

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits et migrations\*, constituée à l'UCLouvain au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou internationale dans le domaine des migrations. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais.

S'ABONNER

\* L'EDEM a changé de nom pour devenir l'équipe Droits et Migrations. Pour en savoir plus sur l'évolution que ce changement reflète, voyez <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/edem.html>.

These Commentaries are written by the Research Team on Laws and Migration\*\* (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or International courts in the migration field. The Commentaries are written in French or English.

SUBSCRIBE

\*\* EDEM has changed its name to Research Team on Laws and Migration. To learn more about the evolution that this change reflects, see <https://uclouvain.be/en/research-institutes/juri/cedie/edem.html>.

À partir de mars 2023, les Cahiers vous proposent chaque mois le récit d'un des membres de l'EDEM et son projet de recherche. Ces récits partagés visent à montrer comment un projet émerge, évolue et interagit avec les autres et la société. Le projet est soutenu par UCLCulture.

Les récits ont été recueillis au cours d'entretiens avec Béatrice Chapaux. Ces entretiens commencent par cette question : quelle est votre première expérience de migration ou quelle en est votre représentation et comment celle-ci a évolué depuis que vous avez rejoint l'équipe de recherche l'EDEM ? Les récits peuvent prendre la forme d'un texte écrit, d'un podcast ou d'une vidéo.

## Sommaire

### 1. UN Human Rights Committee, *A.B. and B.D. v. Poland*, 21 July 2022, Comm. No. 3017/2017 – The systemic and consistent pushbacks at the Polish borders... This time before the UN Human Rights Committee. *Eugénie Delval* ..... 3

**Non-refoulement – Access to asylum procedures – risk assessment – art. 7 ICCPR – art. 13 ICCPR.**  
*In the case of A.B. and B.D. v. Poland, the Human Rights Committee had to pronounce itself for the first time on the practice of “pushbacks” perpetrated at least since 2016 by Polish border guards at the Polish-Belarus border and which has been characterized as systemic and consistent. The Committee found that Poland violated articles 7 and 13 of the ICCPR, read alone and in conjunction with article 2(3) ICCPR. In particular, and like the ECtHR in similar cases, the Committee emphasized that persons in need of international protection who inform border guards of their requests for asylum have a right to see their claims thoroughly and individually assessed by the competent authorities, following a procedure demonstrating a sufficient degree of overall fairness. Articles 7 and 13 of the ICCPR imply a right to access asylum procedures and a correlative States’ obligation to properly assess the risks invoked.*

### 2. Cour eur. D.H., 17 janvier 2023, *Daraibou c. Croatie*, req. n° 84523/17 – Après l'eau, le feu : encore un manquement d'un État à ses obligations positives à l'égard de ressortissants étrangers. *Hélène Gribomont*.....10

**Incendie – Centre de rétention pour migrants illégaux – Décès et blessures graves – Droit à la vie – Volets substantiel et procédural – Obligations positives – Protection insuffisante – Enquête inefficace – Fouille et surveillance lacunaires – Défaillance du système.**

CeDIE – Centre Charles De Visscher  
pour le droit international et européen  
EDEM – Équipe droits et migrations  
Place Montesquieu, 2  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique  
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.



*La Cour européenne des droits de l'homme condamne la Croatie pour violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans ses volets « droit à la vie » et « enquête effective ». Cette condamnation fait suite à un incendie dans le sous-sol d'un poste de police, servant de centre de rétention pour migrants, et ayant causé la mort de trois personnes et de graves blessures dans le chef du requérant.*

**3. Cour eur. D.H., 18 avril 2023, N.M. c. Belgique, req. n° 43966/19 – Le contrôle marginal de la détention d'un requérant ayant un profil individuel déclaré dangereux pour l'ordre public. Bertin Nalukoma Irengé .....13**

**Art. 3, 5, 8 CEDH – Non violation – Ordre public – Détention préventive – Dangerosité – Demandeur d'asile.**

*La Cour conclut à l'absence de violation des articles 3, 5 et 8 de la CEDH face à une requête dénonçant la légalité de la détention dans un contexte de dangerosité pour l'ordre public. Elle valide la longue durée de la détention préventive d'un demandeur d'asile condamné par le passé et durant la détention préventive pour participation à des activités terroristes, pour menace à un codétenu et qui a exécuté sa peine. Elle procède à un contrôle de type marginal, n'examinant pas le caractère réel, actuel ou futur ni personnel de la menace à l'ordre public. Elle se limite à entériner le rapport étatique quant à sa dangerosité et s'interdit d'examiner l'appréciation du gouvernement quant à la réalité de la menace. Cette décision s'inscrit dans la tendance jurisprudentielle consistant à réfréner le contrôle du juge dans un contexte terroriste.*

**4. Récit de vie – Le refuge .....18**

## 1. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *A.B. AND B.D. V. POLAND*, 21 JULY 2022, COMM. NO. 3017/2017

### *The systemic and consistent pushbacks at the Polish borders... This time before the UN Human Rights Committee*

Eugénie DELVAL

#### A. Facts and Views

##### 1. Facts

The authors of the [Communication](#) are citizens of the Russian Federation, of Chechen origin. They fled their home country and arrived in Belarus in January 2017 with the intention of applying for asylum in Poland at the border between Belarus and Poland, in Terespol. While they told the Polish border guards that they wanted to apply for asylum and showed them several supporting documents as evidence of their fear of persecution, their request was not acknowledged. The guards simply stamped their passports with a denial-of-entry stamp indicating that their entry into Poland had been rejected as they did not hold valid visas. In the period from January to August 2017, the authors made more than 20 attempts to ask for asylum at the border. Their requests were even supported by a written motion for asylum in Polish that had been prepared by a Belarusian human rights defender as well as a written motion requesting asylum and written in Polish by the Helsinki Foundation for Human Rights. In addition, the applicants showed the Polish border guards the UN Human Rights Committee's (hereafter, "the Committee") letter of interim measures requesting Poland to accept the authors' applications for international protection and to refrain from removing them from Polish territory. On each of those occasions, their claim for asylum was not recognized by border guards so that the claim was not passed on to the competent authorities for consideration. As a result of their not having valid travel documents and not being acknowledged as having claimed asylum, the authors were issued decisions by which they were denied entry into Poland and were immediately sent back to Belarus. Poland, for its part, affirmed that the authors had not made requests for international protection to the border guards and never expressed a wish to seek international protection but rather and only referred to economic or personal reasons for entering Poland.

Consequently, the authors submitted a communication to the Committee in which they claimed a violation by Poland of their rights under articles 7 (prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) and 13 (procedural safeguards in the expulsion and deportation of aliens) of the [ICCPR](#) read alone and in conjunction with article 2(3) (right to an effective remedy) of the Covenant. In particular, the authors claimed that article 7 had been violated as their asylum claims were not acknowledged with the result that they did not pass on those requests to the competent authority for a substantive adequate and individual assessment. In this regard, the authors claimed that the failure to accept their repeated written and oral requests for asylum was a violation of Poland's obligation to ensure that individuals are not subject to *refoulement* to any country in which they face ill-treatment. By returning them to Belarus without any assessment of their claims, the State party has repeatedly exposed them to the risk of *refoulement* to the Russian Federation, where they allegedly face torture or inhuman or degrading treatment. Ultimately, the authors claimed that their rights under article 7 were also violated through the inhuman and degrading treatment to which they were subjected at the border in Terespol. Furthermore, with respect to article 13 of the Covenant, the authors alleged that they were neither shown nor read the contents of interview records taken by the border guards so that they could not affirm or correct any mistakes or omission therein. Also, they claimed that they had no way to challenge the basis for the denial of their rights and that appeals against decisions

of the border guards are not effective. Since their asylum claims were not registered, they were refused status as asylum seekers and were therefore denied the right to enter and remain on State party territory or to do so in order to have their legal status determined in contravention of article 13 (para. 9.2).

