SYLLABUS

COLLOQUIUM 16 MAART 2012
COLLOQUE16 MARS 2012

IS HET EEN MISDAAD OM VREEMDELING TE ZIJN?

ÊTRE ÉTRANGER EST-IL UN CRIME?

WWW.PROGRESSLAW.NET

In samenwerking met vzw Dereac en **met de steun van ELDH** (European Association of Lawyers for Democracy and Human Rights) **en IADL** (International Association of Democratic Lawyers)

En collaboration avec l'asbl Dereac et **avec le soutien de l'EJDH** (Association Européenne des Juristes pour la Démocratie & les Droits de l'Homme) **et AIJD** (Association Internationale des Juristes Democrates)

PROGRESS LAWYERS NETWORK
WWW.PROGRESSLAW.NET

ADVOCATEN | AVOCATS | LAWYERS

Voorwoord

'Is het een misdaad om vreemdeling te zijn ? Wij denken van niet.' Zo eindigt de gedeeltelijk afwijkende mening van zes rechters bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Saadi t. Verenigd Koninkrijk van 29 januari 2008.

Hoewel het geen nieuwe vaststelling is dat migranten gecriminaliseerd worden, breidt het onrustwekkende fenomeen zich uit. Deze criminalisering raakt zowel degene die zijn land wenst te verlaten als de immigrant in het 'gast'land. Zij uit zich in militaire apparaten (FRONTEX), in terugnameakkoorden tussen staten, in meer en meer strafsancties, in administratieve maatregelen die de vrijheid en de privacy aantasten, in de oprichting van stigmatiserende databases (SIS, EURODAC, VIS), …

Deze criminalisering botst frontaal met het respect voor de fundamentele rechten van de migranten. Een centrale doelstelling van het colloquium is de grondige, praktische en nuttige analyse van deze schendingen van de fundamentele rechten.

Bovendien heeft deze criminalisering zijn weerslag op het beeld van de migrant in onze samenleving. Het beleid dat de migrant direct of indirect gelijkstelt met een crimineel drukt zijn stempel op de publieke opinie, en met welke gevolgen? Welke rol spelen de media? Met deze vragen zullen wij trachten ook buiten het strikt juridisch-analytische kader te treden.

Het colloquium zal tevens de gelegenheid bieden om verschillende mogelijkheden te bespreken om zich tegen deze evoluties te verzetten.

PRÉFACE

'Être étranger est-il un crime? Nous ne le pensons pas.' Ainsi se terminait l'opinion partiellement dissidente commune à 6 juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Saadi c. Royaume-Uni du 29 janvier 2008.

Si le constat de la criminalisation des migrants n'est pas neuf, ce phénomène inquiétant s'amplifie. La criminalisation frappe tant l'individu qui souhaite quitter son pays que l'immigré dans le pays d'«accueil». Elle se matérialise dans des dispositifs militaires (FRONTEX), dans des accords entre Etats, dans des sanctions pénales de plus en plus nombreuses, dans des mesures administratives attentatoires aux droits à la liberté et à la vie privée, dans la constitution de bases de données stigmatisantes (SIS, EURODAC, VIS) …

Cette criminalisation entre en collision frontale avec le respect des droits fondamentaux des migrants. Un objectif central du colloque sera d'analyser en profondeur ces violations des droits fondamentaux dans une perspective pratique et utile pour le praticien.

En outre, cette criminalisation détermine dans une large mesure l'image du migrant dans nos sociétés. Ces politiques qui assimilent directement ou indirectement le migrant à un criminel marquent les opinions, avec quelles conséquences? Quels rôles jouent les médias? Avec ces questions, nous tenterons de dépasser le cadre strictement juridique de l'analyse.

Le colloque sera également l'occasion de discuter différentes pistes de résistance.

Inhoudstafel - Table des matières

Teksten van de sprekers - Textes des orateurs

1 Inleiding **9**

De stilte in het debat - Over macht, antiverlichting en diversiteit 9
Ico MALY

2 Het 'misdrijf van de emigratie'
Le 'délit d'émigration' **19**

Aux frontières de l'Europe 19
Claire RODIER

Frontex: de militie van Fort Europa 25
Frontex: la milice de la Forteresse Europe 45
Mieke VAN DEN BROECK

Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen aan de grens
TEKST 1: Historiek niet-begeleide minderjarige vreemdelingen 62
TEKST 2: Wat is de rol van de voogd wanneer zijn pupil wordt vastgehouden in
een welbepaalde plaats aan de grens? 64
TEKST 3: Koninklijk besluit van 9 april 2007 68
David LOWYCK

3 De criminalisering in het 'gast'land
La criminalisation dans le pays d' « accueil » **77**

Le délit de solidarité et la lutte contre la traite 77
Nathalie FERRÉ

De criminalisering van het huwelijk 89
Kati VERSTREPEN

Quelles limites au fichage des migrants dans les bases de données belges et européennes? 101
Mathieu BEYS

La victime en situation irrégulière et l'obligation de dénonciation des fonctionnaires 107
Cédric SMEETS

4 De criminalisering via de detentie en uitwijzing
La criminalisation assumée via la détention et l'expulsion **113**

Frontière - Asile - Détention
Législation belge, normes européennes et internationales 113
Tristan WIBAULT
Les balises de la Cour européenne des droits de l'homme 143
Claire DUBOIS-HAMDI

5 Middelen om zich te verzetten tegen de criminalisering
Pistes de résistance **155**

La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme? 155
Anne WEBER

Naufrages en Méditerranée: des plaintes pour lutter contre l'indifférence 181
Claire SAAS

Onwaardig en gevaarlijk werk: initiatieven van de vakbond 183
Guy TORDEUR

La campagne Migreurop « Droit de regard dans les lieux d'enfermement »:
connaître et faire connaître la pratique de détention des migrants pour mieux la dénoncer 197
Evelyne VAN MEESCHE

De rol van de media 203
Tine DANCKAERS

6 Besluiten
Conclusions **211**

Selma BENKHELIFA en Marie-Pierre DE BUISSERET 211

7 Bijlage
Annexe **213**

« Tout n'est pas permis au nom de la lutte contre l'immigration illégale » 213
Thomas MITEVOY

De Stilte in het Debat
over macht, Antiverlichting en superdiversiteit

Ico Maly

Beknopte biografie

Ico MALY *(1978) is licentiaat in de Vergelijkende Cultuurwetenschappen en post-licentiaat in de Ontwikkelingssamenwerking (optie politiek en conflict), Universiteit Gent. Hij legt momenteel de laatste hand aan zijn doctoraat, dat de titel "In naam van de democratie. N-VA, de antiverlichtingstraditie en aanval op de democratie" zal dragen.*

Ico Maly werkte als coördinator en stafmedewerker bij KifKif (2005-2011), als inhoudelijk medewerker bij de federatie Marokkaanse Democratische verenigingen (2005-2006) en als diversiteitsconsulent en projectleider bij de tolk- en vertaalservice Gent (2002-2005).

Ico Maly publiceert al jaren over beeldvorming en islam, racisme, en het Israëlisch-Palestijnse conflict.

Hij is hoofdredacteur van Kif Kif Mediawatch. Onder zijn redactie verscheen eerder Cultu(u)rENpolitiek, dat in 2008 de publieksprijs van boekhandel De Groene Waterman won.

Biographie sommaire

Ico MALY *(1978) est licencié en Sciences Culturelles Comparatives et a obtenu une post-licence en Développement (option politique et conflit) à l'Université de Gand. Il termine un doctorat intitulé " Au nom de la démocratie. La NVA, l'anti- tradition de la philosophie des Lumières et assaut sur la démocratie".*

Ico Maly a travaillé en tant que coordinateur et collaborateur exécutif chez KifKif (2005-2011), comme collaborateur à la fédération des Organisations Démocratiques marocaines (2005-2006) et comme consultant en diversité et chef de projet au service d'interprétation et de traduction de la ville de Gand (2002-2005).

Depuis plusieurs années déjà, Ico Maly publie sur des thèmes comme image et l'islam, le racisme et le conflit Israélo-Palestinien. Il est rédacteur en chef de KifKif Mediawatch. C'est sous sa rédaction qu'a paru PolitiquETCulture, qui a gagné en 2008 le prix du public de la librairie De Groene Waterman.

Met de eerste Zwarte Zondag start een twee decennia durend "migrantendebat". De noemer waaronder dat debat werd gevoerd veranderde door de tijd. Wat start als een "vreemdelingendebat" werd later "het integratiedebat", "het allochtonendebat", "het islamdebat" of het "inburgeringsdebat" genoemd. Er werden zeer luide discussies gevoerd rond grote thema's als racisme, integratie, assimilatie, diversiteit en culturele verschillen in het bijzonder. Discussies die steeds opnieuw goed waren voor een lawine aan mediaberichtgeving. Er werden zwaarbeladen "issues" op de politieke agenda geplaatst zoals het migrantenstemrecht, de strijd tegen racisme en uiteindelijk halalvlees, religieus slachten en de onderdrukking van de moslimvrouw. Het debat dat het meeste stof deed oplaaien staat op naam van de hoofddoek. Meer dan 20 jaar later lijkt, op enkele kleine opstootjes na, de stilte te overheersen in het inburgeringsdebat. Het debat overheerst de politieke agenda niet meer.

DE STILTE IN HET DEBAT

De stilte is vaak oorverdovend. De enige partijen die zelf de discussie opstarten in het kader van de superdiverse samenleving, zitten aan de rechterzijde. Zowel het Vlaams Belang dat sinds kort helemaal terug is in haar oude Vlaams Blok-hoedanigheid als N-VA starten zelf discussies over diversiteit. Zij nemen hier steeds een heel consequente positie in: het huidige migratiebeleid is te laks, te links en heeft gefaald. En dus moet er als het van N-VA afhangt, ingezet worden op een structureel inburgeringsbeleid met straffen voor wie het niet volgt of niet slaagt. Dat men hiermee de democratische rechten voorwaardelijk maakt, lijkt niemand noch te deren. Het Vlaams Belang zweert dan al weer twee decennia bij het discours van aanpassen of opkrassen.

Het centrum van de politiek en de linkerzijde reageert als het moet. Letterlijk. Zij starten geen of bijna geen discussies over dergelijke thema's. SP.a mag dan aan de rechterzijde wel gekend staan als de "allochtonenpartij", in wezen is het lang zoeken naar bijvoorbeeld de eisenbundel van de partij inzake de bestrijding van racisme. De linkerzijde is geen trekker van het debat, maar reageert als ze daartoe gevraagd of verplicht worden door een gebeurtenis in de actualiteit. Als er heibel is in de wijk 2060 in Antwerpen, dan reageren burgemeester Janssens of zijn schepenen in de pers. En dan is de reactie hard: er moet kordaat ingegrepen worden, er zijn GAS-sancties nodig, ze moeten weten dat het zo niet kan. Kortom, het hele discours van rechten en vooral plichten komt dan bovendrijven. Een discours dat in de feiten enkel bovengehaald wordt om het over de plichten te hebben, niet over de rechten. Buiten dergelijke opstoten heerst de stilte en die stilte is oorverdovend.

Die stilte is geen goed teken. Het is geen symbool dat de samenleving de opstoot van racisme achter zich heeft. Het is geen symbool van een samenleving die zich in die laatste twee decennia verzoend heeft met de diversiteit die onze samenleving rijk is. Het is geen symbool van een samenleving die in de geest van de Verlichting diversiteit als een feit ziet, als het recht van het individu om zijn of haar leven uit te bouwen zoals zij dat wenst. De geest van John Locke (1689), die tolerantie tussen religies predikte als de manier om conflicten en geweld uit de samenleving te bannen, is niet de leidraad van het beleid of het maatschappelijk debat. Immers, Locke was van oordeel dat een staat zich niet te moeien had met de geloofsartikelen van de gelovigen zolang die de civiele vrijheden van anderen niet schonden. Bovendien had de staat geen autoriteit en dus geen impact over de inhoud van de religie in de geesten van de mensen. Elk ingrijpen van de staat in religieuze aangelegenheden was dan ook contraproductief.

Die godsdienstvrijheid wordt dan wel steevast uitgeroepen als een eigenschap van ons, van onze samenleving, in de praktijk worden er enkel lippendiensten bewezen aan de uitgangspunten van John Locke. Meer nog, godsdienstvrijheid wordt geïnstrumentaliseerd als een uitsluitingsmechanisme. Als iets wat wij zouden hebben en de ander niet, en bijgevolg iets wat ons superieur maakt aan die ander. De godsdienstvrijheid, net zoals die andere rechten die steevast herhaald worden als mantra's in de communicatie over de multiculturele samenleving worden ingezet om een cultureel evolutionisme te verantwoorden. Godsdienstvrijheid, de scheiding van Kerk en staat zijn dat de banners waaronder een aanval op de waarden van de Verlichting wordt ingezet.

De nadruk op godsdienstvrijheid betekent dus niet dat we net zoals Thomas Paine (1791) een pleidooi houden voor een absoluut recht op godsdienstvrijheid. Integendeel, het hoofddoekenverbod is dominant. Het verbod op de boerka passeerde geruisloos, op een tegenstem na. Eva Brems stemde tegen net omdat ze redeneerde vanuit de Rechten van de mens. Meteen werd ze door Dirk Verhofstadt van Liberales, in "goede traditie" van het cultureel evolutionisme zoals de Van Rooy's die vertegenwoordigen in Vlaanderen, op haar plaats gezet als verdediger van de nazistische islam[1]. Opkomen voor de mensenrechten levert in het Vlaanderen vandaag het label van meeheuler met de hedendaagse nazi's op.

Dit verwijt passeerde even geruisloos als het boerkaverbod. Die stilte is er niet alleen als het over godsdienstvrijheid gaat. Integendeel. De stilte is zo mogelijk nog oorverdovender als het over sociaaleconomische rechten gaat. Het recht op een goed leven, het recht op een goede job met goede arbeidsvoorwaarden, het recht op een dak boven het hoofd, het recht om gelijk behandeld te worden. Al deze rechten lijken onbestaand in onze zelfverbeelding en dus niet belangrijk. Het hoeft dan niet te verbazen dat het streven naar gelijkheid door herverdeling niet hoog op de agenda staat. De strijd tegen racisme is zo goed als afwezig in onze media en in het politieke debat. Die strijd lijkt gestreden, van racisme lijkt geen sprake te zijn. Ongelijkheid, de hoge werkloosheid bij allochtonen is dan louter een kwestie van willen en culturele onaangepastheid, zoals Bart Somers ooit verklaarde in het kader van zijn plan om de "allochtone" werkloosheid op te lossen.

DE STILTE ALS SYMBOOL VAN DE MACHT

De mensenrechten, de godsdienstvrijheid en de sociaaleconomische rechten incluis, worden vandaag meer en meer gezien als uitingen van onhaalbaar utopisch denken. Van een abstract en naïef kosmopolitisme dat in de praktijk niet alleen onwerkbaar is, maar zelfs gevaarlijk is. Daarom moeten deze rechten in balans gebracht worden, gecorrigeerd worden met antiliberale dogma's zoals de waarden en normen van het volk. In naam van het realisme, van de democratie en de waarden van de Verlichting wordt dan opgeroepen om die rechten terug te brengen tot wat haalbaar is. Wat de publieke opinie wil.

---

[1] Verhofstadt, D. 2011: DE BOERKA IS HET HEDENDAAGSE EQUIVALENT VAN DE JODENSTER http://www.liberales.be/columns/dirkboerka

Zo moet het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding volgens N-VA niet meer opereren volgens de internationale standaarden van de Rechten van de mens, maar moet haar opdracht in de pas gebracht worden met de Vlaamse publieke opinie. N-VA droomt daarom luidop van een Vlaams Centrum waarbij Ben Weyts hoopt dat er dan "een nieuwe weg wordt ingeslagen naar een minder wereldvreemd Centrum dat eindelijk wat aansluit bij de visie van de Vlamingen op migratie en integratie.[2]"

En ook deze opmerking verdween zonder veel ophef tussen de plooien van de macht. Op een minuscuul artikeltje van Joël De Ceulaer in De Standaard na en een reactie van Eva Brems bleef het terug oorverdovend stil. Nochtans zijn dergelijke uitspraken uiterst radicaal te noemen. De Rechten van de mens worden hier ondergeschikt gemaakt aan de belangen van de Vlaamse natie. Het primaat van de natie en haar morele orde worden als ijkpunt genomen. Het universele belang wordt ingeruild voor het particuliere. En opvallend is dat dit gepaard gaat met een discours dat die natie verbeeldt als de emanatie van de Verlichtingswaarden. In dat discours worden die Verlichtingswaarden worden in dat discours herleid tot een Vlaams cultureel erfgoed. En enkel die rechten die effectief de goedkeuring meedragen in de publieke opinie zijn het waard om bewaard te worden, voor de andere moeten we "pragmatisch zijn" dixit De Wever.

In de laatste twee decennia zijn we gewoon geraakt aan dergelijke stellingen. Meer nog, ze verbeelden een dominante consensus. De stilte in het debat, het gebrek aan ideologische strijd tegen dergelijke inperkingen van onze rechten, wijst ons er op dat die visie hegemonisch is.

In 1957 schrijft Roland Barthes al dat die stilte niet betekent dat iets onmachtig was, niet belangrijk is of geen invloed uitoefent. In tegendeel, de stilte is net de uiting van macht. Het is voor Barthes dan ook geen toeval dat er in Europa geen politieke partijen zijn die expliciet hun strijd voor de bourgeoisie vermelden in hun naam of beginselen: "*De bourgeoisie definieert zich als de maatschappelijke klasse die niet genoemd wil worden.*"[3] Die "ontnoeming" is belangrijk volgens Barthes, omdat die klasse er zo in slaagt zichzelf te verbeelden als normaal, neutraal, niet ideologisch, maar als vanzelfsprekend, feitelijk. En net hierdoor wordt die ideologie het nulpunt waartegen alle andere ideologieën worden beoordeeld en vaak veroordeeld.

De stilte in het debat is dus niet betekenisloos, maar integendeel toont ze net de macht en meer nog, de wijze waarop ideologie gebruikt wordt als een instrument van machtsuitoefening. De stilte in het inburgeringsdebat leidt ons onvermijdelijk tot de conclusie dat die stilte de norm verbeeldt. De stilte symboliseert de ideologie die hegemonisch is, niet genoemd wordt en net daardoor een enorm machtspotentieel in zich draagt. Die dominante ideologie is de ideologie van het nationalisme en het homogeneïsme. Het idee dat de samenleving een grote mate van homogeniteit nodig heeft wil ze leefbaar zijn. Onderliggend daaraan is het Herderiaans en Burkeaans concept van de natie als gekneed door de geschiedenis. Een idee dat sinds de jaren 90 centraal staat in het integratiedebat.

---

[2] De Morgen, 04 januari 2012: Centrum Gelijke Kansen zit (even) zonder directeurhttp://www.demorgen.be/dm/nl/5036/Wetstraat/article/detail/1372825/2012/01/04/Centrum-Gelijke-Kansen-zit-even-zonder-directeur.dhtml
[3] Barthes, R. 1957, 2002: Mythologieën. Ijzer, Utrecht.

DE ORGANISCHE NATIE EN DE STRIJD VOOR HOMOGENITEIT

Het integratiebeleid uit de jaren 90 betekende een omslag in macht en dus in de dominante ideologie (Maly, 2009 &2007; Arnoudt e.a. 2009; Blommaert & Verschueren, 1998 & 1992). Wereldwijd zien we vanaf 1989 en de latere val van het Sovjetrijk, niet alleen dat overal het failliet van het socialisme uitgeroepen werd met het TINA-argument in de hand. Het (neo)liberalisme werd binnengehaald als de welverdiende winnaar. In de woorden van Fukuyama heet het dan dat die ideologie die niet kon verbeterd worden. Het was ook de periode dat we een opkomst zien van het nationalisme. Al deze ontwikkelingen op wereldschaal krijgen ook hun vertalingen in eigen land.

Enerzijds zien we de opkomst van het Vlaams Blok met een biologisch nationalisme en een expliciet racistische agenda. Anderzijds zien we onder aanstuwen van Verhofstadt de groei van de PVV, later de VLD en haar neoliberale dogma's. Dat beide partijen samen op de oppositiebanken zaten is ook te zien aan hun inhoudelijke lijn. Beide ageerden tegen de bestaande democratie en stonden voor een compleet nieuwe invulling ervan: het vox-populisme. Democratie is dan geen groot verhaal meer gebaseerd op de Rechten van de mens, de grondwet en de Verlichtingswaarden van gelijkheid en vrijheid. Democratie wordt geherdefinieerd als de stem van het volk die uit de mond rolt van de politicus. Niet alleen het socialisme geraakt in het defensief en moet vanaf dan functioneren binnen een neoliberale rechtse hegemonie. Ook de waarden van de Verlichting en de democratie worden geraakt door deze nieuwe ontwikkelingen.

Die nieuwe hegemonie laat zich duidelijk zien in wat destijds het integratiedebat werd genoemd. Waar integratie in de decennia voordien gebruikt werd binnen een sociaaleconomische logica, zien we in dit integratieparadigma van de overheid al heel snel een culturele dimensie opduiken (Blommaert, 2011b). Voor 1989 sprak men enkel binnen vakbondskringen en het straathoekwerk over integratie en integratieproblemen. Men had het dan over de gigantische werkloosheid en de problematiek van discriminatie die de migranten trof na de crisis van de jaren 70. Opeens was er een enorme arbeidsreserve van migranten die niet aan werk raakten met alle sociale gevolgen van dien. Integratie in die context ging dus over het aan het werk helpen van migranten. Integratie was sociaaleconomische integratie. Echter toen was er geen beleid en dus had het discours geen impact op de politiek en de samenleving (Blommaert, 2011b).

De noodzaak aan beleid zou maar gevoeld worden door de politiek als het extreemrechts Blok electoraal begon te groeien. De oplossing voor die groei van het Blok én de samenlevingsproblemen vonden de mainstreampolitici in een integratiebeleid. Dat beleid reproduceerde de premissen van het Vlaams Blok, namelijk dat de samenlevingsproblemen geen sociaaleconomische of politieke problemen waren, maar culturele problemen. Het was een geval van botsende culturen. De eerste generatie die jaren het vuile werk had opgeknapt, werd opeens verbeeld als luierikken, profiteurs van onze sociale zekerheid.

Die boodschap zien we ook terug in de oplossing die de meerderheidspartijen aandroegen: het integratiebeleid was geboren. Die oplossing was geen oplossing die gericht was op een uitdieping van democratie, op het installeren van gelijkheid en het vrijwaren van vrijheid (Zemni, 2009). De oplossing werd gevonden in een beleid dat gericht was op het cultureel integreren van de nieuwkomers in onze cultuur. En waar er in die beginjaren nog aandacht was voor de positie van migranten in de samenleving, de strijd tegen racisme en voor gelijkheid, verdwenen deze invalshoeken gedurende de laatste twee decennia steeds meer naar de achtergrond.

MACHTSSTRIJD, TUSSEN PERCEPTIE EN REALITEIT

De onderliggende premisse van het integratiebeleid is dus dat we de samenleving maar leefbaar kunnen maken en houden als er homogeniteit is. Als iedereen dezelfde waarden en normen bezit en uitdraagt. En uiteraard moet men Nederlands spreken in Vlaanderen. Deze premissen zijn vandaag hegemonisch. Niemand lijkt deze uitgangspunten in vraag te stellen, en wie dat wel doet, mag rekenen op een portie onbegrip tot en met scheldtirades en veel meer… Meer nog, de massamedia maken nog weinig ruimte voor standpunten die vertrekken vanuit de democratie en de Verlichtingswaarden in dit debat. Het zijn standpunten die nogal vaak labels krijgen als "dat horen we al zolang", "dat is politiek correcte praat", "de taboes moeten sneuvelen", …

Vandaag is elke kritiek op de idee van culturele integratie een uiting van een "extreem links" –gedachtegoed. Die kritiek wordt gemarginaliseerd. Ze circuleert niet vlot in de massamedia, maar is beperkt tot universiteiten en gespecialiseerde micromedia. Tom Naegels[4] mag dan wel van mening zijn dat ook de rechterzijde oprecht is wanneer ze stelt dat ze niet gehoord worden, gemarginaliseerd worden door de linkse kerk die alle macht in handen heeft en het beleid bepaalt, de feiten liegen er niet om. Wie van beide partijen hier de waarheid spreekt mag er volgens de progressieve journalist dan weinig toe doen, in de realiteit doet dat er natuurlijk wel toe, zeker voor journalisten.

De taak van de journalistiek is immers niet om beide standpunten als evenwaardig naast elkaar te plaatsen, maar om te duiden welk standpunt "posse" is en welk niet. Die oefening is bovendien helemaal niet moeilijk. Kijken we naar de beleidsdaden van de politiek, dan kunnen we er niet naast kijken dat die linkse critici weinig of niets in de pap te brokken gehad hebben in de laatste twee decennia. Het verbod op religieuze symbolen aan de loketten en in scholen is er niet gekomen op aansturen van linkse kritiek. Het tot op vandaag ontbreken van een degelijk juridisch kader voor praktijktests is geen gevolg van die linkse stemmen. De nadruk op waarden en normen in het inburgeringsbeleid, en het inburgeringsbeleid tout court is een beleidsdaad die niet beïnvloed is door linkse denkers. De woorden van die linkse denkers mogen dan wel af en toe in de krant verschijnen. Ze mogen populaire boeken en wetenschappelijke standaardwerken schrijven, impact op het beleid is er zelden.

Die zwakte van links in het debat wordt overduidelijk als we naar de beleidsdaden kijken. Centraal beleidsinstrument inzake de interculturele samenleving vandaag is het inburgeringsbeleid. Dit beleid is er op gericht om nieuwkomers waarden en normen aan te leren en onze taal aan te leren. Dit beleid wordt verkocht als een emancipatiebeleid, een beleid dat kansen biedt aan de nieuwkomer. Maar ook een beleid dat noodzakelijk is voor het samen-leven, voor de harmonieuze samenleving. Onderliggend aan dit idee is dat de natie, met de bijhorende morele orde moet gevrijwaard blijven. Voor het Vlaams Belang is er daarom maar een optie: de nieuwkomers moet terugkeren. N-VA laat een opening door te stellen dat nieuwkomers welkom zijn, als ze zich assimileren aan de Vlaamse identiteit, aan de waarden en normen en de culturele sokkel van onze samenleving.

