

*Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

*These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

Le site de l'EDEM existe désormais intégralement en anglais : <https://uclouvain.be/en/research-institutes/juri/cedie/edem.html>. N'hésitez pas à faire circuler les Cahiers, nos actualités et nos publications à vos relais anglophones. **We are pleased to announce that EDEM is now officially on LinkedIn! To follow us on LinkedIn click [here](#).**

#### A vos agendas !

Au vu des circonstances actuelles, la conférence organisée par l'EDEM et consacrée aux actualités en matière de regroupement familial, prévue le 23 avril 2020, est reportée au **18 septembre 2020**. Après [une première conférence \(qui a eu lieu le 20 février\)](#) axée sur la composition de la famille migrante et les conditions qui lui sont imposées, [la seconde \(le 18 septembre\)](#) met en avant le processus de circularité qui fragilise la famille migrante. Ces conférences sont l'occasion de faire le point sur les actualités de la jurisprudence nationale et internationale sur ces questions. Une approche pluridisciplinaire offre aussi un autre éclairage sur les familles migrantes.

**En cette période difficile, prenez soin de vous, de vos proches et moins proches.**

#### Sommaire

- 1. Cour eur. D.H., 31 mars 2020, X c. France, req. N° 15457/20 (mesures provisoires) – La Cour européenne des droits de l'homme face au Covid-19 : les droits fondamentaux des migrants immunisés face au virus ? Maxime Leardini et Matthias Petel ..... 3**

**Mineur étranger non accompagné – Pandémie Covid-19 – Mesures provisoires – Droit à la vie – Interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – Droit à un procès équitable – Droit au respect de la vie privée et familiale – Droit au logement – Droit à la santé – Intérêt supérieur de l'enfant.**

CeDIE – Centre Charles de Visscher  
pour le droit international et européen  
EDEM – Equipe droits européens et migrations  
Place Montesquieu, 2  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique  
[cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be)

Éditeur responsable :  
Sylvie Sarolea [[sylvie.sarolea@uclouvain.be](mailto:sylvie.sarolea@uclouvain.be)]

Équipe :



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

Saisie d'une *requête urgente*, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté des mesures provisoires le 31 mars 2020. La demande concerne un mineur étranger non accompagné laissé à la rue par les autorités locales françaises suite à une décision de refus de prise en charge adoptée juste avant la mise en place du confinement en France. La Cour ordonne à la France d'assurer l'hébergement du requérant durant toute la période de confinement.

**2. Cass, 2<sup>e</sup> ch., 6 mai 2020, P.20.0445.F – Les règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté à l'épreuve du contexte de pandémie. *Christelle Macq*..... 10**

**Mesure privative de liberté – Recours auprès du pouvoir judiciaire – Arrêt statuant sur la légalité de la détention – Article 44 septies de la loi du 15 décembre 1980 – Possibilité d'éloigner l'étranger dans un délai raisonnable – Existence de mesures moins contraignantes – Objet du contrôle – Motivation – Accès au dossier – Recevabilité du mémoire en cassation.**

*La Cour de cassation rejette le pourvoi intenté contre une décision de la chambre des mises en accusation réformant une décision de libération rendue par la chambre du conseil compte tenu de l'absence de possibilité d'éloigner l'étranger dans un délai raisonnable dans le contexte de pandémie. Elle valide le raisonnement des juges d'appel qui effectuaient un examen de la légalité de la décision au regard des circonstances prévalant au moment de la prise de décision par l'autorité administrative, soit avant la prise des mesures de confinement. Elle souscrit par ailleurs au raisonnement selon lequel aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'intéressé une mesure de détention prévue par la loi alors que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises.*

**3. Cour d'appel de Liège (10<sup>ème</sup> ch. civile), 21 février 2020, n° 2019/rf/37 – Droit à un recours effectif et éloignement des étrangers en cours de procédure : un rappel des fondamentaux par la Cour d'appel de Liège. *Alice Simon*.....21**

**Recours effectif – Article 13 CEDH – Effet suspensif du recours – Interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – Article 3 CEDH – Protection absolue – Application « par ricochet » – Renvoi en cours de procédure – Cassation administrative – Procédure d'admissibilité.**

*La Cour d'appel de Liège rappelle que le droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la CEDH impose à l'État belge de ne pas éloigner un étranger qui invoque un risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi dans son pays d'origine tant que le Conseil d'État, saisi d'un recours en cassation déclaré admissible, ne s'est pas prononcé. Au travers de cette décision, elle réaffirme le caractère absolu de la protection de l'article 3 de la Convention qui exclut toute analyse de proportionnalité et interdit la mise en balance entre le danger que représenterait une personne pour la société et le risque que cette dernière encourt, en cas de retour dans son pays d'origine, d'être soumise à la torture ou des traitements inhumains ou dégradants.*

## 1. COUR EUR. D.H., 31 MARS 2020, X C. FRANCE, REQ. N° 15457/20 (MESURES PROVISOIRES)

### *La Cour européenne des droits de l'homme face au Covid-19 : les droits fondamentaux des migrants immunisés face au virus ?*

*Maxime Leardini et Matthias Petel*

#### A. Décision

Un mineur étranger non accompagné (ci-après « MENA »), de nationalité guinéenne, avait été orienté vers le conseil départemental compétent afin de bénéficier d'un accueil provisoire d'urgence et de subir une évaluation de minorité. Après avoir été logé temporairement dans un hôtel, il s'est vu notifier une décision administrative provisoire de refus de prise en charge par le conseil départemental juste avant le confinement décidé par les autorités françaises dans le contexte de la pandémie de Covid-19.

Une demande de placement provisoire est alors adressée au juge des enfants, jusque-là laissée sans réponse. En outre, le tribunal administratif est saisi en référé et, le 27 mars 2020, il juge que la décision administrative de refus de prise en charge ne constitue pas une atteinte grave et manifestement illégale aux droits fondamentaux du requérant. La Cour d'appel est ensuite saisie. En parallèle, une [requête en mesures provisoires](#) est introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Le [requérant](#) demande à la Cour « d'enjoindre à l'État de mettre le requérant à l'abri sans délai, sous forme d'hébergement, vêture, nourriture et accès aux soins médicaux, jusqu'à ce que la Cour ait statué ou, subsidiairement, jusqu'à ce que le juge des enfants ait statué ou la fin de l'état d'urgence sanitaire en France ». La Cour a, le 30 mars 2020, décidé « d'indiquer au gouvernement français [...] d'assurer le logement et l'alimentation du requérant jusqu'à la fin du confinement imposé à la population » et que la « requête serait traitée en priorité ».

#### B. Éclairage

Si l'analyse de cette courte décision n'appelle pas, à première vue, de longs développements, cette affaire permet d'éclairer la mise sous tension des droits des migrants – et particulièrement des MENA – face à la pandémie (1) et de la comparer avec d'autres décisions prises dans le même contexte (2).

##### **1. Contexte global : de l'interdiction de la détention à la nécessaire prise en charge**

Cette affaire fournit une illustration de la réaction globale du Conseil de l'Europe face à la pandémie de Covid-19. Celle-ci inclut notamment différentes lignes directrices et documents d'information adressés aux États membres afin d'assurer le respect des droits humains pendant cette période de confinement.

De manière générale, dans sa [note du 7 avril 2020](#), le Conseil de l'Europe rappelle aux États membres un certain nombre de principes de base qui doivent être respectés en temps d'urgence, notamment les principes généraux de légalité et proportionnalité et celui de limitation dans le temps des mesures

prises pendant cette période (p. 2). Il rappelle aussi les conditions fixées par l'article 15 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (ci-après « CEDH ») quant à la dérogation à la Convention en cas d'état d'urgence, article dont aucun État ne s'est prévalu à l'heure actuelle. Le Conseil de l'Europe rappelle encore que le droit à la vie (article 2 de la [CEDH](#)) et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la [CEDH](#)) « ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation, même en situation d'urgence telle que celle causée par le COVID-19 » (p. 5).

Dans sa « [Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus \(COVID-19\)](#) » adoptée le 20 mars 2020, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (ci-après « CPT ») rappelle que « [l]es mesures de protection ne doivent jamais aboutir à un traitement inhumain ou dégradant des personnes privées de leur liberté ». Bien que le CPT recommande de « s'abstenir, dans toute la mesure du possible, de détenir des migrants » (pt. 5), la conclusion ne peut être pour les États de laisser ces personnes migrantes à leur propre sort dans la rue, en violation de leurs droits fondamentaux. En effet, la cessation de la détention ne peut en aucun cas décharger les États de leur responsabilité vis-à-vis des migrants et mener à des situations où les personnes migrantes sont exposées au sans-abrisme.

Apparaissent ainsi les trois obligations phares des États envers les migrants en période de pandémie : mettre un terme à leur détention dans la mesure du possible ; veiller à la prise en charge de leur besoins (notamment en assurant le respect de leurs droits fondamentaux liés au logement, à l'alimentation et à l'accès aux soins de santé) et s'assurer que les mesures prises pour gérer la pandémie respectent le principe de non-discrimination.