## **2. Views of the Human Rights Committee**

In August 2017, the Committee granted interim measures of protection requesting Poland to (a) accept the authors' applications for international protection and register them as asylum seekers; and to (b) refrain from removing them from its territory until the Committee had taken a decision on their complaint.

As to the admissibility of the communication, Poland asserted that since the authors did not make any claim for international protection at the border, article 7 of the Covenant does not apply and consequently neither does article 13 as there was no indication that they were asylum seekers or that their legal status was in doubt (para. 8.4). Article 7 of the Covenant prohibits torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and article 13 provides that "an alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority". The Committee however finds that the authors had sufficiently substantiated their claims that they presented information to the authorities at the Terespol border checkpoint which implicated the State party's obligations under articles 7 and 13.

With respect to the examination on the merits, the Committee found that Poland violated articles 7 and 13 of the ICCPR, read alone and in conjunction with article 2(3) ICCPR. The Committee started by recalling its jurisprudence on the obligations of State parties towards aliens according to which States must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within their power or effective control, even if not situated within the physical territory of the State (para. 9.4). Next, the Committee recalled several principles of its jurisprudence with respect to the protection of aliens. In particular, while rights under article 13 ICCPR protect only aliens lawfully on a State' party's territory, in certain circumstances, an alien may enjoy protection under the Covenant, even in relation to entry or residence, when, for example, considerations of non-discrimination or the prohibition of inhumane or degrading treatment arise, as in the present case (para. 9.4). Additionally, the Committee recalled that States have an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, including both physical pain and mental anguish, such as is contemplated under article 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be affected or in any country to which the person may subsequently be removed (para. 9.5).

Against this background, the Committee found that the authors raised issues before Polish border guards that implicated their rights under article 7 of the Covenant. Therefore, the Committee concluded that the authorities' refusal to recognize the authors' requests for asylum and consequently denying them the opportunity to have the merits of their claims assessed amounted to a failure by Poland to discharge its obligations under article 7. It found that in denying the authors the opportunity to have their protection claims duly considered and denying them the right or opportunity to challenge those denials, including the failures to provide access to legal assistance, to produce the interview notes either at the time of the expulsion decision or thereafter and to offer an effective remedy, the State party also failed to afford the authors the procedural safeguards

necessary to avoid arbitrariness and to provide effective redress in violation of article 2(3), read in conjunction with article 7 of the Covenant (para. 9.5).

Additionally, the Committee recalled its jurisprudence under its [General Comment no. 15](#) (1986) on the position of aliens under the Covenant, in which it affirmed that, if the legality of an alien's entry or stay is in dispute, any decision on this point, leading to his expulsion or deportation, ought to be taken in accordance with article 13 ICCPR. Here, the Committee found that the decision of the Polish border guards to deny the authors their status as asylum seekers or individuals whose legal status was in doubt was taken arbitrarily, without acknowledging or assessing their requests for international protection. Poland therefore also violated the authors' rights under article 13 of the Covenant (para. 9.6).

## B. Discussion

### 1. A Systemic "Pushback" Policy at the Polish Borders

The situation of the authors in the case of *A.B. and B.D.* sadly constitutes yet another illustration of a systemic and consistent practice, or policy, of "pushbacks" and non-admission of asylum seekers implemented by Poland at its external borders. In a [report](#) on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea, the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Felipe González Morales, defined "pushbacks", in the context of migration, as covering:

"various measures taken by States, sometimes involving third countries or non-State actors, which result in migrants, including asylum seekers, being summarily forced back, without an individual assessment of their human rights protection needs, to the country or territory, or to sea, whether it be territorial waters or international waters, from where they attempted to cross or crossed an international border" (para. 34).

The Rapporteur explains that "pushback" measures effectively result in the removal of migrants, individually or in groups, without any individualized assessment, and summarily aim at denying migrants access to a State's territory of jurisdiction, to prevent disembarkation, to curb onward travel or to expel migrants to outside of its territory. Hence, "pushback" measures cover practices that can take place before an individual has entered a State's territory, as well as within the State's territory. "Pushback" measures ultimately deny migrants their fundamental rights by depriving them of access to protection and procedural safeguards defined in international and national law. Precisely, the Rapporteur mentions Poland as an example of a State which implemented a "consistent practice of returning people to Belarus" in relation to Russian asylum applicants from Chechnya (para. 61).

At least since 2016, numerous reports from NGOs (see e.g., [here](#), [here](#), [here](#) and [here](#)) as well as a [report](#) from Poland's Ombudsman for Children, have indeed highlighted and denounced the fact that thousands of individuals in need of international protection are denied the possibility to lodge an application at the eastern border crossing points of Poland, in particular in Brest-Terespol between Belarus and Poland. [For example](#), in 2015 a total of 17,376 decisions on the refusal of entry were issued by border guards at the Polish-Belarusian border, whereas in 2016 the number of refusals went up to 72,528. Third-country nationals' repeated claims for protection at the border are not taken into consideration. Rather, these persons are denied access to asylum procedures in Poland and are simply "pushed back" to Belarus, without a proper assessment of their protection claims nor substantial chain *refoulement* risks.

As will be discussed below, it is clear under international human rights law that "pushback" measures go against the prohibition of torture and other forms of ill-treatment and its correlative protection against *refoulement*, and constitute prohibited collective expulsions.

## 2. The Findings of Other UN Treaty Bodies and of the European Court of Human Rights

Several other UN treaty bodies already raised concern about the “pushback” policy carried out by the Polish border guards at the Terespol checkpoint. With respect to the protection from *refoulement*, the Committee against Torture expressed concern “that persons in need of international protection are not always given access to the territory of Poland, in particular at the Terespol border crossing with Belarus and the Medyka border crossing with Ukraine, even in the case of vulnerable persons” (CAT/C/POL/CO/7, para. 25(a)). In this regard, the Committee first explained that Poland should ensure that it fully complies with its obligations under article 3 of the [Convention against torture](#) (norm of *non-refoulement*) and, secondly, that individuals under its jurisdiction receive appropriate consideration by the competent authorities and are guaranteed fair and impartial review by an independent decision-making mechanism on expulsion, return or extradition, with suspensive effect, and that such individuals have access to legal assistance. Thirdly, the Committee reiterated that Poland should refrain from engaging in pushbacks and *refoulement*. Hence, like the Human Rights Committee in the commented case, the Committee against Torture assessed measures of pushback against the prohibition of *refoulement* and its ensuing States’ obligation to adequately and individually assess one’s claim of protection. Likewise, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination expressed its concern about “reports that asylum seekers have been denied entry to [Poland’s] territory or denied access to asylum procedures by border guards” (CERD/C/POL/CO/22-24, para. 23(b)).

In addition, the European Court of Human Rights (hereafter, “ECtHR”) also ruled on multiple instances in cases related to “pushbacks” perpetrated by Polish border guards and has, on each occasion, condemned Poland for violating the [European Convention on Human Rights](#) (hereafter, “ECHR”). The ECtHR recognized that there is *a wider state policy* of refusing entry to foreigners coming from Belarus, regardless of whether they were clearly economic migrants or whether they expressed a fear of persecution, of not accepting applications for international protection from persons presenting themselves at the border and of returning those persons to Belarus (*D.A. and Others v. Poland*, 2021, paras. 81–84; *M.K. and Others v. Poland*, 2020, paras. 208–210). It further recognized the existence, at the border checkpoints between Poland and Belarus, of “a systemic practice of misrepresenting statements given by asylum seekers in the official notes drafted by the officers of the Border Guard” (*A.B. and Others v. Poland*, 2022, para. 34).