---

[4] Naegels, T. 2011: EEN WOESTIJN VOL ROEPENDEN http://www.tomnaegels.be/articles.php?id=1524

DE ANTIVERLICHTINGSTRADITIE EN DE HOMOGENE NATIE

Dat is een rechts verhaal, geen links verhaal. Dit beleid wordt dan wel verantwoord als zijnde een beleid in naam van kansen, in naam van de Verlichting, in de feiten is dit een beleid dat vertrekt vanuit nationalisme en de Antiverlichtingstraditie. Die Antiverlichtingstraditie zet onder aanstuwen van denkers als Burke, Herder, Taine, Renan, Croce en Meinecke vanaf de achttiende eeuw een meer dan twee eeuwen durende aanval in op de verlichtingswaarden. Die aanval op de democratie, de rechten van de mens, Natural Law, het universaliteitsprincipe en de verlichtingswaarden van vrijheid en gelijkheid worden vanaf het begin gevoerd in naam van de natie en haar waarden en normen.

Centraal in dat Antiverlichtingsdenken staan vier grote principes: organisch nationalisme, het belang van de morele orde, de strijd tegen gelijkheid en de kritiek op wat zij zien als het utopisme, het rationalisme en universalisme van de Verlichting. Kort samengevat. In de Antiverlichtingstraditie wordt de natie gezien als de basis van alles. Die natie is organisch gegroeid, gekneed door de geschiedenis en aldus een natuurlijk product. Het is een levend organisme met een identiteit. Die natie bestaat uiteraard uit verschillende mensen die zich op verschillende posities bevinden in die natie. Elk van die posities is belangrijk en dus moet die orde –dat onvermijdelijk een orde is van ongelijkheid – behouden blijven. Leiders moeten leiders blijven, arbeiders arbeiders enz. Dat is meteen ook de verklaring waarom alle Antiverlichtingsdenkers zich verzetten tegen elk streven naar gelijkheid door herverdeling: de orde van de natie moet overeind blijven.

Die organische natie komt met een nationale identiteit die gestoeld is op een morele en culturele sokkel. Een geheel aan waarden en normen die eigen zijn aan de natie. En ook die waarden en normen moeten overeind blijven, mogen niet veranderen en moeten bijgevolg consequent gereproduceerd worden. Het bewaren en reproduceren van die waarden en normen primeert dan ook over de vrijheid van religie of culturele voorkeuren. Kortom, het bewaren van die morele en culturele orde primeert ook over de Rechten van de mens. Deze ideologische positie wordt dan in de markt gezet als een uiting van realisme en dus niet als een radicaal politiek-ideologisch project. Een klassieke oneliner uit deze traditie is dan: we moeten realistisch zijn, we kunnen niet het OCMW zijn voor de hele wereld.

Kortom de strijd van de Antiverlichting voor het behoud en de reproductie van de homogene natie, is steeds een strijd voor het particuliere en tegen het universele. De natie en het nationalisme zijn dan realistisch en concreet, de strijd voor de Rechten van de mens, de strijd voor vrijheid en gelijkheid is dan een uiting van utopisme en abstractie. Die utopieën, wat een codewoord is voor het ingrijpen van de politiek in de samenleving om gelijkheid te bewerkstelligen, worden dan aan de kant gezet als onwerkbaar, meer zelfs als gevaarlijk en zelfs gewelddadig. Het Verlichtingsidee dat de moraal net universeel, kosmopolitisch is, wordt dan ook verworpen. In de plaats komt het Burkeaans en Herderiaans denken over de wereld als een lappendeken van naties met elk hun culturele en morele sokkel.

Niet alleen primeert de natie over het universele, de natie primeert ook over het individu. Niet de universele rechten van het individu zijn de maat der dingen, maar het voortbestaan van de organische natie is de enige juiste betrachting. Rechten kunnen dan ook maar uitgeoefend worden, zolang ze de culturele sokkel van de natie niet in gevaar brengen. Een samenleving kan dan ook niet bestaan als een geheel van individuen die samenleven met elkaar op basis van de wetten. De natie moet in eerste instantie een morele binding zijn tussen mensen. Alle burgers moeten de nationale identiteit in zich hebben en uitdragen. Die waarden en normen vormen niet alleen de “noodzakelijke binding” in de woorden van Bracke, maar

zorgen ook voor de sociale controle die volgens De Wever moet voorafgaan aan de wet. Dat is het recept voor hun ideale samenleving, de harmonieuze samenleving. Niet de wet en de vrijheden staan centraal, maar de morele orde van de homogene natie

DE ONTKENNING VAN SUPERDIVERSITEIT

Het is dat perspectief van de (organische) homogene natie dat vandaag dominant is binnen het denken over België en de superdiverse samenleving in het bijzonder. In die verbeelding is België een "Tweelandenstaat" om het in het jargon van De Standaard te duiden[5]. Dit concept is natuurlijk een doordrukje van de bekendste oneliner van De Wever om België te omschrijven: "Twee culturen, twee publieke opinies, twee democratieën". Naast het feit dat deze oneliner de democratie herleid tot een etnocratie, verraadt die ook een zuiver Herderiaans nationalisme, waarbij de natie staat voor een groep mensen die een taal en een cultuur delen met elkaar. Bovendien is die oneliner vandaag wijdverspreid. Hij rolt uit de mond van journalisten, intellectuelen en politici uit verschillende partijen (Maly & Zienkowski e.a., 2011). Dat is vreemd, want deze oneliner heeft niets van doen met een feitelijke beschrijving van de realiteit, maar alles met een politiek-ideologische strijd.

Het is een puur ideologisch discours dat de Belgische en Vlaamse realiteit ontkent. België is immers het toneel van veel meer diversiteit dan de idee van "twee publieke opinies" of " twee culturen" doet uitschijnen. Een oppervlakkige blik op Brussel en iedereen weet dat die idee niet klopt. Brussel is niet alleen een metropool, ze is ook een afspiegeling van bijna heel de wereld. Minder dan de helft van de Brusselse bevolking is van Belgische origine; een derde komt uit een niet-Europees land (Corijn & Vloeberghs 2009: 171). Superrijk en superarm wonen er zij aan zij. Geen enkele taal is een meerderheidstaal in Brussel en er is in die zin ook geen hegemonische meerderheidscultuur (Blommaert, 2011). En niet alleen Brussel is divers, ook Vlaanderen en Wallonië zijn dat. Op basis van politieke voorkeuren, op basis van verschil tussen stedeling en plattelandsbewoner, opleidingsniveau, gender, seksuele voorkeur, religie, …

In België, zoals overal in Europa, is superdiversiteit een onomstotelijk feit. Die superdiversiteit is het gevolg van allerlei nieuwe evoluties in de laatste decennia. Blommaert (2011a) beschrijft daarin twee centrale factoren. Enerzijds heeft de val van de bipolaire wereld geleid tot een hele nieuwe 'zonering' van de wereld, wat nieuwe migratiestromen op gang heeft gebracht. Anderzijds is er een enorme verandering in de communicatietechnologie met de ontwikkeling en de opkomst van de gsm en internet. Migratie betekent vandaag bijvoorbeeld niet meer het absoluut doorknippen van de banden met het thuisfront. Die evoluties hebben onze samenleving omgevormd tot een superdiverse samenleving (Blommaert, 2011a). Die superdiversiteit heeft volgens Vertovec (2007) tevens een hele reeks nieuwe socioculturele en politieke fenomenen geschapen. Het Herderiaanse idee van 1 volk, 1 natie, 1 taal en 1 cultuur is vandaag minder dan ooit een realistische beschrijving van de maatschappij. Superdiversiteit is de realiteit, en toch domineert de Herderiaanse blik op de realiteit en dat wordt nergens beter geïllustreerd dan in het inburgeringsdebat.

---

[5] Huyse, L., 23 december 2010: Bart De Wever en de jaren zeventig. De mantra van het tweelandenland. in De Standaard: http://www.standaard.be/artikel/detail.aspx?artikelid=6A3420N5&word=%22twee+democratie%C3%ABn%22

DE STILTE EN DE CRISIS VAN DE DEMOCRATIE

De homogene Vlaamse natie wordt steeds opnieuw verbeeld als een feitelijke beschrijving van de realiteit. Die natie, met haar waarden en normen is er gewoon en die moet bewaard blijven. Nieuwkomers en allochtonen bedreigen die homogene natie, net omdat men in Herderiaanse traditie vooronderstelt dat hun waarden en normen niet alleen niet dezelfde zijn, maar net omdat ze anders zijn en dus een bedreiging vormen voor "onze cultuur", voor het harmonieus samenleven. En dus moeten ze ingeburgerd worden. Enkel als ze ingeburgerd worden en zich als Vlaming identificeren en gedragen, worden ze volwaardig burger. Het is op dat punt dat de rechterzijde nog steeds aan het strijden is, namelijk om het steeds meer voorwaardelijk maken van de rechten van nieuwkomers. De intentie om Nederlands te leren vooraleer men recht heeft op een sociale woning gaat voor Homans (N-VA) al niet meer ver genoeg, als het van haar afhangt, moeten ze slagen voor een examen. En ook het recht op bijstand, leefloon, recht op werk, … alles wil men afhankelijk maken van de assimilatie.

De stilte waarmee dergelijke voorstellen begroet worden, is beangstigend. Het toont immers dat het "allochtonendebat" een machtig instrument is voor de uitholling van de democratie. Meer nog, die aanval op de waarden van de Verlichting wordt niet bestempeld als radicaal, zelfs niet als politiek-ideologisch, maar als realisme. En net dat toont de hegemonie van dit Antiverlichtingsdenken. De stilte en verdeeldheid bij de linkerzijde over dit debat toont aan dat de crisis van de democratie fundamenteel en structureel is. Het is tijd dat de democratische mens haar stem laat horen.

BRONNEN

Arnout, K., Bracke, S., Ceuppens, B., De Mul, S., Fadil, N. & Kanmaz, M., 2009: Een Leeuw in een kooi. De grenzen van het multiculturele Vlaanderen. Meulenhoff|Manteau, Antwerpen, Amsterdam.

Barthes, R. 2001 (1957): Mythologies. New York, Hill & Wang.

Blommaert, J. 2011b: De heruitvinding van de samenleving. EPO: Berchem.

Blommaert, J. 2011a: Superdiversiteit. KifKif.be: http://kifkif.riffle.be/actua/superdiversiteit .

Blommaert, J. & Verschueren, J.(1998): Debating Diversity. Routledge.

Blommaert, J. & Verschueren, J., 1992: Het Belgisch Migrantendebat. De pragmatiek van abnormalisering. IPrA Research Center, Antwerpen.

Corijn, E. & Vloeberghs, E. 2009: Brussel!. Brussels: VUB Press.

Locke, J. 1983 [1689]: A letter Concerning toleration. Hackett Publishing Company, INC. Indianapolis.

Maly, I. & Zienkowski, J., 2011: Het rijpen van de geesten. De woorden van De Wever en de strijd om uw ziel. KifKif.be: http://www.kifkif.be/actua/het-rijpen-van-de-geesten.

Maly, I., 2009: De Beschavingsmachine, Wij & De Islam: EPO, Berchem.

Maly, I. (red.), 2007: Cultu(u)rENpolitiek. Over media, globalisering en culturele identiteiten. Garant, Berchem.

Paine, T. & Linebaugh P. 2009: Peter Linebaugh presents Thomas Paine: rights of man and common sense. Verso, London, New York.

Vertovec, S., 2007: Super-Diversity and its implications. Ethnic and Racial Studies 26: 1024-1054.

Zemni, S. 2009: Het islamdebat. Epo: Berchem.

Claire Rodier

Biographie sommaire

Claire RODIER *est juriste au GISTI, groupe d'information et de soutien des immigrés (France) où elle est plus spécialement chargée des questions européennes et d'asile. A ce titre elle participe à plusieurs réseaux associatifs nationaux, comme l'ANAFE (association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers), la CFDA (coordination française pour le droit d'asile) et le comité français du réseau DPPDM (des ponts pas des murs).*

Elle est par ailleurs vice-présidente du réseau euro-africain Migreurop, et a effectué des missions pour la FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme) et le REMDH (Réseau euroméditerranéen pour les droits de l'Homme).

Beknopte biografie

Claire RODIER *is juriste bij GISTI (groupe d'information et de soutien des immigrés), Frankrijk, waar ze vooral beslagen is in vraagstukken rond Europa en asiel. In die hoedanigheid neemt ze deel aan verschillende nationale netwerken van verenigingen zoals ANAFE (association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers), CFDA (coordination française pour le droit d'asile) en het Franse comité van het DPPDM netwerk (des ponts pas des murs).*

Ze is trouwens ondervoorzitter van het Euro-Afrikaans netwerk Migreurop en heeft missies uitgevoerd voor FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme) en REMDH (Réseau euroméditerranéen pour les droits de l'Homme).

Trame d'intervention

Comme on va le voir dans la deuxième session, la criminalisation de la migration est inscrite dans la législation de plusieurs Etats-membres sous la forme sanctions pénales prévues en cas d'infractions à la réglementation sur le séjour des étrangers. De façon plus générale, elle s'est imposée comme une évidence à travers la possibilité d'expulser ou d'enfermer des étrangers en situation irrégulière sur simple décision administrative. La directive « retour » de décembre 2008 officialise cette évolution, même si la Cour de Justice de l'Union européenne est venue, avec ses décisions El Dridi et Achughbabian de 2011, limiter les cas de détention liés au seul fait d'être en situation de séjour irrégulier. Qu'il y ait ou non condamnation, ces dispositifs, par leur caractère désormais banal, désignent à l'opinion les étrangers en situation irrégulière comme des coupables et participent de la dégradation de l'image du migrant, et dans la foulée du demandeur d'asile, indépendamment de leur situation au regard du droit au séjour. Mais au-delà, c'est le fait même de migrer qui est présenté comme un acte répréhensible et vécu comme une menace. L'Union européenne nourrit cette perception en véhiculant le concept d'« émigration illégale ». Cette aberration juridique sert à justifier le renforcement de ses frontières, physiques et virtuelles, à encourager la répression des migrants dans les pays tiers auxquels elle délègue une partie des contrôles dans le cadre de l'externalisation de sa politique migratoire, et à légitimer les violations répétées des droits des migrants et des réfugiés commises notamment dans le cadre des interceptions maritimes.

Emigration illégale

L'expression « émigration illégale », déjà ancienne, est devenue banale. Un travail mené à Migreurop sur sa diffusion en a fait relever une des premières occurrences dans la presse en 2002 (« Les Quinze ne sanctionneront pas les pays d'émigration illégale. », Le Monde, 24 juin 2002). En 2006 elle a été officialisée par une Conférence des ministres de l'intérieur de la Méditerranée occidentale qui, dans un communiqué, a salué « les efforts des pays de la rive sud de la Méditerranée pour contenir l'émigration illégale vers l'Europe ». Quelque temps plus tard, les autorités sénégalaises annonçaient qu'elles avaient procédé sur leur propre territoire à l'arrestation de plus de 1 500 « candidats à l'émigration clandestine » qui s'apprêtaient à rejoindre les Canaries en pirogue. De fait, plusieurs pays voisins de l'Europe ont intégré le concept dans leur législation. En 2003, le gouvernement marocain promulguait une loi « relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc et à l'immigration et l'émigration irrégulières », qui punit jusqu'à vingt ans de réclusion quiconque quitte ou aide à quitter « le territoire marocain d'une façon clandestine ». Il a été suivi dans cette voie par l'Algérie et le Sénégal, et la Roumanie réprime aussi pénalement le fait d'émigrer sans être pourvu des documents nécessaires. En pratique, ces pays ont pris l'habitude de faire la chasse aux sortants. Au Maroc cela s'est soldé en 2005 par une quinzaine de morts par balle lors des événements de Ceuta et Melilla. En Algérie, les prisons sont pleines de jeunes harragas ayant tenté la traversée pour l'Europe.

Pourtant, ni le concept qui fait de l'émigrant un criminel, ni les pratiques qu'il prétend autoriser n'ont de légitimité au regard de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) qui énonce que "Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays." Ce droit a été confirmé par plusieurs textes internationaux à portée contraignante, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Seule l'immigration peut ne pas être légale, l'entrée sur le territoire d'un Etat étant soumise à son vouloir souverain.

Murs et frontières

Vingt ans après la chute du mur de Berlin, de nouveaux murs ont été érigés sur certaines lisières internationales, comme autour des possessions espagnoles en territoire marocain, les enclaves de Ceuta et Melilla, ou entre le Mexique et les États-Unis. La Grèce a inauguré en janvier 2012 la construction d'un mur (12,5 kms de grillages, caméras et capteurs thermiques…) dans la région du fleuve Evros, une des principales portes d'entrées de migrants non autorisés dans l'Union Européenne[1]. Cette ambition peut paraître surprenante dans un pays en proie à la plus grande crise économique de son histoire, mais il est au centre d'un vaste marchandage avec l'Union européenne (la Commission est officiellement hostile à ce projet) et permet à un pays placé sous la coupe des bailleurs de fonds internationaux de réaffirmer sa souveraineté.

Les murs anti-migratoires relèvent souvent d'une volonté d'affirmation d'une puissance malmenée par la mondialisation financière, et s'inscrivent dans une stratégie de mise scène de la souveraineté nationale[2]. L'édification de ce type de barrières n'est d'ailleurs pas l'apanage des pays dits « du Nord ». En 2003, le Botswana a installé un grillage d'une longueur de près de 500 kilomètres sur sa frontière avec le Zimbabwe pour limiter l'afflux des Zimbabwéens fuyant la crise économique. L'Inde a aussi dressé en 2007 une barrière de près de 4 000 km afin d'empêcher les migrants bangladais d'atteindre son territoire. D'une quinzaine de murs recensés dans le monde en 1989, on est passé à près d'une cinquantaine de dispositifs de ce type en 2012 dont la construction de plus d'un tiers a été (ou est) principalement motivée par des questions liées à la lutte contre l'immigration « clandestine »[3]. Pas toujours efficaces pour empêcher le passage, ces systèmes symbolisent la mise à l'écart des plus pauvres, avec d'un côté des sanctuaires de pays « riches », et de l'autre des zones d'où il sera interdit de sortir.

Les frontières-murs peuvent aussi être virtuels. Dans certains grands aéroports internationaux, les contrôles de police ont disparu pour une partie des voyageurs qui traversent les frontières en quelques instants. Ainsi à Roissy-Charles de Gaulle, le système PARAFES (passage automatisé rapide aux frontières extérieures Schengen) permet aux ressortissants de l'Union européenne volontaires – une « inscription » préalable est nécessaire – de se contenter de traverser un portique dans lequel ils font reconnaître la bande optique de leur passeport et les empreintes de huit de leurs doigts. L'authentification biométrique est censée effacer les frontières et ouvrir un vaste espace mondialisé pour celles et ceux qui acceptent de se soumettre à ces dispositifs. Il est paradoxal de constater que ce sont ces mêmes empreintes digitales que des exilés du monde entier cherchent à effacer en s'automutilant afin d'échapper à la surveillance du fichier Eurodac. Stockant les empreintes des migrants identifiés à l'occasion d'un contrôle ainsi que celles de tous les demandeurs d'asile, ce fichier est une véritable épée de Damoclès au-dessus de celles et ceux qui ont eu le malheur d'entrer par les mauvaises portes de l'Europe, par les interstices des îles grecques ou d'autres espaces investis par ceux qui sont devenus les damnés de la mondialisation. Avec la surveillance mise en place tout au long des routes empruntées par les migrants, on assiste à une remise en cause profonde du modèle traditionnel de la frontière qui, plus qu'une barrière, en fait un filtre entre les « touristes » et les « vagabonds », selon la distinction établie par Zygmunt Baumann[4].

---

[1] Migreurop (2010), European borders: controls, detention and déportations, http://database.statewatch.org/print.asp?aid=30182&.
[2] Brown Wendy (2010), Walled States, Waning Sovereignty, New York, Zone Books.
[3] Rosière Stéphane (2011), « Teichopolitics : the politics of border control », Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfonterizos, XI-1, p. 151-163.
[4] Zygmunt Bauman (1998), Globalization. The Human Consequences, London, Polity Press and Blackwell Publishers Ltd.

A côté des frontières physiques et visibles, le processus s'est tout à la fois dématérialisé, militarisé et externalisé : depuis 1998, le Sive (Système intégré de vigilance extérieur) a fait du détroit de Gibraltar un des "hygiaphones dentés de l'Europe", selon l'expression de l'écrivain Salim Jay. Avec l'agence Frontex, dont on va vous parler tout à l'heure, le cordon sanitaire s'est déployé le long des côtes d'Afrique de l'Ouest, dans le canal de Sicile, entre Malte et Lampedusa, sur le canal d'Otrante, dans la mer Egée et aux frontières terrestres orientales de l'UE, augmentant le nombre de morts aux frontières: les ONG estiment – à partir des seules données recueillies dans la presse – à près de 20 000 le nombre de victimes de la "guerre aux migrants" menée depuis vingt ans par l'Europe.

Externalisation et privatisation des frontières

Hors des frontières européennes, d'autres mécanismes viennent soutenir la lutte contre « l'immigration clandestine ». Les agents consulaires établissent les premiers contrôles à distance. Ils sont secondés par des fonctionnaires des services d'immigration détachés dans les aéroports étrangers où sont susceptibles d'embarquer irrégulièrement des migrants à destination de leur pays. Depuis 2004, le corps européen d'officiers de liaison immigration s'acquitte de ces tâches et apporte son soutien aux États tiers dans le contrôle des départs vers l'Union européenne. C'est aussi le cas des employés des agences de transport, contraints de vérifier que l'étranger qui souhaite voyager est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans le pays de destination. À défaut, le transporteur qui l'aura acheminé devra non seulement le reprendre en charge sans délai et le ramener dans le pays de départ, mais risque en outre une amende très élevée[5]. Cette privatisation des contrôles a été vivement critiquée par le commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, qui estime que « la responsabilité de déterminer si tel ou tel migrant devrait avoir ou non la possibilité d'entrer sur un territoire ne doit pas reposer sur les épaules d'une compagnie de transport publique ou privée qui, à l'évidence, n'a pas vocation à le faire et n'en a pas les moyens »[6]. Cette déclaration faisait suite à la mort d'un migrant dans un avion que la compagnie privée G4S tentait de renvoyer vers l'Angola[7]. L'agence nationale britannique de contrôle des frontières (UKBA) a depuis sous-traité l'escorte des étrangers en voie d'expulsion, à une autre société, Reliance. Mais le danger des techniques employées par ces agents privés n'a pas pour autant disparu. En janvier 2012, une commission parlementaire britannique a dénoncé les pratiques de ces compagnies dont le chiffre d'affaire fructifie en ayant recours à des traitements inhumains et dégradants.

Depuis le 11 septembre 2001, la délocalisation de la surveillance des États « développés » dans des pays qui le sont moins s'est considérablement renforcée. La pluralité d'acteurs en postes avancés participe d'un phénomène de démultiplication de la frontière au gré du déploiement des contrôles. Par exemple, dans de nombreux consulats à travers le monde, la délivrance des visas constitue aujourd'hui un outil essentiel de la politique migratoire des États membres de l'Union européenne (UE). Mais l'externalisation des contrôles n'est pas seulement d'ordre géographique. Dans ce domaine aussi, c'est à des sociétés privées qu'est désormais confié le traitement des demandes de visa et la gestion des prises d'empreintes. La France a

---

[5] Bigo Didier, Guild Elspeth (2010), « The Transformation of European Border Controls » in Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 257-279.

[6] Thomas Hammarberg, « Airlines are not immigration authorities », oct. 12th 2010, http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=85.

[7] Cette situation n'est pas exceptionnelle. L'Institute of Race Relations (IRR) a recensé 38 cas de décès de migrants ou demandeurs d'asile survenus entre janvier 2009 et juin 2010, dans l'Union européenne, en Suisse et en Norvège. Cf. IRR (2010) Accelerated removals: a study of the human cost of EU deportation policies, 2009-2010, http://www.irr.org.uk/2010/october/ha000016.html.

expérimenté ces procédés à Londres, Istanbul et Alger. Les motivations sont en partie d'ordre économique. Mais en diminuant les coûts, cette politique alimente aussi les longues files d'attente qui, devant les consulats, symbolisent l'indignité des conditions d'accueil des requérants[8].

Les acteurs privés gagnent du terrain: la contractualisation entre services de l'Etat et de grandes entreprises privées (EADS[9], Thalès, etc.) invite ces dernières dans la sphère des agents contrôlant les migrations. Le rôle des administrations comme la police, la gendarmerie ou les douanes chargés du contrôle des frontières demeure cependant prépondérant. Si sur le plan de la police des marchandises, le libéralisme cherche à s'accommoder des frontières nationales, soit par une libre circulation, soit par une diminution des contrôles, sur le plan de la mobilité des personnes, les dispositifs relatifs aux contrôles migratoires sont en train de devenir une manne financière pour de nombreux opérateurs privés.

Dans le cadre de partenariat qu'elle met en place avec ses voisins (politique de voisinage), l'UE exporte donc sous différentes formes, une partie de ses contrôles dans des pays limitrophes comme le Maroc ou l'Ukraine. Le « rayon des contrôles migratoires » s'élargit considérablement, les frontières étant devenues des instruments des politiques d'immigration et d'asile des États européens qui essaient de changer à leur avantage leur localisation et/ou leurs fonctions[10]. On retrouve également ces processus dans d'autres régions du monde. Les États-Unis avec le Mexique, l'Australie avec la Papouasie-Nouvelle-Guinée ou Israël avec l'Égypte essaient d'imposer leurs propres politiques sécuritaires et anti-migratoires à leurs voisins qui les interprètent en fonction de leurs moyens et objectifs propres. Ainsi les contrôles s'effectuent en de multiples lieux où le contrôle et l'expulsion des migrants sont réalisables. Ce processus est démultiplié avec les frontières maritimes qui se matérialisent beaucoup plus difficilement que les frontières terrestres.

Surveillance et refoulements en pleine mer

Selon la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM de 1982), l'État possède une zone contiguë – pouvant aller jusqu'à 24 milles des côtes – dans laquelle il a le droit de réprimer les infractions à sa législation sur l'immigration. Or dans bien des cas, des opérations de surveillance en haute mer – parfois menées au nom de la lutte contre le terrorisme – font que les contrôles migratoires s'opèrent au-delà des 24 milles. Certaines de ces pratiques s'appuient sur des accords conclus avec les pays voisins comme l'ont fait les États-Unis avec Haïti ou l'Italie avec la Libye. Ces coopérations transfrontalières tracent de nouveaux périmètres qui se dissocient des parties continentales des États. Elles visent à renvoyer de nombreux migrants sans qu'ils puissent faire valoir leurs droits, ce fut le cas à plusieurs reprises lorsque des exilés interceptés par les polices européennes ont été remis aux gardes-frontières libyens. A Migreurop, nous essayons de documenter ces cas d'interceptions et de refoulements qui constituent l'un des angles morts de la politique migratoire de l'Europe.

---

[8] Cimade, Visa refusé. Enquête sur les pratiques consulaires en matière de délivrance des visas, 2010, 132 p.