- *Mettre un terme à la détention des migrants*

La détention en centre fermé n'est pas compatible avec le droit à la santé des migrants. Le manque d'espace et la surpopulation empêchent une hygiène appropriée et la distanciation sociale requise. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après « UNHCR ») le souligne dans une [lettre ouverte](#) en disant que « [t]he situation for refugees and migrants held in formal and informal places of detention, in cramped and unsanitary conditions, is particularly worrying. Considering the lethal consequences a COVID-19 outbreak would have, they should be released without delay. Migrant children and their families and those detained without a sufficient legal basis should be immediately released ». Le Conseil de l'Europe va dans le même sens, en rappelant dans un [appel adressé aux États membres](#) que la détention de migrants sans perspective raisonnable de retour (ce qui est le cas en cette période de pandémie de Covid-19, les déplacements internationaux étant déconseillés et les transports pratiquement à l'arrêt) est contraire au droit international des droits de l'homme et que la détention d'enfants migrants n'est jamais dans leur intérêt supérieur.

Au niveau de l'Union européenne, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « FRA ») a publié en avril 2020 un [rapport sur les implications du Covid-19 sur les droits de l'homme](#). Dans ce document, la FRA abonde dans le sens du Conseil de l'Europe sur le fait que la détention ne se justifie plus lorsqu'il n'existe plus de perspective raisonnable de renvoi, tel que le prévoit l'article 15. 4 de la [directive relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier](#). En d'autres termes, il apparaît clairement que « under both EU and ECHR law, pre-removal

detention is only justified where there is a realistic prospect of removal within a reasonable time » (p. 24). Face à une pandémie qui empêche toute possibilité d'organiser le retour de la personne détenue, cette dernière doit être immédiatement relâchée.

Cette absence de possibilité de retour se vérifie en Belgique. Fedasil a suspendu la procédure de retour volontaire et fermé les cinq bureaux de retour (Bruxelles, Anvers, Gand, Charleroi et Liège). Dès lors, au vu de l'incapacité d'organiser les retours dans les pays d'origine, plus de trois-cents personnes, ce qui constitue la moitié des personnes détenues, ont été libérées des centres de détention (à l'exclusion des résidents ayant commis des crimes)<sup>1</sup>.

- *Prise en charge et accompagnement des migrants remis en liberté*

Ensuite, le Conseil de l'Europe déclare dans [l'appel susmentionné](#) que, après qu'il ait été mis fin à la détention, « [...] states should also ensure that those released from detention are given appropriate access to accommodation and basic services, including health care ». Les États ont, dans un premier temps, l'obligation négative de ne pas exposer les migrants aux conséquences de la pandémie. Ils ont aussi, dans un second temps, celle – positive – de prendre soin d'eux pendant cette période de confinement et d'assurer le respect de leurs droits fondamentaux. La FRA insiste en outre sur le fait que des mesures d'accompagnement doivent être prises suite à l'arrêt de la détention afin notamment d'assurer un logement adéquat ([Rapport de la FRA](#), p. 9). Cet accompagnement doit, par ailleurs, veiller à la santé d'individus déjà fragilisés par une situation sociale et économique difficile ([Rapport de la FRA](#), p. 26). À ce titre, l'impact du confinement sur leur santé mentale doit particulièrement être surveillé.

De plus, et en France particulièrement, la situation des mineurs non accompagnés est extrêmement préoccupante. Dans sa [lettre de l'Observatoire du 15 avril 2020](#), la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) indique qu'un grand nombre de MENA se trouve à la rue. C'est particulièrement le cas pour les primo-arrivants qui n'ont pas pu être orientés par les structures associatives habituelles, fermées pendant le confinement.

En Belgique, de nombreuses associations d'aide aux migrants, notamment le [Ciré](#), estiment que l'État n'a pas apporté de solutions pour mettre les migrants à l'abri lors de la crise. Dès le premier jour du confinement, les autorités ont décidé de fermer l'Office des étrangers, lieu de dépôt des demandes d'asile. Les primo-arrivants étaient donc dans l'impossibilité de déposer une demande et n'ont pas pu bénéficier du dispositif d'accueil qui permet l'accès au logement et aux soins de santé.

- *Interdiction de la discrimination*

Quant à l'interdiction de la discrimination, le secrétariat du Comité directeur sur l'antidiscrimination, la diversité et l'inclusion du Conseil de l'Europe a émis une [note introductive](#) sur les risques de la gestion de la crise de Covid-19 en termes de non-discrimination, diversité et inclusion, en mettant notamment en avant des bonnes pratiques d'États membres en cette période, en ce inclus le Portugal et sa politique d'octroi, à tout migrant (y compris demandeur d'asile) ayant des demandes de permis

---

<sup>1</sup> [Special Annex to the 30th EMN Bulletin EU Member States & Norway: responses to COVID-19 in the migration and asylum area](#), January – March 2020.

de résidence en cours de traitement, des mêmes droits qu'à ses ressortissants ([note introductive précitée](#), p. 4).

Dans sa [lettre ouverte](#), l'UNHCR indique quant à lui qu'il est « vital that everyone, including all migrants and refugees, are ensured equal access to health services and are effectively included in national responses to COVID-19, including prevention, testing and treatment. Inclusion will help not only protect the rights of refugees and migrants, but will also serve to protect public health and stem the global spread of COVID-19 ». En cette période et dans cette perspective, les migrants et les nationaux doivent être traités de manière égale.

L'interdiction de la discrimination n'impose pas uniquement de s'abstenir d'adopter un traitement différentiel entre les nationaux et les personnes migrantes. Le Conseil de l'Europe rappelle que l'article 14 de la [CEDH](#) implique que « le fait de ne pas prendre en compte les besoins spécifiques de personnes appartenant à un groupe défavorisé peut entraîner une discrimination. L'interdiction de la discrimination peut donc générer des obligations de prendre des mesures positives pour parvenir à une véritable égalité » ([note introductive précitée](#), p. 8). Dès lors, il incombe aussi aux autorités de prendre des mesures spécifiques pour les migrants qui se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité. En effet, [la FRA](#) note à cet égard que les migrants, de par leur accès limité aux informations sur les mesures de protection à adopter, leurs conditions de logement et leurs désavantages socio-économiques, peuvent être soumis à un risque élevé de contagion.

## **2. Une jurisprudence convergente : de la protection des MENA face à la crise sanitaire**

Il est intéressant de comparer cette requête de mesures provisoires avec d'autres affaires impliquant également des MENA parfois exposés à des situations de vulnérabilité supplémentaire en ce qu'ils risquent d'être livrés à eux-mêmes dans la rue.

Dans l'affaire [M.T. c. Espagne](#), le Comité des droits de l'enfant a notamment conclu à la violation des articles 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 12 (droit d'être entendu) de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#), notamment en raison du fait qu'un mineur étranger non accompagné de nationalité ivoirienne avait été laissé à la rue par les autorités espagnoles.

Dans l'affaire [A.L. c. Espagne](#), le Comité des droits de l'enfant a également considéré qu'il était « imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. While that process is under way, the person must be given the benefit of the doubt and treated as a child » (pt. 12.3.). En l'espèce, le MENA guinéen, après s'être adressé aux autorités françaises, devait justement faire l'objet d'une procédure de détermination de l'âge. Il doit donc bénéficier de cette présomption de minorité et être traité comme un enfant pendant toute cette période.

Dans la décision [EUROCEF c. France](#), le Comité européen des droits sociaux a estimé « qu'assurer des logements et des foyers d'accueil aux mineurs étrangers non accompagnés est une mesure minimale indispensable pour essayer d'éliminer, à l'égard de ces mineurs, les causes d'une santé déficiente (y comprises les maladies épidémiques, endémiques ou autres) » (pt. 152) et rappelé « que l'obligation

de fournir une assistance sociale et médicale d'urgence n'est pas respectée dans les cas où les mineurs sont laissés en errance et vivent dans la rue » (pt. 163).

Dans la décision [DEI c. Pays-Bas](#), le Comité européen des droits sociaux a, plus encore, conclu que « les États parties doivent [...] fournir un abri adéquat aux enfants qui se trouvent en situation irrégulière sur leur territoire aussi longtemps qu'ils relèvent de leur juridiction » (pt. 64). Dans le même sens, dans la décision [DEI c. Belgique](#), le Comité européen des droits sociaux a considéré que « l'incapacité persistante des dispositifs d'accueil et le fait que, en conséquence, un nombre significatif de mineurs en question [...] ont été forcés à vivre dans la rue, a pour effet d'exposer ces mineurs à des risques accrus pour leur santé et intégrité physique, risques qui découlent notamment de l'absence d'un logement et d'un foyer d'accueil » (pt. 117).

Dans l'affaire [S.M.K. c. France](#), la Cour européenne des droits de l'homme a imposé des mesures provisoires de protection d'une jeune femme camerounaise. Cette dernière affirmait être mineure mais, suite à un entretien, avait été considérée comme majeure et mise à la rue. Malgré qu'elle ait saisi le juge des enfants pour démontrer sa minorité, elle avait été livrée à elle-même pendant toute la durée de la procédure. Elle avait alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nantes pour obtenir un hébergement. Ce dernier, après avoir constaté que rien n'indiquait que les documents prouvant sa minorité étaient falsifiés, ordonna son hébergement. Par après, cette décision fut annulée par le Conseil d'État sur appel du département estimant qu'aucune atteinte grave et manifeste à une liberté fondamentale n'était établie. La Cour européenne des droits de l'homme avait alors été saisie et ordonna des mesures provisoires pour que la requérante soit, *de facto*, logée par les autorités françaises. À l'instar de la décision commentée, cette affaire met en lumière les difficultés que peuvent rencontrer les personnes migrantes qui doivent démontrer leur minorité et/ou contester leur manque de prise en charge.