In another similar case, this time against Lithuania, the ECtHR found that submission of asylum applications at the border must be accepted by border authorities and forwarded to a competent authority for examination and status determination, regardless of whether the applicants expressed their wish for asylum to border guards orally or in writing (*M.A. v. Lithuania*, 2018, para. 113). In the cases of *D.A. and Others v. Poland*, *M.K. and Others v. Poland*, and *A.B. and Others v. Poland*, the ECtHR ruled that “pushback” measures violate article 3 of the ECHR (prohibition of *refoulement*) and article 4 of [protocol no. 4 to the Convention](#) (prohibition of collective expulsions). From these provisions a right to ask for international protection at the border (either orally or in writing) and a right to access asylum procedures can be derived. In those cases, the ECtHR decided that these rights imply several positive and negative obligations. First, States are under a procedural obligation to properly and individually assess each claim of protection. Second, these rights entail a positive obligation to ensure the applicants’ safety, in particular by allowing them to remain within their jurisdiction until such time as their claims had been properly reviewed by a competent authority. Third, States are under a negative obligation not to send back the applicants to where the risks of ill-treatment stem from before such time as their allegations are thoroughly examined. And lastly, States have a positive obligation to allow access to their territory, pending an application for protection, when individual applicants allege that they may be subjected to ill-treatment, such as chain *refoulement* risks, if they remain on the territory of the neighboring State.

Finally, in addition to those international bodies, it is interesting to note that two Polish courts ruled that pushbacks of asylum seekers are unlawful and therefore overturned the border guards' decision to send them back to Belarus (see [here](#) and [here](#)). In particular, the courts noted that the border guards failed to show that they had checked whether the persons sought to apply for international protection and failed to individually and thoroughly assess their claims.

### 3. Human Rights Committee: Pushbacks Violate Articles 7 and 13 of the ICCPR

The commented decision in the case of *A.B. and B.D. v. Poland* gave the Human Rights Committee its first opportunity to pronounce itself on situations involving the norm of *non-refoulement* beyond scenarios of extradition, deportation, or expulsion of aliens from within a State party's territory (see, e.g., *Judge v. Canada* and *X. v. Sweden*). The Committee had already expressed concerns, in its Concluding Observations (CCPR/CO/80/LTU, para. 15), on the fact that asylum seekers were prevented from requesting asylum at the borders and recommended the State party to take measures to secure access for all asylum seekers to the domestic asylum procedure. The commented decision constitutes the first ever views issued by the Committee on "pushbacks" at the borders. Without much surprise, the Committee found that pushbacks violate States parties' obligations under the prohibition of torture and other forms of ill-treatment and its correlative principle of non-refoulement (article 7 ICCPR) as well as the procedural safeguards that must prevail in the expulsion and deportation of aliens (article 13 ICCPR).

With respect to article 7 of the Covenant and its ensuing norm of *non-refoulement*, the Committee explained that because the authors have raised issues before the border guards which precisely implicated their rights under article 7, and in particular informed the guards of their wish to apply for asylum as they feared an imminent, serious and personal threat in Russia (para. 9.2), Poland's obligations under article 7 were triggered. Poland thus had to recognize the authors' requests for asylum and adequately assess their claims. In fact, it is constantly recognized by the Committee that "where one of the highest values protected by the Covenant, namely the right to be free from torture, is at stake, the closest scrutiny should be applied to the fairness of the procedure applied to determine whether an individual is at a substantial risk of torture" (*Ahani v. Canada*, para. 10.6). The States' obligation of *non-refoulement* therefore necessarily entails a procedural risk assessment obligation, including when claims of protection have been expressed at the border. It is true that the Covenant does not recognize, as such, the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party—since it is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of prohibition of inhuman treatment arise (*General comment no. 15*, para. 5; *A.B. and B.D. v. Poland*, para. 9.4). When persons invoke risks of ill-treatment contrary to article 7 of the Covenant and express their intent to apply for international protection, they hold a right to access asylum procedures and to have their claims and requests be thoroughly assessed.

Additionally, article 13 of the ICCPR regulates the procedure in case of expulsion or deportation. By allowing only those carried out "in pursuance of a decision reached in accordance with law", its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions. Also, by entitling each alien to an individual decision in his own case, the Committee has indicated that article 13 enshrines an implicit prohibition of collective or mass expulsions (*General Comment no. 15*, para. 10). In this respect, the Committee explains that while article 13 protects aliens lawfully on the territory of a State party, "if the legality of an alien's entry or stay is in dispute, any decision on this point leading to his expulsion or deportation ought to be taken in accordance with article 13" (*General comment no. 15*, para. 9). This means that, when persons in need of international protection express their request to apply for international protection at the border of a State party, the authorities' decision to deny them the status as asylum seekers or persons whose legal status was in doubt as a result of "pushing them

back” (by refusing to consider their claims) without acknowledging or assessing their requests for protection is definitely taken arbitrarily in violation of article 13 (*A.B. and B.D. v. Poland*, para. 9.6). In other words, article 13 imposes on States parties an obligation to individually assess claims for protection made at their borders, through a procedure which presents sufficient procedural safeguards against arbitrariness. Contrary to the ECtHR however, the Human Rights Committee did not mention whether persons in need of international protection have a right to enter and remain on the territory of the concerned State party until such time as their claims had been properly reviewed when questions of security arise (in its interim measures, it nonetheless asked Poland to refrain from removing the authors until the Committee had decided on their complaint).

#### 4. Conclusion

Since at least 2016, Poland is implementing what has been characterized as a systemic and consistent practice of preventing persons in need of international protection who present themselves at the Polish-Belarus border from lodging asylum applications. Through these “pushbacks”, third-country nationals’ requests for international protection are not taken into consideration and are not subject to any adequate and individualized assessment. Overall, thousands of persons have been denied access to asylum procedures and have summarily been returned to Belarus.

Those pushback measures have been denounced by several NGOs, by the Committee against torture, and by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, and the issue has notably been brought before the ECtHR on multiple occasions. The case of *A.B. and B.D. v. Poland* is the first one related to pushbacks brought before the Human Rights Committee. The Committee found that pushbacks violate the rights of persons in need of international protection as arising under articles 7 (prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) and 13 (procedural safeguards in case of expulsion) of the ICCPR. In particular, and like the ECtHR in similar cases, the Committee emphasized that persons in need of international protection who inform border guards of their requests for asylum, and thereby raise claims under article 7 of the Covenant, have a right to have their claims thoroughly and individually assessed by the competent authorities, following a procedure demonstrating a sufficient degree of overall fairness. Therefore, persons in need of international protection who present themselves at the border of a State party and express their intent to apply for asylum have a right to access asylum procedures and to have their claims seriously and individually examined.

#### C. Suggested Reading

**To read the case:** UN Human Rights Committee, *A.B. and B.D. v. Poland*, 21 July 2022, Comm. no. 3017/2017.

##### Case law:

- ECtHR, 30 June 2022, *A.B. and Others v. Poland*, Appl. no. 42907/17.
- ECtHR, 8 July 2021, *D.A. and Others v. Poland*, Appl. no. 51246/17.
- ECtHR, 23 July 2020, *M.K. and Others v. Poland*, Appl. nos. 40503/17, 42902/17 and 43643/17.
- ECtHR, 11 December 2018, *M.A. and Others v. Lithuania*, Appl. no. 59793/17.

##### Doctrine:

- BRANDL U., “A human right to seek refuge at Europe’s external borders: The ECtHR adjusts its case law in *M.K. vs Poland*”, *EU Migration Law Blog*, 11 September 2020.
- DELVAL E., “Quant au droit d’accès effectif aux procédures d’asile, tel que découlant de l’article 3 de la CEDH et de l’article 4 du protocole no. 4, des demandeurs d’asile bloqués aux frontières de la Pologne et de la Lettonie”, *Cahiers de l’EDEM*, October 2021.

- GATTA F.L., “You shall not pass! Poland and Hungary and the routine of collective expulsions at their borders”, *Cahiers de l'EDEM*, November 2022.
- GOLDNER LANG I., NAGY B., “External border control techniques in the EU as a challenge to the principle of non-refoulement”, *European Constitutional Law Review*, vol. 17/3, 2021, pp. 442–470.