[9] En 2011, EADS installait en Arabie Saoudite, au Qatar et en Roumanie, des dispositifs relatifs à la sécurisation de leurs frontières. En Roumanie, ce chantier représente un budget de près de 600 millions d'euros pour l'entreprise. Il est fortement motivé par une gestion moderne des frontières et par la volonté de la Roumanie d'entrer dans l'espace Schengen. Avec le concours des autorités roumaines, l'entreprise installe des capteurs électroniques le long des frontières terrestres et des check points, des réseaux de communications fixes et mobiles qui peuvent être reliées aux différentes bases de données de l'Union européenne.

[10] Malcolm Anderson (2011), « Researching European Frontiers », Journal of Borderlands Studies, vol. 3-4.

Claire Saas vous en parlera cet après-midi: en mars 2011, alors que le pays était en proie à une guerre civile dans laquelle les migrants africains étaient pris en étau, des réfugiés fuyant la Libye sur une embarcation n'ont pas été secourus alors qu'un hélicoptère et un porte-avion étaient à proximité du navire à la dérive : sur les soixante-douze passagers, seuls neuf ont survécu[11]. Au cours du « printemps arabe », de nombreux boat people tunisiens qui avaient quitté le pays suite à la neutralisation des forces de police sur lesquelles s'appuyaient Ben Ali ont ainsi sombré en mer ou restent portés disparus après être passés par les centres d'internement dans lesquels nombre d'entre eux ont été enfermés suite à leur arrivée sur les côtes. L'ébranlement des dictatures tunisiennes et égyptiennes a en effet inquiété les diplomaties européennes au point qu'elles n'ont eu de cesse d'appeler les nouvelles autorités à respecter et mettre en œuvre les accords anti-migratoires signés sous les anciens régimes. Aux timides discours officiels sur l'émergence souhaitée de nouveaux régimes respectueux des droits de l'homme, répondait une realpolitik qui appelait ouvertement à certains droits fondamentaux des migrants continuent d'être bafoués.

[11] « Aircraft carrier left us to die, say migrants », The Guardian, 8 May 2001.

Frontex: de militie van Fort Europa

Mieke Van den Broeck

Beknopte biografie

Mieke VAN DEN BROECK *behaalde haar diploma van licentiaat geschiedenis aan de universiteit van Gent in 2003 en haar diploma van licentiaat in de rechten in 2007.*

Zij maakt sinds september 2007 deel uit van PROGRESS Lawyers Network. Zij legt zich vooral toe op vreemdelingenrecht.

Voordien werkte ze als beleidsmedewerker bij de Liga voor Mensenrechten, waar ze zich bezighield met internering, politie en lokaal veiligheidsbeleid.

Biographie sommaire

Mieke VAN DEN BROECK *a obtenu son diplôme de licenciée en histoire à l'Université de Gand en 2003 et son diplôme de licenciée en droit en 2007 à la même université.*

Depuis septembre 2007 elle fait partie de PROGRESS Lawyers Network. Elle pratique surtout le droit des étrangers.

Auparavant elle a travaillé à la Ligue des Droits de l'Homme en tant que spécialiste de questions portant sur l'internement, la police et la politique de sécurité locale.

Europa wil haar buitengrenzen goed beschermen tegen niet-reguliere immigranten. Goederen en kapitaal worden wel met open armen ontvangen. Bescherming tegen immigratie wordt gekaderd in een discours over terrorismebestrijding, tegengaan van internationale criminaliteit en mensensmokkel. Men viseert zonder onderscheid alle migranten die de Schengenzone zonder visum trachten binnen te komen, wat ook hun migratie heeft veroorzaakt. De middelen die men daarbij inzet krijgen steeds meer militaire trekken; de organisatie die de grenzen beschermt lijkt steeds meer op een militie.

De beveiliging van de grenzen moet drugssmokkel, mensen- en wapenhandel, terrorisme en immigratie tegengaan. Deze uiteenlopende fenomenen zijn met elkaar verbonden door hun grensoverschrijdend karakter. De link die men op deze manier maakt tussen criminelen en migranten, versterkt het wantrouwen tegen die laatste groep. De criminalisering van migranten legitimeert de draconische grensbewaking.

Ongewenste immigratie is van alle internationale dreigingen de topprioriteit geworden.

Frontex[1] is het agentschap van de Europese Unie, dat de samenwerking van de lidstaten bij de bewaking van de Europese buitengrenzen organiseert. Na een aantal informele initiatieven van samenwerkende lidstaten, werd het agentschap opgericht bij verordening in 2004[2]. Het agentschap is operationeel sinds 3 oktober 2005.

Frontex organiseert patrouilles uitgerust met gewapende agenten en de modernste technische snufjes om Fort Europa te bewaken. De organisatie verzamelt informatie in geheime rapporten op basis waarvan de patrouilles uitrukken om migranten ervan te weerhouden de Schengen-zone binnen te komen. Vanuit de Schengen-zone organiseert Frontex gemeenschappelijke deportaties.

Frontexagenten mogen gebruik maken van wapens en maken gebruik van dwang[3].

Mensenrechtenorganisaties trekken massaal aan de alarmbel over de zeer uiteenlopende en vaak voorkomende mensenrechtenschendingen. Toch is allerminst duidelijk hoe het agentschap of haar agenten ter verantwoording geroepen kunnen worden.

De bevoegdheden van Frontex zijn:

- De operationele samenwerking tussen de lidstaten op het vlak van de buitengrenzen coördineren.
- De lidstaten helpen bij de opleiding van nationale grenswachten, inclusief het vaststellen van gemeenschappelijke opleidingsnormen.
- Het uitvoeren van risicoanalyses.
- De ontwikkelingen volgen op het vlak van onderzoek dat relevant is voor de controle en bewaking van de buitengrenzen.

---

[1] Afkorting van het Franse Frontispies exterieurs, formeel: Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, ook wel afgekort tot AMOCEB

[2] Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad van 26 oktober 2004 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (hierna Vo (EG) 2004/2007)

[3] Art. 10 (5 en 6) Vo (EG) 2004/2007

- Het bijstaan van de lidstaten in omstandigheden die extra operationele en technische bijstand aan de buitengrenzen vereisen.

- De lidstaten ondersteunen bij het organiseren van gezamenlijk terugkeeroperaties[4].

De taken van Frontex zijn uitgebreider dan die van andere agentschappen die zijn opgericht binnen het domein van Justitie en Binnenlandse Zaken zoals bijvoorbeeld Eurojust en Europol.

Het materiaal en de manschappen worden vrijwillig ter beschikking gesteld door de lidstaten. Recent kreeg Frontex op dit gebied wel meer autonomie.

Voor de verrichting van zijn taken kan Frontex met Europol, de bevoegde autoriteiten van derde landen en de internationale organisaties die bevoegd zijn op het vlak van buitengrensbeheer en -bewaking samenwerken. Frontex is onafhankelijk en juridisch, administratief en financieel zelfstandig; er wordt aan hen een eigen begroting toegekend.

Het uiteindelijke doel van Frontex is niet reguliere migratie naar de EU tegengaan. Dat dit doel niet gemakkelijk te combineren valt met een aantal fundamentele rechten en vrijheden, blijkt uit de uitgebreide kritiek die het agentschap te slikken krijgt van mensenrechtenorganisaties.

In deze context is het interessant te wijzen op het taalgebruik van de Europese instellingen, waarbij men termen als “illegale migratie”, “fight against” en “combat” blijft gebruiken wanneer men het heeft over niet reguliere immigratie en de doelstellingen van Frontex. De negatieve implicaties hebben uiteraard tot gevolg dat men immigranten verdacht maakt en zelfs criminaliseert[5]. Bovendien legitimeert zo’n taalgebruik het inzetten van militaire middelen en een zeer beperkte transparantie.

De Frontexverordening werd onlangs geamendeerd met als doel het agentschap efficiënter en onafhankelijker te maken. Zo werd aan Frontex de bevoegdheid gegeven om eigen helikopters en auto’s aan te schaffen of te leasen om de grenzen te bewaken. Op die manier zal het agentschap minder afhankelijk worden van de lidstaten. Mensenrechtenbescherming werd eveneens in de Frontexregulering ingeschreven, zij het in de vorm van verklaringen. De nieuwe bevoegdheden werden eind 2011 van kracht.

Vanaf december 2011 zijn de nieuwe regels in voege getreden. In eerste instantie worden er meer financiële middelen vrijgemaakt. Het agentschap zal onafhankelijker worden van de lidstaten. Frontex zal nu volledig eigen teams van grensbewakers kunnen hebben tijdens operaties. Verder kan het beslissen gezamelijke terugkeeroperaties te financieren of te co-financieren en hiervoor een eigen vliegtuig in te zetten. Frontex zal ook zelf initiatief kunnen nemen om gezamelijke operaties en pilootprojecten in samenwerking met de lidstaten uit te voeren.

---

[4] Artikel 2 Vo (EG) 2004/2007.
[5] S. CARRERA, The EU border Management Strategy. FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands, CEPS, 2007,3-6.

Verder versterken de nieuwe regels de mogelijkheden om samenwerkingsakkoorden aan te gaan met derde landen en om projecten te financieren in deze landen, bij voorbeeld een verbindingsofficier uitsturen die irreguliere migratie aan de bron moet bestrijden[6].

Hoewel de venieuwde regelgeving respect voor mensenrechten expliciet opneemt, kan men zich toch zorgen maken of de doelstellingen, strategieën en tactieken van Frontex wel compatibel zijn met het respect voor de fundamentele rechten van migranten.

Frontex opereert op een zeer groot terrein. Immigranten kunnen Frontex op verschillende momenten tegenkomen in hun parcours naar Europa, vaak op erg kritieke momenten. De eerste confrontatie van een potentiële migrant zou al in het thuisland kunnen plaatsvinden.

1. Europese grensbewaking in landen van herkomst

Al sedert de jaren 1990 bestaat het idee om migratie naar de EU tegen te gaan door samenwerking met landen van herkomst. Frontex is bevoegd om samenwerkingsakkoorden aan te gaan met derde landen, al is dat voorlopig beperkt gebleven tot akkoorden met transitlanden.

Bij de nieuwe bevoegdheden van Frontex hoort het installeren van verbindingsofficieren in landen van herkomst, die irreguliere migratie naar Europa moeten tegengaan[7]. In de vernieuwde verordening is de voorwaarde opgenomen dat de derde landen mensenrechten moeten respecteren bij hun grensbewaking, en moet de verbindingsambtenaar fundamentele rechten en vrijheden respecteren.

Men kan zich afvragen hoe men deze taak kan uitoefenen zonder mensen het recht te ontnemen hun land te verlaten, een recht vastgelegd in het eerste aanvullend protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens (art. 2,2). Bovendien betekent het tegenhouden van politieke vluchtelingen een schending van het non-refoulementbeginsel.

---

[6] http://Noordwest-Europa/ID/vith4jlfghzz/nieuws/nieuwe_regels_om_slagkracht_frontex_te?ctx=vh6telvdgppy
[7] Art. 14.3 en 14.4 Vo (EG) 2004/2007.

2. Afraden of terugduwen: Frontex in de transitlanden

risicoanalyses

Alvorens Frontex een operatie plant, gaat men een risicoanalyse maken. De meest frequente migratieroutes in de regio worden onderzocht om de laatste open flanken van de buitengrenzen te sluiten. Sinds 2005 maakt Frontex een jaarlijkse risicoanalyse waarbij vooral wordt nagegaan op welke plaatsen immigranten de Europese buitengrenzen oversteken[8].

Risicoanalyses beschrijven onder andere de afkomst, routes, modus operandi, patronen van irreguliere mobiliteit, situatie in de transit landen, statistieken van irreguliere migratiegolven etc. Deze risicoanalyses zijn volledig vertrouwelijk en dus niet toegankelijk voor het publiek. De officiële verantwoording hiervoor is dat ze gevoelige informatie bevatten gebaseerd op bronnen vrijgegeven door autoriteiten in lidstaten, gebaseerd in landen van herkomst of transitlanden. Niet alleen is er een gebrek aan transparantie, maar ook een gebrek aan democratische controle. Het Europees Parlement heeft geen enkel inzagerecht, noch kunnen elementen uit de rapporten in vraag gesteld worden. Toch worden op basis van de resultaten van deze analyses de gezamenlijke operaties gelegitimeerd en georganiseerd[9].

Als Frontex vaststelt dat bijzonder veel irreguliere migranten een bepaalde migratieroute gebruiken, dan kan een operatie op touw gezet worden.

De eerste stap is weliswaar vaak een alarmkreet van een lidstaat, die de grensbewaking op een bepaalde plaats niet langer kan garanderen, zoals bij voorbeeld Spanje bij de Canarische eilanden.

samenwerking met derde landen

Frontex tracht samen te werken met transitlanden om de grensbescherming efficiënter te maken. Op grond van artikel 14 van de Frontex-verordening, is het agentschap bevoegd om met internationale organisaties en grensbewakingsautoriteiten van derde landen (niet EU-lidstaten) samen te werken en verdragen af te sluiten. Deze samenwerkingsverdragen zijn strikt geheim[10].

Er zijn samenwerkingsovereenkomsten gesloten tussen het agentschap en Albanië,Wit-Rusland,Canada, de Kaapverdische eilanden, Kroatië, Fyrom (Macedonië), Servie, Bosnië-Herzegovina, Georgië, Moldavië, Montenegro, Rusland, Oekaïne en de VS[11].

In functie van de migratieroute West-Afrika – Spanje heeft Frontex operationele akkoorden met Mauretanië, Senegal en Libië afgesloten, en Frontex patrouilleert sindsdien in hun territoriale wateren. Er zijn verder onderhandelingen met Marokko en Kaap Verdië over verdere samenwerkingsovereenkomsten. Met Nigeria werd in januari een samenwerkingsovereenkomst gesloten[12].

---

[8] P. GROBBECKER, "Frontex en de Europese politiek van migratievermijding", in: Vlaams Marxistisch Tijdschrift, 2011 (2), 35-53.
[9] S. CARRERA, The EU border Management Strategy. FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands, CEPS, 2007, 14..
[10] Ibid., 22
[11] http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art118.html
[12] P. GROBBECKER, "Frontex en de Europese politiek van migratievermijding", in: Vlaams Marxistisch Tijdschrift, 2011 (2), 44.

In de zeestraat tussen West-Afrika en de Canarische eilanden voerde Frontex de operaties Hera uit[13]. Een groot aantal immigranten bereikte in de zomer van 2006 de kusten van de Canarische eilanden, met gammele vissersbootjes die vaak aan de Senegalese kust vertrokken. Spanje kon de grens niet meer voldoende bewaken en riep de hulp van Frontex in.

Frontex-patrouilles proberen de vluchtelingen ervan te weerhouden aan de overtocht te beginnen of men tracht de bootjes tegen te houden voor ze in de Schengenzone terecht komen. De zone wordt permanent bewaakt met schepen, helikopters en vliegtuigen.

De operatie Hera is volgens Frontex bijzonder succesrijk omwille van de samenwerking met de West-Afrikaanse landen. Er werd samengewerkt met de Senegalese en Mauretaanse politie en er werden informatiecampagnes gevoerd.

Het aantal irreguliere migranten op de Canarische Eilanden kon sterk worden verminderd door de Frontex-activiteiten in de regio. Kwamen in 2008 nog 9.200 migranten op de kust van de Canarische Eilanden aan, dan waren dat het er in 2009 nog slechts 2.280 irreguliere migranten[14]. In 2008 werden volgens Pro Asyl zo'n 6000 migranten tegengehouden.

Frontex noemt in haar algemeen rapport van 2009 Hera als haar meest geslaagde operatie, dankzij 'de goede samenwerking met landen van West-Afrika', waaronder Mauretanië. En nog meer dankzij de arrestaties die door deze landen gedaan werden. Nergens een woord over de behandeling die de arrestanten in deze landen te wachten stond[15].

In Mauretanië worden vluchtelingen en migranten zeer slecht behandeld, wanneer zij gearresteerd worden voor illegaal verblijf of zelfs als zij legaal werken. Het detentiecentrum Nouadhibou kreeg de bijnaam 'Guantanamo voor migranten'. Migranten in Mauretanië worden verwelkomd met geweld, vernedering, diefstal, afpersing en willekeurig politiegeweld[16].

Het probleem met deze samenwerkingsovereenkomsten is dus onder meer het gebrek aan garanties voor de behandeling van de migranten op het territorium van de derde landen. Frontex werkt samen met landen die gekend zijn omwille van de slechte behandeling van migranten. Door de samenwerking kan men de migranten daar houden of terugsturen naar zulke landen. Op deze manier is Frontex medeplichtig aan de mensenrechtenschendingen. Er is echter geen enkele manier voor slachtoffers om Frontex ter verantwoording te roepen.

Volgens het Verdrag van Lissabon heeft het Europees Parlement een vetorecht over internationale overeenkomsten. Dit geldt niet voor de samenwerkingsakkoorden die Frontex afsluit, aangezien het om technische samenwerking zou gaan, die niet met regeringen maar met de betrokken diensten wordt aangegaan[17].

---

[13] Hera I, Hera II, Hera 2007, Hera 2008, Hera III (sinds 2006 tot nu)
[14] Frontex jaarverslag 2009, 43, Frontex (2009a) General Report 2009, http://www.frontex.europa.eu/annual_re-port.
[15] Ibid.
[16] Migreurop Annual Report 2010, European borders. Controls, detentions and deportations, http://www.statewatch.org/news/2010/nov/migreurop-annual-report-nov-10.pdf
[17] Zie art. 218 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:NL:PDF

Sinds december 2011 zijn verschillende verwijzingen naar het respecteren van fundamentele rechten opgenomen in de bepalingen over het aangaan van overeenkomsten met derde landen. Er is echter geen enkele garantie dat dit in de praktijk iets zou veranderen. Er is immers geen enkele controle of monitoring voorzien. Slechts de Europese Commissie wordt betrokken bij het aangaan van de akkoorden, maar men kan zich afvragen of die het lot van de migranten wel wil behartigen. De Commissie werkte de laatste jaren hecht samen met Libië in het kader van het tegengaan van migratie, terwijl de mensenrechtenschendingen in dat land zeer goed gekend waren, zowel door mensenrechtenrapporten als in de media[18].

Frontex werkt samen met transitlanden om migranten ervan te weerhouden om de EU grenzen te bereiken of over te steken. Het agentschap kent de verschrikkelijke toestand in bijvoorbeeld Libische en Marokkaanse opvangkampen. Daar zitten de migranten voor zeer lange tijd vast, omdat verder reizen naar de EU onmogelijk wordt door de strenge grensbewaking. Regelmatig worden de migranten afgevoerd en in de Sahara gedumpt. Ook van zulke vormen van 'grensmanagment' is Frontex de coördinator.

Gevolg van de strengere controles zijn duizenden illegale migranten in bij voorbeeld Marokko, Mauretanië, Libië. Ook daar worden zij met geweld terug naar de grenzen gebracht.

Een groot deel van de activiteiten van Frontex speelt zich af buiten de EU landsgrenzen, op het territorium van derde landen of in de internationale wateren. Het agentschap probeert potentiële immigranten zo ver mogelijk van de Schengenzone verwijderd te houden. In deze gevallen is het onduidelijk wie er aansprakelijk is bij mensenrechtenschendingen of toegebrachte schade, noch wie de competente rechter is.

Slachtoffers kunnen zich slechts richten tot rechtbanken in derde landen, wellicht niet tegen Frontex en wellicht in veel gevallen zonder succes.

logistiek en technische snufjes

In februari 2010 kon Frontex beschikken over 26 helikopters, 22 lichte vliegtuigen en 113 schepen. Via de CRATE databank (Centralised Record of Available Technical Equipment) kunnen EU lidstaten hun materiaal ter beschikking stellen van Frontex. In de databank bevinden zich eveneens mobiele radars, thermische camera's, CO2 detectoren, hartslagdetectoren en andere hoogtechnologische controletoestellen[19].

Een volledig geheim gebleven rapport over de technische mogelijkheden voor grensbewaking aan de zuidelijke zeegrenzen, BORTEC, ging na op welke manier bestaande technologie in de grensbewaking kon worden ingezet. Onder meer het European Satellite System (ESA) en GALILEO (Global Navigation Sattelite System) zouden van nut kunnen zijn voor grensbewaking. ESA werd al ingezet in operaties als HERA II. Het systeem zou een goede identificatie van het 'doelwit' geven[20].

---

[18] Art. 14 Vo (EG) 2004/2007, De Morgen, EU vindt 5 miljard voor Libië in strijd tegen migratie buitensporig, 1 september 2010.
[19] Frontex jaarrapport 2010, http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/general_report/2010/general_report_nl.pdf
[20] S. CARRERA, The EU border Management Strategy. FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands, CEPS, 2007, 19-20.

Langs het Iberische schiereiland en de Canarische Eilanden wordt de maritieme zone elektronisch verzegeld door het SIVE (Sistema Integrado de Vigilancia Exterior – Geïntegreerd Systeem voor Externe Bewaking). Dit bewakingssysteem, bestaande uit vaste en mobiele radars, belet dat ongewenste personen of goederen de Schengenzone binnenkomen.

Met financiële hulp van de EU werd de Spaans –Marokkaanse maritieme grens elektronisch verzegeld door SIVE. Dit bewakingssysteem werd geleidelijk ingevoerd: eerst door vaste en mobiele radars langs de Andalusische kust (2002), later ook langs de Canarische Eilanden (2005)

Tot voor kort had Frontex geen eigen middelen om haar operaties uit te voeren. Om toch werkbaar te zijn, werd CRATE opgericht, een databank die een overzicht moet geven van alle technische middelen, die de lidstaten vrijwillig voor een bepaalde periode ter beschikking willen stellen van Frontex[21].

Vanaf december 2012 zal Frontex zelf materiaal kunnen aankopen of leasen[22].

Frontex beschikt over een arsenaal van hoogtechnologische controleapparaten, voertuigen en wapens, waarover zij met een grote autonomie kunnen beschikken om niet reguliere migranten buiten Europa te houden. Deze militaire machtsontplooiing is gericht tegen een zeer kwetsbare groep en gebeurt zonder democratische controle en zonder transparantie.

3. Aan de EU-grenzen

OP ZEE

> *"Frontex ziet zichzelf echter vooral als een humanitaire organisatie die het dagelijks sterven op zee poogt te verhinderen. De organisatie beschouwt zich als een niet-politiek instrument van de Europese Commissie en ze beklemtoont dat het bij haar operaties om een zuiver operationele samenwerking gaat (Laitinen 2006: 17)."*

De meest gekende Frontex-operaties spelen zich aan de maritieme grenzen van de Schengen-zone af: aan de Canarische eilanden, rond Malta en Lampedusa, in de Egeïsche zee.

recht op asiel en non-refoulementbeginsel

Wie in de Europese Unie geraakt, heeft het recht op een eerlijke asielprocedure. Kan men het territorium niet bereiken, dan krijgt men dat recht niet. Dit geldt zowel op zee als op het land. Frontexrapporten spreken zeer fier over het aantal migranten die men ervan weerhoudt om de grenzen van Europa over te steken. Hoeveel van deze mensen recht zouden hebben op asiel, is een vraag die men zich niet stelt.

---

[21] Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Verslag over de evaluatie en de toekomstige ontwikkeling van het Frontexagentschap, COM (2008) 67 def. van 13 februari 2008, 4.
[22] Art. 7 Vo(EG) 2004/2007.

In de rapporten van Frontex worden cijfers gegeven van hoeveel migranten de toegang tot de Schengenzone wordt geweigerd (130,000 in 2007, 140,000 in 2008). Nergens leest men of er eventueel asielzoekers onder hen waren. Dit is te meer alarmerend, daar de rapporten wel spreken van de groeiende aantallen valse asielzoekers, zonder aan te geven wat hen onderscheidt van de 'echte' en hoe dit onderzocht werd[23].

Getuigenissen over het niet-toelaten van bootvluchtelingen in de Middellandse zee op het Europees territorium, vindt men in alle mensenrechtenrapporten.

In 2008 bij voorbeeld heeft de Italiaanse militaire politie van Frontex het bevel gekregen om levensmiddelen en brandstof van de vluchtelingenboten in beslag te nemen en hen de keuze gegeven om terug te keren of om te verhongeren in open zee[24].

Op verschillende manieren tracht men schepen met vluchtelingen te overhalen terug te keren naar van waar ze kwamen. Op deze manier schendt men het recht op asiel, maar ook het non-refoulementbeginsel.

Het non-refoulementbeginsel is verankerd in de Conventie van Genève, maar ook in de Schengengrenscode en in het Europees Charter voor de Rechten van de mens[25].

Artikel 3 van de Schengengrenscode bepaalt:

> *"Deze verordening is van toepassing op iedereen die de binnen- of buitengrenzen van de lidstaten overschrijdt, onverminderd:*
>
> *a) de rechten van de personen die onder het Gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer vallen;*
>
> *b) de rechten van vluchtelingen en personen die om internationale bescherming verzoeken, met name wat betreft non-refoulement."*

Een aantal besluiten van de Europese Raad interpreteren dit zo dat wie zich aan boord bevindt op weg naar de EU hier al rechten uit kan putten. Volgens Besluit van de Europese Raad van 26 april 2010 is het beginsel van non-refoulement op zee van toepassing:

> *"Personen mogen niet ontscheept worden in, of op een andere wijze worden overgedragen aan de autoriteiten van een land, dat handelt in strijd met het beginsel van non-refoulement of waar zij het risico lopen te worden uitgewezen of teruggeleid naar een ander land dat handelt in strijd met genoemd beginsel. Onverminderd punt 1.1 moeten de onderschepte of geredde personen naar behoren worden ingelicht, zodat zij redenen kunnen geven die het aannemelijk maken dat ontscheping op de voorgestelde locatie een inbreuk is op het beginsel van non-refoulement."* [26]

---

[23] Frontex jaarverslag 2009, Frontex (2009a) General Report 2009, http://www.frontex.europa.eu/annual_report.

[24] P. GROBBECKER, "Frontex en de Europese politiek van migratievermijding", in: Vlaams Marxistisch Tijdschrift, 2011 (2), 46.

[25] Art. 33 Conventie van Genève betreffende de Status van Vluchtelingen, http://www2.ohchr.org/english/law/refugees.htm; Verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R0562:NL:NOT, Charter van Grondrechten van de Europese Unie, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_nl.pdf.

[26] Besluit van de Raad van 26 april 2010 houdende aanvulling van de Schengengrenscode op het gebied van de bewaking van de maritieme buitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking die wordt gecoördineerd door het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (2010/252/EU), paragraaf 1.2.

In de vernieuwde Frontex-verordening is het non-refoulementbeginsel op vele plaatsen opgenomen. Nochtans blijkt uit de praktijk dat men er zeer weinig rekening mee houdt.