Enfin, au niveau des juridictions internes françaises, suite à une requête en référé portée par plusieurs associations, le [Tribunal administratif de Marseille](#) a demandé au préfet des Hautes-Alpes et au département des Bouches-du-Rhône, le 20 avril 2020, d'assurer l'hébergement d'urgence de 50 jeunes migrants isolés. Ces jeunes, initialement non reconnus mineurs, n'avaient pas été pris en charge au titre de l'aide sociale à l'enfance et cohabitaient en période de confinement avec un grand nombre de personnes dans un squat qui ne répondaient pas aux garanties sanitaires requises. Un certain nombre de leurs droits fondamentaux étaient en danger, notamment le droit à la vie, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au logement.

### 3. Conclusions

La Cour européenne des droits de l'homme n'aura pas tardé à être confrontée à l'enjeu de la pandémie de Covid-19. Dans l'affaire commentée, la juridiction strasbourgeoise s'assure du bien-être d'une personne migrante livrée à elle-même durant la période de confinement décidée par les autorités françaises. Il apparaît que l'ensemble des organes de protection des droits fondamentaux s'accordent sur la définition d'au moins trois obligations à charge des autorités dans à une telle situation de crise sanitaire. Tout d'abord, l'arrêt de la détention puisque cette dernière est devenue soit dangereuse pour la santé soit injustifiable alors que le retour vers d'autres pays n'est plus



possible. Ensuite, la mise en place d'un accompagnement des personnes migrantes en ce qui concerne le logement, l'accès aux soins, la nourriture, etc. Enfin, l'interdiction de la discrimination.

Face à l'urgence d'une crise, sanitaire en l'occurrence, il n'est pas inhabituel que les droits fondamentaux soient mis sous tension. Ceci est d'autant plus vrai pour les publics déjà précarisés et marginalisés en temps normal comme les prisonniers ou les migrants. Au-delà du risque pour la santé encourue par ces populations face au virus, la réaction des autorités – ou leur absence de mesures bien plus souvent – peuvent exacerber les menaces pour les droits fondamentaux des personnes vulnérables. Se créent alors des citoyens de seconde zone, délaissés par les autorités et dont les besoins sont oubliés dans la gestion de crise. Il n'est jamais inutile de rappeler qu'en temps de crise, les droits fondamentaux et particulièrement ceux des plus vulnérables, constituent une priorité et non un accessoire. En d'autres termes, puisque la période est particulièrement propice aux atteintes aux libertés fondamentales, il convient de souligner que la crise sanitaire ne procure pas un blanc-seing aux États et qu'ils demeurent tenus du respect des termes de la Convention européenne des droits de de l'homme<sup>2</sup>.

### C. Pour aller plus loin

**Lire la décision :** [Cour eur. D.H., 31 mars 2020, X c. France, req. n° 15457/20.](#)

#### Jurisprudence :

- Comité des droits de l'enfant, Constatations relatives à la communication n° 17/2017, [M.T. c. Espagne](#), CRC/C/82/D/17/2017, 18 septembre 2019.
- Comité des droits de l'enfant, Constatation relatives à la communication n° 16/2017, [A.L. c. Espagne](#), CRC/C/81/D/16/2017, 31 mai 2019.
- Comité européen des droits sociaux, [EUROCEF c. France](#), réclamation n° 114/2015, décision sur le bien-fondé, 24 janvier 2008.
- Comité européen des droits sociaux, [DEI c. Pays-Bas](#), réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé, 20 octobre 2009.

#### Doctrine :

- C. NIVARD, « [Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale](#) », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 10 avril 2020.
- Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), « [Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus \(COVID-19\)](#) », 20 mars 2020, CPT/Inf(2020)13.

---

<sup>2</sup> C. NIVARD, « [Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale](#) », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 avril 2020, consulté le 12 mai 2020, disponible sur : <http://journals.openedition.org/revdh/8989> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.8989>.



- Conseil de l'Europe, « [Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les Etats membres](#) », *Documents d'information*, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020.
- Council of Europe, Directorate of Anti-Discrimination, « [The Anti-discrimination, Diversity and Inclusion Dimensions of the Response to Covid-19. Introductory Note prepared by the Secretariat of the Steering Committee on Anti-discrimination, Diversity and Inclusion \(CDADI\)](#) », *CDADI(2020)6*, Strasbourg, 8 April 2020.
- FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, « [Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications](#) », *Bulletin #1*, 1 February – 20 March 2020, 2020.

**Pour citer cette note** : M. LEARDINI et M. PETEL, « La Cour européenne des droits de l'homme à l'aune du Covid-19 : les droits fondamentaux des migrants immunisés face au virus ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020.

## 2. CASS, 2<sup>e</sup> CH., 6 MAI 2020, P.20.0445.F

### *Les règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté à l'épreuve du contexte de pandémie*

*Christelle Macq*

#### A. Décision

Aux termes de l'arrêt commenté, la Cour de cassation statue sur le pourvoi formé contre [un arrêt de la chambre des mises en accusation réformant une décision de libération rendue par la chambre du conseil en date du 1<sup>er</sup> avril 2020](#), soit en pleine pandémie de Covid-19.

La [chambre du conseil](#) avait fait droit à la requête de mise en liberté introduite par un ressortissant marocain dont le maintien en détention ordonné en date du 11 janvier 2020 avait été prolongé en date du 12 mars 2020. La chambre du conseil estimait la prolongation de sa détention contraire à l'article 44 *septies* de la [loi du 15 décembre 1980](#) sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Cette disposition subordonne, entre autres conditions, le maintien en détention de l'étranger à la condition qu'il subsiste toujours une possibilité de l'éloigner effectivement dans un délai raisonnable. En l'espèce, la juridiction d'instruction estimant qu'il ne subsistait plus, au moment où elle était appelée à statuer, de possibilité d'éloigner l'intéressé dans un délai raisonnable, jugeait la décision de prolongation contraire à la loi. Elle pointait à l'appui de sa décision le fait que malgré les demandes et rappels adressés depuis le mois de septembre 2019 au Consulat du Maroc par l'Office des étrangers, aucun document n'avait été délivré par le Consulat qui n'avait même adressé aucune réponse aux courriels envoyés par l'Office des étrangers. Elle relevait par ailleurs l'impossibilité actuelle d'exécuter la mesure d'éloignement vers le Maroc en raison de la pandémie de coronavirus, le Maroc ayant fermé ses frontières et les vols entre la Belgique et le Maroc étant suspendus pour une durée indéterminée.

Cette décision de libération a été réformée en date du 17 avril 2020 par [la chambre des mises en accusation](#). Contrairement à la chambre du conseil qui effectue un contrôle de la légalité de la décision au regard des circonstances prévalant au moment où elle statue, la juridiction d'appel effectue un contrôle de la légalité de la décision de maintien en détention au regard des circonstances qui prévalaient au moment de cette décision. Relevant qu'à la date de la décision, même si l'épidémie de Covid-19 était déjà déclarée, les décisions de confinement n'avaient pas encore été prises en Belgique, les frontières n'étaient pas fermées et le Maroc n'avait pas encore annoncé la suspension des vols depuis l'Europe, les juges d'appel considèrent qu'il n'était pas acquis à ce stade que les perspectives d'éloignement seraient absentes durant le temps pendant lequel la loi autorise le maintien à cette fin.

L'arrêt commenté statue sur le pourvoi formé à l'encontre de cette décision.

Le demandeur reprochait, premièrement, aux juges d'appel d'avoir considéré que ses droits de la défense n'avaient pas été méconnus, nonobstant la circonstance qu'il n'avait pu consulter le dossier de la procédure pendant les deux jours ouvrables qui ont précédé l'audience devant la Cour d'appel. Il invoquait la violation de l'article 72 de la [loi du 15 décembre 1980](#). En vertu de l'alinéa 5 de cette disposition, le conseil de l'étranger est autorisé à consulter le dossier au greffe du tribunal compétent

pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience. La Cour de cassation relève toutefois que l'article 72 ne prévoit pas de sanction à l'absence de communication des pièces préalablement à la comparution de l'étranger. Ainsi, une telle irrégularité n'est sanctionnée que si elle a préjudicié les droits de la défense. Or, la Cour de cassation estime, au regard des circonstances de l'espèce, qu'il n'a pas été porté atteinte à ses droits de la défense.