**To cite this contribution:** E. DELVAL, “The systemic and consistent pushbacks at the Polish borders... This time before the UN Human Rights Committee”, *Cahiers de l'EDEM*, April 2023.

## 2. COUR EUR. D.H., 17 JANVIER 2023, DARAIBOU C. CROATIE, REQ. N° 84523/17

*Après l'eau, le feu : encore un manquement d'un État à ses obligations positives à l'égard de ressortissants étrangers*

*Hélène Gribomont*

### A. Arrêt

#### 1. Faits

Le requérant est un ressortissant marocain d'une vingtaine d'années. En mars 2015, il est entré illégalement en Croatie, depuis la Serbie. Intercepté à la frontière à l'aube, avec trois autres personnes, ils furent emmenés au poste de police de Bajakovo, fouillés, arrêtés et placés dans un local, au sous-sol du poste, affecté à la rétention des migrants dans l'attente de leur expulsion vers la Serbie. Au début de la soirée, deux policiers ont été chargés de surveiller les détenus, en restant devant le local, en outre équipé d'une surveillance vidéo. Une heure plus tard, un incendie s'est déclenché, l'un des détenus ayant mis feu à un matelas. Le requérant fut gravement brûlé et les trois autres détenus perdirent la vie.

Une **inspection** de la salle de détention eut lieu immédiatement. Un mégot de cigarette brûlé fut trouvé.

Une **expertise** suivit, ordonnée par le ministère de l'Intérieur, visant à déterminer les circonstances et causes de l'incendie ainsi que ses conséquences. Le rapport d'expertise conclut qu'une procédure disciplinaire contre les deux policiers en charge de la surveillance était nécessaire, que le système de surveillance vidéo avait été défectueux pendant une période critique de la détention et que la fouille des détenus n'avait pas été minutieuse puisqu'un briquet avait été retrouvé. Aux termes de la **procédure disciplinaire**, le tribunal compétent déclara un policier responsable d'un manquement grave à ses obligations officielles, n'ayant pas effectué sa tâche de surveillance, et acquitta l'autre. Il nota également que l'incendie fut causé par un certain nombre de circonstances, y compris le facteur humain, l'inadéquation du lieu et certaines lacunes organisationnelles.

En parallèle, le parquet ouvrit des **enquêtes pénales** afin d'établir les causes de l'incendie et de déterminer les responsabilités dans le décès des victimes. Il en ressortit que les deux policiers n'avaient pas suivi les instructions claires qui étaient de surveiller le local de détention à tout moment. Toutefois, il fut décidé que ces manquements relevaient du domaine de la responsabilité disciplinaire et que les agents ne devaient pas être poursuivis au pénal.

#### 2. Décision

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « la Cour ») est amenée à se prononcer sur la violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH ») dans son volet matériel et dans son volet procédural.

##### *- Volet matériel*

La Cour rappelle qu'une obligation positive de protéger la vie des personnes relevant de leur juridiction naît dans le chef des États lorsque les autorités compétentes savent ou auraient dû savoir, sur le moment, qu'il y avait un risque réel et immédiat pour la vie et n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute permis d'éviter que ce risque se réalise. La circonstance de la garde à vue place ces personnes dans une position particulièrement vulnérable et a pour conséquence que, même s'il n'est pas établi que les autorités

connaissaient ou auraient dû connaître un tel risque, les policiers doivent prendre des précautions élémentaires afin de minimiser tout risque potentiel et de protéger la santé et le bien-être des détenus.

**En l'espèce, la Cour constate que les autorités n'ont pas pris les mesures suffisantes et raisonnables pour protéger la vie du requérant.**

Premièrement, elle convient que les policiers n'ont pas pris les précautions élémentaires nécessaires. Elle relève d'abord des manquements graves dans la fouille des détenus. Bien qu'ils aient été fouillés à leur arrivée au poste de police et que deux briquets aient été saisis, la fouille n'a pas été complète puisqu'un autre briquet a été retrouvé dans le local. Elle constate ensuite des manquements graves dans la surveillance des détenus. D'une part, le système de surveillance vidéo n'a pas été utilisé à tout moment et, d'autre part, pendant la période de surveillance, un policier est parti rédiger un rapport et l'autre s'est rendu dans la cuisine du poste pour préparer le dîner.

Deuxièmement, elle relève que les autorités n'ont pas examiné les allégations du requérant faisant état de graves problèmes de sécurité dans les locaux du poste de police, tels que l'absence de plan d'évacuation en cas d'incendie, le nombre insuffisant d'extincteurs et l'absence de points d'accès pour les pompiers.

Cela étant, la Cour conclut à la **violation** de l'article 2 dans son volet matériel.

*- Volet procédural*

Selon les principes généraux de la Cour, lorsque des vies ont été perdues, les États ont l'obligation positive de mener une enquête effective. Cela implique que l'enquête doit être officielle, indépendante et impartiale, être menée avec célérité et diligence, et conduire à l'identification et à la punition des personnes responsables.

**En l'espèce, la Cour estime que si la réaction initiale des autorités a été rapide, l'enquête a manqué de rigueur.** D'une part, elles ne se sont pas prononcées sur les lacunes dans la fouille et la surveillance des détenus ni sur le caractère adéquat des locaux. D'autre part, elles n'ont fait aucune démarche pour établir s'il existait des lacunes institutionnelles plus générales afin d'éviter qu'un tel incident tragique ne se reproduise à l'avenir.

Partant, la Cour constate la **violation** de l'article 2 dans son volet procédural.

## **B. Éclairage**

Dans l'arrêt commenté, la Cour condamne à nouveau un État membre pour avoir manqué à ses obligations positives, matérielles et procédurales, à l'égard de migrants, découlant de l'article 2 de la CEDH. En juillet 2022, dans l'arrêt *Safi et autres c. Grèce*, commenté dans les présents Cahiers, elle a mis en cause la responsabilité des autorités grecques, lesquelles n'avaient pas pris toutes les mesures pour sauvegarder la vie et la sécurité de onze ressortissants étrangers trouvés en mer, à la limite de la frontière maritime entre la Grèce et la Turquie. Plus récemment, dans l'affaire *Alhowais c. Hongrie*, également commentée, elle a estimé que les autorités n'avaient pas mis en œuvre tout ce qui était raisonnablement possible pour instaurer un système de sauvetage adéquat le long de la partie de la rivière Tisza, notoirement dangereuse, ce qui avait conduit au décès d'un ressortissant syrien. Dans les deux cas, la Cour a également conclu que l'enquête menée par les autorités n'avait pas été effective.

Après ces décès par l'eau, ce sont des décès et de graves blessures par le feu sur lesquels la Cour est amenée à se prononcer. Si la configuration est bien différente, la finalité n'en est pas moins tragique et s'inscrit également dans le cadre d'une opération frontalière et d'interdiction d'accès au territoire

européen. Le présent commentaire n'a pas vocation à contribuer substantiellement à la large critique des politiques et pratiques, inhumaines, en vigueur dans le domaine. Il y souscrit et converge.

L'occasion est par ailleurs celle de souligner le raisonnement de la Cour quant à l'obligation procédurale d'enquêter qui incombe aux autorités en vertu de l'article 2 de la CEDH. Ce faisant, elle vient enrichir la notion d'enquête effective. Elle souligne en effet que lorsque des vies sont perdues, cela peut davantage être dû à des défaillances systématiques qu'à des erreurs individuelles engageant la responsabilité pénale ou disciplinaire d'agents. À cet égard, dans un contexte tout autre, elle mentionne l'arrêt *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, concernant le décès d'un ressortissant brésilien identifié par erreur comme un terroriste, abattu par la police dans le métro de Londres. Elle a conclu à la non-violation de l'article 2 dans son volet procédural, considérant que tant la responsabilité institutionnelle de la police que la responsabilité individuelle des agents concernés avaient été examinées en profondeur, que des défaillances institutionnelles et opérationnelles avaient été identifiées et que des recommandations détaillées avaient été formulées pour veiller à ce que les erreurs ayant engendré le décès ne se reproduisent pas. Dans l'affaire commentée, la Cour soulève que les autorités se sont focalisées sur les éventuelles responsabilités individuelles des agents sans traiter de la question plus globale des lacunes ou erreurs institutionnelles ayant conduit à l'accident. Par conséquent, elles n'ont pas mené d'enquête permettant de remédier aux déficiences envisagées ni de les prévenir dans le futur.