In een rapport van Human Righs Watch vinden we volgend voorbeeld:

> *"On June 18, 2009, for the first time in its history, a Frontex operation resulted in the interdiction and push back of migrants in the central Mediterranean Sea to Libya. A German Puma helicopter operating as part of Operation Nautilus IV coordinated Italian coast guard interception of a boat carrying about 75 migrants 29 miles south of Lampedusa. The Italian Coast Guard reportedly handed the migrants over to a Libyan patrol boat, which took them to Tripoli where they were reported to have been "handed over to a Libyan military unit"*

Plaatsvervangend directeur van Frontex Gil Arias Fernandez, verklaarde na dit voorval:

> *"Our agency does not have the ability to confirm if the right to request asylum as well as other human rights are being respected in Libya".*[27]

De situatie van immigranten en vluchtelingen in Libië is zeer goed gedocumenteerd in mensenrechtenrapporten en in de media. Zeker zwarte mensen worden door de bevolking verguisd, vooral nu zij de stempel van "huurlingen van Khadaffi" op zich gekregen hebben[28].

De twee stellingen zijn onverenigbaar. Men kan niet stellen het non-refoulementbeginsel te respecteren en ondertussen migranten terugsturen naar landen met bedenkelijke mensenrechtenreputatie, omdat Frontex niet in staat is na te gaan of er in dat land een asielsysteem bestaat en of andere mensenrechten worden gerespecteerd.Dit zou betekenen dat voor Frontex het verbod op non-refoulement, verankerd in artikel 33 van het Verdrag van Genève, niet geldt. Op deze manier slaagt de EU erin om via een autonoom agentschap internationale verdragen te negeren. De engagementen die de lidstaten deden met betrekking tot de bescherming van mensenrechten, hoeven langs deze omweg niet nagekomen te worden.

Migranten wordt de keuze gelaten om terug te keren naar hun land van herkomst waar hen mogelijk vervolging wacht, of in een transitland te blijven, zonder functioneel asielsysteem.

Er zijn geen procedurele garanties, geen recht op een advocaat of juridische hulp, noch een voorziene beroepsmogelijkheid. In principe zou het respecteren van het non-refoulementbeginsel betekenen dat elke onderschepte of geredde persoon recht zou hebben op een juridische procedure voor een bevoegde autoriteit die zou kunnen garanderen dat de terugkeer naar een derde land veilig is voor de persoon in kwestie. Dat is maar mogelijk als de toegang tot een EU lidstaat is toegestaan, de vele nieuwe verwijzingen naar het non-refoulementbeginsel in de Frontex-verordening ten spijt.

---

[27] Human Rights Watch (2009) Pushed Back, Pushed Around Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers, 98 p.http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover_0.pdf [available online] ; Karl Stagno- Navarra, Handover of Migrants to Italy Results in Forced Repatriation, Malta Today (21 June 2009)

[28] Fortress europe website ; Verschillende mensenrechtenrapporten en artikelen in de pers tonen echter aan dat in bepaalde landen, zoals Libië en Mauretanië de fundamentele rechten van vluchtelingen op grove wijze met de voeten worden getreden. (zie jaarverslag Migreurop 2009-2010 : Migreurop, « Les pays sahélo-sahariens, nouvelles vigies de l'Europe » in : Contrôles, enfermements, expulsions, Rapport 2009-2010.

internationaal maritiem recht

In het algemeen zeerecht is vastgelegd dat schepen onder de staat van hun vlag vallen. Geen enkele staat geeft het recht om op dit terrein dwang uit te oefenen. De Frontex-agenten mogen dit wel (zie art. 5 Vo (EG) 2004/2007).

Het VN-zeerechtverdrag (UNCLOS)[29] bepaalt dat schepen maar kunnen varen onder de vlag van één enkele staat en (behoudens uitzonderingen) onder de jurisdictie van deze staat vallen in internationale wateren. (art. 92.1 UNCLOS) In principe vallen de schepen die deelnemen aan de Frontexoperaties op internationale zee dus onder de jurisdictie van de lidstaat waar de boot geregistreerd is.

De schepen die tijdens Frontexoperaties worden ingezet, varen onder de vlag van een EU staat. Al deze staten erkennen de fundamentele rechten van vluchtelingen, inclusief het recht op een eerlijke asielprocedure en het non-refoulementbeginsel.

Migranten die aan boord komen van een Frontex-schip, zouden in principe een asielaanvraag moeten kunnen indienen in een haven van de EU.

Toch besliste de Nederlandse minister van Justitie, dat een Nederlandse boot bij een Frontexoperatie, niet betekent dat de vluchtelingen die op de boot gehaald worden, asiel kunnen vragen in Nederland.[30]

Wanneer een schip dat mogelijkerwijs illegale migranten aan boord heeft tegengehouden wordt, kan dit eveneens slechts binnen het kader van het zeerecht.

Artikel 90 UNCLOS bepaalt:

> *"Except where acts of interference derive from powers conferred by treaty, a warship which encounters on the high seas a foreign ship, other than a ship entitled to complete immunity in accordance with articles 95 and 96, is not justified in boarding it unless there is reasonable ground for suspecting that:*
>
> *(a) the ship is engaged in piracy;*
>
> *(b) the ship is engaged in the slave trade;*
>
> *(c) the ship is engaged in unauthorized broadcasting and the flag State of the warship has jurisdiction under article 109;*
>
> *(d) the ship is without nationality; or*
>
> *(e) though flying a foreign flag or refusing to show its flag, the ship is, in reality, of the same nationality as the warship.*

---

[29] United Nations Convention on the law of the Sea, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm
[30] The Netherlands: Government's position on asylum claims made at sea, ECRE weekly bulletin (16 September 2010), www.ecre.org.

2. In the cases provided for in paragraph 1, the warship may proceed to verify the ship's right to fly its flag. To this end, it may send a boat under the command of an officer to the suspected ship. If suspicion remains after the documents have been checked, it may proceed to a further examination on board the ship, which must be carried out with all possible consideration.

3. If the suspicions prove to be unfounded, and provided that the ship boarded has not committed any act justifying them, it shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained."

Het nagaan of er illegale migranten aan boord zijn, behoort niet tot de redenen om aan boord te gaan van een ander schip. In principe zou dit alleen kunnen wanneer het schip geen vlag draagt of men de vlag in twijfel trekt. Wanneer men de passagiers laat overstappen zijn de wetten van de lidstaat waar het Frontex-schip staan ingeschreven van toepassing, inclusief de rechten voor asielzoekers en migranten[31].

De bevoegdheden die Frontex zichzelf toemeet met betrekking tot het arresteren en arresteren van mensen op volle zee, zijn in strijd met het internationaal zeerecht. De redenen om tot arrestatie over te gaan zijn zeer beperkt. In de zaak Medvedyev besliste het EHRM dat ernstige redenen om aan te nemen dat er drugs gesmokkeld werd niet voldoende was om passagiers te arresteren[32].

Het mogelijk vervoeren van illegale vreemdelingen en zelfs mensenhandel is een minder verregaande reden en dus niet conform de rechtspraak van het EHRM. Het Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en door de lucht, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad laat arrestatie toe, maar slechts als er bewijzen zijn dat het schip niet reguliere migranten vervoert. Bovendien is de toestemming van de staat onder wiens vlag het schip vaart noodzakelijk[33].

Elke persoon in gevaar of in nood op zee moet gered worden (art. 98, Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee):

"1. Iedere staat dient de kapitein van een schip dat zijn vlag voert ertoe te verplichten dat hij, voorzover hij zulks kan doen zonder ernstig gevaar voor het schip, de bemanning of de passagiers:

a) hulp verleent aan een ieder die hij op zee in levensgevaar aantreft;

b) met de grootst mogelijke spoed personen die in nood verkeren te hulp komt, indien hem is medegedeeld dat zij hulp behoeven, voorzover een dergelijke handelwijze redelijkerwijze van hem verwacht kan worden;

c) na een aanvaring hulp verleent aan het andere schip, zijn bemanning en passagiers en, indien mogelijk, het andere schip de naam van zijn eigen schip, de haven waar het is geregistreerd en de dichtsbijzijnde haven waar het zal aanlopen, mededeelt;

---

[31] Zie ook J.C. HATHAWAY, The Rights of Refugees in International Law, Cambridge Universiy Press, 2005, 342.
[32] EHRM, Medvedyev A.O. t. Frankrijk, n° 3393/03, 10 juli 2008, §57-63, bevestigd door de grote kamer op 29 maart 2010.
[33] Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en door de lucht, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad , art. 8(7).

2. Iedere kuststaat bevordert de oprichting, het functioneren en het onderhoud van een voor zijn taak berekende en doeltreffende opsporings- en reddingsdienst ten behoeve van de veiligheid op en boven de zee en dient, waar de omstandigheden zulks nodig maken, hiertoe met zijn buurstaten regionale overeenkomsten voor wederzijdse samenwerking te sluiten[34].

De staten die dit verdrag ondertekenden, hebben de plicht om de personen in nood om hun boot toe te laten en hen naar een veilige plaats te brengen. Het is verboden asielzoekers naar een land te brengen waar hun leven en hun veiligheid bedreigd zijn. (Het Internationaal Verdrag voor de beveiliging van mensenlevens op zee (International Convention for the Safety of Life at Sea, SOLAS)).

Het internationaal recht geeft niet precies aan waar de geredde personen aan land moeten worden gebracht, noch wiens verantwoordelijkheid ze zijn. Het is de kapitein van de boot die moet uitmaken welke de veilige plaats is waar hij de opvarenden naartoe brengt, daarbij rekening houdend met het non-refoulement-beginsel.

Langs de andere kant worden rederijen aansprakelijk gesteld voor het vervoeren of zelfs redden van niet reguliere migranten. In sommige staten is dit zelfs strafbaar. Het is dan ook niet onlogisch dat heel wat vluchtelingen aan hun lot worden overgelaten, wanneer zij op zee in moeilijkheden raken.

1931 mensen zijn gestorven gedurende de eerste zeven maanden van 2011 in de Middellandse Zee. In mei 2011 werd een motie voor resolutie naar voor gebracht in het parlement, waarbij de vraag werd gesteld "wie is verantwoordelijk" voor de sterfgevallen in de Middelandse zee. Op geen enkel moment kwam de mogelijke verantwoordelijkheid van de EU naar voor. Het probleem van doden in de Middellandse Zee schijnt volgens de parlementairen eerder aan de omstandigheden te liggen.

Indien Frontex haar taak als redder van migranten serieus zou nemen, zouden er wellicht niet zoveel mensen sterven tijdens hun overtocht naar Europa.

juridische verantwoordelijkheid

"The respect of Fundamental Rights (…) is unconditional for FRONTEX and is fully integrated into its activities. In fact, FRONTEX considers the respect and promotion of fundamental rights as integral part of an effective border management and both concepts go, therefore, hand in hand".

FRONTEX nota aan het Europees Parlement over fundamentele rechten, 8 October 2010

[34] Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:179:0003:0134:NL:PDF

"As regards fundamental rights, FRONTEX is not responsible for decisions in that area. They are the responsibility of the Member States."

Ilkka Laitinen, Directeur van FRONTEX, tijdens de interparlementaire commissievergadering van het LIBE Committee over "Democratic Accountability in the Area of Freedom, Security and Justice, Evaluating FRONTEX", 4 October 2010

Uit de getuigenissen en praktijken van Frontex blijkt dat het agentschap zich vrijgesteld ziet van de principes van algemeen zeerecht en mensenrechten. De juridische onduidelijkheid over de eindverantwoordelijke is hier wellicht niet vreemd aan.

Het juridisch kader waarin Frontex opereert is bijzonder vaag. In een reportage uitgezonden door ARD kwamen getuigenissen naar voor van vluchtelingen, die op zee onderschept werden door een Frontex-patouille, en geen water te drinken kregen. Hierna volgde een vragenronde van Europarlementairen in de Europese Comissie over de inhumane en vernederende behandelingen door Frontex-agenten. Het antwoord van de Commissie was in eerste instantie dat *"the responsibility for border control lies with the Menber States, not with the Frontex Agency"*.[35]

Het eerste artikel van het Verordering 2007/2004 waarbij Frontex wordt opgericht, bepaalt dat het de Europese lidstaten zijn die juridische verantwoordelijkheid blijven dragen voor de controle en bewaking van de buitengrensen. Toch geeft hetzelfde reglement aan Frontex rechtspersoonlijkheid en laat het de organisatie toe om autonoom overeenkomsten aan te gaan met internationale organisaties en derde landen. De verklaringen van lidstaten en van het agentschap Frontex tonen duidelijk aan dat er heel wat onduidelijkheid is op het gebied van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

De Europese Commissie besliste dat elk schadegeval de verantwoordelijkheid is van de individuele agenten. Het spreekt voor zich dat die voor een vluchteling onmogelijk te vinden zijn, indien deze een mensenrechtenschending wenst aan te klagen.

Vluchtelingen kunnen hun rechten nergens afdwingen. Volgens artikel 28 par 5 van de Frontex-verordening kan iedere natuurlijke of rechtspersoon die door de beslissingen van het agentschap indirect en individueel is getroffen, zich beklagen bij Frontex zelf en een procedure opstarten bij het Europees Gerechtshof in Luxemburg. Dit is zo goed als onmogelijk voor wie zich buiten de EU bevindt.

Het Hof van Justitie is bevoegd om over de wettelijkheid van de handelingen van Frontex te oordelen (art; 265 en 267 VEU). Het is echter onduidelijk of er een schadevergoeding kan gevraagd worden.

---

[35] X., Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'Homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat, http://europeecologie.eu/IMG/pdf/dossier_frontex.pdf

Het Hof heeft immers geen bevoegdheid om over de verantwoordelijkheid te oordelen. De artikelen 268 en 340 VEU stellen immers maar verantwoordelijkheid vast voor de EU instellingen en de Europese nationale bank of hun agenten.

In de Frontexverordening (art. 19) staat dat het Hof van Justitie bevoegd is om kennis te nemen van de claims over verantwoordelijkheid in extracontractuele zaken, zodat kan aangenomen worden dat voor schadegevallen het HVJ bevoegd is. Hierover is nog geen rechtspraak.

Enerzijds is het dus erg onduidelijk of en hoe men Frontex enige verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid kan laten dragen. Anderzijds heeft zij rechtspersoonlijkheid, die duidelijk afzonderlijk is van deze van de EU en haar lidstaten. Frontex heeft wel de bevoegdheid om autonoom op te treden en initiatieven tot samenwerkingsoperaties en pilootprojecten te nemen, etc. Frontex heeft een dubbele identiteit: het agentschap is autonoom maar dan ook weer niet. Het kan zelf initiatieven nemen, opereert in internationale wateren, maar schuift de verantwoordelijkheid af naar de lidstaten, die de verantwoordelijkheid vervolgens weer terugschuiven.

De onduidelijkheid over de verantwoordelijkheden zorgt er bovendien voor dat er dramatische situaties kunnen ontstaan, waarbij mensenlevens in gevaar worden gebracht.

TE LAND

Wat opvalt, is dat de grenscontroles gericht tegen immigratie vooral focussen op de grenzen met Afrika. Aangezien de grenzen tussen de EU en Afrika voornamelijk zeegrenzen zijn, verklaart dit de voornamelijk maritieme missies van Frontex. Toch zijn er ook operaties op het land.

De twee Spaanse enclaves Ceuta en Melilla vormen een korte landsgrens tussen het Afrikaanse vasteland en de Schengenzone(respectievelijk 8 km en 11 km). Deze grens werd hermetisch afgesloten met twee en driedubbele muren en gesofisticeerde bewakingssystemen zoals thermische en extrarood camera's. Ter beveiliging zijn de muren met pepperspray en scheermesdraad versterkt.

De afsluiting van de Spaanse enclaves Ceuta en Melilla heeft er toe geleid dat de migranten ook een wezenlijk langere en gevaarlijkere vluchtweg kiezen.

De operaties aan de oostgrenzen van de Europese Unie worden vermeld in het jaarrapport van Frontex, maar er wordt slechts selectief informatie gegeven over de zes belangrijkste operaties. Het rapport geeft geen exacte cijfers weer, maar gebruikt wel vage bewoordingen, zoals "er was een drastische daling".[36]

Tussen Turkije en Griekenland is er een korte landsgrens, waar de Evros rivier stroomt. Omdat Frontexpatrouilles het erg moeilijk en gevaarlijk maken om vanuit Turkije over de zee naar Griekenland te gaan, wordt de route over de Evros steeds meer gebruikt.

[36] http://www.frontex.europa.eu/annual_report

Een RABIT[37] (Rapid Border Intervention Team) van Frontex, bestaande uit 175 agenten uit Noorwegen en EU-landen werd ter plaatse gestuurd ter ondersteuning van de Griekse grenswachters. De Frontex-agenten hielpen met het vervoeren van migranten naar detentie-centra, waarvan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens besliste dat de situatie er in strijd is met de menselijke waardigheid:

> *"All the centers visited by bodies and organizations that produced the reports … describe a similar situation to varying degrees of gravity: overcrowding, dirt, lack of ventilation, little or no possibility of taking a walk, no place to relax, insufficient mattresses, no free access to toilets, inadequate sanitary facilities, no privacy, limited access to care. Many of the people interviewed also complained of insults, particularly racist insults, proffered by staff and the use of physical violence by guards".*[38]

Frontex agenten namen eveneens interviews af van de migranten in deze detentiecentra (zie verder).

In de Evros-rivier verdrinken wekelijks migranten. Men zal de toegang tot Griekenland nog verder blokkeren, door een muur te bouwen op de grens. Hiermee werd gestart in januari 2012. Toch blijven migranten proberen Europa binnen te raken. Onlangs vond zelfs een schietincident plaats tussen mensensmokkelaars en Frontex-agenten[39].

OP DE LUCHTHAVEN

Op de internationale luchthavens worden kleinschaligere operaties uitgevoerd door Frontex, vaak gericht op immigranten afkomstig uit één land.

Hoewel discriminatie expliciet verboden is vanuit het Europees Handvest voor de rechten van de mens, dat een deel uitmaakt van het EU-verdrag, viseert Frontex bepaalde groepen mensen. In het algemeen rapport van Frontex van 2007 wordt bij voorbeeld gesproken op het viseren van Chinese immigranten die op de luchthavens toekomen. Tijdens deze actie werden 291 Chinezen gearresteerd door Frontex-agenten[40]. Bij andere acties viseerde men Somaliërs.[41]

IN DE SCHENGENZONE

De Frontex operaties binnen de Schengenzone zijn beperkt. Bij verschillende operaties werden experten van Frontex ingezet om interviews af te nemen van migranten, om na te gaan van welke nationaliteit zij zijn en dus of zij kunnen gedeporteerd worden. Dit gebeurde tijdens de Hera-operaties op de Canarische eilanden, op Lampedusa, maar ook tijdens de operaties in Griekenland.

---

[37] Snelle Grensinterventieteams die als taak hebben voor een beperkte periode operationele bijstand te verlenen wanneer een lidstaat hierom verzoekt in een situatie van uitzonderlijke migratiedruk. Frontex is verantwoordelijk voor de Rabits. Zie Regulation 5EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a mechanism for the creation of Rapid Border Intervention Teams and amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 as regards that mechanism and regulating the tasks and powers of guest Officers, http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/rabit_regulation-863-2007.pdf

[38] MSS v. Belgium & Greece, ECHR 21 January 2011, application no. 30696/09

[39] http://www.keeptalkinggreece.com/2011/05/20/evros-serious-incident-with-traffickers-frontex-and-army/

[40] E. Guild, S. Carrera en A. Eggenschwiller, Eclairer le débat sur les frontières , CEPS Background briefing 2009.

[41] X., Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'Homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat, http://europeecologie.eu/IMG/pdf/dossier_frontex.pdf; p. 19.

Tijdens de RABITmissie aan de Evros rivier, leverde Frontex personeel, gespecialiseerd in het vaststellen van de nationaliteit van de migranten. In de praktijk volgden de Frontexagenten de werkwijze van de Griekse autoriteiten, die erin bestaat de nationaliteit vast te stellen om gemakkelijker te kunnen deporteren. De interviews waren zeer kort en hadden zeker niet de bedoeling na te gaan of een migrant nood had aan internationale bescherming.

De interviews vinden plaats in de detentiecentra in Griekenland, waarvan de situatie onmenselijk is bevonden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De meeste migranten willen geen asiel aanvragen in Griekenland, zodat dit interview het enige is dat van hen wordt afgenomen. De bedoeling is na te gaan of de migranten kunnen uitgewezen worden. Dit hangt af van de nationaliteit. De kwaliteit van deze interviews wordt ten zeerste in vraag gesteld[42].

Als onderdeel van het Attica pilootproject in Griekenland in 2009 zette Frontex vertalers en experts in om migranten te identificeren en terug te sturen naar hun land van herkomst. Naast de Griekse ambtenaren, namen ook de Frontex-agenten interviews af van mensen die in de detentiekampen zaten. In haar rapport van 2009 toont Frontex zich zeer enthousiast over het inzetten van deze vertalers, waardoor een aanzienlijk aantal mensen kon ontmaskerd worden as niet afkomstig van een oorlogsgebied. Wat juist de rol van de vertalers was (vertalen, of beslissingen over deportatie nemen) is zeer onduidelijk. In de media werd een Griekse ambtenaar aan het woord gelaten, die het gebrek aan overleg tussen de frontexagenten en de Griekse autoriteiten aankaartte. Hij stelt zich vragen bij de praktijk van de Frontexagenten die zonder overleg over de deportatie van tientallen mensen beslissen. Ook UNHCR in Griekenland drukte haar bezorgdheid uit, te meer daar men zich amper kan beklagen over beslissingen van Frontex (in de praktijk niet)[43].

EN TERUG UIT DE SCHENGENZONE: DEPORTATIE

Een van de kerntaken van Frontex is het organiseren van gemeenschappelijke uitwijzingen. Deze taak wordt steeds belangrijker. Het budget van het agentschap groeit jaarlijks. Van 6.3 miljoen euro in 2005, ging het naar bijna 42 miljoen euro in 2007 en 87 miljoen euro in 2010. De sterkste stijging van het budget ziet men op het vlak van de terugkeer.

In het jaarverslag van Frontex is sprake van een verdubbeling van de gemeenschappelijke terugkeeracties: van 15 terugkeeracties in 2008 gaat het naar 32 terugkeeracties in 2009, waarbij 1.622 migranten onder de vlag van Frontex werden teruggestuurd, waarvan alleen al 17 vluchten naar Nigeria. In 2010 werden 2339 migranten teruggestuurd.In België worden vooral Nigerianen en Congolezen bij dit soort operaties teruggestuurd[44].

Op deze collectieve uitwijzingsvluchten, waarbij mensen tegen hun wil worden teruggestuurd naar hun land van herkomst, wordt vaak geweld gebruikt. Het is niet eenvoudig informatie te bekomen over de gang

---

[42] X, The EU's Dirty Hands. Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece, Human Rights Watch, http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece0911webwcover_0.pdf
[43] Migration: Fortress Europe Starts With Greece, IPS, 31 January 2010 en UNHCR, press release, 16 June 2010.
[44] http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/general_report/2010/general_report_nl.pdf

van zaken, omdat het lot van de passagiers na aankomst niet duidelijk is. Toch bereiken getuigenissen mensenrechtenorganisaties, en blijkt dat vernederingen, beledigingen, agressiviteit en slagen bij het opstappen niet zelden voorvallen. Men maakt gebruik van handboeien en boeit ook de benen. Met een prop in de mond wordt roepen of huilen gestopt. Wie toch nog tegengas geeft, wordt met een paralyserende spray tot andere gedachten aangemaand. De mensen die uitgewezen worden, worden soms met leugens op de vlucht gezet en denken dat ze naar de EU asielraad gaan. Soms wordt geen rekening gehouden met hun familie in Europa en bijna steeds laat men hen in het land van herkomst aan hun lot over[45].

Verschillende lidstaten hebben regels en protocollen opgesteld waaraan uitwijzingsvluchten moeten voldoen, nadat een uitwijzing dodelijk afliep. Deze zijn voor de Frontex vluchten niet geldig. Het is wachten op de eerste dode. Als we dat al te weten komen. En wie is er dan verantwoordelijk?

Vanaf december 2011 staat in de Frontex-verordening dat een beter kader en meer transparantie nodig is bij de gemeenschappelijke terugkeeroperaties. Er moet een onafhankelijke monitoring komen van de hele deportatie, tot en met het overdragen van de gedeporteerde in het land van herkomst. De terugkeer moet verder uitgevoerd worden met respect voor het Europees Charter voor Mensenrechten. Tenslotte dient een Code of Conduct opgesteld te worden: *"a Code of Conduct for the return of illegally present third-country nationals by air which shall apply during all joint return operations coordinated by the Agency, describing common standardized procedures which should simplify the organisation of joint return flights and assure return in a humane manner and in full respect for fundamental rights, in particular the principles of human dignity, prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment, right to liberty and security, the rights to the protection of personal data and non discrimination".*

De grotere transparantie op dit zeer gevoelige terrein kan alleen maar toegejuicht worden. Het blijven echter preventieve maatregelen (de code of conduct) of maatregelen achteraf (de monitoring), terwijl er juist nood is aan een onafhankelijke autoriteit bij problemen tijdens de deportatie.

Onduidelijk is welke organisatie de monitoring zal waarnemen en op basis van welke informatie. Zal er toegang zijn tot de deportatiecentra, tot de vliegtuigen, op de luchthavens bij bestemming? Zal men kunnen nagaan hoe de plaatselijke autoriteiten de gedeporteerde mensen behandelen? Kunnen getuigen van mishandelingen contact opnemen met de monitoring-instantie? Zonder antwoord op dit soort vragen, is het nut van de monitoring niet in te schatten.

Het monitoringrapport moet beschikbaar gemaakt worden voor de Commissie. Volledige transparantie is hiermee geenszins gegarandeerd. Het rapport moet immers niet publiek gemaakt worden. Bovendien is onduidelijk welke maatregelen genomen zullen worden tegen degene die de mensenrechtenschendingen begaan heeft of om die te identificeren.

De Code of Conduct moet nog opgesteld worden. Er zijn geen sancties voorzien, wanneer ze niet nageleefd wordt. Te vrezen valt dat het gebrek aan controle van de tekst dode letter zal maken.

---

[45] X., Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'Homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat, http://europeecologie.eu/IMG/pdf/dossier_frontex.pdf; p. 13. , voor getuigenissen zie www.millebabords.org

Tenslotte kan men zich afvragen welke mogelijkheden er zijn voor de migrant die werd mishandeld tijdens zo'n terugkeeroperatie.

Conclusie

Sinds 2006 heeft Frontex tientallen gezamenlijke operaties georganiseerd en geleid. Tijdens de operaties, die leiden tot onderschepping en repatriëring, blijkt er onvoldoende bescherming te zijn voor de immigranten. Dikwijls ontbreekt de mogelijkheid om een asielverzoek in te dienen. Een groot deel van de activiteiten gebeurt op volle zee en in de territoriale wateren van derde landen. Dit is het buiten de EU houden van de problematiek en het afschuiven van verantwoordelijkheid.