Le demandeur critiquait ensuite le raisonnement des juges d'appel qui estimaient qu'il existait encore des perspectives de l'éloigner en se bornant à faire état d'une hypothèse et à se référer au délai théorique maximum de huit mois prévus par la loi. Il considérait que l'arrêt avait ainsi, entre autres dispositions, méconnu l'article 44 *septies* de la [loi du 15 décembre 1980](#). Cette disposition prévoit que le maintien d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille ne peut être prolongé que s'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'intéressé. La Cour de cassation ne souscrit pas à cette argumentation. Elle estime que les juges d'appel ont à suffisance motivé leur décision en précisant effectuer un contrôle de la légalité de la décision au regard des circonstances prévalant au moment de cette décision et en faisant état de circonstances concrètes qui, au moment de la prise de la décision de prolongation du maintien en détention, permettaient de considérer que l'éloignement de l'intéressé pourrait avoir lieu dans un délai raisonnable. Ainsi, à la date de prolongation du maintien en détention, les juges d'appels ont relevé que les frontières n'étaient pas encore fermées et que si les transports entre la Belgique et le Maroc étaient suspendus, il n'était pas acquis à ce stade que les perspectives raisonnables d'éloignement seraient absentes durant le temps pendant lequel la loi autorise le maintien en détention à cette fin.

Le demandeur reprochait, en outre, à la chambre des mises en accusation de violer l'article 44 *septies* de la [loi du 15 décembre 1980](#), l'article 31 de la [directive 2004/38/CE](#) ainsi que l'article 5 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) qui subordonnent le maintien en détention à une condition de subsidiarité en énonçant « qu'aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'étranger une mesure de détention prévue par la loi, alors même que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises. ». Le moyen n'est pas accueilli par la Cour de cassation. Elle s'inscrit ainsi en contradiction avec le point de vue développé par l'avocat général Vandermeersch dans ses conclusions. Celui-ci jugeait le moyen fondé, le critère de subsidiarité n'étant à son estime respecté qu'à la condition que soit contrôlé par la juridiction d'instruction « si le ministre a bien vérifié si d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives ne pouvaient pas être appliquées efficacement »<sup>1</sup>.

## B. Éclairage

De nombreuses voix se sont élevées ces dernières semaines réclamant l'ouverture des centres fermés compte tenu des conditions sanitaires et face à l'impossibilité d'éloigner les étrangers détenus dans un délai raisonnable<sup>2</sup>. Plusieurs instances et organismes européens et internationaux ont, par ailleurs, appelé à réduire de manière drastique le recours à la détention d'étrangers dans

<sup>1</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Vandermeersch, à paraître dans la Pasicrisie belge.

<sup>2</sup> Voy. parmi d'autres la carte blanche signées par de nombreux avocats : « [Coronavirus: la détention des personnes migrantes en centre fermé est devenue illégale](#) », *Le vif l'express*, 18 mars 2020 ainsi que la carte blanche publiée par plus de 40 associations : « [L'urgence est aussi de libérer Clarisse et tous les prisonniers des centres fermés](#) », *Le Soir*, 22 avril 2020.

des centres de rétention administrative soulignant le risque particulièrement prégnant de violation de leurs droits dans le contexte de pandémie<sup>3</sup>. En Belgique, si le politique a annoncé libérer une partie des étrangers détenus, les portes des centres fermés sont restées closes pour d'autres.

Restait, pour les étrangers maintenus en détention, la possibilité de contester la légalité de leur détention auprès du pouvoir judiciaire. Les articles 71 à 74 de la [loi du 15 décembre 1980](#) permettent à l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté d'introduire un recours contre cette mesure auprès des juridictions d'instruction. Les recours introduits dans le contexte particulier de pandémie ont été couronnés de plus ou moins de succès. Certaines juridictions ont fait droit aux recours introduits devant elles concluant à l'absence de possibilité d'éloigner dans un délai raisonnable en raison des mesures drastiques mises en place aux niveaux national et international en vue d'endiguer la pandémie (fermeture des frontières, suspension des vols, ...). D'autres ont fait droit aux requêtes de mises en liberté introduites devant elles estimant ne pas être en mesure de se prononcer sur la légalité des décisions de maintien en détention soumises à leur contrôle. En cause, l'absence de précisions quant aux mesures prises afin que les directives de l'OMS puissent être respectées dans les centres fermés. Les requérants invoquaient le fait que les conditions de détention ne permettaient pas de respecter ces recommandations : chambres communes empêchant le respect des règles de distanciation sociale ; absence de savon ou gel désinfectant ; absence de mesures d'hygiène spécifiques prise à l'égard du personnel (...). En l'absence de précisions quant aux mesures prises afin de respecter ces recommandations, les juridictions d'instruction s'estimaient dans l'impossibilité de vérifier la conformité du maintien en détention avec les droits protégés par les articles 2 et 3 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#).

En l'espèce, [la chambre du conseil](#) fait droit à la requête de mise en liberté introduite devant elle jugeant le maintien en détention illégal en raison de l'impossibilité d'éloigner l'étranger dans un délai raisonnable vu le contexte de pandémie. Elle tient compte des mesures en vigueur au moment où elle statue, bien que ces mesures aient été prises après la décision de prolongation de la décision de maintien en détention. Ainsi, elle apprécie la légalité de la décision tenant compte notamment de la fermeture des frontières et de la suspension des vols entre la Belgique et le Maroc. Cette décision sera ensuite réformée par [les juges d'appel](#) qui opèreront, à l'inverse, un examen de la légalité de la décision au regard des circonstances prévalant au moment de celle-ci. Ils relèvent qu'à la date de la décision les frontières n'étaient pas encore fermées et les vols pas encore suspendus. La Cour de cassation valide ce raisonnement.

Cette interprétation restrictive du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction en matière de détention administrative soulève un certain nombre de difficultés en l'espèce. Elle est l'occasion d'interroger, à nouveau, la pertinence d'un contrôle judiciaire limité à un contrôle de légalité (1).

La Cour était, par ailleurs, appelée à préciser les contours de dispositions régissant la procédure devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation (2). L'interprétation qu'elle fait en l'espèce de l'article 72 alinéa 5 autorisant l'accès au dossier devant les juridictions d'instruction (a) ainsi que des conséquences qu'il y a lieu de tirer du non-respect du délai de dépôt du mémoire en cassation

---

<sup>3</sup> Voy. [la déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus \(COVID-19\)](#) publié par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) en date du 20 mars ; [l'appel de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 26 mars 2020](#) ainsi que le [communiqué de presse conjoint du HCDH, de l'OIM, du HCR et de l'OMS](#) du 31 mars 2020.

prescrit par la loi (b) mérite d'être soulignée. Les règles de procédure entourant le recours contre une mesure privative de liberté font régulièrement l'objet de critiques et appels à révision. Ce commentaire est l'occasion de revenir sur ces critiques et propositions.

### **1. Mise en lumière des faiblesses d'un contrôle judiciaire limité à un contrôle de légalité**

Le contrôle effectué par les juridictions d'instruction d'une mesure privative de liberté et d'éloignement se limite à un contrôle de légalité. L'article 72 alinéa 2 de la [loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#) précise que la juridiction d'instruction vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité. Ainsi, à la différence du contrôle qu'elles effectuent dans le cadre d'une détention préventive pénale, les juridictions d'instruction ne sont pas habilitées à se prononcer sur l'opportunité de la mesure privative de liberté<sup>4</sup>. La Cour de cassation considère que « le contrôle de légalité porte sur la validité formelle de l'acte, notamment quant à l'existence de sa motivation et au point de vue de sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne, qu'à la loi du 15 décembre 1980. Le contrôle implique également la vérification de la réalité et de l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative, le juge examinant si la décision s'appuie sur une motivation que n'entache aucune erreur manifeste d'appréciation ou de fait. »<sup>5</sup>. A l'inverse, elle refuse aux juridictions d'instruction le pouvoir de censurer la mesure de détention du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité<sup>6</sup>.

En l'espèce, s'agissant d'une mesure privative de liberté prise à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne, les juridictions d'instruction étaient notamment appelées à vérifier la légalité de la mesure privative de liberté prise par l'autorité administrative au regard des conditions fixées à l'article 44 *septies* de la [loi du 15 décembre 1980](#)<sup>7</sup>. Cette disposition subordonne le maintien en détention du citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille à la condition qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable ainsi qu'à la condition qu'il n'existe pas d'autres mesures moins coercitives qu'une mesure privative de liberté qui puissent s'appliquer efficacement.

Sous couvert de la limitation de son contrôle à un contrôle de légalité, la chambre des mises en accusation limite strictement l'étendue du contrôle de ces conditions. L'arrêt rendu ensuite par la Cour de cassation valide ce raisonnement.

- *L'absence de possibilité d'éloigner dans un délai raisonnable appréciée au regard des circonstances prévalant au moment de la décision prise par l'autorité administrative*

---

<sup>4</sup> Voy. pour une critique comparative du contrôle effectué par les juridictions d'instruction d'une mesure privative de liberté : D. VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *Rev. dr. pén.*, 2015, pp.602 à 619.

<sup>5</sup> *Cass.*, 30 nov. 2016, P.16.1114.F, *État belge c. K. S. D.*

<sup>6</sup> *Cass.* (2<sup>e</sup> ch.), arrêt n° P.10.1676.F, 17 novembre 2010 ; *Cass.* (2<sup>e</sup> ch.), arrêt n° P.11.2042.F, 21 décembre 2011 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n° 2083, 13 juin 2014 et son commentaire P. d'Huart, « [Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité](#) », *Newsletter EDEM*, octobre 2014.

