reconduite² le CGRA a indiqué que chaque demande était examinée individuellement et qu'il était possible d'entendre la personne concernée mais que cela n'est pas systématique³.

NANSEN relève en outre que les personnes concernées par une clause de reconduite, et pour qui le refus ou le retrait de la protection internationale est pris suite à une condamnation pour des faits commis en Belgique, sont libérées après avoir exécuté l'entièreté de leur peine. L'absence de statut, alors que ces personnes ne peuvent être éloignées, couplée au refus/retrait du statut de réfugié, constitue dès lors une double peine, voire même une triple peine (condamnation pénale, retrait/refus de protection, absence de statut malgré l'impossibilité d'un éloignement).

¹ FARCY, J.-B., « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? » *Cahiers de l'EDM*, juin 2019.

² NANSEN a été amenée à poser cette question après avoir constaté, dans le dossier d'une personne en détention, de l'absence d'encadrement de cette procédure. En l'espèce, l'intéressé et son avocat ont pris connaissance d'une demande de révision

³ Myria, PV de la réunion de contact protection internationale, février 2021, p.7, https://www.myria.be/files/20210217_PV_r%C3%A9union_contact.pdf. Il n'existe pas non plus de recours de plein contentieux contre l'avis initial du CGRA relatif à la compatibilité d'un éloignement avec les articles 48/3 et 48/4 de la L.80, ou à celui rendu suite une demande ultérieure. Cet avis doit être contesté en même temps qu'une éventuelle décision d'éloignement prise ultérieurement par l'Office des Étrangers. Le CCE se déclare en effet incompétent pour connaître de cette partie du recours.

L'incertitude liée à l'absence de statut des personnes qui ne peuvent être éloignées en raison d'une clause de non-reconduite ne bénéficie pas non plus aux États sur lesquels elles se trouvent : « *Du point de vue de la société, que les politiques publiques entendent protéger, laisser une personne sans statut dans l'attente d'un éloignement parfois hypothétique ne garantit pas une meilleure sécurité* »⁴.

À ce propos également, EMN indique :

*“The rationale for granting a tolerated status or temporary permit could relate to (a) preventing the formation of an increasingly large group of third-country nationals whose stay is, de facto, irregular and to prevent third-country nationals from drifting into criminality or being subjected to exploitation; and (b) ensuring that persons who cannot immediately return/be returned remain in contact with the authorities, so that they can easily be found when their return becomes viable (i.e. when the obstacles to return have disappeared)”*⁵.

2. Recommandations

NANSEN recommande la création d'un statut *ad hoc* pour les personnes dont l'éloignement est incompatible avec les articles 48/3 et 48/4 de la L.80. NANSEN recommande également l'insertion dans la loi d'une disposition encadrant toute révision d'un avis formulé par le CGRA quant à la compatibilité d'un éloignement avec les articles 48/3 et 48/4 de la L.80 (ou « clause de non-reconduite »).

2.1. Personnes inéloignables

Le nouveau statut, prévu la loi, devrait inclure les garanties suivantes :

- 1) octroi d'un droit de séjour limité d'un an (carte A) si le CGRA estime l'éloignement incompatible avec les articles 48/3 et 48/4 de la L.80 ou si une autre autorité (Office des Étrangers, tribunal) décide que l'éloignement est contraire au principe de non-refoulement
- 2) introduction d'une demande *ad hoc*, à créer par une nouvelle disposition de la L.80, auprès de l'Office des Étrangers : absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration, et pas de possibilité de refus pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité nationale. La clause de non-reconduite ou le constat que l'éloignement est contraire au principe de non-refoulement suffit ;
- 3) dans l'attente d'une décision de l'Office des Étrangers sur la demande de séjour, confirmation écrite et automatique du report de l'éloignement (dès que l'administration a connaissance de l'impossibilité d'éloignement)
- 4) refus de renouvellement de la carte A uniquement après réévaluation de l'impossibilité de retour, s'il existe des indications sérieuses qu'une telle réévaluation est nécessaire (suivant la procédure contradictoire décrite ci-dessous) ;
- 5) octroi d'un droit de séjour illimité au terme d'une période de cinq ans ;
- 6) droit de travailler pendant la période de droit au séjour limité, via une modification de la législation en matière d'emploi ;

2.2. Procédure de révision de la clause de non-reconduite

⁴ FARCY, J.-B., « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *op.cit.* À propos des « limbes » juridiques dans lesquelles se trouvent les personnes inéloignables, voyez également C.J.U.E, arrêt du 24 juin 2015, *H.T.*, conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston, §112.