Frontex is voor de migrant die Europa wenst binnen te komen een militie, die men maar best niet tegenkomt. Het agentschap werd bekritiseerd in vele en omstandige mensenrechtenrapporten.

De nieuwe Frontex regulering, in voege sinds december 2011, geeft de indruk dat mensenrechten veel meer op de voorgrond gaan treden. In het eerste artikel staat het volgende:

"This Regulation respects the fundamental rights and observes the principles recognized in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, notably human dignity, prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment, right to liberty and security, the rights to the protection of personal data, right to asylum, non-refoulement, non discrimination, the rights of the child and right to an effective remedy. This Regulation should be applied by the Member States in accordance with these rights and principles."[46]

De onduidelijkheid over de verantwoordelijkheid van het agentschap blijft evenwel bestaan. Ondanks de grotere autonomie en de grotere bevoegdheid op vele terreinen, blijven de lidstaten verantwoordelijk. Frontex krijgt grotere controle en onafhankelijkheid over de operaties, maar kan elke verantwoordelijkheid naar de lidstaten afschuiven. Ook de evaluatie en follow-up van haar activiteiten, ligt bijna volledig bij Frontex zelf, zonder zelfs transparantie naar het parlement of mensenrechtenorganisaties.

Er zou wel structurele samenwerking komen met mensenrechtenorganisaties, maar men kan zich afvragen of die uitgebreider is dan degene die nu al bestaat en weinig impact heeft op het terrein.

Op het eerste zicht lijkt het dat de militaire capaciteiten van Frontex nog zijn uitgebreid, terwijl over mensenrechten slechts principiële verklaringen zijn toegevoegd. Het gebrek aan transparantie is niet verholpen, noch is er een antwoord geboden aan de gebrekkige rechtsbescherming voor gedupeerde migranten.

---

[46] Art. 1 Vo (EG) 2004/2007.

Frontex werd sinds december 2011 bewapend met meer autonomie en bevoegdheden, zonder hierbij de juridische verantwoordelijkheid te krijgen. Hoewel de nieuwe tekst gelardeerd werd met verwijzingen naar de bescherming van fundamentele rechten, doet het gebrek aan transparantie en democratische controle vermoeden dat het bij loze verklaringen zal blijven. De preventieve grenscontroles, onderscheppings- en repatriëringsacties en samenwerking met derde landen, bevinden zich in een juridisch grijze zone, waar mensenrechten van weinig belang zijn.

Als men ervan uitgaat dat beperking van illegale immigratie een legitiem doel is, dan nog moeten de genomen maatregelen in verhouding staan met de rechten van de migranten en noodzakelijk zijn voor het beoogde doel. De vraag is of Frontex migranten effectief tegenhoudt, of dat het alleen zorgt voor meer onveiligheid voor deze migranten, voor meer doden op zee, voor meer trauma's onderweg en het eenvoudigweg migratieroutes verlegt?

Frontex: la milice de la Forteresse Europe (*)

Mieke Van den Broeck

L'Europe veut protéger ses frontières contre les immigrés non réguliers. Les biens et les capitaux sont par contre accueillis à bras ouverts. La protection contre l'immigration est cadrée d'un discours sur la lutte contre le terrorisme, la criminalité internationale et le trafic humain. L'on vise tous les migrants sans exception, qui essayent d'entrer dans la zone Schengen sans visa valable, quelles que soient leurs raisons. Les moyens déployés ont de plus en plus de tendances militaires, l'organisation qui est chargée de la protection des frontières ressemble de plus en plus à une milice.

La protection de ces frontières doit mettre un terme au passage illégal de drogues, de trafic humain et d'armes, au terrorisme et à l'immigration. Ces différents phénomènes sont liés à cause de leur caractère frontalier. Ce lien que l'on crée entres les criminels et les migrants, renforce par conséquent la méfiance envers ces derniers. Leurs incriminations légalisent la façon draconienne de sécuriser les frontières.

L'immigration clandestine est devenue la priorité absolue sur toute autre menace internationale.

Frontex est une agence de l'union européenne qui organise la coopération entre les pays membres dans le domaine de la surveillance des frontières extérieures. Elle fut fondée par directive en 2004, après quelques initiatives informelles entres des pays membres. L'agence est opérationnelle depuis le 3 octobre 2005. Et depuis, elle a dû faire face a un grand nombre de critiques venant des organisations lutant pour les droits de l'homme.

Frontex organise des patrouilles incluant des agents armés équipés de technologies récentes pour surveiller le fort européen. L'organisation collecte des informations dans des rapports classés secrets, qui servent de base aux patrouilles pour empêcher les immigrés d'entrer dans la zone Schengen. Frontex organise des déportations collectives depuis la zone Schengen.

Pendant leur voyage, les migrants peuvent à tout moment rencontrer les agents de Frontex, souvent à des moments très critiques. Les agents peuvent utiliser les armes et la force Les organisations des droits de l'Homme sonnent l'alarme et condamnent ces abus incessants . Il n'est pas clair comment l'organisation ou ces agents peuvent être appelés à se justifier.

Les compétences de Frontex sont :

- Coordonner la collaboration des pays membres dans le domaine des frontières extérieures.
- Aider les pays membres dans la formation des gardes frontalières nationales et de déterminer les normes collectives de formation.
- Exécuter des analyses de risques.

- Suivre les évolutions dans le domaine de la recherche améliorant le contrôle et la surveillance des frontières extérieures.

- Le soutien aux pays membres qui requièrent un soutien technique et extra-opérationnel aux frontières extérieures.

- Soutenir les pays membres qui organisent des opérations de rapatriement collectif.

Les tâches de Frontex sont plus étendues que celles d'autres organisations fondées dans le domaine de la justice et des affaires intérieures comme par exemple Eurojust ou Europol.

Le matériel et les troupes sont volontairement mis à disposition par les pays membres. Frontex a récemment eu plus d'autonomie dans ce domaine.

Pour la réalisation de ces tâches, Frontex peut collaborer avec Europol, avec les autorités de pays tiers et les organisations internationales compétentes dans le domaine de la sécurisation des frontières extérieures. Frontex est une organisation indépendante sur le plan juridique, administratif et financier et dispose d'un propre budget.

Le but final de Frontex est de combattre la migration non-régulière vers l'Union Européenne. Que ce but n'est pas compatible avec les droits et les libertés fondamentaux se ressent dans les critiques incessantes des organisations des droits de l'Homme.

Dans ce même contexte, il est intéressant de faire observer que le langage des organisations européennes utilise des termes comme 'immigration clandestine', 'fight against' et 'combat' quand il s'agit d'immigration non-régulière et des objectifs de Frontex. Les implications négatives ont pour conséquence de rendre les immigrés suspects et de les incriminer. De plus, ce genre de langage justifie le déploiement de moyens militaires avec un minimum de transparence.

L'arrêté Frontex fut récemment amendé pour faire en sorte que l'organisation devienne plus indépendante et effective. Frontex a reçu la compétence d'acheter ou de louer des hélicoptères et des voitures pour mieux surveiller les frontières. Grace à ces moyens l'organisation deviendra moins dépendante des pays membres. La protection des droits de l'homme fut aussi introduite dans la réglementation de Frontex, sous forme de déclarations. Les nouvelles compétences sont entrées en vigueur fin 2011.

Les nouvelles compétences sont entrées en vigueur depuis décembre 2011. En première instance, plus de moyens financiers seront mis à disposition. L'organisation deviendra plus indépendante des pays membres. Frontex disposera de ces propres équipes de garde frontalières pendant les opérations. L'organisation peut aussi financer ou cofinancer les rapatriements collectifs et y engager ses propres avions. Frontex peut aussi exécuter des opérations collectives et des projets pilote avec la collaboration des pays membres.

Les nouvelles réglementations renforcent également la possibilité de créer des accords de collaboration avec des pays tiers, et d'y financer des projets, comme par exemple, envoyer un officier de liaison qui combat la migration non-régulière à la source.

Bien que la nouvelle législation prend explicitement en compte les droits de l'homme, on peut se demander si les objectifs, les stratégies et les tactiques de Frontex sont compatibles avec les droits fondamentaux des migrants.

Frontex opère sur un très large terrain. Les immigrés peuvent à tout moment entrer en contact avec Frontex pendant leur parcours vers l'Europe. La première confrontation en tant que migrant potentiel peut déjà se faire dans le pays d'origine.

1. La surveillance européenne des frontières dans les pays d'origine

L'idée d'arrêter la migration vers l'Union Européenne en collaborant avec le pays d'origine existe depuis les années 1990. Frontex est autorisé à conclure des accords avec des pays tiers, mais est pour l'instant limité à des accords avec des pays transitaires.

Les nouvelles compétences de Frontex lui offrent la possibilité d'installer des officiers de liaison dans le pays d'origine pour lutter contre la migration non-régulière. Cependant, on a inséré une nouvelle condition dans le renouvellement de l'arrêté stipulant que les pays tiers doivent respecter les droits de l'homme en surveillant les frontières, et l'officier de liaison doit respecter les droits et libertés fondamentales.

L'on peut se demander comment remplir cette mission, tout en respectant le droit de chaque citoyen de quitter le territoire, un droit ancré dans le premier protocole complémentaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme (art 2,2). En outre, le refus d'admettre des réfugiés politiques est une atteinte au principe du non-refoulement.

2. Déconseiller ou refouler: Frontex dans les pays de transit

Analyses des risques

Avant de planifier une opération, Frontex élabore une analyse des risques. Les routes les plus utilisés par les migrants sont analysées pour mieux gérer les failles des frontières extérieures. Depuis 2005, Frontex organise annuellement une analyse des risques pour savoir à quels endroits les immigrés franchissent les frontières européennes.

Les analyses des risques décrivent en outre l'origine, les routes, le mode opératoire, la situation dans les pays de transit, les statistiques des vagues de migrations, etc. Ces analyses sont entièrement confidentielles et donc pas accessibles au public. Les raisons officielles de cette confidentialité sont qu'elles contiennent des informations sensibles basées sur des sources mises à disposition par les autorités locales des pays d'origine ou de transit. Non seulement il y a un manque de transparence, mais aussi un manque de contrôle démocratique. Le parlement européen n'a aucun droit d'inspection, et les éléments dans les rapports ne peuvent pas êtres mis en doute. Pourtant, les opérations collectives sont légitimés et organisés sur base des analyses des risques.

Une opération peut être mise en place, si Frontex constate que beaucoup d'immigrés non réguliers utilisent une certaine route migratoire en particulier.

La première étape est souvent un signal d'alarme, lancé par un pays membre, qui n'arrive plus à garantir la sécurité de sa frontière à un certain endroit, comme par exemple les îles Canaries d'Espagne.

- La collaboration avec des pays tiers

Frontex essaye de collaborer avec des pays de transit pour rendre la protection des frontières plus effective. Conformément à l'article 14 de la directive Frontex, l'agence est autorisée à collaborer et à conclure des traités avec des organisations internationales et les autorités frontalières locales (Etats non UE). Ces traités de coopération sont strictement confidentiels.

L'agence a conclu des accords de coopération avec l'Albanie, la Biélorussie, le Canada, la Croatie, Fyrom (la Macédoine), la Serbie, la Bosnie-Herzégovine, la Géorgie, la Moldavie, Monténégro, la Russie, l'Ukraine et les États-Unis.

En fonction de la route migratoire entre l'Afrique de l'Ouest et l'Espagne, un accord opérationnel a été conclu entre Frontex et la Maurétanie, le Sénégal et la Libye .Depuis lors, Frontex patrouille sur leurs eaux territoriales. Il y a des négociations avec le Maroc et le Cap-Vert pour conclure des accords de coopération. Un accord a déjà été conclu avec le Nigéria.

Frontex a exécuté l'opération Hera dans le détroit entre l'Afrique de l'Ouest et les Iles Canaries. Un grand nombre d'immigrés a atteint les côtes des Iles Canaries pendant l'été 2006, à l'aide de bateaux de pèche pitoyables provenant souvent de la côte sénégalaise. L'Espagne, ne pouvant plus assurer la surveillance de sa frontière, a fait appel à Frontex.

Les patrouilles de Frontex tentent de dissuader les réfugiés de faire la traverseée, ou l'on tente d'arrêter les bateaux avant qu'ils n'entrent dans la zone Schengen. La zone est constamment surveillée à l'aide de bateaux, d'hélicoptères et d'avions.

D'après Frontex, l'opération Hera est couronnée de succès grâce à la collaboration avec les pays de l'Afrique de l'Ouest. Il y a eu des campagnes d'informations et une collaboration avec la police sénégalaise et mauritanienne.

Le nombre de migrants en situation irrégulière dans les Iles Canaries a fortement baissé due aux opérations Frontex dans la région. En 2008, près de 9.200 migrants sont arrivés sur les côtes des Iles Canaries, et ce chiffre a diminué à 2.280 migrants en situation irrégulière en 2009. Selon Pro Asyl, 6000 migrants ont étés interpellés en 2008.

Dans le rapport général de Frontex de 2009, Hera est cité comme l'opération la plus réussie, grâce à la bonne collaboration avec les pays de l'Afrique de l'Ouest, parmi lesquels la Mauritanie. Et d'avantage grâce aux arrestations accomplies par ces pays. Mais rien ne décrit les traitements que ces personnes allaient subir.

En Mauritanie, les réfugiés et migrants sont très mal traités lorsqu'ils sont arrêtés pour séjour illégal ou même s'ils travaillent légalement. Le centre de détention Nouadhibou a reçu le surnom de 'Guantanamo des migrants'. Les migrants en Mauritanie sont accueillis par la violence, l'humiliation, le vol, l'extorsion et la violence policière.

Le problème avec les accords est le manque de garanties du bon traitement des migrants sur leur territoire. Frontex collabore avec des pays connus pour leurs maltraitances envers les migrants. À cause de cette

collaboration, ils peuvent choisir de garder les migrants ou de les renvoyer. C'est pourquoi Frontex est complice aux atteintes des droits de l'homme. Les victimes n'ont cependant aucun moyen de demander des comptes à Frontex .

D'après le traité de Lisbonne, le parlement européen a un droit de véto sur les conventions internationales. Cela ne concerne pas les accords de collaborations conclus par Frontex, étant donné qu'il s'agit d'une collaboration technique, qui n'est pas conclue avec des gouvernements mais avec des services concernés.

Depuis décembre 2011, plusieurs références au respect des droits fondamentaux ont étés prises en charge dans les définitions pour conclure un accord avec un pays tiers. Il n y a cependant aucune garantie que cela puisse changer quoi que ce soit dans la pratique: Il n y a aucun contrôle de prévu. Seulement la commission européenne est impliquée dans la conclusion des accords, mais l'on peut se poser des question sur leur volonté à veiller sur le sort des migrants. La commission à beaucoup travaillé avec la Libye ces dernières années pour contrer la migration, bien que les violations des droits de l'Homme de ce pays étaient connues, aussi bien par les rapport de droits de l'Homme que les medias.

Frontex collabore avec des pays tiers pour dissuader les migrants de franchir ou d'atteindre les frontières européennes. L'organisation connaît la situation épouvantable des camps d'accueil de par exemple la Lybie et le Maroc. Les migrants y sont souvent détenus pour un très long moment, vu qu'il devient impossible de continuer le voyage vers l'Europe à cause du contrôle sévère aux frontières. Souvent les autorités larguent les migrants dans le Sahara. Frontex coordonne ces formes de 'gérance de frontières'.

La conséquence de ces contrôles plus sévères sont des milliers de migrants illégaux dans par exemple le Maroc, la Mauritanie et la Libye. Ils y sont également renvoyés violemment.

Un grand nombre des activités de Frontex se déroule en dehors des frontières de l'Union européenne, dans le territoire des pays tiers ou dans les eaux internationales. L'agence essaye de garder les immigrés potentiels le plus loin possible de la zone Schengen. Dans ces cas, il n'est pas clair qui est responsable en cas d'atteinte aux droits de l'homme ou de dommages subis, et quel juge est compétent.

Les victimes peuvent seulement se diriger vers les tribunaux des pays tiers, pas contre Frontex, et souvent sans succès.

Logistique et dernières nouveautés techniques

En février 2010, Frontex a pu disposer de 26 hélicoptères, 22 avions légers et 113 navires. L'UE peut mettre à disposition de Frontex le matériel des pays membres en passant par la banque de données CRATE (Centralised Record of Available Technical Equipement). Dans la banque de données se trouvent également des radars mobiles, des caméras thermiques, des détecteurs de CO2, des détecteurs de battements de cœur et d'autres appareils de contrôle de la technologie de pointe.

Un rapport resté entièrement confidentiel concernant les possibilités techniques pour la surveillance de la frontière côtière du sud, BORTEC, a examiné quelles technologies existantes pourraient être utilisées dans le domaine de cette surveillance. Entre autres l'European Satellite System (ESA) et GALILEO (Global Navigation Sattelite System) peuvent êtres utiles pour la surveillance des frontières.

L'ESA a déjà été utilisé dans des opérations comme HERA II. Le système donnerait une bonne identification de la cible.

La zone maritime est scellée de façon éléctronique par SIVE (Sistema Integrado de Vigilancia Exterior – Système intégré pour la surveillance externe) le long de la péninsule Ibérique et des îles Canaries. Ce système de surveillance, comprenant des radars fixes et mobiles, empêche que des personnes ou biens indésirables pénètrent dans la zone Schengen.

La frontière maritime Espagne – Maroc a été électroniquement scellée par SIVE, avec l'assistance financière de l'UE. Ce système de surveillance a été mis en place progressivement: tout d'abord par des radars fixes et mobiles le long de la côte d'Andalousie (2002), puis le long des Iles Canaries (2005).

Depuis peu Frontex n'avait pas de propres moyens pour exécuter ces opérations. Pour être opérationnel, CRATE a été fondé. Il s'agit d'une banque de données donnant un aperçu de tous les moyens techniques que les pays membres mettent volontairement à disposition de Frontex pour une certaine période.

A partir de décembre 2012, l'organisation Frontex pourra elle-même acheter ou louer du matériel.

L'organisation Frontex dispose d'un arsenal d'appareils de contrôle hautement technologiques, de voitures et d'armes, qu'elle peut utiliser en toute autonomie pour refouler les migrants non-réguliers du territoire européen. Ce déploiement de pouvoir militaire est orienté vers un groupe très vulnérable et se déroule sans contrôle démocratique et sans transparence.

3. Aux frontières de l'UE

EN MER

> *"Frontex se considère plutôt comme une organisation humanitaire qui s'efforce de prévenir que des personnes périssent en mer chaque jour. L'organisation se considère comme un instrument non-politique de la Commission européenne et met l'accent sur le fait que ses opérations sont de nature purement coopérative."*

Les opérations Frontex les plus connues se déroulent aux frontières maritimes de la zone Schengen: les îles Canaries, aux alentours de Malte et Lampeduse, en mer Egée.

Droit à l'asile et principe de non-refoulement

Les personnes qui atteignent l'Europe ont droit à une procédure d'asile précise. Ceux qui n'arrivent pas au territoire n'y ont pas droit. Ce principe vaut aussi bien pour mer que pour terre. Dans les rapports de Frontex, on parle avec fierté du nombre d'immigrants qu'on a pu empêcher de franchir les frontières de l'Europe. On ne se pose pas la question si un certain nombre d'entre eux auraient eu droit à l'asile.

Les rapports Frontex mentionnent les chiffres du nombre de migrants auxquels on a refusé l'accès à la zone Schengen (130 000 en 2007, 140 000 en 2008). On ne lit nulle part si d'éventuels chercheurs d'asile étaient parmi eux. C'est d'autant plus inquiètant que les rapports mentionnent un nombre croissant de 'faux' chercheurs d'asile, sans indiquer ce qui les distingue des 'vrais' et comment cela a été examiné.

Dans tous les rapports sur les droits de l'Homme on peut lire des témoignages sur des réfugiés en Méditerranée qui n'ont pas été admis sur le territoire européen.

Ainsi, en 2008, la police militaire italienne de Frontex a reçu l'ordre de saisir les denrées alimentaires et le carburant des navires des refugiés et de leur donner le choix d'un rapatriement ou d'affamer en pleine mer.

Par différents moyens, on essaie de persuader les navires de faire demi-tour.

De cette façon, non seulement le droit à l'asile est violé mais également le principe de non-refoulement.

Le principe de non-refoulement est ancré dans la Convention de Genève, également dans le code frontières Schengen et dans le Charter européen des Droits de l'Homme.

L'article 3 du code frontières Schengen stipule:

Cet arrêté est applicable à chaque personne qui franchit les frontières internes ou externes des états membres, sans préjudice:

> *"a) les droits des personnes, ressortant sous le Droit commun de la libre circulation;*
>
> *b) les droits des réfugiés et personnes en demande de protection internationale notamment en ce qui concerne le non-refoulement."*

Un certain nombre de conclusions du Conseil de l'Europe l'interprète ainsi: les personnes se trouvant à bord d'un navire direction l'UE, en puisent déjà des droits.

D'après Conclusion du Conseil de l'Europe du 26 avril 2010, le principe de non-refoulement est applicable en mer:

> *"Ne pas débarquer ou remettre des personnesd'une façon ou d'une autre aux autorités d'un pays qui s'oppose au principe de non-refoulement ou qui risque de les expulser ou de les acheminer vers un autre pays agissant en contradiction avec le principe cité. Sans préjudice point 1.1 les personnes interceptées ou sauvées doivent être informées correctement pour qu'elles puissent donner les raisons qui rendent acceptables que le débarquement au lieu prévu est une infraction au principe de non-refoulement.*

Le nouvel arrêté Frontex reprend le principe de non-refoulement à plusieurs endroits. Pourtant il apparaît qu'en réalité on n'en tient presque pas compte.

Un rapport de Human Rights Watch nous donne l'exemple suivant:

> *"On June 18, 2009, for the first time in its history, a Frontex operation resulted in the interdiction and push back of migrants in the central Mediterranean Sea to Libya. A German Puma helicopter operating as part of Operation Nautilus IV coordinated Italian coast guard interception of a boat carrying about 75 migrants 29 miles south of Lampedusa. The Italian Coast Guard reportedly handed the migrants over to a Libyan patrol boat, which took them to Tripoli where they were reported to have been "handed over to a Libyan military unit"*

Le directeur suppléant de Frontex, Gil Arias Fernandez, a déclaré après cet incident:

> *"Our agency does not have the ability to confirm if the right to request asylum as well as other human rights are being respected in Libya".*

La situation d'immigrants et de réfugiés en Libye est bien documentée dans les rapports sur les droits humains et dans les medias. Particulièrement les personnes de couleur noire sont outragées par la population, surtout depuis qu'elles ont reçu l'étiquette "mercenaires de Khadaffi".

Les deux positions sont incompatibles. On ne peut proposer de respecter le principe de non-refoulement et en même temps renvoyer les migrants vers des pays à réputation douteuse en tant que droits humains, parce que Frontex n'est pas en mesure de vérifier si ces pays disposent d'un système d'asile et si les droits de l'homme y sont respectés.Cela signifierait que l'interdiction de non-refoulement, ancré dans l'article 33 de la Convention de Genève, n'est pas en vigueur pour Frontex. C'est de cette façon que l'UE, par le biais d'une agence autonome, réussit à ne tenir aucun compte des traités internationaux. Par ce détour, les états membres manquent à leurs engagements concernant la protection des droits de l'Homme.

Les migrants ont le choix d'un rapatriement au risque de poursuites ou de rester dans un pays transit sans système d'asile.

Il n'y a pas de garanties de procédures, ni de droit à un avocat ou à l'aide juridique, ni d'une possibilité d'appel prévue. En principe, le respect du principe de non-refoulement devrait signifier que chaque personne interceptée ou sauvée a droit à une procédure juridique devant une autorité compétente qui lui garantit un retour sans danger vers un pays tiers. Ceci n'est possible que si, malgré les multiples et récentes références au principe de non-refoulement dans l'arrêté Frontex, l'accès à un pays de l'UE est accordé.

le droit maritime international

Le droit maritime général stipule que les navires ressortent du pavillon de leur pays. Aucun Etat n'a le droit d'user de contrainte en ce domaine.Mais les pays Frontex font exception (voir art.5 Vo(EG) 2004/2007).

Le traité de droit maritime de l'ONU (UNCLOS) (29) stipule que les navires ne peuvent naviguer que sous le pavillon d'un seul pays et (sauf exceptions) ressortent sous la jurisdiction de cet Etat dans les eaux internationales.(art.92.1 UNCLOS)

Donc, en principe les navires participant aux opérations Frontex dans les eaux internationales, ressortent sous la jurisdiction de l'Etat membre où le navire est enregistré.

Les navires engagés dans les opérations Frontex naviguent sous le pavillon d'un Etat de l'UE. Tous ces Etats reconnaisent les droits fondamentaux des réfugiés, y compris le droit à une procédure d'asile correcte et le principe de non-refoulement.

Les migrants, arrivant au bord d'un navire Frontex, devraient en principe avoir la possibilité de faire une demande d'asile dans un port d'un pays de l'UE.

Pourtant, le ministre de la justice des Pays-Bas a décidé que, le fait qu'un navire hollandais participe à une opération Frontex, ne veut pas dire que les réfugiés amenés à bord peuvent demander l'asile aux Pays-Bas.

Un navire ayant possiblement des migrants illégaux à bord ne peut être arrêté que dans le cadre du droit maritime.

L'article 90 UNCLOS définit:

> *"Except where acts of interference derive from powers conferred by treaty, a warship which encounters on the high seas a foreign ship, other than a ship entitled to complete immunity in accordance with articles 95 and 96, is not justified in boarding it unless there is reasonable ground for suspecting that:*
>
> *(a) the ship is engaged in piracy;*
>
> *(b) the ship is engaged in the slave trade;*
>
> *(c) the ship is engaged in unauthorized broadcasting and the flag State of the warship has jurisdiction under article 109;*
>
> *(d) the ship is without nationality; or*
>
> *(e) though flying a foreign flag or refusing to show its flag, the ship is, in reality, of the same nationality as the warship.*
>
> *2. In the cases provided for in paragraph 1, the warship may proceed to verify the ship's right to fly its flag. To this end, it may send a boat under the command of an officer to the suspected ship. If suspicion remains after the documents have been checked, it may proceed to a further examination on board the ship, which must be carried out with all possible consideration.*
>
> *3. If the suspicions prove to be unfounded, and provided that the ship boarded has not committed any act justifying them, it shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained."*

Contrôler la présence de migrants illégaux à bord n'est pas une raison pour monter à bord d'un navire. Cela pourrait se faire au cas où le navire naviguerait sans pavillon ou en cas de doute. Lorsqu'on transfère les passagers, les lois de l'Etat membre où le navire est enregistré sont d'application, inclusivement les droits pour les demandeurs d'asile et les migrants.