<sup>7</sup> Cet article introduit par la loi du 21 février 2017 a fait l'objet de questions préjudicielles posées par la Cour constitutionnelle à la C.J.U.E. par arrêt n°112/2019. Cette affaire est inscrite au rôle de la C.J.U.E. sous le numéro C-718/19.

Invoquant la limitation du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction en matière de détention administrative à un contrôle de légalité, les juges d'appel effectuent un contrôle de l'appréciation de cette condition par les autorités administratives au regard des circonstances prévalant au moment de la prise de la décision de prolongation du maintien en détention.

La Cour de cassation estime l'examen effectué par les juges d'appel suffisant dans la mesure où ceux-ci ont vérifié l'existence d'une possibilité d'éloigner l'étranger dans un délai raisonnable au regard des circonstances qui prévalaient au moment de la prise de cette décision : à cet égard, ils ont relevé qu'à la date de prolongation du maintien en détention les frontières n'étaient pas encore fermées, que cette mesure apparaît proportionnée à la situation de l'intéressé et que, si les transports entre la Belgique et le Maroc sont suspendus, il n'est pas acquis à ce stade que les perspectives raisonnables d'éloignement seraient absentes pendant le temps durant lequel la loi autorise le maintien à cette fin.

La décision attaquée souligne le manque d'effectivité d'un contrôle judiciaire limité à un contrôle de légalité, effectué sans tenir compte de l'évolution des circonstances entourant la détention. Ainsi, l'autorité judiciaire se limite à vérifier la légalité de la décision de prolongation du maintien en détention au regard des circonstances prévalant au moment de la prise de décision par l'autorité administrative alors que les circonstances entourant la détention de l'étranger ont changé du tout au tout entre le moment où cette décision a été prise par l'autorité administrative et le moment où l'autorité judiciaire est appelée à en contrôler la légalité : les frontières ont été fermées, les vols suspendus et le confinement généralisé.

- *L'absence de contrôle du respect de la condition de subsidiarité*

Les juges d'appel estiment, sous couvert de la limitation de leur contrôle à un contrôle de légalité, ne pas être habilités à contrôler le respect de la condition de subsidiarité fixée à l'article 44 *septies* par l'autorité administrative en vérifiant si d'autres mesures moins contraignantes auraient pu être prises. Ainsi, ils considèrent qu'« aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'étranger une mesure de détention prévue par la loi, alors même que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises. »<sup>8</sup>

L'utilisation de cette formule a déjà été critiquée par la doctrine qui appelait à un contrôle effectif du principe de subsidiarité inscrit dans la loi par les juridictions d'instruction<sup>9</sup>.

La Cour de cassation n'y verra pas matière à casser l'arrêt attaqué.

Elle s'inscrit ainsi en contradiction avec l'avis de l'avocat général Vandermeersch qui estimait le moyen fondé. Il soulignait dans ses conclusions, le fait que le précédent dont la formulation est reprise par la chambre des mises en accusation dans l'arrêt attaqué remonte à une période antérieure à la loi du 19 janvier 2012 qui a introduit ce critère de subsidiarité dans la [loi du 15 décembre 1980](#) ( Cass., 14 janvier 2009, P. 08.1787.F). Il relève que cette condition de subsidiarité figure expressément à l'article 44 *septies*. Revenant, ensuite, sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que « lorsque, dans la décision administrative, il indique concrètement les

<sup>8</sup> Voy. p. 5, pt 6 de [l'arrêt de la chambre des mises en accusation](#).

<sup>9</sup> CH. MORJANE, « Le contrôle de la détention administrative des étrangers par les juridictions d'instruction : Un guide à l'attention des praticiens », *R.D.E.*, 2013, n°173, p. 250.

circonstances justifiant la mesure de rétention au regard des impératifs de nécessité, le ministre motive cet acte conformément à l'article 62 de cette loi »<sup>10</sup> et qu' « aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif »<sup>11</sup>, il estime néanmoins que « cela ne dispense pas la juridiction d'instruction de contrôler si le ministre a bien vérifié si d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives ne pouvaient pas être appliquées efficacement (principe de subsidiarité) ». Il conclut : « dès lors en considérant qu'aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'étranger une mesure de détention prévue par la loi alors même que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises, la juridiction s'est dérobée au contrôle de légalité auquel elle était tenue de procéder »<sup>12</sup>.

- *La nécessité d'une révision de l'article 72 alinéa 2 de la loi du 15 décembre 1980*

Il a déjà été plaidé dans les présents cahiers en faveur d'une suppression de la dichotomie entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité inscrite à l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980<sup>13</sup>.

L'interprétation restrictive de l'étendue du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction opérée par la Cour de cassation en l'espèce, plaide à nouveau en faveur d'une révision de cette disposition dans le sens d'un élargissement des pouvoirs confiés aux juridictions d'instruction.

Premièrement, car cette révision apparaît nécessaire à garantir le respect des exigences posées par le droit de l'Union européenne. La directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, dite directive « retour » encadrant le placement en rétention des ressortissants de pays tiers exige expressément un contrôle de la proportionnalité et de la subsidiarité de la détention. Précisons qu'en l'espèce, s'agissant de la détention d'un membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, la directive retour n'est en principe pas directement applicable<sup>14</sup>. Néanmoins, on peut supposer que la Cour de justice de l'Union européenne aurait à l'égard des conditions entourant la prolongation du maintien en détention en vue de l'éloignement d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, *a minima*, les mêmes exigences que celles entourant la détention administrative d'un ressortissant de pays tiers.

L'article 15.4 de la directive retour exige que l'étranger soit **immédiatement** remis en liberté lorsqu'il n'existe plus de perspectives raisonnables d'éloignement dans le délai légal. Dans un arrêt *Kadzoev*, la Cour de justice précise que, pour qu'il puisse être considéré qu'il subsiste une « perspective raisonnable d'éloignement », au sens de cette disposition, il faut que, « au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, il existe une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien eu égard aux délais fixés à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de

<sup>10</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Vandermeersch à paraître renvoyant à Cass., 12 novembre 2014, RG P.14.1562.F, *Pas.*, 2014, n° 689.

<sup>11</sup> *Ibid.* renvoyant à Cass., 20 juin 2018, RG P.18.0567.F, *Pas.*, 2018, à sa date.

<sup>12</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Vandermeersch à paraître.

<sup>13</sup> S. SAROLEA, « Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition induite entre opportunité et légalité », *Newsletter EDEM*, juin 2015 et P. D'HUART, « Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité » *op. cit.*

<sup>14</sup> Par arrêt n°112/2019, la Cour constitutionnelle a posé une question préjudicielle à la Cour de justice sur la conformité de l'article 44 septies avec le droit de l'Union. Elle l'interrogeait sur l'application par analogie de la directive retour aux citoyens de l'Union.



la directive 2008/115 »<sup>15</sup>. Il nous paraît qu'un contrôle du respect de cette condition conforme à cette jurisprudence supposerait que la juridiction d'instruction puisse vérifier l'existence d'une possibilité d'éloigner l'étranger dans un délai raisonnable au regard des circonstances prévalant au moment de ce contrôle. L'arrêt commenté démontre l'importance d'autoriser la juridiction d'instruction à effectuer un contrôle « actualisé » du respect de cette condition, les circonstances entourant la détention étant susceptibles d'évoluer de manière telle que cette condition, remplie au moment de la prise de la décision de prolongation du maintien en détention par l'autorité administrative, ne serait plus rencontrée au moment du contrôle de celle-ci.

L'article 15.1 de la [directive retour](#) conditionne par ailleurs expressément la rétention de ressortissants de pays tiers à une analyse de subsidiarité (voy. not. [El Dridi](#)). Dans son arrêt [Mahdi](#), également appelée à préciser les exigences découlant de l'application de la [directive retour](#), la Cour de justice a considéré qu'en cas de périodes de détention prolongées au-delà de six mois, l'autorité judiciaire chargée du contrôle doit rechercher tout élément pertinent pour sa décision et pouvoir substituer sa propre décision à celle ayant ordonné la rétention initiale. Elle doit, par ailleurs, être en mesure d'ordonner soit la prolongation de la rétention, soit une mesure de substitution moins coercitive, soit la remise en liberté du ressortissant lorsque cela est justifié<sup>16</sup>.

L'interprétation restrictive que la Cour de cassation opère du contrôle de légalité de la détention administrative confié aux juridictions d'instruction ne permet pas de garantir le respect de ces exigences. Ainsi, la juridiction d'instruction n'est pas autorisée à vérifier l'examen opéré par l'autorité administrative de cette condition de subsidiarité. Elle n'est, par ailleurs, pas autorisée, quel que soit le délai au-delà duquel la détention est prolongée, à substituer sa propre décision en ordonnant une mesure de substitution moins coercitive. En l'espèce, les circonstances dans lesquelles la décision attaquée a été rendue soulignent, si besoin en est, l'intérêt qu'il y aurait à autoriser les juridictions d'instruction à effectuer un contrôle actualisé du respect de cette condition de subsidiarité et, en cas de non-respect de celle-ci, à substituer leur décision à la décision attaquée.