Si dans la sphère du droit des étrangers, chaque condamnation – nationale, régionale ou internationale – peut sonner comme une victoire, elle fait aussi le constat du nécessaire rappel des États à leurs obligations fondamentales. Cela traduit une réelle inquiétude quant à la valeur de l'humain, vu et entendu uniquement comme un migrant et, en cela, traité sans aucun égard.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cour eur. D.H., 17 janvier 2023, *Daraibou c. Croatie*, req. n° 84523/17.

#### Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 2 février 2023, *Alhowais c. Hongrie*, req. n° 59435/17 ;
- Cour eur. D.H., 7 juillet 2022, *Safi et autres c. Grèce*, req. n° 5418/15 ;
- Cour eur. D.H. [G.C.], 30 mars 2016 *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, req. n° 5878/08.

#### Doctrine :

- CARLIER J.-Y. et SAROLEA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016 ;
- AKANDKI-KOMBE, J.-F., *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 7, Strasbourg, 2006, pp. 21-37 ;
- « Guide sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme », 31 août 2022.

**Pour citer cette note :** H. GRIBOMONT, « Après l'eau, le feu : encore un manquement d'un État à ses obligations positives à l'égard de ressortissants étrangers », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2023.

### 3. COUR EUR. D.H., 18 AVRIL 2023, N.M. C. BELGIQUE, REQ. N° 43966/19

#### *Le contrôle marginal de la détention d'un requérant ayant un profil individuel déclaré dangereux pour l'ordre public*

*Bertin NALUKOMA IRENGE*

#### **A. Arrêt**

##### **1. Les faits**

Le requérant, ressortissant algérien né en 1949, a été membre du parti du Front islamique du Salut. Il dit avoir été arrêté par le Département du Renseignement et de la Sécurité algérien, puis torturé du fait de son appartenance à ce parti. En 1993, il a été condamné par un tribunal algérien à une peine d'emprisonnement de 30 mois en raison de la « récolte de matériels pour besoin criminel et de fonds pour le Front islamique du Salut ». À sa libération, il a fui l'Algérie pour l'Europe (§ 4). Il introduit une première demande d'asile en Belgique en 2003, rejetée en 2005. Il retourne en Algérie. Il introduit une deuxième demande en octobre 2008, rejetée en 2009. Il se rend alors en Allemagne où il introduit une nouvelle demande d'asile. Au cours des années suivantes, il séjournera en Turquie, en Syrie, reviendra en Allemagne et sera rapatrié en Belgique en 2014 en application du règlement Dublin (§§ 5-7). Entretemps, le 7 janvier 2013, il avait reçu un ordre de quitter le territoire (§ 8). Ensuite, il a été suspecté de prosélytisme, de recrutement et de participation aux activités d'un groupe terroriste dans plusieurs pays en 2014 et 2015. Après son arrestation en Allemagne, il fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen émis par la Belgique. Il est placé en détention préventive à la prison de Hasselt à la section « De-Radex » où les détenus fortement radicalisés sont isolés des autres sections. Il est libéré sous conditions le 20 septembre 2017 (§§ 9-10). Après cette libération sous conditions, il s'est vu notifier plusieurs ordres de quitter le territoire avec décision de maintien en détention et de remise à la frontière. Il introduit une nouvelle demande d'asile le 6 octobre 2017 alléguant craindre d'être persécuté en Algérie du fait de soupçons d'appartenance à un groupe terroriste (§ 17). Le 8 décembre 2017, un arrêté ministériel de mise à disposition du gouvernement jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise sur sa demande d'asile est adopté. La mesure, qui emporte sa détention, est motivée par la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité nationale. Deux notes respectivement de la Sûreté de l'État et de l'Organe de coordination pour l'analyse des menaces le classent au niveau 3 sur 4 de la menace terroriste. Sa demande d'asile est rejetée. Il fait l'objet de deux décisions d'exclusion et toutes ses demandes de remises en liberté seront rejetées pour raison d'ordre public. Entretemps, en 2018, il avait été condamné en Belgique pour appartenance à un groupe terroriste et en 2020 pour des menaces sur un codétenu. Il n'a pas formé appel et a purgé ses peines sans pour autant être remis en liberté. Sa dangerosité conduit à ce qu'il reste détenu tant que des procédures d'éloignement du territoire belge sont en cours. Les requêtes de mise en liberté reprochent aux instances nationales de ne pas démontrer en quoi il continue à être dangereux et dénoncent les conditions de sa détention pour sa santé bien qu'il ait parfois refusé les soins proposés.

##### **2. Décision de la Cour**

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour) examine les quatre griefs suivants.

D'abord, sur la violation alléguée de l'article 5, § 1, f), CEDH, la cour examine trois critères :

- *Poursuite d'un but autorisé par l'article 5, § 1, f), CEDH*

La Cour constate que la détention aux fins d'une procédure d'éloignement est prévue à l'article 5, § 1, f), CEDH et que, à l'instar d'autres affaires dont elle a eu à connaître (*Chahal c. Royaume-Uni* et

*K.G. c. Belgique*), la présente affaire est marquée par des préoccupations pour l'ordre public et la sécurité nationale qui ont pesé lourdement dans le choix de maintenir le requérant en détention durant l'examen de sa demande d'asile. Est également mentionnée la condamnation pénale du requérant pour appartenance à une organisation terroriste pendant l'instruction de la demande d'asile (§ 95). La Cour considère que tant que les autorités étatiques font preuve de diligence aux fins d'une procédure d'éloignement, la détention préventive se justifie au titre de l'article 5, § 1, f), de la Convention (§§ 96, 97).

– *Respect des voies légales*

La Cour rappelle que pour satisfaire à l'exigence de régularité, une détention doit avoir lieu « selon les voies légales », ce qui implique que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne (*Amuur c. France*, § 50) (§ 98). La Cour constate que les périodes de détention contestées par le requérant ont reposé sur quatre titres de détention (§ 99). Au regard de sa situation de séjour irrégulière et du fait qu'il constituait une menace pour l'ordre public, la Cour n'a pas de raison de considérer que les détentions du requérant ne respectaient pas les voies légales (§§ 100, 103, et 106).

– *Régularité de la détention*

Par rapport à la régularité de la détention, la Cour rappelle sa jurisprudence suivant laquelle la poursuite d'un but autorisé et le respect des voies légales ne suffisent pas. La finalité de protéger l'individu contre une privation arbitraire de liberté doit être prise en compte. Les lieux et conditions de détention doivent être appropriés et la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable (*Saadi c. Royaume-Uni*, § 74) (§ 107). La Cour relève que s'il y a eu des périodes d'inactivité de la part des autorités et, partant, un défaut de diligence, le maintien en détention cesse d'être justifié (*Gallardo Sanchez c. Italie*, § 41) (§ 112). Elle est sensible au caractère particulièrement long de la détention administrative du requérant ce qui la conduit à analyser les circonstances (§ 115). Pour trois raisons, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, § 1, f), de la Convention (§ 121). D'abord, la complexité de l'instruction nécessitait une analyse solide des risques encourus par le requérant en Algérie en raison de la situation générale mais aussi de sa situation personnelle (§ 117). Deuxièmement, le cas du requérant impliquait des considérations importantes liées à l'ordre et la sécurité publics, eu égard à son profil, au risque de prosélytisme, à sa dangerosité, et aux condamnations pénales encourues. La Cour note qu'« il [ne lui appartient pas] de remettre en cause cette appréciation des autorités nationales qui n'apparaît ni arbitraire ni manifestement déraisonnable » (§ 118). Troisièmement, les juridictions judiciaires ont, à chaque fois, estimé que la détention du requérant était justifiée par des motifs tenant principalement à sa dangerosité et à la préservation de l'ordre public et de la sécurité nationale (§ 119).