Les compétences que Frontex s'inflige concernant l'arrestation de personnes et l'arrestation en pleine mer, sont en contradiction avec le droit maritime international. Les raisons pour passer à une arrestation sont très limitées. Dans l'affaire Medvedyev, on lit dans la décision de la CEDH qu'un sérieux soupçon de trafic de stupéfiants fut insuffisant pour arrêter des passagers.

Le possible transport de personnes illégales et même la traite humaine n'est en grande partie pas une raison et donc pas conforme à la jurisdiction de la CEDH. Le Protocole contre le trafic de migrants par terre, par mer et par air , complémentaire à la Convention de l'Organisation des Nations Unies contre le crime organisé, admet des arrestations mais uniquement au cas où il y aurait des preuves de transport de migrants irréguliers.

En outre, l'autorisation de l'Etat du pavillon du navire est indispensable.

Chaque personne se trouvant en danger ou en détresse en mer doit être sauvée (art.98, Convention de l'Organisation des Nations Unies sur le droit maritime):

> *1.Chaque Etat doit exiger que le capitaine d'un navire qui bat son pavillon, dans la mesure où la sécurité du navire, de l'équipage ou des passagers n'est pas en danger:*
>
> *a) vient en aide à chaque personne en mer se trouvant en danger de vie;*
>
> *b) aide d'urgence les personnes en détresse lorqu'on lui a signalé qu'elles ont besoin d'aide, en mesure où on peut s'attendre raisonnablement à une telle procédure de sa part.;*
>
> *c) vient en aide à un autre navire, à son équipage et à ses passagers après une collision et, si possible, communique à l'autre navire le nom de son propre navire, le port d'enregistrement et le port le plus proche où il fera escale.*
>
> *2. Les États facilitent, en coordination avec les organisations internationales compétentes, l'Autorité et les instituts nationaux de recherche scientifique et technique marine, la création, notamment dans les États en développement, de centres régionaux de recherche scientifique et technique marine, afin de stimuler et faire progresser la recherche scientifique marine dans ces États et de favoriser le transfert des techniques marines. Tous les États d'une même région coopèrent avec les centres régionaux pour mieux assurer la réalisation de leurs objectifs.*

Les États qui ont signé cette convention ont le devoir de recueillir à leur bord les personnes en détresse et de les acheminer vers un endroit sûr. Il est interdit de transférer des demandeurs d'asile dans un pays où leur vie et leur sécurité sont menacées. (Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer - International Convention for the Safety of Life at Sea, SOLAS)

Le droit international n'indique pas avec précision où les personnes sauvées doivent être débarquées, ni qui en incombe la responsabilité. C'est le capitaine du navire qui doit décider de l'endroit sûr où il acheminera les passagers, en tenant compte ici du principe de non-refoulement.

Par ailleurs, les compagnies maritimes sont déclarées responsables du transport, voire du sauvetage des migrants non réguliers. Dans certains États, la chose est même punissable. Aussi n'est-il pas illogique qu'un très grand nombre de réfugiés soient abandonnés à leur sort une fois qu'ils se retrouvent en difficulté.

1931 personnes sont décédées en Méditerranée au cours des sept premiers mois de 2011. En mai 2011, une motion de résolution a été proposée au Parlement, motion qui posait la question de savoir « qui est responsable » des cas de décès en Méditerranée. À aucun moment n'a été mise en évidence la responsabilité possible de l'UE. D'après les parlementaires, le problème des décès en Méditerranée semble plutôt être imputable aux circonstances.

Si Frontex prenait au sérieux sa tâche de sauvetage des migrants, il est très probable qu'il n'y aurait pas tant de décès de personnes en cours de traversée vers l'Europe.

responsabilité juridique

« Le respect des droits fondamentaux (…) est inconditionnel pour FRONTEX et est pleinement intégré à ses activités. En fait, FRONTEX considère le respect et la promotion des droits fondamentaux comme partie intégrante d'une gestion efficace des frontières et, partant, les deux concepts sont indissociables. »

Note de FRONTEX adressée au Parlement européen
à propos des droits fondamentaux, 8 octobre 2010.

« Quant aux droits fondamentaux, FRONTEX n'est pas responsable des décisions dans ce domaine. Ce sont les États membres qui en sont responsables. »

Ilkka Laitinen, directeur de FRONTEX, lors de la réunion de la Commission interparlementaire du Comité LIBE sur la « Responsabilité démocratique dans le domaine de la liberté, de la sécurit et de la justice – Évaluation de FRONTEX », 4 octobre 2010.

Des témoignages et pratiques de Frontex, il apparaît que l'agence se considère comme exemptée des principes du droit maritime général et des droits de l'Homme. L'absence de clarté juridique à propos de la responsabilité finale n'y est sans doute pas étrangère.

Le cadre juridique dans lequel Frontex opère est particulièrement vague. Dans un reportage émis par la chaîne allemande ARD, on a pu entendre des témoignages de réfugiés qui avaient été interceptés en mer par une patrouille de Frontex et qui n'avaient pas reçu d'eau à boire. S'en est suivie toute une série de question de la part de parlementaires européens de la Commission européenne à propos des traitements inhumains et humiliants infligés par les agents de Frontex. La réponse de la Commission fut en première instance que « *la responsabilité du contrôle des frontières incombe aux États membres et non à l'agence Frontex.* »

Le premier article de la directive 2007/2004 fondateur de Frontex stipule que ce sont les États membres qui continuent à assumer la responsabilité juridique du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures. Pourtant, la même directive attribue à Frontex une responsabilité juridique et il permet à l'organisation de négocier de façon autonome des accords avec des organisations internationales et des pays tiers. Les déclarations des États membres et de l'agence Frontex montrent clairement qu'il y a une très grande absence de clarté dans le domaine de la responsabilité juridique et civile.

Frontex est une agence indépendante et autonome qui reçoit énormément de moyens et de pouvoir sur un terrain très délicat. Malgré un manque de transparence et de contrôle démocratique, ce sont malgré tout les États membres qui portent la responsabilité.

La Commission européenne a décidé que chaque accident était de la responsabilité des agents à titre individuel. Il va de soi qu'ils sont introuvables, pour un réfugié, lorsque celui-ci souhaite dénoncer une violation des droits de l'homme.

Les réfugiés ne peuvent faire valoir leurs droits nulle part. Selon l'article 28 par 5 du Règlement de Frontex, chaque personne naturelle ou juridique indirectement et individuellement concernée par les décisions de l'agence, peut se plaindre auprès de Frontex même et entamer une procédure auprès de la Cour européenne

de justice à Luxembourg. La chose est pour ainsi dire impossible pour une personne qui se trouve en dehors de l'UE.

La Cour de justice est compétente pour évaluer la légalité des agissements de Frontex sur (art. 265 et 267 du traité de l'Union européenne). Il n'y a toutefois aucune clarté quant à savoir s'il est possible de réclamer des dommages et intérêts.

La Cour n'a d'ailleurs aucune compétence pour évaluer la responsabilité. Les articles 268 et 340 du traité de l'Union européenne n'établissent d'ailleurs de responsabilité que pour les institutions de l'UE et pour la Banque nationale européenne ou leurs agents.

Le Règlement de Frontex (art. 19) stipule que la Cour de justice est compétente pour prendre connaissance des plaintes concernant la responsabilité dans des affaires extracontractuelles, de sorte qu'on peut admettre que, pour des accidents, la Cour de justice est compétente. Il n'y a encore aucune jurisprudence, à ce propos.

D'une part, il s'agit de savoir si la responsabilité de Frontex peut être mise en cause, et comment. Frontex est une personne morale et en tant que telle, elle est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'UE et des états membres. Frontex est habilitée à agir de façon autonome et à mener d'initiative des opérations de collaboration, des projets pilotes, etc. Frontex a une double identité: l'agence est autonome sans l'être tout à fait: elle prend des initiatives et mène des opérations dans les eaux internationales, mais se décharge de toute responsabilité au profit des Etats membres qui à leur tour lui renvoient la balle.

Cette confusion sur les responsabilités respectives de Frontex et des Etats membres engendre une série de situations dramatiques où des vies humaines sont mises en danger.

SUR TERRE

Il est frappant de constater que les contrôles aux frontières sont focalisés sur l'Afrique.

Les frontières entre l'UE et l'Afrique sont en grande partie des frontières maritimes, ce qui explique le nombre important de missions de Frontex en mer.

Cela dit, l'agence procède également à des opérations terrestres.

Les deux enclaves espagnoles de Ceuta (8 km2) et Melilla (11 km2), forment une courte frontière terrestre entre le continent africain et la zone Schengen. Cette frontière est fermée hermétiquement à l'aide de doubles et de triples murs, elle est surveillée par des systèmes de contrôle sophistiqués, comme des caméras infrarouges. Les murs sont renforcés avec du pepperspray et des lames de rasoir.

A cause de la fermeture des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, les migrants choisissent une route d'évasion plus longue et plus dangereuse.

Les opérations aux frontières à l'est de l'Union européenne sont mentionnées dans le rapport annuel de Frontex, mais l'information sur les six opérations les plus importantes est restreinte. Le rapport ne donne pas de chiffres exacts, mais emploie des termes vagues comme ''une baisse draconienne''.

Le fleuve Evros forme une brève frontière entre la Turquie et la Grèce. A cause des patrouilles de Frontex, il est très dangereux d'aller de la Turquie vers la Grèce par la mer, l'Evros est donc un point de passage de plus en plus utilisé. Un RABIT (Rapid Border Intervention Team) de Frontex, composé de 175 agents issus des pays membres et de la Norvège, a été envoyé sur place pour soutenir les douaniers grecs. Les agents Frontex ont aidé à transporter les migrants vers les centres de détention. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a décidé que les conditions de vie dans ces centres sont contraires à la dignité humaine:

"*All the centers visited by bodies and organizations that produced the reports … describe a similar situation to varying degrees of gravity: overcrowding, dirt, lack of ventilation, little or no possibility of taking a walk, no place to relax, insufficient mattresses, no free access to toilets, inadequate sanitary facilities, no privacy, limited access to care. Many of the people interviewed also complained of insults, particularly racist insults, proffered by staff and the use of physical violence by guards*".

Des agents Frontex ont aussi interviewé des migrants dans ces centres de détention (voir plus loin).

Chaque semaine des migrants se noient dans l'Evros. On s'apprête à renforcer la fermeture de la frontière vers la Grèce avec la construction d'un mur. Pourtant les migrants continuent à essayer d'entrer en Europe. Il y a peu, il y a même eu une fusillade entre des trafiquants d'êtres humains et des agents de Frontex.

DANS LES AEROPORTS

Des opérations de moindre envergure sont menées par Frontex dans les aéroports internationaux, souvent contre des migrants venant d'un seul pays.

La discrimination étant expressément défendue par le Traité Européen pour les Droits de l'Homme, partie de la Charte Européenne, Frontex vise malgré tout des groupes de personnes déterminées. Dans le rapport général de Frontex de 2007 par exemple, il est précisé que les migrants chinois qui arrivent à l'aéroport sont ciblés. Pendant cette action 291 Chinois ont été arrêtés par des agents Frontex. Dans d'autres opérations les Somaliens furent visés.

DANS LA ZONE SCHENGEN

Les opérations Frontex dans la zone Schengen sont limitées. Pendant plusieurs opérations, des experts de Frontex ont été engagés pour interviewer des migrants, pour vérifier leur nationalité et être déportés plus facilement. Cela s'est produit pendant les opérations Hera sur les Iles Canaries, sur Lampedusa et aussi pendant des opérations en Grèce.

Pendant la mission RABIT à la rivière Evros, Frontex a fourni du personnel spécialisé pour déterminer la nationalité des migrants. Dans la pratique, les agents ont adopté la méthode de travail des autorités grecques, qui consiste à déterminer la nationalité pour pouvoir déporter plus facilement. Les interviews étaient très brèves et n'avaient pas pour but d'examiner si le migrant avait besoin d'une protection internationale.

Les interviews se déroulent dans les centres de détention en Grèce, où la situation est considérée comme inhumaine par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Comme la plupart des migrants ne veulent pas demander l'asile en Grèce, c'est la seule interview que l'on fait. Le but est de vérifier si les migrants peuvent être expulsés, ce qui dépend de leur nationalité. La qualité de ces interviews est fortement mise en question.

Dans le projet pilote Attica en Grèce en 2009, Frontex a engagé des interprètes et des experts pour identifier les migrants et les expulser vers leur pays d'origine. Des fonctionnaires grecs, mais aussi des agents de Frontex ont interviewé des personnes dans les camps de détention. Dans son rapport 2009, Frontex souligne la nécessité d'engager des interprètes, pour qu'un plus grand nombre de personnes soient démasquées comme « ne provenant pas d'une région en guerre ». Le rôle des traducteurs (traduire ou prendre des décisions sur des déportations) n'est pas clair. Les médias ont montré le témoignage d'un fonctionnaire grec qui critique le manque de concertation entre les agents Frontex et les autorités grecques. Il se pose des questions sur les pratiques des agents Frontex qui décident de la déportation de dizaines de personnes sans concertation. L' UNHCR en Grèce est très inquiet, parce qu'il n'y a pas de recours contre les décisions de Frontex (pas dans la pratique du moins).

HORS DE LA ZONE SCHENGEN A NOUVEAU: DEPORTATION

Une des tâches fondamentales de Frontex est d'organiser des expulsions collectives. Cette mission devient de plus en plus importante. Le budget de l'agence augmente chaque année: de 6.3 millions d'euros en 2005, à presque 42 millions d'euros in 2007 et 87 millions d'euros en 2010. L'augmentation la plus forte en termes budgétaires est consacrée aux retours. Dans le rapport annuel de Frontex on parle d'un doublement des expulsions collectives: de 15 opérations d'expulsion en 2008 à 32 en 2009, qui ont permis d'éloigner, sous pavillon Frontex, 1.622 migrantes et migrants, dont 17 vols rien que vers le Nigéria. En 2010, 2339 migrants ont été expulsés. En Belgique, les Nigérians et les Congolais sont particulièrement visés par ce type d'opérations.

Sur ces charters, des gens sont expulsés contre leur volonté, collectivement. La violence est régulièrement employée. Il n'est pas facile de collecter des informations sur le déroulement de ces vols, parce que le sort des passagers, une fois qu'ils sont dans leurs pays d'origine, n'est pas clair. Néanmoins, des témoignages parviennent aux organisations de défense des droits de l'homme et il s'avère que les humiliations, les insultes, l'agressivité et les coups lors de l'embarquement ne sont pas des exceptions. On passe les menottes. Les passagers ont un tampon dans la bouche pour éviter qu'ils crient ou qu'ils pleurent, les jambes sont également menottées. Les personnes qui se défendent sont étourdies par un spray paralysant pour les faire changer d'avis. Les personnes expulsées sont attirées par des mensonges : ils pensent qu'on les amène au conseil d'asile de l'UE. Parfois on ne tient pas compte de leur famille en Europe et il n'y pratiquement pas de suivi une fois qu'ils sont dans leurs pays d'origine.

Suite à une expulsion à issue morelle, plusieurs états membres ont élaboré des règlementations et des protocoles auxquels ces expulsions collectives doivent satisfaire. Mais ces règlementations et ces protocoles ne valent pas pour les vols Frontex. Il faudra attendre le premier mort. Pour autant qu'il soit divulgué. Et qui en sera responsable?

En décembre 2011, la directive Frontex indique qu'un meilleur cadre et plus de transparence dans les expulsions collectives sont nécessaires. Un contrôle (monitoring) indépendant doit être réalisé lors de la déportation, jusqu'au moment où le déporté est transféré dans son pays d'origine. Le retour doit être fait en respectant la Charte Européenne pour les Droits de l'Homme. Enfin un "code de conduite" doit être rédigé: " a Code of Conduct for the return of illegally present third-country nationals by air which shall apply during all joint return operations coordinated by the Agency, describing common standardized procedures which should simplify the organisation of joint return flights and assure return in a humane manner and in full respect for fundamental rights, in particular the principles of human dignity, prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment, right to liberty and security, the rights to the protection of personal data and non discrimination"

On ne peut qu'approuver une plus grande transparence dans ce domaine tellement sensible. Mais il ne s'agit encore que de mesures préventives (le code de conduite) ou des mesures a posteriori (le contrôle), alors que le recours à une autorité indépendante est essentiel justement lorsqu'il y a des problèmes pendant la déportation.

Il n'est encore pas clair quelle organisation assurera le contrôle et sur base de quelles informations. Est-ce qu'il y aura accès aux centres de déportation, aux avions, aux aéroports de destination ? Est-ce qu'il sera possible de surveiller comment les autorités locales traitent les personnes déportées? Est-ce que des témoins de mauvais traitement pourront prendre contact avec l'autorité de contrôle ? Sans une réponse à ces questions, nous ne pourrons pas évaluer l'utilité du contrôle.

Le rapport de contrôle doit être disponible pour la Commission. La transparence totale n'est néanmoins pas garantie. En effet, le rapport ne doit pas être rendu public. De plus, aucune mesure n'est prévue contre celui qui n'aurait pas respecté les droits de l'homme, rien n'est prévu pour l'identifier.

Le code de conduite doit encore être rédigé. Aucune sanction n'est prévue en cas de manquement au code. Il est à craindre que le texte reste lettre morte à cause de ce manque de contrôle.

Enfin on peut se demander quelles possibilités aura le migrant maltraité lors de l'opération d'expulsion.

Conclusions

Depuis 2006, Frontex a organisé et dirigé des dizaines d'opérations collectives. Pendant ces opérations, qui mènent à l'interception et au rapatriement, il n'y a pas de protection suffisante pour les migrants. Souvent il n'y pas la possibilité de faire une demande d'asile. Une grande partie des activités se déroulent en pleine mer et dans les eaux territoriales de pays tiers, ce qui signifie que l'on tente de maintenir la problématique hors de l'UE et de couper court à toute mise en cause de la responsabilité de l'agence.

Frontex est pour le migrant qui veut entrer en Europe, une milice que l'on évite de rencontrer. L'agence a été critiquée dans de nombreux rapports détaillés sur la situation des droits de l'homme.

La nouvelle réglementation, en vigueur depuis décembre 2011, donne l'impression que les droits de l'homme seront plus importants. Le premier article dit:

"This Regulation respects the fundamental rights and observes the principles recognized in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, notably human dignity, prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment, right to liberty and security, the rights to the protection of personal data, right to asylum, non-refoulement, non discrimination, the rights of the child and right to an effective remedy. This Regulation should be applied by the Member States in accordance with these rights and principles."

Le manque de clarté sur la responsabilité de l'agence n'est pas écarté. Malgré la plus grande autonomie et la compétence accrue de l'agence dans plusieurs domaines, les états membres restent responsables.A l'agence Frontex est attribuée un plus grand contrôle et une indépendance élargie sur ces opérations, mais elle peut rejeter toute responsabilité sur les états membres. L'évaluation et le suivi de ses activités sont réalisés par l'agence elle-même, sans amélioration de la transparence vis-à-vis du Parlement et des organisations de défense des droits de l'Homme.

Une collaboration structurelle sera mise en œuvre avec les organisations de défense des droits de l'homme, mais on peut se demander si cette collaboration sera différente de celle qui existe déjà et qui n'a que très peu d'impact sur le terrain.

A première vue, les capacités militaires de Frontex sont étendues, alors que seules des déclarations de principe ont été adoptées dans le domaine des droits de l'homme. Le manque de transparence n'appartient pas au passé, aucune réponse n'est apportée aux migrants trompés pour défendre leurs droits violés.

Depuis décembre 2011, Frontex est armé, de plus d'autonomie et de responsabilités, sans être investi d'une responsabilité juridique. Le nouveau texte est truffé de renvois à la protection des droits fondamentaux, mais le manque de transparence et de contrôle démocratique laisse présager qu'il ne s'agit que de déclarations d'intention. Les contrôles préventifs aux frontières, les opérations d'interception et de rapatriement en collaboration avec des pays tiers, se trouvent dans une zone grise juridique, où les droits de l'Homme n'ont que peu d'importance.

Si on part du fait que la contention de l'immigration illégale est un but légitime, les mesures prises doivent être en rapport avec les droits des migrants et doivent être nécessaires pour atteindre ce but. La question est de savoir si Frontex empêche effectivement les migrants de venir, ou si elle augmente l'insécurité des migrants, provoque plus de morts en mer et plus de traumatismes dans les trajectoires, simplement pour déplacer les parcours migratoires?

(*)Pour les notes de bas de page nous référons au texte néerlandais de Mieke Van de Broeck

Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen aan de grens

David Lowyck

Beknopte biografie

David LOWYCK *°(1977), afgestudeerd in 2000*

- *2000-2001: Straathoekwerker in Gent*
- *2001-2002: Begeleider in een opvangcentrum voor thuisloze jongeren tussen 18j en 2fj*
- *2002-2005: Begeleider in een dagcentrum, met 1 jaar loopbaanonderbreking ifv werken voor een buitenlandse NGO*
- *2004-2005: vrijwillige voogd voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*
- *2005-2010: Werknemer-voogd bij Caritas International*
- *2011-….: Directeur bij Minor-Ndako vzw: opvang en begeleidingstehuis voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*

Biographie sommaire

David LOWYCK *°(1977), diplômé en 2000*

- *2000-2001: Educateur à Gent*
- *2001-2002: Accompagnateur dans un centre d'accueil pour jeunes sans-abris entre 18 et 21 ans*
- *2002-2005: Accompagnateur dans un centre de soins de jour, avec 1 ans d'interruption de carrière pour travailler dans une ONG à l'étranger.*
- *2004-2005: Tuteur volontaire d'un mineur étranger non-accompagné*
- *2005-2010 : Employé-tuteur chez Caritas International*
- *2011-… : Directeur de L'ASBL Minor-Ndako : foyer d'accueil et d'orientation pour mineurs étrangers non accompagnés.*

TEKST 1: Historiek niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

• De allereerste NBMV waren niños de la guerra. Tijdens de Spaanse Burgeroorlog (1936-1939) werden 32.000 kinderen naar het buitenland geëvacueerd. Daarvan werden er 5.000 naar België gestuurd. Sommigen bleven hier, werden Belg en vervreemdden van hun familie, anderen keerden terug.

• 1951: De 'Conventie van Genève betreffende de status van vluchtelingen' wordt aangenomen. Deze overeenkomst definieert wie in aanmerking komt voor de status van vluchteling en aan wie dus asiel moet worden verleend door het land waar een aanvraag gedaan wordt, alsook welke rechten aan de erkende asielzoeker worden toegekend. De definitie van het Vluchtelingenverdrag bevat vier elementen: zich buiten het land van herkomst bevinden, een gegronde vrees voor vervolging hebben, omwille van ras, religie, nationaliteit, behoren tot een bepaalde sociale groep of politieke overtuiging en de bescherming van het land van herkomst niet kunnen of willen inroepen.

• 22 juli 1953: België ondertekent de Conventie van Genève.

• 20 november 1989: het Kinderrechtenverdrag wordt goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de VN. België ondertekent het op 26 januari 1990 en ratificeert het op 16 december 1991. Met dit verdrag worden ook de rechten van niet-begeleide minderjarigen gedefinieerd: ze zijn tot hun achttiende onverwijderbaar en hebben recht op onderwijs, gezondheidszorg, onderdak en begeleiding.

• 2 september 1990: het Kinderrechtenverdrag wordt van kracht na ratificatie door 20 lidstaten.

• 28 juli 1999: Yaguine Koïta en Fodé Tounkara, twee Guinese jongens van vijftien en veertien, worden ontdekt in het landingsgestel van een Sabenatoestel dat van Conakry naar Brussel is gevlogen. De jongens waren doodgevroren. Ze hadden een plastic zak bij met hun geboortecertificaten, schoolrapporten, familiefoto's en een brief. Door deze dramatische gebeurtenis komt het prille debat over een systeem van voogdij voor niet-begeleide minderjarigen in een stroomversnelling terecht. (Zie bijlage)

• 18 augustus 2002: het vijfjarige Congolese meisje Tabitha komt vanuit Kinshasa zonder papieren aan in Zaventem, in aanwezigheid van haar oom, die het kind naar Canada moet brengen, waar haar moeder politiek asiel heeft gekregen. Omdat het kind niet over de vereiste documenten beschikt, wordt zij in transitcentrum 127 in Melsbroek ondergebracht. Haar oom gaat terug naar zijn woonplaats in Nederland, de Belgische staat besluit het kind op een vliegtuig naar Kinshasa te zetten, waar geen enkel gezinslid aanwezig is om de vijfjarige op te vangen. De verontwaardiging van de publieke opinie is groot.

• 23 oktober 2002: na overleg tussen de premiers van België en Canada, wordt Tabitha via Parijs naar Canada gevlogen, waar zij eindelijk met haar moeder wordt herenigd.

• 24 december 2002: door de reactie van de publieke opinie op de zaak Tabitha wordt de Programmawet in het parlement goedgekeurd. Die voorziet ondermeer in de oprichting van de Dienst Voogdij, die niet-begeleide minderjarigen moet screenen en een voogd toewijzen.

• 1 mei 2004: De Voodijwet treedt in voege. Voortaan heeft elke niet-begeleide minderjarige die in België aankomt, recht op een voogd, die hem of haar wettelijk zal vertegenwoordigen en die hem of haar zal helpen bij het vinden van een school, onderdak en financiële steun van het OCMW.

• 12 oktober 2006: Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat België met de uitwijzing in 2002 van het Congolese meisje Tabitha, verscheidene bepalingen van de Mensenrechtenconventie heeft geschonden. De schendingen betreffen onmenselijke behandeling, het recht op vrijheid, respect voor het privéleven en het recht om beroep aan te tekenen. De Belgische staat moet 35.000 euro morele schadevergoeding en 14.000 euro voor de gerechtskosten ophoesten.

Bijlage: afscheidsbrief van Yaguine Koïta en Fodé Tounkara , 01-09-1999

Conakry, 21 juli 1999

Excellentie,

Mijne heren leden en verantwoordelijken van Europa,

Wij hebben het eerbare plezier en het groot vertrouwen om u deze brief te schrijven om u in te lichten over het doel van onze reis en over het leed van de kinderen en de jongeren van Afrika. Maar laat ons u eerst onze fijnste, heerlijkste en meest gerespecteerde groeten van het leven overbrengen. Met dit doel willen wij u vragen om onze steun en toeverlaat te zijn, voor ons in Afrika, u die degene bent aan wie men om hulp vraagt.