La révision de l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 dans le sens d'un élargissement des pouvoirs confiés aux juridictions d'instruction apparaît, par ailleurs, nécessaire à garantir le respect du droit à la liberté individuelle de l'étranger. La limitation du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction à un contrôle de légalité ne permet pas, en l'absence de contrôle du caractère proportionné et nécessaire de la détention, de garantir le respect de ce droit. Le droit à la liberté individuelle est consacré, notamment, par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme qui fait de la privation de liberté l'exception. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère que « la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours lorsque d'autres mesures ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention » (voy. not. l'arrêt [Saadi c. Royaume-Uni](#), pt. 70). Le professeur Damien Vandermeersch écrit en ce sens : « Lorsque le droit à la liberté individuelle est en jeu, le pouvoir judiciaire est le garant du respect de ce droit et doit constituer un rempart contre toute forme d'abus de pouvoir ou d'arbitraire : cet objectif ne peut être atteint par un seul contrôle de légalité formelle mais nécessite aussi une vérification de l'opportunité de la mesure, notamment au regard des

<sup>15</sup> C.J.U.E., 30 novembre 2009, [Kadzoev](#), aff. C-357/09, EU:C:2009:741, pt. 65.

<sup>16</sup> C.J.U.E., 5 juin 2014, [Mahdi](#), aff. C-146/14 PPU et son commentaire : P. d'HUART, « [Prolongation de la détention : forme et contrôle judiciaire de la décision de prolongation de la détention aux fins d'éloignement](#) », *Newsletter EDEM*, juin 2014.

principes de proportionnalité et de subsidiarité. Le juge devrait ainsi pouvoir procéder lui-même à une appréciation, indépendante et impartiale, des éléments de fait de la cause pour vérifier et, si nécessaire, censurer, la mesure sous l'angle de ses mérites, de sa pertinence et de son efficacité »<sup>17</sup>. Le procureur général auprès de la Cour de cassation André Henkes, dans son [discours de rentrée près la Cour de cassation prononcé à l'audience solennelle du 2 septembre 2019](#), plaidait également pour un élargissement des compétences des juridictions en la matière relevant : « ce n'est pas parce qu'une mesure privative de liberté est conforme à la loi qu'elle est également juste et justifiée au regard des circonstances concrètes de la cause ». Il ajoute : « Un recours effectif exige que la juridiction d'instruction puisse vérifier en droit et en fait, si la mesure administrative de privation de liberté est une mesure de dernier ressort qu'aucune autre mesure coercitive n'est susceptible de remplacer ».

Enfin, la nécessité d'élargir les pouvoirs de contrôle d'une mesure privative de liberté confiés aux juridictions d'instruction apparaît évidente lorsque que l'on opère une comparaison avec le contrôle judiciaire d'une privation de liberté, dont bénéficie la personne privée de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale. Actuellement, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté n'a droit, moyennant le dépôt d'une requête, qu'à un contrôle de légalité de la mesure dont il fait l'objet tandis que la personne privée de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale a droit à un contrôle automatique par les autorités judiciaires de la légalité et de l'opportunité de sa privation de liberté. Or, à l'instar de D. Vandermeersch ou P. Martens<sup>18</sup> qui voient là une différence de traitement injustifiable entre deux catégories de personnes placées dans une situation comparable puisque toutes deux atteintes dans ce qu'elles ont de plus fondamental – leur liberté – aucun motif suffisant ne nous paraît propre à justifier cette différence de traitement.

## **2. Retour sur le manque de lisibilité des dispositions encadrant la procédure**

Outre de mettre en évidence les faiblesses d'une interprétation stricte de l'étendue du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction, l'arrêt commenté souligne la nécessité d'une révision des dispositions fixant la procédure devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation.

### *- L'article 72 alinéa 5 de la loi du 15 décembre 1980 consacrant le droit d'accès au dossier*

La Cour de cassation était en l'espèce appelée à se pencher sur l'article 72 alinéa 5 de la [loi du 15 décembre 1980](#) qui prévoit que le conseil de l'étranger peut consulter le dossier au greffe du tribunal compétent pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience. La question était de savoir si cette disposition devait s'interpréter par parallélisme avec le régime d'accès au dossier en matière de détention préventive. Dans ce cas, la Cour considère que l'inculpé et son avocat n'ont pas droit à la communication du dossier avant l'audience devant la chambre des mises en accusation s'ils ont pu en avoir connaissance avant l'audience de la chambre du conseil et ce, à moins que des pièces nouvelles aient été versées au dossier<sup>19</sup>. En l'espèce, relevant que l'article 72 alinéa 4 de la [loi du 15 décembre 1980](#) précise qu'en cas de recours au pouvoir judiciaire, il est procédé conformément aux

<sup>17</sup> D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 618.

<sup>18</sup> D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, P. MARTENS, « Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction (bis) », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1288 à 1291.

<sup>19</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Vandermeersch renvoyant aux arrêts : Cass, 4 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p.441 ; Cass. 1<sup>er</sup> octobre 2013, RG P.13.1561., *Pas.* 2013, n°492.

dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives notamment au droit de prendre connaissance du dossier administratif, elle semble souscrire au raisonnement développé par l'avocat général Vandermeersch qui estime que cette disposition doit s'appliquer tant à la procédure de première instance qu'en appel. Toutefois, la Cour maintient sa jurisprudence selon laquelle, lorsque le non-respect de cette disposition n'entraîne pas une violation des droits de la défense de l'étranger, une telle irrégularité ne doit pas être sanctionnée. Ainsi, tout en reconnaissant que l'article 72 alinéa 5 soit spécifique à la présente procédure, elle opère un parallélisme avec le régime applicable en matière de détention préventive en concluant à l'absence de violation des droits de la défense de l'étranger dans la mesure où le demandeur n'a pas allégué que l'accès au dossier ne lui a pas été donné avant l'audience devant le premier juge et constatant qu'aucune nouvelle pièce n'y a été jointe entretemps. A supposer que l'intention du législateur ait été de prévoir un régime spécifique plus favorable à l'égard de l'étranger privé de liberté, il aurait été intéressant de préciser les sanctions du non-respect de ce droit d'accès au dossier dans la loi.

*- Les délais impraticables de dépôt du mémoire en cassation*

Enfin, cet arrêt est l'occasion de revenir sur une ultime difficulté à laquelle l'étranger qui souhaiterait contester la légalité d'une mesure privative de liberté est susceptible de se retrouver confronté : la détermination et le calcul des délais applicables à la procédure en cassation. La Cour de cassation, renvoyant à une loi de 1874, fait application en matière de détention administrative des délais de droit commun, alors qu'une détention préventive ordonnée dans un cadre pénal est soumise à des délais de procédure plus courts. Le raisonnement de la Cour de cassation tient dans le fait que la [loi du 15 décembre 1980](#), qui renvoie aux dispositions applicables en matière de détention préventive, précède celle du [20 juillet 1990 relative à la détention préventive](#) et qu'en 1980, une autre loi relative à la détention préventive était d'application, celle du 20 avril 1874. Cette dernière restant muette quant aux délais applicables en cas de pourvoi en cassation, la Cour de cassation applique le régime général contenu dans le Code d'instruction criminelle. Ainsi, conformément à l'article 429 du code d'instruction criminelle, elle exige, sous peine d'irrecevabilité du mémoire, que celui-ci soit déposé quinze jours francs avant l'audience.

Or, les pourvois en matière de recours des étrangers contre une mesure privative de liberté sont fixés sous le bénéfice de l'urgence, ce qui pose des difficultés quant au respect de ce délai. A cela s'ajoute la difficulté que la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas constante en la matière. Ainsi, alors que dans certains cas, les mémoires déposés tardivement sont jugés irrecevables pour cause de tardiveté (Voy. not. [Cass., 12 juin 2019, P.19.0534.F1](#)), la Cour fait preuve de souplesse dans d'autres cas au motif que « lorsqu'en raison d'une convocation tardive, l'avocat du demandeur a été mis dans l'impossibilité de déposer son mémoire dans le délai de quinze jours avant l'audience, le respect dû aux droits de la défense requiert qu'un tel mémoire soit déclaré recevable » (Voy. not. [Cass., 14 septembre 2016, P.16.0936.F, Pas., n°492, p. 1709](#)). En l'espèce, la Cour de cassation juge le mémoire déposé neuf jours avant l'audience, et par conséquent hors délai, recevable. Elle suit ainsi les conclusions orales de l'avocat général Vandermeersch qui sollicitait d'admettre la recevabilité du mémoire en raison de la force majeure, le conseil du demandeur n'ayant été informé de la date d'audience, sur son initiative, qu'en date du 24 avril, soit moins de quinze jours avant l'audience. Or, le même jour, la Cour de cassation a rendu un arrêt déclarant irrecevable le mémoire déposé neuf

jours avant l'audience malgré la circonstance que le conseil de l'intéressé n'avait également été informé de la date d'audience qu'en date du 24 avril (Cass, 6 mai 2020, P.0442.F/1).

Il a déjà été plaidé à maintes reprises pour une interprétation évolutive de la référence aux délais applicables en matière de détention préventive par l'article 72 de la [loi du 15 décembre 1980](#) et une application des délais prévus par la loi relative à la détention préventive.