S'agissant de l'article 5, § 4, CEDH, la Cour rappelle qu'en vertu de cette disposition, « toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire examiner par le juge le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la "régularité", au sens de l'article 5 § 1 de la Convention, de sa privation de liberté » (§ 128). Dans l'affaire présente, la Cour note qu'il « ne peut être considéré que le contrôle de la détention du requérant opéré par les juridictions belges n'était pas d'une ampleur suffisante » (§ 135) de sorte qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, § 4, CEDH.

Sur la violation alléguée de l'article 3 CEDH, « la Cour note qu'aucun élément du dossier durant le maintien du requérant en régime de chambre n'a constaté de conséquences néfastes de l'isolement sur sa santé, que ce soit physique ou psychique » (§ 150). La Cour relève que le requérant a eu accès aux services d'un médecin, qu'il a eu une visite quotidienne d'un infirmier du centre en 2018, qu'il a refusé le suivi psychologique qui lui a été proposé durant son isolement. De surcroît, le requérant reconnaissait que le régime de chambre avait été plus adapté à sa situation. Il s'en suit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 (§§ 151-153).

Les griefs relatifs à la violation de l'article 8 CEDH ont été jugés non fondés n'ayant pas été soulevés devant les autorités nationales (§ 158).

## B. Éclairage

La Cour adopte une posture distante, de déférence aux autorités nationales. Elle procède à un contrôle dit marginal de légalité.

Elle rappelle qu'elle a jugé que « la notion d'arbitraire contenue à l'article 5 § 1 CEDH n'impliquait pas que la détention doive être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour empêcher l'intéressé de commettre une infraction ou de s'enfuir » (§ 108). Elle contrôle le respect des exigences de légalité et de motivation de la détention du requérant et constate qu'elles ont été respectées.

Par rapport à la durée de la détention, elle constate d'abord qu'il s'agit d'une durée particulièrement longue, *in casu* 31 mois (§§ 113 et 115). Pour déterminer si c'était excessif et si les autorités belges ont poursuivi avec diligence les procédures internes afin d'éloigner le requérant, la Cour examine attentivement la durée au regard des circonstances concrètes et des justifications avancées par le gouvernement (§§ 114-115). À cet égard, elle note que la durée était justifiée par la complexité de la procédure d'expulsion vers l'Algérie qui exigeait un contrôle au regard de l'article 3 (§ 116) et les nécessités de l'ordre public (§§ 117-118). Elle constate aussi que les juridictions internes ont contrôlé régulièrement la légalité de la détention sur le plan formel, sans en apprécier les mérites. Elles ont, à chaque fois, estimé que la détention du requérant était justifiée par des motifs tenant principalement à sa dangerosité et à la préservation de l'ordre public et de la sécurité nationale (§§ 118, 119, 131).

Sur ce point, le requérant se plaignait que le niveau de dangerosité n'avait pas été évalué (§§ 77 et 124). L'affirmation selon laquelle il représentait une menace pour l'ordre public était dépourvue de référence à des faits, discours ou comportements précis. Elle n'avait pas été réévaluée pour vérifier si sa détention était raisonnablement nécessaire pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir. La Cour ne répond pas à cette argumentation. Elle ne questionne pas l'appréciation des autorités quant à l'ordre public et insiste sur le motif lié à la dangerosité pour l'ordre public pour justifier la nécessité de cette longue détention préventive du requérant (§§ 118-119). Comme les juridictions nationales, la Cour fait référence à l'existence de la condamnation pénale du requérant intervenue le 20 avril 2018 pour appartenance à un groupe terroriste et au fait que le requérant n'ait pas formé appel de cette décision (§§ 119 et 25).

Cette posture de la Cour fait ressortir la particularité du pouvoir d'appréciation laissé au gouvernement dans l'adoption de mesures de détention aux fins de préservation de l'ordre public. En se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour dit qu'« il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation du gouvernement qui n'apparaît ni arbitraire ni manifestement déraisonnable » (*KG c. Belgique*, § 74). Elle ne dit pas comment apprécier ce caractère manifestement arbitraire ou déraisonnable (§ 118).

Dans un commentaire d'un arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 18 juillet 2019, [Christelle Macq](#) a mis en évidence l'évolution de la législation belge qui laisse une large marge d'appréciation aux autorités publiques pour décider de l'existence de motifs d'ordre public ou d'une raison impérieuse de sécurité nationale. Elle souligne que la Cour constitutionnelle belge n'encadre pas le processus d'établissement d'une menace pour raison d'ordre public. La Cour estime que les autorités nationales prendront les précautions nécessaires pour respecter les garanties procédurales.

L'arrêt commenté renforce le poids du pouvoir d'appréciation étatique. La jurisprudence de la Cour évolue dans le sens d'un contrôle plus souple, laissant une large marge d'appréciation aux autorités nationales. Cette évolution ressort de la comparaison avec la jurisprudence antérieure.

En 1996, le 15 novembre, dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* où le requérant était également détenu pour fin de procédure d'expulsion, la Cour avait reconnu que l'article 5, § 4, CEDH prévoit le droit à un contrôle juridictionnel d'une ampleur suffisante pour s'étendre aux conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard de l'article 5, § 1 ([note d'information](#) de novembre 1996). La détention ayant été de longue durée, la Cour disait devoir également rechercher s'il existait des garanties suffisantes contre l'arbitraire (*Chahal*, § 119) car « en matière de "régularité" d'une détention, y compris l'observation des "voies légales", la Convention renvoyait pour l'essentiel à l'obligation d'observer les normes substantielles et procédures de la législation nationale, mais elle exigeait de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire » (*Chahal*, § 118, *Amuur c. France*, § 50). En examinant la disponibilité d'un recours effectif, la Cour rendait nécessaire, au titre de l'article 13 de la Convention, l'exigence d'un recours rendant les juridictions internes aptes à connaître du fond du grief et à offrir un redressement approprié (*Chahal*, § 145). Les pouvoirs et les garanties que présentent les recours internes entraînent en ligne de compte pour apprécier l'efficacité du recours (*Chahal*, §§ 152-153). L'ampleur des carences de la procédure de contrôle juridictionnelle avait conduit la Cour à constater l'inexistence d'un recours effectif (*Chahal*, § 155).