Wij smeken u, voor de liefde van de uwen op het continent, voor de gevoelens die u koestert voor uw volk, uw families en vooral voor de affiniteit en de liefde van uw kinderen die u liefhebt als het leven zelf. En ook, voor de liefde en de timiditeit van onze schepper, 'God', de almachtige die u alle goede ervaringen, de rijkdom en de macht heeft geschonken om uw continent zo goed op te bouwen en te organiseren dat het het mooiste en het meest bewonderenswaardige van alle is geworden. Mijne heren leden en verantwoordelijken van Europa.

Het is op uw solidariteit en uw zachtaardigheid dat wij in Afrika een beroep doen. Help ons, wij lijden enorm in Afrika, help ons, wij hebben problemen en enkele ontbrekende kinderrechten.

Voor wat onze problemen betreft, hebben wij: de oorlog, de ziekten, de voeding enzovoort. Wat de kinderrechten betreft, in Afrika, en vooral in Guinee, hebben wij te veel scholen maar een groot gebrek aan opvoeding en onderwijs, behalve in de privéscholen, waar men een goede opvoeding en goed onderwijs kan krijgen, maar men moet een grote som geld hebben, en onze ouders zijn arm, het belangrijkste is dat ze ons voeden. Vervolgens hebben wij geen sportscholen zoals: voetbal, basket, tennis.... Dus in dit geval vragen wij, de Afrikanen, en vooral wij de kinderen en de jonge Afrikanen, dat u een grote en doeltreffende organisatie zou maken voor Afrika opdat het vooruitgang zou maken.

Dus als u ziet dat wij ons opofferen en ons leven riskeren, dan is dat omdat wij in Afrika te veel lijden en wij uw hulp nodig hebben om te strijden tegen de armoede en een einde te maken aan de oorlog in Afrika. Desalniettemin willen wij studeren, en wij vragen u om ons te helpen studeren zodat wij in Afrika zoals u kunnen worden. Ten slotte: wij smeken u om ons heel erg te excuseren omdat wij gedurfd hebben om deze brief te schrijven, u grote personaliteiten aan wie wij veel respect verschuldigd zijn. En vergeet niet dat het aan u is dat wij ons beklag moeten doen over de zwakheid van onze kracht in Afrika.

Geschreven door twee kinderen uit Guinee

Yaguine Koïta en Fodé Tounkara

TEKST 2: Wat is de rol van de voogd wanneer zijn pupil wordt vastgehouden in een welbepaalde plaats aan de grens?[1]

1. Situatie van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die aan de grens aankomt

Op grond van de Voogdijwet en artikel 37 b van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), moet de situatie van een dergelijke niet-begeleide minderjarige door de dienst Voogdij als prioritair worden beschouwd, vooral gelet op het trauma dat de vrijheidsberoving voor een minderjarige vormt. Er wordt hem onmiddellijk een voogd toegewezen, hetzij definitief indien de dienst Voogdij van oordeel is dat voldaan is aan de voorwaarden om de Voogdijwet toe te passen, hetzij voorlopig indien de identificatie niet definitief is.

Ten aanzien van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die aan de grens aankomt zonder de gestelde voorwaarden te vervullen en van wie de toegang tot het grondgebied aan de grens is geweigerd, wordt een beslissing tot terugdrijving en een beslissing tot vasthouding in een welbepaalde plaats aan de grens genomen.

Hij wordt vastgehouden op grond van artikel 74/5 van de wet van 15 december 1980 in het INAD-centrum wanneer hij geen asielaanvraag indient, of in Centrum 127 wanneer hij wel een asielaanvraag indient.

Ook een persoon die wordt vastgehouden in een centrum voor illegalen kan verklaren dat hij een niet-begeleide minderjarige vreemdeling is en vervolgens worden gemeld bij de dienst Voogdij, die hem zal identificeren en een definitieve of voorlopige voogd toekennen.

2. Vasthouding in een welbepaalde plaats aan de grens: door de Dienst Vreemdelingenzaken beheerde gesloten centra

De Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ) beheert thans 5 gesloten centra waarin de volgende categorieën vreemdelingen worden vastgehouden: personen die zich aan de grens aanbieden zonder te voldoen aan de vereiste voorwaarden om toegang te krijgen tot het Belgisch grondgebied en personen die worden vastgehouden met het oog op hun eventuele verwijdering van het Belgisch grondgebied.

De directie Centra van de Dienst Vreemdelingenzaken omvat tevens de transportdienst Bureau T, die belast is met het vervoer van in de gesloten centra vastgehouden vreemdelingen, alsook de cel Algemene Coördinatie en Controle. Deze cel controleert de werking van de gesloten centra en zorgt voor de coördinatie ervan, met toepassing van de bepalingen van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 betreffende het regime en de werkingsmaatregelen in de gesloten centra onder het beheer van de Dienst Vreemdelingenzaken109. De cel dient tevens als aanspreekpunt voor een aantal externe instanties.

---

[1] Uit het "Vademecum voor voogden van niet begeleide minderjarige vreemdelingen" / Eerste Uitgave, bijgewerkt op 31 augustus 2007

3. Beslissingen van de Ministerraad van 20 maart 2004 en 19 mei 2006

Gelet op de bepalingen van het IVRK en de erin opgenomen internationale verplichtingen in verband met de weigering van toegang tot het Belgisch grondgebied en andere grondgebieden, inzonderheid in het kader van de Schengenovereenkomst, heeft de Regering beslist om beveiligde centra op te richten waarvan het statuut wordt gelijkgesteld met een welbepaalde plaats aan de grens, zoals bedoeld in artikel 74-5, § 1, van de wet van 15 december 1980, waarin de niet begeleide minderjarige wordt opgevangen voor een maximumperiode van 15 dagen.

De minister van Maatschappelijke Integratie zal voorzien in de wettelijke bepalingen ter begeleiding van de tenuitvoerlegging van deze beslissing. In een koninklijk uitvoeringsbesluit zullen de bestuursrechtelijke bepalingen worden opgenomen op grond waarvan de niet-begeleide minderjarige aan wie de toegang tot het grondgebied is geweigerd, wordt opgevangen in een observatie- en oriëntatiecentrum in afwachting dat alle garanties voor de eventuele uitvoering van een beslissing tot terugdrijving voorhanden zijn. Het wetsontwerp betreffende de opvang van asielzoekers is op 16 juni 2006 bij het Parlement ingediend.

Belangrijkste principes van de beslissing van de Ministerraad:

Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen worden niet langer vastgehouden in gesloten centra, maar opgevangen in een observatie- en oriëntatiecentrum met een beveiligd regime. De in het IVRK en de Opvangwet vervatte beginselen dienen als basis voor het beveiligde regime.

Overeenkomstig de bepalingen van de wetgeving betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarigen gaat de dienst Voogdij over tot aanwijzing van een definitieve of voorlopige voogd voor eenieder die aan de grens verklaart een niet-begeleide minderjarige te zijn.

De dienst Voogdij moet zo spoedig mogelijk overgaan tot identificatie van de persoon die verklaart een niet-begeleide minderjarige te zijn. De leeftijd moet binnen 3 werkdagen worden bepaald, behalve in uitzonderlijke, behoorlijk gemotiveerde omstandigheden.

Bij het verstrijken van de termijn voor het bepalen van de leeftijd wordt de niet- begeleide minderjarige binnen 24 uur opgenomen in een observatie- en oriëntatiecentrum dat onder de bevoegdheid van de minister van Maatschappelijke Integratie valt.

Wanneer gelet op het hoger belang van het kind een terugkeer van de niet-begeleide minderjarige naar zijn familie verantwoord is, is het nuttig het Verdrag van Chicago te kunnen toepassen. Door het beveiligde regime zijn de toepassingsvoorwaarden ervan gedurende een beperkte periode van 15 dagen gewaarborgd. Deze termijn kan met 5 dagen worden verlengd in uitzonderlijke, behoorlijk gemotiveerde omstandigheden.

Een beslissing over de eventuele terugdrijving van de niet-begeleide minderjarige wordt ten laatste genomen na het verstrijken van de termijn van 15 dagen. Indien binnen deze termijn geen beslissing wordt genomen over de terugdrijving, is er effectief toegang tot het grondgebied.

Gelijke behandeling van de in het observatie- en oriëntatiecentrum opgevangen niet-begeleide minderjarigen: het is niet haalbaar twee verschillende regimes te hanteren in éénzelfde opvangstructuur op grond van het administratief statuut.

Fedasil heeft een inspanningsverbintenis, geen resultaatsverbintenis. De belangrijkste opdracht van Fedasil bestaat erin materiële hulp te verlenen. Mits het huishoudelijk reglement waarin voorzien is in een beveiligd regime wordt nageleefd, kan Fedasil niet verantwoordelijk worden gesteld voor een spontaan vertrek van één van de opgevangen minderjarigen.

4. Rol van de voogd in afwachting van de nieuwe wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen

De door de Dienst Vreemdelingenzaken genomen beslissingen tot terugdrijving en tot vasthouding aan de grens met toepassing van artikel 74/5 van de wet van 15 december 1980 moeten worden meegedeeld aan de voogd. In de praktijk begeeft de voogd zich met spoed naar het betrokken centrum.

Hoewel de voogd ambtshalve onverwijld moet verzoeken om de bijstand van een advocaat en beiden toegang hebben tot de gesloten centra, is het gelet op de spoedeisendheid weinig waarschijnlijk dat de voogd vanaf het eerste onderhoud de niet-begeleide minderjarige in het bijzijn van zijn raadsman kan ontmoeten. Tijdens het eerste onderhoud legt de voogd aan zijn pupil het voogdijstelsel en de rol van de voogd uit. Hij zorgt ervoor dat hij de eerste elementen om te komen tot een analyse van de situatie van de minderjarige inwint, met name wat zijn familie, verhaal en kijk op de huidige situatie betreft. De voogd tracht in het bijzonder signalen te detecteren die mogelijk wijzen op een netwerk van mensensmokkel en mensenhandel.

Aan de hand van die elementen uit het verhaal van de minderjarige kan de voogd niet alleen mee bepalen of al dan niet een asielaanvraag wordt ingediend, maar ook onder welke voorwaarden sprake kan zijn van een terugkeer naar de ouders of de familie in het land van herkomst of in een derde land.

In het kader van de opdracht tot coördinatie van de contacten met de Belgische autoriteiten en instellingen of de autoriteiten van het land van herkomst om de familie van de minderjarige op te sporen, kan de dienst Voogdij de voogd ondersteunen bij het zoeken naar informatie, op voorwaarde dat dit geen risico inhoudt voor de minderjarige of zijn familie.

De voogd moet beoordelen in hoeverre deze voorwaarden overeenkomen met het belang van zijn pupil. Dit belang wordt bepaald in het licht van de in het IVRK vastgestelde rechten. Indien de voorwaarden voor een terugkeer van de niet-begeleide minderjarige niet zijn vervuld – en de beslissing tot terugdrijving van de Dienst Vreemdelingenzaken dan ook onuitvoerbaar lijkt –, doet de voogd alternatieve voorstellen in het belang van de minderjarige in de wetenschap dat het vasthouden van een niet-begeleide minderjarige een uiterste maatregel voor de kortst mogelijke duur is: de minderjarige moet kunnen worden opgevangen in een in de opvang van minderjarigen gespecialiseerd centrum, dan wel een beroep kunnen doen op een andere oplossing waarbij wordt voorzien in aangepaste opvang. Uiteraard moet rekening worden gehouden met het gevaar dat de niet-begeleide minderjarige verdwijnt: dit gevaar moet worden teruggebracht tot een minimum. Met name wanneer de voogd het bestaan van een netwerk van mensensmokkel of mensenhandel vermoedt, moeten de ter zake gespecialiseerde centra worden gecontacteerd.

Indien de voorwaarden zijn vervuld en het belang van de minderjarige wordt gewaarborgd, wordt een verzoek tot vrijlating ingediend bij de Dienst Vreemdelingenzaken. Wanneer dit verzoek wordt afgewezen, moet de voogd overwegen een verzoekschrift tot invrijheidstelling in te dienen ter griffie van de raadkamer (te Brussel). Indien voornoemde voorwaarden ter terechtzitting worden bevestigd, blijkt uit de huidige praktijk dat dit

gerecht in de meeste gevallen de onmiddellijke invrijheidstelling van de minderjarige beveelt.

Concreet vraagt de voogd de advocaat een verzoekschrift tot invrijheidstelling in te dienen ter griffie van de raadkamer. De zitting van de raadkamer vindt in principe 5 dagen na de indiening van het verzoekschrift plaats. De voogd moet alle specifieke elementen met betrekking tot de situatie van de minderjarige meedelen aan de advocaat om hem de mogelijkheid te bieden zijn verzoekschrift op te stellen. De voogd kan de zitting ook bijwonen.

Tijdens deze periode bezoekt de voogd regelmatig zijn pupil om de vertrouwensrelatie in stand te houden. Hij schenkt vooral aandacht aan het welzijn van de minderjarige.

5. Wat moet men concreet doen wanneer de niet-begeleide minderjarige vreemdeling in vrijheid wordt gesteld?

De dienst Voogdij organiseert in samenwerking met Bureau T (Transport) van de Dienst Vreemdelingenzaken het vervoer van de niet-begeleide minderjarige naar een opvangcentrum waar de voogd de vervulling van zijn taken voortzet.

6. Wat moet men doen wanneer in de nieuwe wettelijke en bestuursrechtelijke teksten voorzien is in de tenuitvoerlegging van voornoemde beslissing van de Ministerraad?

Onder voorbehoud van wijziging en aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke ontwerpen zoals tot op heden ingediend, is er bepaald dat de niet-begeleide minderjarige wordt opgevangen voor een maximumperiode van 15 dagen in één van de beveiligde centra waarvan het statuut wordt gelijkgesteld met een welbepaalde plaats aan de grens, zoals bedoeld in artikel 74-5, § 1, van de wet van 15 december 1980.

De minderjarige over wie twijfel bestaat met betrekking tot zijn leeftijd, blijft vastgehouden in een welbepaalde plaats aan de grens in afwachting van de beslissing van de dienst Voogdij, die binnen 3 dagen moet worden genomen. Daarna wordt hij, indien hij wordt erkend als minderjarige, binnen 24 uur doorverwezen naar één van voornoemde beveiligde centra. Zoals het geval is in afwachting van voornoemde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, moet de voogd ook dan onverwijld optreden om zijn opdrachten uit te voeren.

Zodra die bepalingen worden toegepast, moet de voogd niet langer verzoeken om de vrijlating van de minderjarige en kan hij meteen, bij het eerste bezoek aan het gesloten centrum of rechtstreeks in het beveiligde observatie- en oriëntatiecentrum.

TEKST 3: Koninklijk besluit van 9 april 2007 tot vastlegging van het stelsel en de werkingsregels voor de centra voor observatie en oriëntatie voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (B.S. 7 mei 2007)

VERSLAG AAN DE KONING

Sire,

De wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen (« de wet ») bevat in zijn Boek III betreffende de materiële hulp die wordt toegekend aan de rechthebbenden van de opvang, in Titel I dat de rechten en plichten van de rechthebbenden van de opvang verduidelijkt, een hoofdstuk II dat specifieke bepalingen invoert die van toepassing zijn op kwetsbare personen en op minderjarigen.

Artikel 40 verduidelijkt dat er een gepaste begeleiding wordt geboden aan de niet-begeleide minderjarigen tijdens een observatie- en oriëntatiefase in een hiertoe aangeduid centrum. Volgens datzelfde artikel komt het U toe om het stelsel en de werkingsregels te bepalen die van toepassing zijn op de centra voor observatie en oriëntatie. Het besluit dat U vandaag wordt voorgelegd, vormt de tenuitvoerlegging van deze machtiging.

De centra voor observatie en oriëntatie zijn opvangstructuren, in de zin van voormelde wet, voorzien van een specifiek juridisch statuut omwille van de kenmerken van de rechthebbenden van de opvang die er voorlopig verblijven, namelijk de niet-begeleide minderjarigen. Het gaat om open centra waarin men een specifiek stelsel vindt dat de meest gepaste uitvoering van een eerste opvangfase voor de niet-begeleide minderjarigen toelaat.

Hieromtrent wordt Uw aandacht getrokken op artikel 41 van voormelde wet dat een bijzonder stelsel voorziet voor de niet-begeleide minderjarigen die zich aan de grens aanbieden zonder te beschikken over de documenten die vereist zijn voor de binnenkomst van of het verblijf op het grondgebied.

In dit besluit wordt onder « niet-begeleide minderjarige » verstaan : de persoon die beantwoordt aan de definitie van artikel 2, 4°, van de wet.

ARTIKELSGEWIJZE BESPREKING

Het eerste Hoofdstuk van het besluit legt de grote principes van de organisatie en de werking van de centra voor observatie en oriëntatie vast.

Artikel 1 herhaalt enkele basisprincipes van de centra voor observatie en oriëntatie. Eerst en vooral is het observatie- en oriëntatiecentrum een opvangstructuur in de zin van de wet voor niet-begeleide minderjarigen. Het gaat om een gemeenschappelijke opvangstructuur in de zin van artikel 2, 10° van de wet, binnen dewelke materiële hulp wordt verleend aan de niet-begeleide minderjarigen, rekening houdend met hun specifieke behoeften.

Ten tweede is het centrum zowel een beveiligde als geruststellende plaats voor de minderjarige en verstrekt het hem materiële hulp en psychologische, medische en sociale begeleiding. Het verblijf in het centrum

maakt zo een overgang uit tussen de moeilijke situatie waarin de niet-begeleide minderjarige zich voor zijn aankomst bevond en het vervolg van zijn traject in België. De verschillende maatregelen beschreven in het besluit dat U ter ondertekening wordt voorgelegd, moeten zo de veiligheid en de bescherming waarborgen van de niet-begeleide minderjarigen opgevangen in het centrum.

Ten derde wordt de materiële hulp aan de niet-begeleide minderjarige verleend met zijn

voorafgaande toestemming, daar de filosofie van het verblijf in het centrum gebaseerd is op de toestemming van de minderjarige, zoals voorzien in artikel 2, vierde lid, in fine. Het Agentschap, onder wiens bevoegdheid het centrum voor observatie en oriëntatie valt, draagt bijgevolg geen enkele aansprakelijkheid bij een vrijwillig vertrek van de minderjarige. Het kan slechts vaststellen dat de niet-begeleide minderjarige niet langer de materiële steun wenst te genieten die het centrum hem verstrekt.

Artikel 2 herhaalt dat de centra voor observatie en oriëntatie de niet-begeleide minderjarigen meestal in de eerste fase van hun verblijf, de materiële hulp in de zin van de wet beogen te bieden, rekening houdend met de specifieke kenmerken die verband houden met hun leeftijd en hun kwetsbaarheid.

Zoals hun benaming laat verstaan, hebben de centra als opdracht de observatie en de oriëntatie van de niet-begeleide minderjarige mogelijk te maken. In die zin herinnert artikel 2 aan het belang van het opstellen van een eerste medisch, psychologisch en sociaal profiel van de minderjarige, van het vaststellen van een eventuele kwetsbaarheid (observatie) om de minderjarige te kunnen oriënteren, vanaf zijn vertrek uit het centrum, naar een geschikte tenlasteneming (oriëntatie).

De niet-begeleide minderjarigen die in aanmerking komen voor opname in een centrum voor observatie en oriëntatie bevinden zich in administratieve situaties die heel uiteenlopend kunnen zijn krachtens de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Artikel 3 waarborgt de gelijkheid van behandeling in het centrum ongeacht de verschillen in het administratief statuut.

Artikel 4 behandelt de beslissing betreffende de verwijdering die zou worden uitgevoerd ten aanzien van een niet-begeleide minderjarige. Elk lid beoogt een chronologisch onderscheiden periode met verschillende gevolgen. In het eerste lid wordt in het bijzonder de situatie bedoeld van de niet-begeleide minderjarige die nog geen voogd kreeg toegewezen krachtens de programmawet van 24 december 2002, of wiens voogd, pas aangeduid, nog niet is kunnen tussenkomen. Daarom zal geen enkele verwijderingsmaatregel genomen worden ten aanzien van een niet-begeleide minderjarige indien de voogd niet effectief betrokken werd in de zoektocht naar een duurzame oplossing in overeenstemming met het hoogste belang van de minderjarige. Het tweede lid behandelt de kwestie van de uitvoering van een zelfde maatregel na tussenkomst van de voogd. Indien de uitvoering van de maatregel van terugdrijving of uitwijzing niet uitgesloten is, kan deze in geen geval en om begrijpelijke redenen, gelet op de doelstellingen van het centrum en zijn impact op de andere minderjarigen, plaatsvinden vanuit het centrum. Dit neemt uiteraard niet weg dat een verwijderingsprocedure wordt gestart voor een niet-begeleide minderjarige die zich in het centrum bevindt. De bepaling heeft tot doel elke indringing in het centrum te voorkomen van de beambten die de verwijderingsmaatregel uitvoeren die het goede verloop van het gemeenschapsleven in het centrum zou kunnen verstoren.

Hoofdstuk II wil de specifieke opvangmodaliteiten van de centra voor observatie en oriëntatie verduidelijken.

Aangezien de centra voor observatie en oriëntatie gemeenschappelijke opvangstructuren in de zin van de wet zijn, herinnert artikel 5 eraan dat de kern van Boek III van deze wet tot

vastlegging van de bepalingen betreffende de materiële hulp toegekend aan de rechthebbenden van de opvang, residuair en behoudens andersluidende bepaling in onderhavig besluit, van toepassing is op de centra voor observatie en oriëntatie.

Zoals artikel 67 voorziet, wordt het verblijf in een centrum voor observatie en oriëntatie benut voor de registratie van de niet-begeleide minderjarige, zijn identificatie en de aanstelling van een voogd door de Dienst Voogdij. Artikel 6 verduidelijkt de rol van het centrum in het kader van de administratieve procedures die van toepassing zijn op de niet-begeleide minderjarige, vanaf zijn aankomst op het grondgebied, of tenminste, vanaf zijn tenlasteneming door de Belgische autoriteiten. De opdrachten van het centrum zijn eenvoudige begeleidingsopdrachten in verhouding tot de bevoegdheden van de andere administratieve overheden. Volgens het eerste lid gaat het er concreet om de dienst Voogdij en de dienst Vreemdelingenzaken in staat te stellen de wettelijke identificatie en de administratieve registratie van de minderjarige te realiseren. Met respect voor het belang van de minderjarige, wordt de informatie die het centrum bekomt met betrekking tot de identiteit van de minderjarige, evenals alle andere nuttige informatie met het oog op de aanstelling van een voogd aan de dienst Voogdij meegedeeld. Het tweede lid bepaalt dat het centrum de nodige maatregelen kan nemen om de voogd toe te laten zijn opdracht te vervullen.

Artikel 7 legt de duur van het verblijf in een centrum voor observatie en oriëntatie vast op maximum vijftien dagen, met mogelijkheid tot verlenging voor een nieuwe periode van vijftien dagen. Deze bepaling doet geen afbreuk aan het principe van artikel 41, § 3 van de wet. Ter herinnering, dit artikel regelt het bijzonder geval van de niet-begeleide minderjarige, die zich aan de grens aanbiedt zonder te beschikken over de documenten die worden vereist door de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Deze minderjarige kan in het centrum verblijven voor een duur van maximum vijftien dagen, eventueel verlengbaar met vijf dagen in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde omstandigheden. Na afloop van deze termijn is de binnenkomst van de minderjarige op het grondgebied daadwerkelijk indien de terugdrijvingsmaatregel niet werd uitgevoerd. De termijn bedoeld in artikel 7 van het ontwerp van koninklijk besluit heeft betrekking op de duur van het verblijf in het centrum voor observatie en oriëntatie, terwijl de termijn bedoeld in artikel 41, §3, van de wet het administratief statuut van de minderjarige betreft. In tegenstelling tot het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State is het niet noodzakelijk gebleken deze bepaling te herzien. De nadruk dient immers te worden gelegd op de verenigbaarheid tussen artikel 7, eerste lid, van het besluit dat U ter ondertekening wordt voorgelegd, en artikel 41, § 3, van de wet. Deze laatste bepaling, die in haar geheel moet worden gelezen (de twee leden samen), beoogt enkel de niet-begeleide minderjarigen bedoeld in het eerste lid van artikel 41 en legt een maximumtermijn vast voor de administratieve gelijkstelling van hun verblijf in het observatie- en oriëntatiecentrum met een verblijf buiten de grenzen van het Koninkrijk. Deze termijn bedraagt maximum vijftien dagen, verlengbaar met vijf dagen in uitzonderlijke omstandigheden. Artikel 41 van de wet verbiedt echter niet dat dit verblijf wordt voortgezet in het observatie- en oriëntatiecentrum, maar deze keer beschouwd als een plaats die binnen het grondgebied is gesitueerd. Na een eerste verblijf van vijftien dagen in een observatie- en oriëntatiecentrum kan er aldus beslist worden het verblijf in het

centrum van de niet-begeleide minderjarige die niet over een titel voor de toegang tot het grondgebied tot het grondgebied beschikt, te verlengen met vijftien dagen, op basis van artikel 7 van dit besluit. Deze nieuwe termijn moet dus worden geïnterpreteerd als een termijn die een aparte dubbele periode omvat : de eerste vijf dagen worden beschouwd als een verblijf buiten de grenzen van het Koninkrijk, de volgende tien als een verblijf binnen de grenzen ervan.

Artikel 7, tweede lid, voorziet dat indien geen enkele type opvang met betrekking tot de bijzondere situatie van de niet-begeleide minderjarige (familiale opvang, opvang in een structuur voor minderjarigen die afhangt van de Gemeenschappen, ...) kon worden gevonden na afloop van het verblijf in het centrum, de minderjarige wordt verwezen naar een opvangstructuur, beheerd door het Agentschap of een partner, die het meest aangepast is aan de opvang van niet-begeleide minderjarigen.

Artikel 7, derde lid, herinnert eraan dat het centrum voor observatie en oriëntatie niet van nature de meest geschikte plaats is voor een verlengd verblijf voor de categorieën van bijzonder kwetsbare niet-begeleide minderjarigen. Het centrum neemt aldus alle noodzakelijke maatregelen om de minderjarigen jonger dan 13 jaar, de minderjarigen die

geestelijke gezondheidsproblemen (onder meer psychologische problemen) hebben of de minderjarigen die het slachtoffer zijn van mensenhandel zo snel mogelijk door te verwijzen naar de opvangstructuur waar zij kunnen genieten van een bijzondere opvang, aangepast aan hun situatie.

Artikel 8 voorziet dat de niet-begeleide minderjarige bij zijn aankomst een eerste gesprek heeft met een maatschappelijk werker. De voogd kan hierbij aanwezig zijn. De maatschappelijk werker biedt elke minderjarige, van wie hij de referentiepersoon is, een sociale en administratieve begeleiding. Hij vervult ook een rol als waarnemer om te bepalen welke oriëntatie het best aansluit bij het belang van de minderjarige bij de keuze van een tweede opvangstructuur. Hij werkt nauw samen met de voogd.