L'application des délais prévus par la [loi du 20 juillet 1990](#) nous paraît commandée par le respect dû au bon sens et à la sécurité juridique<sup>20</sup>.

Elle apparaît, par ailleurs, nécessaire à garantir une application de ces délais conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination. A l'instar de la limitation du contrôle des juridictions d'instruction à un contrôle de légalité, l'application en matière de détention administrative de délais plus longs que ceux applicables en matière de détention préventive est source de discriminations. Ces deux catégories de personnes sont, à l'évidence, placées dans des situations comparables. Il s'agit dans les deux cas d'une personne privée de liberté de manière préventive dont la régularité du maintien en détention n'est contrôlée par le pouvoir judiciaire qu'*a posteriori*, ce qui justifie dans les deux cas, le besoin d'une procédure accélérée.

Lors du [discours de rentrée prononcé à l'audience solennelle du 2 septembre 2019](#), le procureur général auprès de la Cour de cassation, André Henkes, appelait à une révision de ces dispositions, renvoyant à un avant-projet de loi transmis le 18 mai 2016 au ministre de la Justice visant à réformer le recours en cassation en la matière en le soustrayant pour partie à la procédure de droit commun, notamment par une accélération des délais, tout en laissant le temps utile à l'introduction du pourvoi en cassation et à la préparation du mémoire. Cette proposition n'a pas été retenue. A défaut d'une interprétation claire et évolutive de ces dispositions par la Cour de cassation, la révision de celles-ci en ce sens aurait pourtant le mérite de garantir une identification et un calcul des délais conformes au principe de sécurité juridique et exempts de discrimination.

**En guise de conclusion**, l'arrêt commenté met à nouveau en lumière la nécessité d'une révision en profondeur des règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté. Une réforme en profondeur de ces dispositions apparaît essentielle à garantir que toute personne, belge ou étrangère, coupable ou innocente, puisse bénéficier d'un recours effectif, de pleine juridiction contre une mesure qui, en toute hypothèse, l'atteint dans ce qu'elle a de plus fondamental, sa liberté.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** [Cass. \(2<sup>ème</sup> chambre\), 6 mai 2020, n° P.20.0445.F.](#)

#### **Jurisprudence :**

- C.J.U.E., 30 novembre 2009, [Kadzoev](#), C-357/09, Rec. C.J.U.E., p. I-11189.

<sup>20</sup> Voy en ce sens. J.-B. FARCY, « [Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger demeure soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive : un formalisme excessif ?](#) », *Cahiers EDEM*, octobre 2017 ; S. SAROLEA, « [Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive](#) », *Newsletter EDEM*, août 2016, ainsi que P. HUBERT, P. HUGET ET G. LYS, « Le recours effectif devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation », *R.D.E.*, 2016/5, n°191, p. 713.

- C.J.U.E., 5 juin 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU.

**Doctrine :**

- D. VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *Rev. dr. pén.*, 2015, pp. 602 à 619.

- P. d'HUART, « [Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité](#) », *Newsletter EDEM*, octobre 2014.

- P. HUBERT, P. HUGET et G. LYS, « Le recours effectif devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation », *R.D.E.*, 2016/5, n°191, pp. 695 à 719.

- P. MARTENS, « Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction (bis) », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1288 à 1291.

- S. SAROLEA, « [Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition indue entre opportunité et légalité](#) », *Newsletter EDEM*, juin 2015

**Pour citer cette note :** C. MACQ, « Les règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté à l'épreuve du contexte de pandémie », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020.

### 3. COUR D'APPEL DE LIEGE (10<sup>ÈME</sup> CH. CIVILE), 21 FEVRIER 2020, N° 2019/RF/37

#### *Droit à un recours effectif et éloignement des étrangers en cours de procédure : un rappel des fondamentaux par la Cour d'appel de Liège*

Alice Sinon

#### A. Arrêt

Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel de Liège se prononce sur l'appel interjeté par l'État belge contre l'ordonnance rendue par le Président du tribunal de première instance de Liège le 3 décembre 2019. Cette ordonnance vient elle-même confirmer la décision rendue par le même président, le 30 octobre 2019, sur requête unilatérale, contre laquelle l'État belge avait formé tierce opposition. L'objet du litige porte sur l'interdiction faite à l'État belge de procéder à l'éloignement de l'intimé alors que la procédure par laquelle il conteste son exclusion du statut de réfugié et du statut de protection subsidiaire n'est pas close et qu'il invoque un risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi dans son pays d'origine.

#### 1. Les faits

Les faits de l'affaire sont particulièrement complexes en ce qu'ils impliquent de nombreuses procédures. Volontairement, nous nous centrons sur la procédure dans le contexte de laquelle a à se prononcer la Cour d'appel de Liège.

L'intimé, Monsieur X, est né en Algérie en 1949 (pt. 1 de la décision commentée). Entre 2002 et 2009, il introduit, sans succès, deux demandes de protection internationale car il craint de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CEDH ») en cas de retour dans son pays d'origine. Il introduit également plusieurs demandes de séjour de plus de trois mois en Belgique. Les recours qu'ils forment contre les différentes décisions de refus se révèlent infructueux.

Le 8 octobre 2015, sous le coup d'un mandat d'arrêt pour participation aux activités d'un groupe terroriste, Monsieur X est écroué à la prison de Forest où il restera en détention préventive presque deux ans, jusqu'au 20 septembre 2017, date de sa libération sous conditions (pt. 10). A la même date, l'intimé se voit notifier un ordre de quitter le territoire avec maintien en vue de l'éloignement et interdiction d'entrée et est placé en détention au centre fermé de Vottem (pt. 11). Cette détention administrative sera prolongée jusqu'au 23 février 2020 (pt. 23).

Entretemps, le 20 avril 2018, l'intimé est effectivement condamné pour avoir participé, de septembre 2014 et à septembre 2015, aux activités d'un groupe terroriste. Le tribunal correctionnel de Bruxelles, tenant compte de son grand âge et de son rôle limité dans les faits, condamne Monsieur X à une peine d'emprisonnement avec sursis partiel (pt. 10).

Le 6 octobre 2017, l'intimé introduit une troisième demande d'asile en Belgique (pt. 14). Cette demande est suivie, le 9 octobre, de la notification d'un ordre de quitter le territoire et d'une décision de maintien à l'encontre desquels l'intimé introduit un recours en suspension et en annulation (pt. 15). Après moult décours de procédures, le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après « C.C.E. »)

annule, le 26 juin 2019, la dernière décision négative rendue par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après « C.G.R.A. ») dans le cadre de la demande de protection internationale introduite en octobre 2017 et demande des mesures d'instruction complémentaires (pt. 14, *in fine*). Le 20 août 2019, le C.G.R.A. décide d'exclure Monsieur X du statut de réfugié et du statut de protection subsidiaire. L'intimé conteste la décision d'exclusion mais, le 16 septembre 2019, le C.C.E. rejette son recours de plein contentieux. Le 21 octobre 2019, le Conseil d'État déclare admissible le recours en cassation introduit par Monsieur X à l'encontre de cet arrêt de rejet (pt. 18). Par ailleurs, dans la foulée de l'arrêt du C.C.E., l'intimé se voit notifier, le 26 septembre 2019, un nouvel ordre de quitter le territoire (avec maintien en vue de l'éloignement et interdiction d'entrée de 15 ans) contre lequel il introduit, le 2 octobre 2019, un recours en suspension d'extrême urgence (que le C.C.E. rejette le 10 octobre 2019) et, le 7 octobre 2019, un recours en annulation. Le recours en cassation que Monsieur X introduit contre la décision du C.C.E. rejetant son recours en suspension d'extrême urgence (du 10 octobre 2019) est également accueilli par le Conseil d'État (pt. 19).

Alors que les deux recours en cassation jugés admissibles par le Conseil d'État sont pendants, il est informé, en date du 29 octobre 2019 de l'organisation imminente de son rapatriement, prévu le 1<sup>er</sup> novembre 2019. Le 30 octobre, Monsieur X dépose alors une requête unilatérale devant le Président du Tribunal de Première instance de Liège (ci-après « TPI ») afin d'obtenir qu'il soit interdit à l'État Belge de l'expulser vu la procédure en cours devant le Conseil d'État. Le Président du TPI fait droit à la demande de Monsieur X et, le jour-même, interdit, sous peine d'astreinte, à l'État belge de procéder à son éloignement dans l'attente de l'arrêt à intervenir au Conseil d'État. La tierce opposition formée par l'État belge à l'encontre de cette ordonnance du Président du TPI est déclarée non-fondée par le même juge dans une autre ordonnance du 3 décembre 2019 (pt. 21).

La décision commentée porte sur l'arrêt rendu, le 21 février 2020, par la Cour d'appel de Liège suite au recours introduit par l'État belge à l'encontre de l'ordonnance du 3 décembre.

Notons, qu'outre deux requêtes en mesures provisoires introduites, avec succès, devant la Cour européenne des droits de l'homme, en octobre 2017 (pt. 13) et 2019 (pt. 20), Monsieur X a introduit, le 14 août 2019 une requête devant cette même Cour pour violation des [articles 3 et 5](#) de la CEDH en raison de la longueur de sa détention (pt. 17).