En 2012, dans l'affaire *M.S. c. Belgique*, dans une période caractérisée par le renforcement des mesures de sécurité et de sûreté contre le terrorisme depuis les attentats du 11 septembre 2001, la Cour a examiné la requête d'un ressortissant irakien ayant participé à des activités terroristes. Il avait été condamné par la Belgique et avait exécuté sa peine. Le requérant, demandeur d'asile, avait été placé deux fois en longue période de détention préventive en vue d'un éloignement, avait été assigné à résidence entre les deux périodes de détention, n'avait pas obtenu asile, n'avait pas bénéficié d'une mise en liberté par le gouvernement à cause de son profil dangereux et avait été renvoyé contre son gré en Irak. En examinant les griefs tirés de la violation des articles 3, 5, § 1, f), et § 4, la Cour avait procédé à un véritable contrôle des mesures motivées par des raisons d'ordre public. Au titre de l'article 3, elle a estimé qu'« il n'est [...] pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un État est engagée sur le terrain de l'article 3, ces mauvais traitements fussent-ils le fait d'un État tiers » (§ 127). « Pour déterminer l'existence de motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel [...], la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office » (§ 128). Même lorsque l'État vers lequel une personne peut être renvoyée donne des assurances diplomatiques, la Cour doit examiner s'il y a des garanties suffisantes de protection contre le risque (§ 131). Au titre de l'article 5, § 1, la Cour estimait que « dans les affaires qui, comme en l'espèce, concernent des périodes de détention multiples et consécutives, elle fait primer la nécessité d'éviter un formalisme excessif et les considère comme un tout » (§ 144). « La détention pour le seul motif de sécurité nationale sort des limites de l'alinéa f) de l'article 5 § 1 » (§ 150). Du fait qu'aucune juridiction n'avait réévalué le risque que le requérant continuait de représenter effectivement pour l'ordre public et la sécurité nationale depuis sa sortie de prison, la Cour avait estimé que « le requérant n'a pas bénéficié des garanties minimales contre l'arbitraire et a fait [...] l'objet d'une détention non conforme à l'article 5 § 1 » (§ 176). Les autorités belges n'hésitant pas à faire usage des possibilités qu'offre la loi sur les étrangers pour prolonger la détention au-delà de ce qui est prescrit par l'article 7, le requérant pouvait légitimement craindre la durée illimitée de sa détention (§ 179).

En l'espèce, l'ampleur du contrôle est bien moindre. En se limitant à ce qui ressemble à un simple contrôle de forme, la Cour européenne laisse sans contrôle suffisant l'évaluation par le gouvernement de la dangerosité du demandeur d'asile. La conséquence est lourde lorsqu'il y a privation de liberté, puisqu'au regard de l'article 52/4 de la loi belge sur les étrangers, lorsqu'un individu est remis à la disposition du gouvernement, la durée de la détention n'est pas limitée (voir aussi arrêt *KG c. Belgique*, § 72).

### C. Conclusion

La présente décision met en lumière une limite apparente du contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme des raisons graves liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale avancées par un gouvernement. La Cour se limite à un contrôle de forme. Ce recul dans la protection renforce la critique du *procedural turn* observé devant la Cour. Autour de cette critique, Miles Jackson<sup>1</sup> soulève le fait que pour répondre à la pression des États, la Cour a constaté qu'un certain repli de son rôle était nécessaire. Cependant, elle devrait faire attention au fait que ce qui semble réglé du point de vue du droit peut être remis en cause par une revendication politique et que l'application de ce virage procédural à certains types d'affaires pourrait mettre son autorité en péril.

### D. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cour eur. D.H., 18 avril 2023, *N.M. c. Belgique*, req. n° 43966/19.

#### Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92.
- Cour eur. D.H., 6 novembre 2018, *K.G. c. Belgique*, req. n° 52548/15.
- Cour eur. D.H. (G.C.), 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93.
- Cour eur. D.H., 31 janvier 2012, *M.S. c. Belgique*, req. n° 50012/08.
- Cour eur. D.H. (G.C.), 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03.
- Cour eur. D.H. (G.C.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, requête n° 28341/95.

#### Doctrine :

- Macq, C., « *Retrait du droit au séjour et éloignement pour motifs d'ordre public : les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 validées, sous réserve d'interprétations, par la Cour Constitutionnelle* », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2019.
- Jackson M., « *Judicial avoidance at the European Court of Human Rights : Institutional authority, the procedural turn, and docket control* », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, n° 1, janvier 2022, pp. 112–140.
- Sarolea S., « *La dangerosité sans condamnation, une démonstration exigeante* », note sous C.C.E., arrêt n° 199.018 du 31 janvier 2018, *Cahiers de l'EDEM*, avril 2018.
- Sarolea S., « *Éloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux* », note sous C.E.D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

**Pour citer cette note :** Bertin NALUKOMA IRENGE, « Le contrôle marginal de la détention d'un requérant ayant un profil individuel déclaré dangereux pour l'ordre public. », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2023.

<sup>1</sup> p. 123.

## 4. RÉCIT DE VIE – LE REFUGE

Quand j'évoque la Flandre, où je suis née, je dis « ma » région. Je m'y suis toujours sentie comme une « immigrée » et le vois comme une force. Mes parents et mes grands-parents sont nés en Belgique. Mon grand-père paternel était liégeois. Jeune ingénieur civil, il avait eu la possibilité de travailler pour une entreprise française implantée en Flandre.

Mon père avait 3 ans quand son père était parti vivre à Malines, il était allé à l'école primaire, en néerlandais à Malines et ensuite à l'école secondaire à Bruxelles. Mon grand-père est décédé, en 1957, il devait avoir 55 ans. Après sa mort, ma grand-mère a considéré que la joie n'avait plus lieu d'être dans la maison. Elle a interdit à mon père, qui avait une très belle voix, de chanter. Devenant chef de famille, mon père, qui venait de terminer ses études de médecine, a dû interrompre la spécialisation en dermatologie qu'il avait commencée, pour subvenir aux besoins des siens.

Des conversations avec mon père, je retiens que cette obligation l'a empêché de prendre son envol. Les ailes lui ont été coupées à bien des égards. Il s'est installé comme médecin généraliste dans le village de Zemst, à 5 km de Malines. Dans ce village, il n'y avait qu'un autre médecin et il n'a donc jamais manqué de travail. C'était un généraliste à l'ancienne, disponible à tout moment pour ses patients et parfois payé en légumes.

Ma mère, Bruxelloise, avait grandi à Ixelles, dans un milieu francophone. Elle savait qu'en épousant mon père, elle devrait fixer les rendez-vous des patients en néerlandais, langue qu'elle ne connaissait pas avant de rencontrer mon père. Elle a été comme jeune fille au pair dans une famille flamande pour apprendre la langue. J'ai de l'admiration pour sa démarche, je sais qu'elle l'a réalisée par amour. Elle a toujours parlé le flamand comme une vache espagnole. Quand elle répondait au téléphone, il était impossible d'ignorer que ce n'était pas sa langue maternelle.

Mes parents, et surtout mon père, nous disaient que si les habitants du village apprenaient que nous étions francophones, il risquait de perdre sa clientèle. La consigne était claire : nous ne pouvions pas parler français en dehors de ma maison. Je la vois comme une forme de respect, nous devons parler la langue de ceux qui nous entouraient. Cette manière d'être m'a sans doute ouverte à la question de la différence.

En me racontant, je réalise que ma première rencontre avec la migration a eu lieu quand j'étais enfant, grâce à des amis hongrois de mon oncle et ma tante. J'ai entendu pour la première fois le mot « réfugié », ils étaient dissidents politiques, ils avaient fui leur pays. Je les ai immédiatement perçus comme courageux et les ai admirés. Je ne me suis jamais éloignée de ce sentiment et ai veillé à porter la voix de ceux qui n'étaient pas entendus.

J'ai commencé le droit un peu « par défaut ». Pendant mes études, j'avais vu un reportage au journal télévisé où l'avocat Georges de Kerchove expliquait avoir accompli les démarches nécessaires pour empêcher la radiation d'un étranger. J'avais alors pensé que je souhaitais avoir un métier identique au sien, utile et porteur d'espoir.

Après mes études, j'ai voulu voyager, je voulais avoir un temps pour moi et découvrir le monde. Je suis partie en Inde pendant 6 mois, seule, où j'ai travaillé pour plusieurs associations. Le choc culturel fut immense, j'ai pris conscience d'une pauvreté dont je ne pouvais imaginer les limites. J'ai réalisé la chance que j'avais et mieux compris l'impérieuse nécessité pour certains de chercher un meilleur ailleurs.

Quand je suis rentrée, je me suis installée, à Bruxelles. La ville me plaisait, il y a une vraie diversité d'origines et de cultures, des francophones et des néerlandophones. Je m'y sentais et m'y sens encore bien aujourd'hui. Il est vrai que j'y vis dans de bonnes conditions.