⁵ EMN, *The Return of Rejected Asylum Seekers: Challenges and Good Practices*, 3 novembre 2016, p. 32,

https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-00_synthesis_report_rejected_asylum_seekers_2016.pdf

Il s'agit ici d'introduire une nouvelle disposition dans la L.80 ou de procéder à la modification de l'article 74/17 de la L.80, afin de garantir :

- 1) la notification par le CGRA à la personne concernée de son intention de réévaluer son avis quant à la compatibilité de l'éloignement avec les articles 48/3 et 48/4 de la L.80 (avec les mêmes garanties que lorsque le CGRA envisage de réexaminer la validité du statut de protection internationale, sur la base de l'article 57/6/7, §2) ;
- 2) un examen individuel de la situation ;
- 3) un délai d'un mois pour transmettre pièces et arguments au CGRA ;
- 4) l'organisation d'un entretien personnel, en présence de l'avocat ;
- 5) un recours de plein contentieux contre le refus de renouvellement de la carte A en cas de réévaluation préjudiciable à l'intéressé⁶.

3. Le droit de l'Union européenne

La Directive Retour fournit des indications sur le sort qui doit être réservé aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui ne peuvent pas faire l'objet d'un éloignement.

Le Considérant 12 de cette directive indique notamment qu'elles devraient recevoir une confirmation écrite de leur situation, ce qui n'est pas automatiquement le cas en Belgique malgré l'article 74/17 de la L.80:

Il convient de régler la situation des ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement. Leurs besoins de base devraient être définis conformément à la législation nationale. Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, ces personnes devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. Les États membres devraient avoir une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de la confirmation écrite et devraient également être en mesure de l'inclure dans les décisions liées au retour adoptées au titre de la présente directive.

L'article 9 vise différentes hypothèses de report de l'éloignement, notamment pour respecter le principe de non-refoulement. L'article 14 énonce les garanties qui doivent s'appliquer dans l'attente du retour (notamment le maintien de l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire, les soins médicaux d'urgence et la prise en compte des besoins particuliers des personnes vulnérables). Toutefois, selon la FRA, « *dans la mesure où elles ne reflètent pas tous les droits de l'homme dont jouissent les migrants en situation irrégulière en vertu du droit international, ces garanties ne constituent pas une liste exhaustive* »⁷. L'article 14 prévoit également, en son paragraphe 2, la confirmation écrite de la prolongation du délai de départ volontaire ou du fait que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée.

Enfin, l'article 6, §4 prévoit qu'« *à tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire* ».

Malgré ces dispositions, la FRA constate toutefois que la directive retour ne prévoit aucun mécanisme destiné à mettre un terme au flou juridique découlant des cas prolongés de non-éloignement, et que la Commission européenne n'ait pas non plus proposé de solution

⁶ La question du recours effectif en cas de risque de violation de l'article 3 CEDH est développée ici, page 41.

⁷ European Agency for Fundamental Rights, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, 2012, p.31, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-11-002-05_migrants_fr_webres_1.pdf; LUTZ, F., "Non-removable Returnees under Union Law : Status Quo and Possible Developments", *European Journal of Migration and Law* 20 (2018), p.32.

efficace⁸. Il ressort en effet des dispositions précitées de la Directive Retour que le vide juridique laissé sur ce point par le droit européen doit être comblé par les États membres⁹.

Pourtant, même si les textes de la Directive Retour ne comportent pas de disposition imposant aux États membres de régler la situation des personnes qui ne peuvent être éloignées, la Cour de Justice a apporté dans l'arrêt *M. et X.*, X. du 14 mai 2019 des précisions quant aux garanties dont les personnes exclues de la protection internationales, mais inéloignables, doivent pouvoir bénéficier¹⁰.

Dans cet arrêt, après avoir confirmé la conformité de l'article 14, §§4 et 5 de la Directive qualification à la Convention de Genève, la Cour a fourni plusieurs indications relatives à la situation des personnes concernées par une mesure de refus ou de retrait du statut de réfugié.

Selon la Cour, le ressortissant de pays tiers dont le statut de réfugié est révoqué ou à qui ce statut est refusé ne perd pas la qualité de réfugié¹¹. En conséquence, il continue à bénéficier d'un certain nombre de droits prévus par la Convention de Genève, en particulier ceux consacrés par les articles 3, 4, 16, 22, 31 et 31, qui sont acquis par le seul fait de sa présence physique sur le territoire de l'État membre, même irrégulière¹².

En outre, toujours selon la Cour, l'application de l'article 14, §§4 et 5 de la Directive ne dispense par les États membres du respect des dispositions pertinentes de la Charte, « *telles que celle figurant à son article 7, relatif au respect de la vie privée et familiale, à son article 15, relatif à la liberté professionnelle et au droit de travailler, à son article 34, relatif à la sécurité sociale et à l'aide sociale, ainsi qu'à son article 35 relatif à la protection de la santé* »¹³.

Dans cet arrêt, la Cour rappelle donc la nécessité de garantir certains droits fondamentaux aux étrangers non-expulsables, même lorsque l'État membre dans lequel ils résident estime qu'ils constituent un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale. Or, en l'absence de délivrance d'un titre de séjour, ces droits sont largement théoriques¹⁴.