## **2. La décision de la Cour d'appel de Liège**

La Cour d'appel confirme l'ordonnance du Président du TPI du 3 décembre 2019. Elle juge qu'« afin de rendre effectif, dans le cas qui est soumis à la cour, le recours que l'État belge a instauré – pour lequel il a prévu une procédure de filtre – il s'impose, au vu de l'importance du droit à protéger, en l'espèce, l'article 3 de la CEDH, d'enjoindre à l'État belge de ne pas éloigner l'intimé avant l'issue de son recours en cassation administrative déclaré admissible à l'encontre de l'arrêt du C.C.E. du 16 septembre 2019, sous peine de rendre irréversible le risque invoqué par l'intimé » (pt. 53).

Dans cet arrêt, la Cour d'appel revient également sur le pouvoir de juridiction des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et précise que c'est « l'objet véritable du recours qui sert de critère pour déterminer la compétence respective des juridictions administratives et des cours et tribunaux [...] » (pt. 29, p. 13). En l'occurrence, la Cour d'appel est compétente puisque l'objet de la demande est l'obtention, par l'intimé « dans l'attente de la décision du Conseil d'État [...], de] la reconnaissance de son droit à un recours effectif lié à la protection des droits de l'homme consacrés par les articles 3 et



6 de la CEDH, craignant une violation de ces droits s'il était renvoyé en Algérie » (pt. 31). L'objet du litige soumis à la Cour d'appel portant sur la reconnaissance et la protection de droits subjectifs, celle-ci a juridiction pour en connaître.

Après en avoir rappelé les contours, la Cour juge que les conditions d'urgence et d'absolue nécessité, que requiert le recours à la procédure sur requête unilatérale, sont rencontrées *in casu*. Elle précise que contrairement à l'argument invoqué par l'État belge, aucune inertie ne peut être reprochée à l'intimé (pts. 34 à 41).

Finalement, la Cour rappelle que le caractère provisoire des décisions rendues sur référé, qui implique que celles-ci ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, n'interdit « pas au juge des référés d'examiner la situation juridique des parties à l'effet d'ordonner des mesures conservatoires que justifient les apparences de droit suffisantes » (pt. 42).

La Cour conclut, à l'issue de son raisonnement, à la violation de [l'article 13 de la CEDH](#) qui consacre le droit à un recours effectif. Elle n'examine dès lors pas les violations invoquées des [articles 3 et 5](#) de la Convention (pt. 54). De même, elle n'examine pas les questions préjudicielles que l'intimé demandait, à titre subsidiaire, de poser à la Cour constitutionnelle.

## B. Éclairage

Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Liège procède à un rappel utile et exhaustif des enseignements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au contenu et aux contours du droit à un recours effectif tel que consacré par [l'article 13 de la Convention](#).

La Cour rappelle, premièrement, que ce droit n'est pas autonome et doit nécessairement être invoqué en combinaison avec un ou plusieurs autres droits consacrés par la Convention ou ses protocoles. Elle souligne le fait que les exigences découlant de cet article peuvent « varier en fonction de la nature du grief [...] » défendable formulé (pt. 44, p. 19, se référant à l'arrêt [M.S.S. c. Belgique et Grèce](#), pt. 288). En particulier, elle précise que « des exigences particulièrement strictes s'appliquent aux voies de droit ouvertes contre des mesures d'éloignement et de refoulement qui sont imminentes, étant donné le risque de dommages irréversibles qu'une telle mesure peut entraîner pour l'étranger concerné, lorsque celui-ci peut être exposé, à la suite de son éloignement, à des traitements contraires aux articles 2 et 3 de la CEDH ». Ceci vaut, peu importe la gravité des actes commis par la personne concernée ainsi que la menace qu'il représente pour la sécurité nationale (pt. 44, p. 19). Par conséquent, dès lors que la violation invoquée est celle de [l'article 3 de la CEDH](#), le recours ne sera effectif que s'il est assorti d'un *effet suspensif* de plein droit (pt. 44, p. 19, arrêt [M.S.S. c. Belgique et Grèce](#), pt. 293).

Appliquant ces enseignements au cas d'espèce, la Cour d'appel de Liège va d'abord considérer que le fait que l'intimé ait déjà pu exercer son droit à un recours effectif contre la décision du C.G.R.A. ne préjudicie pas de son droit à ce que le recours en cassation administrative instauré par [l'article 36/67](#) de la [loi du 15 décembre 1980](#) et déclaré admissible *in casu*, malgré une stricte procédure de filtre, soit lui aussi effectif. En l'espèce, elle relève que si ce recours aboutit, il entraînera l'annulation de la décision du C.C.E. (re)plaçant alors Monsieur X « dans la situation antérieure à la décision annulée, soit celle du demandeur de protection internationale à l'encontre duquel nulle mesure d'éloignement ne peut être exécutée » (pt. 48, p. 21). Dès lors, préserver l'effectivité du recours

introduit devant le Conseil d'Etat implique, vu l'importance des droits en cause, la suspension de toute mesure d'expulsion qui aurait pour conséquence – outre d'exposer l'intimé à un risque de violation de l'article 3 de la CEDH – de vider de son intérêt la demande de protection internationale faisant l'objet du recours (puisque Monsieur X ne rencontrerait alors plus la condition, pourtant nécessaire à la reconnaissance du statut de réfugié ou de protection subsidiaire, d'être « hors de son pays », pt. 48, p. 21).

Il faut encore noter ici l'importance que la Cour d'appel de Liège apporte au fait que le recours en cassation ait été déclaré admissible par le Conseil d'Etat. En effet, c'est un des arguments retenus par la juridiction liégeoise pour justifier du caractère suspensif dudit recours. La Cour va également considérer que les moyens invoqués par Monsieur X sont suffisamment sérieux en raison de ce caractère admissible du recours (pt. 48, p. 21). Cette prise en compte de l'admission du recours n'est certainement pas étrangère au fait que – ainsi que le démontre, chiffres à l'appui, la défense de Monsieur X dans ses conclusions – la procédure d'admissibilité des recours en cassation devant le Conseil d'Etat, mise en place par le législateur belge en 2006 et prévue par l'article 20 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, semble avoir effectivement atteint les objectifs qu'elle entendait poursuivre<sup>1</sup>. Il ressort en effet des rapports d'activité du Conseil d'Etat que cette procédure d'admissibilité et sa stricte application par la juridiction administrative suprême a permis la diminution du nombre d'affaires entrantes et a permis au Conseil d'Etat de se concentrer sur les dossiers demandant un examen approfondi (pt. 6.3. des conclusions de la défense).

Enfin, outre le rappel bienvenu des contours et du contenu du droit à un recours effectif, cet arrêt de la Cour d'appel de Liège réaffirme le caractère absolu de la protection garantie par l'article 3 de la CEDH. Rappelons tout d'abord que le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a pour conséquence que cette interdiction s'applique également « par ricochet ». Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme interdit à un Etat contractant de remettre une personne à un autre Etat « où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou traitement inhumains ou dégradants menace l'intéressé » (*Soering c. Royaume-Uni*, pt. 88). Rappelons encore les enseignements de l'arrêt *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, dans lequel la juridiction strasbourgeoise, réunie en grande chambre, a précisé que la protection offerte par l'article 3 de la CEDH ne pourra « être limitée par des mesures conformes au principe de proportionnalité » (J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pt. 55, p. 101). Autrement dit, cet article interdit la mise en balance entre le danger que représenterait une personne pour la société et le risque que cette dernière encourt, en cas de retour dans son pays d'origine, d'être soumise à la torture ou des traitements inhumains ou dégradants.

Dans un contexte où la lutte – légitime – contre le terrorisme justifie toujours, à l'heure actuelle, des restrictions, proportionnées ou non, à certains droits et libertés fondamentaux, cette mise au point indirecte de la Cour d'appel de Liège quant au caractère absolu de la protection accordée par l'article

---

<sup>1</sup> « L'objectif justifiant l'insertion de cette procédure [d'admissibilité] est d'éviter que la plus haute juridiction administrative soit simplement considérée par les requérants comme une instance d'appel et que le Conseil d'Etat soit astreint à examiner et à statuer au fond dans des pourvois en cassation dont un examen préalable sommaire fait apparaître qu'ils n'ont aucune chance d'être accueillis vu les moyens invoqués. Ce faisant, un espace est libéré pour des affaires qui requièrent un examen approfondi, ce qui contribue à une administration de la justice équitable et efficace », Projet de loi réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du contentieux des étrangers, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2005-2006, n°51-2479/001, p. 34.

3 de la CEDH est bienvenue. À ce titre, nous ne pouvons que nous rallier aux juges Myjer et Zagrebelsky qui, dans leur opinion concordante dans l'affaire [Saadi](#), rappelaient à juste titre que : « La défense des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n'y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu par le feu ».

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt** : Liège (10<sup>ème</sup> ch. civ.), 21 février 2020, n° 2019/RF/37, *inédit*.

#### **Jurisprudence** :

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

Cour eur. D.H., 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, req. n° 37201/06.

Cour eur. D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88.

**Doctrine** : J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

**Pour citer cette note** : A. SINON, « Droit à un recours effectif et éloignement des étrangers en cours de procédure : un rappel des fondamentaux par la Cour d'appel de Liège », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020.