J'avais pensé, après ce voyage, reprendre des études d'infirmière. Des amis m'ont adéquatement rappelé qu'il y avait aussi moyen de soigner avec le droit. Trois mois après mon retour, je travaillais au Service social des étrangers. J'y ai été la première juriste. Nous ne cessions de dénoncer les injustices et en même temps de tenter d'y remédier.

J'avais déjà compris, enfant, que l'indignation était mon moteur. Un jour, j'avais entendu quelqu'un laisser supposer que l'enfant qui avait amené des poux dans la classe devait être la petite fille turque. Le rejet de cette remarque, comme des a priori, avait été immédiat. L'indignation a toujours été mon moteur.

Au Service social des étrangers, mon travail consistait à donner la base juridique et l'argumentation aux revendications. Il n'y avait aucune hiérarchie au sein de l'équipe, les assistantes sociales m'ont énormément appris. Elles avaient la pratique qui me manquait alors. L'une d'entre elles demeure un modèle en sa manière d'être engagée et de communiquer de l'énergie aux autres. Ensemble, nous avons pu empêcher des doubles peines en négociant avec le bureau D (détention) de l'Office des étrangers. Le mode de fonctionnement a sans doute renforcé ma conviction de la nécessité de travailler à plusieurs pour affronter ces questions de manière pertinentes.

J'ai ensuite travaillé au Comité belge d'aide aux réfugiés (CBAR), association partenaire du Haut-Commissariat pour les Réfugiés (HCR). J'y ai été confrontée à la difficulté d'exercer seule une mission déterminante pour des demandeurs d'asile. Je n'ai pas oublié cette visite, dans un centre fermé, à une enfant congolaise qui était arrivée, en Belgique, avec son oncle. Elle avait été enfermée seule, son oncle avait pu passer les contrôles. Tabitha devait rejoindre sa mère, reconnue réfugiée au Canada.

À son arrivée, une demande d'asile avait été introduite en son nom par un avocat commis d'office. Quand nous avons réalisé qu'elle remplissait les conditions pour un regroupement familial au Canada, avec le HCR, nous avons pris les contacts avec les autorités belges pour l'organiser. La demande d'asile introduite au nom de l'enfant fut rejetée. N'entendant que sa logique, l'Office des Étrangers a décidé d'organiser le rapatriement. Il refusait d'entendre toutes nos demandes. Je ne cessais d'être en contact avec la fonctionnaire en charge. À aucun moment, elle n'a envisagé de modifier sa ligne. Sa seule concession a été de m'assurer qu'il y aurait quelqu'un de l'ambassade pour accueillir l'enfant. C'était faux.

À l'arrivée à Kinshasa après le rapatriement, personne n'attendait Tabitha, âgée de 5 ans. Une fonctionnaire de l'Agence nationale des renseignements, une maman, s'est occupée d'elle. J'ai contacté la presse pour dénoncer la situation et indiquer comment l'Office des étrangers, malgré les avis circonstanciés du HCR, avait décidé le renvoi de Tabitha.

Cela n'intéressait personne sauf un journaliste flamand de *De Morgen*. Il m'a rappelée, il cherchait vraiment à comprendre ce qui s'était passé et était concerné. Il m'a dit, « Demain, cela fait la une de *De Morgen* ». C'était un vendredi. Le week-end, cela a fait la une de tous les journaux francophones. Il y avait alors un sommet de la Francophonie au Liban, y assistaient le président de la RDC, celui du Canada et le Premier ministre belge. Ils se sont rapidement entendus sur cette question, soudain la requête de Tabitha ne paraissait plus incongrue, le voyage fut organisé afin qu'elle rejoigne sa maman au Canada. La Belgique a ensuite été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. La fonctionnaire en charge du dossier a été promue, on a dû considérer qu'elle avait eu le mérite de défendre la ligne de l'institution.

Avec cette affaire, j'ai pris conscience du pouvoir de la presse : elle est vraiment le 4<sup>e</sup> pouvoir. Elle m'a toujours fascinée, mais je ne réalisais pas sa puissance. Après cet événement, j'ai dit à mon mari, journaliste : nous nous en allons. Je ne pouvais plus envisager de travailler avec des gens qui avaient perdu tout bon sens. Nous avons tous les deux cherché des postes à l'étranger, il a été le premier à trouver, à Kinshasa, un projet de formation de journalistes au sein de leur rédaction. Nous y sommes

partis en 2003, avec nos deux enfants, où nous sommes restés 10 mois. J'ai aisément trouvé mes repères dans cette ville. J'y ai travaillé comme consultante pour le HCR, j'ai toujours dit que mon job était le résultat d'une mission d'inspection qui avait dénoncé certaines pratiques. En 3 mois, j'ai dû mettre en place les normes d'accueils de la procédure et de la détermination du statut de réfugié. Le travail intellectuel fut passionnant, il pouvait devenir addictif mais je n'ai jamais eu l'impression de combattre les injustices comme j'avais pu l'avoir fait quand j'étais au CBAR. C'était prestigieux mais cela me correspondait moins.

Au retour, j'ai à nouveau travaillé au CBAR où la mobilisation était intense pour la cause tchéchène. C'est sans doute un des contextes les plus éprouvants que j'ai connus. J'ai vu des hommes s'effondrer devant moi en me narrant leur histoire, le corps et l'âme brisés. Je n'oublierai jamais le visage de l'un d'eux, il avait été torturé, sa maison avait été bombardée, sa femme et sa fille avaient péri pendant les bombardements, alors qu'il était détenu par les Russes. C'était un colosse brisé par la guerre et les traitements subis. Ils ont été nombreux à se succéder dans mon bureau, avec des récits plus prenants les uns que les autres.

Je me vois encore dire, de lassitude, un matin à mon voisin qui travaillait au cabinet du Premier ministre : « Il faut faire quelque chose pour la Tchétchénie. » Il m'avait répondu : « Nous ne pouvons rien, il s'agit des affaires intérieures de la Russie. » Je ne savais que lui répondre, j'aurais voulu qu'il m'accompagne et entende ces réfugiés.

En 2010, j'ai rejoint l'équipe qui avait constitué l'association *Intact*. Ce fut passionnant de participer à la création d'une association, de travailler sur les questions liées aux mutilations génitales et violences de genre. J'y ai travaillé jusqu'en 2017. Notre travail a été utile pour sensibiliser les instances d'asile sur le besoin de protection internationale des femmes et filles exposées aux violences de genre et les instances de l'accueil sur l'identification des personnes vulnérables. Le plaidoyer auprès des instances a été intense et nourri de nombreux échanges. J'ai également géré pour la première fois une association, j'ai beaucoup appris, ai découvert la richesse mais aussi les difficultés de la fonction.

J'ai connu 21 ans d'associatif et 2 ans aux Nations unies. À un moment, j'ai réalisé y laisser une part de moi-même. J'étais épuisée. J'ai alors croisé Sylvie. À différentes reprises, je l'avais rencontrée durant mon parcours professionnel, elle était toujours passionnée et inspirante. Elle m'a proposé de réaliser une recherche pour l'EDEM sur le regroupement familial. Cette recherche a marqué le début d'une belle collaboration avec Sylvie et l'EDEM. Mon expérience variée me permet d'être attachée à de nombreux projets de recherche, de travailler les matières que j'ai tant pratiquées et de collaborer avec de belles personnes.

L'EDEM fut et demeure mon refuge. Elle me permet de rester en lien avec les questions qui me sont chères telles que l'asile, le regroupement familial, les droits de l'enfant migrant et les questions de genre à l'origine d'un exil. J'ai la chance de réfléchir à ces questions au sein d'une équipe vibrante, bienveillante et nourrissante. La dynamique me comble même si les sujets demeurent difficiles et les fenêtres étroites.

**Pour citer cette note :** « Le refuge », Récit de vie recueilli par Béatrice Chapaux dans le cadre d'un projet Migrations et récits de vie financé par le Fonds de développement culturel d'UCLouvain Culture, avril 2023.