Un argument supplémentaire en faveur de l'octroi d'un droit de séjour pour les personnes qui ne peuvent être éloignées en raison d'une clause de non-reconduite, à tout le moins lorsque l'impossibilité d'éloignement ne semble plus temporaire peut également être tiré de l'article 6 de la Directive Retour. Selon cette disposition, les États membres sont dans l'obligation de prendre une décision de retour, d'accorder un titre de séjour, de laisser l'intéressé se rendre sur le territoire d'un État membre dans lequel il dispose d'un droit de séjour ou de s'abstenir de prendre une décision de retour si une autre procédure en vue de l'obtention d'un droit de séjour est en cours. Par contre, mettre fin au droit de séjour du ressortissant d'un pays tiers sans lui délivrer une décision de retour n'est pas une option. Selon F. Lutz, les États membres ne sont en effet pas autorisés à tolérer en pratique la présence sur leur territoire de ressortissants de pays tiers en séjour illégal sans enclencher une procédure de retour ou leur octroyer un droit de séjour¹⁵. Cela est d'autant plus vrai s'il s'avère que l'impossibilité d'éloigner se prolonge dans le temps.

⁸ European Agency for Fundamental Rights, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 31.

⁹ FARCY, J.-B., "Unremovability under the Return Directive : An Empty Protection?" in MORARU, M., CORNELISSE, G., DE BRUYCKER, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, 2020, p. 445.

¹⁰ CJUE, arrêt *M. et X.*, X., affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17.

¹¹ § 97-98.

¹² § 99 et 101-107.

¹³ §109.

¹⁴ FARCY, J.-B., « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *op.cit.*.

¹⁵ LUTZ, F., "Non-removable Returnees under Union Law : Status Quo and Possible Developments", *op.cit.*, p. 32.

Dans l'arrêt *Achughbadian*¹⁶, la CJUE a également rappelé « *qu'il découle tant du devoir de loyauté des États membres que des exigences d'efficacité rappelées notamment au quatrième considérant de la directive 2008/115 que l'obligation imposée par l'article 8 de cette directive aux États membres de procéder, dans les hypothèses énoncées au paragraphe 1 de cet article, à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais* ». S'il ne peut avoir lieu dans ces meilleurs délais, en particulier sans qu'un retard éventuel soit imputable à l'intéressé, comme c'est le cas en Belgique lorsque le CGRA est d'avis que l'éloignement est contraire aux articles 48/3 et 48/4 de la L.80, un droit de séjour devrait être octroyé.

Le Manuel sur le Retour de la Commission européenne s'oppose également à une situation intermédiaire, de tolérance informelle, entre séjour régulier et irrégulier : « *Tout ressortissant de pays tiers physiquement présent sur le territoire d'un État membre de l'UE est en séjour régulier ou irrégulier. Il n'y a pas de troisième option* »¹⁷.

Selon la FRA, la tolérance n'est qu'une solution temporaire, et il arrive que les suspensions d'éloignement se prolongent de manière considérable. Dans la mesure où ces situations prolongées de flou juridique ne sont favorables ni aux individus concernés ni aux États, et où la possibilité d'un retour s'atténue avec le temps, les pays d'accueil doivent trouver des solutions pour mettre un terme à ces situations de vide juridique¹⁸.

Les propositions formulées par NANSEN constituent une tentative de mettre fin au vide juridique qui entoure cette situation, malgré l'absence de base légale explicite pour la délivrance d'un titre de séjour, ce dans le respect des obligations de la Belgique au regard des articles 3¹⁹ et 5 de la CEDH en évitant des périodes de détention inopérantes, dans le respect du principe de non-refoulement et des droits fondamentaux des personnes inéloignables²⁰. Il s'agit en effet de la seule piste pour donner effet utile à la position de la Cour.

¹⁶ CJUE, Arrêt *Achughbadian* du 6 décembre 2011, C-329/11.

¹⁷ Recommandation (UE) 2017/2338 de la Commission du 16 novembre 2017 établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, p. 7, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/return_handbook_fr.pdf. Voyez également les précisions encore apportées en p.23: « Les États membres sont obligés de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sauf dérogation expresse prévue dans le droit de l'Union (voir liste d'exceptions décrites ci-dessous). Les États membres ne sont pas autorisés à tolérer en pratique la présence de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire sans soit entamer une procédure de retour, soit accorder un droit de séjour. Cette obligation faite aux États membres d'entamer une procédure de retour ou d'accorder un droit de séjour vise à réduire les « zones d'ombre », à empêcher l'exploitation des personnes en séjour irrégulier et à améliorer la sécurité juridique pour toutes les personnes concernées ».

¹⁸ European Agency for Fundamental Rights, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, op.cit., p. 39.

¹⁹ Ainsi que l'article 19(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁰ À ce propos, la FRA indique : « *Les personnes non éloignées ne bénéficiant que de la simple tolérance de fait se retrouvent dans une situation de flou juridique : elles ne peuvent pas rester mais ne peuvent être expulsées. Dans les pays où le niveau de protection juridique des migrants en situation irrégulière est faible, cette situation peut entraîner des violations de leurs droits fondamentaux* (European Agency for Fundamental Rights, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, op.cit., p. 38).