Artikel 31, § 1, tweede lid van de wet voorziet dat elke rechthebbende van de opvang recht heeft op een individuele en permanente sociale begeleiding door een maatschappelijk werker tijdens de gehele duur van zijn verblijf in de opvangstructuur. Hiervoor verzekert elke opvangstructuur de rechthebbende van de opvang een daadwerkelijke toegang tot een sociale dienst en duidt een maatschappelijk werker aan als referentiepersoon. De taken van de maatschappelijk werker die in de wet worden bekrachtigd, bestaan er onder meer uit om de rechthebbende van de opvang te helpen om de kritieke situaties waarin hij zich bevindt, te overwinnen en te verbeteren. Hiervoor levert de maatschappelijk werker documentatie, advies en sociale begeleiding aan de betrokkene en oriënteert hem desgevallend naar externe diensten. De taken van de maatschappelijk werker omvatten verder de evaluatie van de specifieke behoeften van de rechthebbende van de opvang.

Het eerste gesprek met de maatschappelijk werker heeft betrekking op de opdracht van het centrum voor observatie en oriëntatie, op de modaliteiten van de opvang in het centrum (waarschijnlijke verblijfsduur en leefreglement in het centrum). Bij deze gelegenheid ontvangt de minderjarige het huishoudelijk reglement. Er wordt toegezien op het goede begrip van dit document door de minderjarige. Na dit eerste gesprek en gedurende zijn gehele verblijf in het centrum heeft de niet-begeleide minderjarige de gelegenheid om meerdere gesprekken te voeren met zijn maatschappelijk werker - referentiepersoon met het oog op het opstellen van een profiel van de minderjarige en om hem op gepaste wijze te kunnen oriënteren naar een andere opvangstructuur, of om een andere oplossing voor zijn verblijf te vinden.

Artikel 9 voorziet het opstellen door het centrum van een verslag dat het medisch, psychologisch en sociaal profiel van de niet-begeleide minderjarige schetst. Dit verslag wordt meegedeeld aan de voogd en dient als basis voor de oriëntatie van de minderjarige naar de plaats waar hij de meest geschikte opvangmodaliteiten kan ontvangen, in de zin van artikel 7, tweede lid van onderhavig besluit.

Het verslag steunt op de observatie van de minderjarige tijdens de duur van zijn verblijf. De observatiemethodologie steunt op individuele gesprekken met de minderjarige, alsook op zijn observatie in het dagelijkse leven en tijdens activiteiten in en buiten het centrum. De observatie gebeurt in uiteenlopende contexten om het effect van de omgeving op het gedrag van de minderjarige te relativeren.

Artikel 10 is een toepassing van het principe dat het centrum voor observatie en oriëntatie de minderjarige die er verblijft, een beveiligd en vooral geruststellend stelsel biedt. De van natuur kwetsbare niet-begeleide minderjarige kan immers overgeleverd zijn aan netwerken van mensenhandelaars. Daarom worden specifieke maatregelen voor bescherming en begeleiding ingevoerd in de centra voor observatie en oriëntatie, in afwijking op het algemeen stelsel dat bestaat in de andere opvangstructuren die door het Agentschap worden beheerd. De modaliteiten van het recht op bezoek, activiteiten buiten het centrum, communicatie of briefwisseling worden bepaald door het huishoudelijk reglement zoals bedoeld in artikel 14. De externe contacten van de minderjarigen worden beperkt, binnen de 7 dagen die volgen op zijn aankomst in het centrum, tot die contacten die vereist zijn voor zijn administratieve procedure, en tot de contacten met zijn voogd of zijn advocaat of nog tijdens de activiteiten georganiseerd door het centrum. Indien het belang van de minderjarige het vereist, kan de directeur van het centrum deze periode van 7 dagen verlengen. Hij beschikt eveneens over de mogelijkheid om af te wijken van dit mechanisme, door met name andere contactmogelijkheden voor de niet-begeleide minderjarige toe te staan tijdens deze periode. Nog steeds in een streven naar het respect van het belang van de minderjarige, wordt een bijzondere aandacht besteed aan het vermijden van abnormale verdwijningen van niet-begeleide minderjarigen. In de praktijk worden er bewakingsrondes voorzien in de centra voor observatie en oriëntatie, zowel overdag tijdens de « vrije » momenten van de minderjarigen, als 's nachts. Er wordt meermaals per dag en per nacht een aanwezigheidslijst opgesteld. Zo voorziet artikel 11 dat de directeur van het centrum meteen wordt ingelicht zodra er een afwezigheid wordt vastgesteld. Een niet-begeleide minderjarige wordt verklaard « het centrum te hebben verlaten » indien zijn afwezigheid uit het centrum meer dan 24 uren duurt. Op dat moment wordt de afwezigheid van de minderjarige gemeld aan zijn voogd of aan de dienst Voogdij. Indien het gaat om een niet-begeleide minderjarige die zich aan de grens aanbiedt zonder titel die de binnenkomst van het grondgebied toelaat, bedoeld in artikel 41 van de wet, wordt zijn verdwijning ook gemeld aan de Dienst Vreemdelingenzaken. Bij verdwijning van een bijzonder kwetsbare minderjarige wordt de politie onmiddellijk bij de vaststelling van deze verdwijning ingelicht door het centrum. De dienst Voogdij en de voogd worden ook tegelijkertijd ingelicht.

Artikel 12 herhaalt dat de minderjarige op elk moment het recht heeft om contact op te nemen met zijn voogd en met zijn advocaat. De modaliteiten worden door het centrum gedefinieerd in het huishoudelijk reglement bedoeld in artikel 14.

Artikel 13 legt de betrekkingen tussen het personeel van het centrum voor observatie en oriëntatie enerzijds en de Dienst Voogdij en de voogden anderzijds vast. Er word aan herinnerd dat het personeel van het centrum handelt met respect voor de bevoegdheden die in toepassing van Titel XIII, Hoofdstuk VI van de programmawet (I) van 24 december 2002 aan de voogd worden toegekend. De modaliteiten van de

operationele samenwerking worden door het Agentschap en de Dienst Voogdij gedefinieerd. Een optimale samenwerking tussen de centra enerzijds en de voogden en de Dienst Voogdij anderzijds impliceert onder meer een regelmatig overleg en de uitwisseling van informatie om een coherente begeleiding van de niet-begeleide minderjarige te verzekeren.

Artikel 14, dat de enige bepaling vormt van een Hoofdstuk III betreffende het huishoudelijk reglement van de centra voor observatie en oriëntatie, geeft de Minister, in toepassing van de speciale machtiging waarover hij krachtens artikel 19 van de wet beschikt, de taak om een huishoudelijk reglement op te stellen dat van toepassing is op de centra voor observatie en oriëntatie. De Minister reglementeert op basis van een door het centrum voorgestelde tekst. Naast de speciale toepassingsmaatregelen die worden vereist door bepaalde voorschriften van de voormelde wet betreffende de opvang en door onderhavig besluit, legt artikel 14 op niet-limitatieve wijze bepaalde onderwerpen vast die de Minister in het huishoudelijk reglement regelt. Het gaat meer bepaald om de plicht van de bewoners om de gebouwen en het materiaal te respecteren, de regels inzake hygiëne, de regels betreffende het respect voor de uren wat de activiteiten en de diensten betreft, de modaliteiten voor de uitoefening van de materiële, medische, psychologische en sociale hulp die aan elke niet-begeleide minderjarige wordt verleend, de regels betreffende de veiligheid van de niet-begeleide minderjarige en de regels betreffende het behoud van de orde in de centra, met inbegrip van de aanpassing van het sanctieregime voorzien in artikel 45 van de wet aan de situatie van niet-begeleide minderjarigen.

De artikelen 15 en 16 vormen het Hoofdstuk V van het besluit tot invoering van de slotbepalingen. Artikel 15 laat de datum van inwerkingtreding van het besluit overeenstemmen met die van de dubbele machtigingsgrondslag ervan. Indien artikel 19 en artikel 40, tweede lid, van de wet niet tegelijkertijd in werking mochten treden, dan is het op het moment van de inwerkingtreding van de laatste van deze twee bepalingen dat dit besluit in werking zou treden.

Artikel 16 behoeft geen bijzondere commentaar.

9 APRIL 2007. - Koninklijk besluit tot vastlegging van het stelsel en de werkingsregels voor de centra voor observatie en oriëntatie voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

ALBERT II, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.
Gelet op de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, inzonderheid op de artikelen 19, 40, tweede lid en 74;
Gelet op het advies van de Inspectie van Financiën, gegeven op 16 januari 2007;
Gelet op de akkoordbevinding van Onze Minister van Begroting gegeven op 5 februari 2007;
Gelet op het advies nr. 42.290/4 van de Raad van State, gegeven op 5 maart 2007, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;
Op de voordracht van Onze Minister van Maatschappelijke Integratie,
Hebben Wij besloten en besluiten Wij:

HOOFDSTUK I. - Algemene principes

Artikel 1. In dit besluit wordt onder centrum verstaan : het observatie- en oriëntatiecentrum in de zin van artikel 40 van de wet van 12 januari 2007 (hierna genoemd « de wet ») over de opvang van asielzoekers en bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, beheerd door het Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers (hierna genoemd « het Agentschap »).
Het centrum is een opvangstructuur zoals bedoeld in artikel 2, 10° van de wet. Het neemt de nodige maatregelen zoals beschreven in onderhavig besluit om de veiligheid en de bescherming van de niet-begeleide minderjarigen die het opvangt te waarborgen. Het centrum levert een materiële hulp in de zin van de wet aan de niet-begeleide minderjarige, die aangepast is aan zijn specifieke behoeften en met diens toestemming.

Art. 2. Het verblijf in het centrum moet toelaten de niet-begeleide minderjarige te observeren, met als doel het opstellen van zijn eerste medisch, psychologisch en sociaal profiel, en het achterhalen van een eventuele kwetsbaarheid met het oog op een oriëntatie naar een geschikte tenlasteneming.

Art. 3. De gelijkheid van behandeling in het centrum wordt gewaarborgd aan alle niet-begeleide minderjarigen, ongeacht hun administratief statuut zoals bepaald door de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Art. 4. Geen enkele beslissing van verwijdering zal worden genomen ten aanzien van een niet-begeleide minderjarige, opgevangen in het centrum, voordat zijn voogd werd aangesteld overeenkomstig artikel 6, § 3, of artikel 8 van Titel XIII, Hoofdstuk VI van de programmawet van 24 december 2002, en zonder dat deze effectief betrokken werd bij het zoeken naar een duurzame oplossing in overeenstemming met het hoogste belang van de niet-begeleide minderjarige. In geen geval zal een beslissing van verwijdering vanuit het centrum worden uitgevoerd.

HOOFDSTUK II. - De materiële hulp in het centrum voor observatie en oriëntatie

Art. 5. Behoudens wanneer er van wordt afgeweken door onderhavig hoofdstuk, wordt de materiële hulp aan de niet-begeleide minderjarige die in een centrum wordt opgevangen, verstrekt in overeenstemming met de titels I, III en IV van Boek III van de wet.

Art. 6. Rekening houdend met het belang van de niet-begeleide minderjarige, vergemakkelijkt het centrum de identificatieprocedure door de Dienst Voogdij in de zin van artikel 6 van Titel XIII, Hoofdstuk VI van de programmawet (I) van 24 december 2002, evenals zijn registratie door de bevoegde autoriteiten inzake toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering. Het centrum vergemakkelijkt ook de vertegenwoordiging van de niet-begeleide minderjarige door zijn voogd in alle handelingen en procedures bedoeld in artikel 9 van voornoemde wet, alsook de tussenkomst, in alle vereiste gevallen, van de advocaat van de niet-begeleide minderjarige.

Art. 7. Het verblijf in een centrum duurt maximaal vijftien dagen en is éénmaal verlengbaar. Na afloop van dit verblijf en bij gebrek aan een specifieke en meer aangepaste opvang, zal de niet-begeleide minderjarige overgebracht worden naar de meest geschikte opvangstructuur, zoals bedoeld in artikel 2, 10° van de wet.

In ieder geval neemt het centrum alle mogelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat de minderjarigen jonger dan 13 jaar, de minderjarigen die psychologische problemen hebben, de minderjarigen die geestelijke gezondheidsproblemen hebben of de minderjarigen die het slachtoffer zijn van mensenhandel zo snel mogelijk worden georiënteerd naar de plaats waar zij kunnen genieten van een specifieke opvang die het meest aangepast is aan hun kwetsbaarheid.

Art. 8. Onmiddellijk na zijn aankomst in het centrum vindt een eerste gesprek plaats tussen

de niet-begeleide minderjarige en een maatschappelijk werker. De niet-begeleide minderjarige kan zich laten bijstaan door zijn voogd.
Dit eerste gesprek heeft tot voornaamste doel de niet-begeleide minderjarige in te lichten over zijn administratieve situatie, zijn rechten en plichten, over de modaliteiten van de materiële hulp, alsook over de organisatie en de werking van het centrum. Bij deze gelegenheid wordt hem het huishoudelijk reglement, opgesteld in toepassing van artikel 14, meegedeeld. Er wordt toegekeken op het goede begrip ervan door de niet-begeleide minderjarige.

Art. 9. Het centrum stelt een verslag op met betrekking tot het medisch, psychologisch en sociaal profiel van de niet-begeleide minderjarige om hem na afloop van de termijn, bedoeld in artikel 7, naar een geschikte opvang te oriënteren. Dit verslag wordt in het centrum bewaard en meegedeeld aan de voogd. Bij oriëntering van de niet-begeleide minderjarige naar een andere opvangstructuur, wordt een kopie van dit verslag aan deze laatste meegedeeld.

Art. 10. In het centrum worden maatregelen getroffen ter bescherming en omkadering van de niet-begeleide minderjarige. Tijdens de volledige duur van zijn verblijf in het centrum zijn de contacten van de niet-begeleide minderjarige aan een bijzonder toezicht onderworpen. De modaliteiten van de bezoeken, de activiteiten buiten het centrum, de telefoongesprekken en de briefwisseling zijn gedefinieerd in het huishoudelijk reglement van het centrum bedoeld in artikel 14. Onmiddellijk na zijn aankomst in het centrum en gedurende een termijn van zeven dagen mag de niet-begeleide minderjarige geen contact hebben met de buitenwereld. Deze maatregel geldt niet voor de contacten die vereist zijn in het kader van elke procedure betreffende de minderjarige, noch voor de contacten met de voogd of met zijn advocaat, noch tijdens de door het centrum georganiseerde activiteiten. De in vorig lid vermelde termijn, is dezelfde voor alle niet-begeleide minderjarigen. De directeur van het centrum heeft evenwel de mogelijkheid om deze termijn te verlengen indien dat in het belang van de niet-begeleide minderjarige is. De directeur van het centrum mag afwijken van de regels vastgelegd in dit artikel.

Art. 11. De directeur van het centrum wordt ingelicht zodra de afwezigheid van een niet-begeleide minderjarige wordt vastgesteld. Een niet-begeleide minderjarige wordt beschouwd het centrum te hebben verlaten wanneer er een termijn van vierentwintig uur verstreken is sinds de vaststelling van zijn afwezigheid, behalve indien deze toegelaten en gerechtvaardigd is krachtens het huishoudelijk reglement bedoeld in artikel 14. Na afloop van deze termijn van vierentwintig uur wordt de afwezigheid van de niet-begeleide minderjarige aan de politie en aan zijn voogd of, bij ontstentenis van de aanstelling van een voogd, aan de dienst Voogdij meegedeeld. Wanneer het gaat om een niet-begeleide minderjarige bedoeld in artikel 41 van de wet, wordt zijn afwezigheid ook gemeld aan de dienst Vreemdelingenzaken. Wanneer het om een bijzonder kwetsbare niet-begeleide minderjarige gaat, licht het centrum de politie in zodra vaststaat dat de minderjarige het centrum verlaten heeft zonder het centrum in te lichten. De dienst Voogdij en de voogd worden eveneens op hetzelfde moment ingelicht.

Worden meer bepaald als bijzonder kwetsbare niet-begeleide minderjarigen in de zin van onderhavig besluit beschouwd, de minderjarigen van minder dan 13 jaar, de minderjarigen met psychologische stoornissen, de minderjarigen die geestelijke gezondheidsproblemen hebben of de minderjarigen die het slachtoffer zijn van mensenhandel.

Art. 12. De niet-begeleide minderjarige heeft op elk moment het recht om met zijn voogd en met zijn advocaat te communiceren.

HOOFDSTUK III. - Betrekkingen tussen het centrum en de voogdijdienst

Art. 13. Het personeel van het centrum handelt met respect voor de bevoegdheden die in toepassing van Titel XIII, Hoofdstuk VI van de programmawet (I) van 24 december 2002 aan de voogd worden toegekend. Er wordt een akkoordprotocol opgesteld om de modaliteiten van de samenwerking tussen het centrum, de dienst Voogdij en de aangeduide voogd vast te leggen. Deze omvatten onder meer regelmatig overleg en de uitwisseling van informatie om een coherente begeleiding van de niet-begeleide minderjarige te verzekeren.

HOOFDSTUK IV. - Huishoudelijk reglement van het centrum voor observatie en oriëntatie

Art. 14. Op voorstel van het centrum, stelt de Minister een huishoudelijk reglement op dat de werkingsmodaliteiten eigen aan het centrum vastlegt. Naast de verduidelijkingen die worden vereist door de bepalingen van onderhavig besluit of door bepaalde voorschriften van de wet, omvat dit huishoudelijk reglement onder meer volgende principes : de plicht voor de bewoners om de personen, de gebouwen en het materiaal te respecteren, de regels inzake hygiëne, veiligheid van de lokalen, de regels betreffende het respect voor de uren wat de activiteiten en de diensten betreft, de modaliteiten voor de uitoefening van de materiële, medische, psychologische en sociale hulp, en de regels betreffende de veiligheid en het behoud van de orde in de centra, daarin begrepen de aanpassing aan de situatie van de niet-begeleide minderjarigen van het stelsel van de sancties voorzien in artikel 45 van de wet.

HOOFDSTUK V. - Slotbepalingen

Art. 15. Dit besluit treedt in werking op het ogenblik dat de artikelen 19 en 40, tweede lid van de wet in werking zijn getreden.

Art. 16. Onze Minister die bevoegd is voor Maatschappelijke Integratie wordt belast met de uitvoering van dit besluit.

Gegeven te Châteauneuf-de-Grasse, 9 april 2007.
ALBERT
Van Koningswege :
De Minister van Maatschappelijke Integratie
Ch. DUPONT

Le délit de solidarité et la lutte contre la traite

Nathalie Ferré

Biographie sommaire

Nathalie FERRÉ *est juriste et maître de conférences en droit privé à l'Université de Paris 13 où elle est également responsable du master 'santé et sécurité au travail'. Elle enseigne le Droit du Travail à l'Université Paris 13 et à l'Université Paris 10 Nanterre.*

Nathalie Ferré est éditeur responsable de la revue 'Plein Droit' et membre du Comité Conseil de HALDE (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité).

Elle était présidente, aujourd'hui présidente d'honneur de l'association Gisti et a écrit plusieurs livres et articles.

Beknopte biografie

Nathalie FERRÉ *is jurist en docent privaatrecht aan de Universiteit Paris 13, waar zij ook verantwoordelijk is voor o.m. de master 'gezondheid en veiligheid op het werk'. Zij doceert arbeidsrecht aan de Universiteit Paris 13 en aan de Universiteit Paris 10 Nanterre.*

Nathalie Ferré is de verantwoordelijke uitgever van het tijdschrift 'Plein Droit' en lid van het raadgevend comité van de HALDE (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité).

Zij is de voormalige voorzitter en nu erevoorzitter van Gisti en heeft verscheidene boeken en artikelen op haar naam staan.

Le délit de solidarité et la lutte contre la traite

Les faux semblants

Nathalie Ferré

Le délit d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers en France

- **Les textes**
- Origine de cette infraction : décret Daladier sur la police des étrangers (2 mai 1938)

L'article L. 622-1 du ceseda définit ainsi le délit : toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros.

L'article L. 622-4 du même code crée des immunités. Elles concernent la famille proche de celle ou celui qui a été aidé (ascendants, descendants, conjoint ou concubin, frères et sœurs..).

Les autres immunités

- Selon l'article L. 622-4 3°, ne peut donner lieu à des poursuites l'aide au séjour lorsqu'elle est le fait :
- « De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde **de la personne de l'étranger**, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ».
- La loi du 16 juin 2011 a remplacé la sauvegarde « de la vie ou de l'intégrité physique de la personne » par la sauvegarde « de la personne de l'étranger ».

La directive 2009/90 du Conseil du 28 novembre 2002 sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier

- Ce texte demande aux États de prendre des sanctions appropriées « a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers ; b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un **but lucratif**, une personne non ressortissante d'un État à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers ».
- Pour le a) concernant l'entrée, la directive énonce que les États peuvent renoncer à sanctionner « **dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire** ».

Les usages du délit d'aide au séjour

- Du délit d'aide au séjour irrégulier au délit de solidarité
- Le délit a été créé pour incriminer les passeurs et les exploitants
- **MAIS**
- De par son imprécision juridique il permet de criminaliser et d'intimider les mouvements associatifs et les bénévoles
- L'objectif est d'isoler encore davantage les sans papiers, au mépris du droit inconditionnel d'accueil que revendiquent et pratiquent plusieurs organisations

Le « délit de solidarité » : une réalité ?

- Les immunités pénales n'existent que depuis 1996. En conséquence, dans le passé, ont été inquiétés, poursuivis et parfois condamnés des membres de famille proches de l'étranger sans papiers.
- Aujourd'hui, les anciens conjoints ou concubins, les cousins ou encore les amis ne sont pas protégés.
- Celles et ceux qui aident un sans papier, à titre humanitaire ou dans un cadre associatif, peuvent être interpellés, conduits au poste de police sur le fondement de l'article L. 622-1.
- Le délit de solidarité existe, car :
- - la pression policière existe (elle peut même être encouragée. V. la lettre de mission de N. Sarkozy fixant à son ministre de l'intérieur les objectifs chiffrés pour 2009 où on confond volontairement « aidants », passeurs et exploiteurs).
- - les personnes peuvent clairement être condamnées pour d'autres délits annexes, qui font partie de la criminalisation de la solidarité.

Le « délit de solidarité »

- Cette criminalisation de l'aide revêt plusieurs réalités pénales. D'autres infractions peuvent en effet être mobilisées :
- - le délit d'entrave à la circulation des aéronefs exposant son auteur à 5 ans de prison et 18 000 € d'amende (article L. 282-1 du code de l'aviation civile) ;
- - l'injure et la diffamation (v. la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse) ;
- - l'outrage à agent (7500 € d'amende. Article 433-5 du code pénal) ;
- -l'emploi d'un étranger non autorisé à travailler

Négation du « délit de solidarité » et réactions

- La criminalisation du mouvement associatif, sur le fondement de l'article L. 622-1, est contestée par le gouvernement (v. par exemple le communiqué du ministre Eric Besson du 23 mars 2009 et la polémique qui a suivi ;
- Dépôt, en mars 2009, par l'opposition d'une proposition de loi n° 1542 visant à supprimer le délit de solidarité (rejetée)
- Prise de position de la commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) : avis du 19 novembre 2009 et note du 6 janvier 2011 sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier.

La CNCDH recommande en particulier d'étendre le champ des immunités et d'affirmer que n'est pas concernée par l'infraction l'aide désintéressée apportée aux étrangers en situation irrégulière, qu'elle soit le fait d'une personne physique ou morale.

A consulter

- Le site www.gisti.org /delits-de-solidarite
- Les avis et notes de la CNCDH
- CEDH 5ième section 10 novembre 2011, MALLAH c. France : la CEDH refuse de condamner la France et donc de remettre en cause le délit d'aide à l'entré et au séjour irrégulier, dans une affaire où une personne a été reconnue coupable mais dispensée de peine pour avoir hébergé son gendre sans papiers (v. commentaire de cet arrêt par Nicolas Hervieu sur le site Combats pour les droits de l'homme).

La lutte contre la traite

- **Les textes**

- Article 225-4-1 du code pénal : « La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit.
- La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

Des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne

- **Textes**

- Article 225-13 du code pénal : « Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende ».

- Article 225-14 : « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende ».

La directive 2011/36 du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre le phénomène ainsi que la protection des victimes

- Les Etats membres doivent incriminer sévèrement la traite ;
- Ils doivent donner aux autorités nationales le pouvoir de ne pas poursuivre les victimes de traite et de ne pas leur infliger de sanction lorsqu'elles ont été contraintes ;
- La directive consacre le droit pour les victimes à obtenir réparation du préjudice subi ;
- S'agissant du droit au séjour pour les étrangers victimes de traite, la directive ne pose pas d'obligation à l'encontre des Etats, se bornant à les encourager à accueillir durablement sur leur territoire les mineurs isolés étrangers…

- Transposition avant le 6 avril 2013

Quels droits au séjour pour les victimes ?

- **Article L316-1** du ceseda : « Sauf si sa présence constitue une menace à l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" **peut** être délivrée à l'étranger qui dépose plainte contre une personne qu'il accuse d'avoir commis à son encontre les infractions visées aux articles 225-4-1 à 225-4-6 et 225-5 à 225-10 du code pénal ou témoigne dans une procédure pénale concernant une personne poursuivie pour ces mêmes infractions. La condition prévue à l'article L. 311-7 (production d'un visa long séjour) n'est pas exigée. Cette carte de séjour temporaire ouvre droit à l'exercice d'une activité professionnelle.
- En cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, une carte de résident **peut** être délivrée à l'étranger ayant déposé plainte ou témoigné ».

Le contexte général : l'instrumentalisation du droit pénal

- Le droit pénal est détourné de ses vocations premières pour servir la politique d'asile et d'immigration.
- Les dispositifs répressifs sont au service de discours compassionnel envers les victimes.
- Le droit pénal assure la promotion de figures, particulièrement détestables, comme celles du passeur, du « négrier » ou encore de celui qui exploite l'autre en abusant de sa faiblesse. Ces derniers seraient par ailleurs La cause de l'immigration irrégulière.
- Que dissimulent ces figures ?
- A quoi servent réellement ces dispositifs ? Et que constate-t-on en pratique ?

Des figures bien commodes…

- Extraits de discours :
- « *Un clandestin, c'est d'abord un homme ou une femme victimes de trafics scandaleux* » (De Villepin, 2004).
- « *La lutte contre les filières d'immigration clandestine, qui sont aussi celles de la traite des êtres humains, du proxénétisme, de la servitude et de l'exploitation, est la priorité de mon action* » (Besson, 2009 à Calais).

…déconstruites par les pratiques

- Les pratiques révèlent :

- une confusion entre les victimes et les bourreaux ;
- la même personne peut tour à tour enfiler plusieurs costumes ;
- des actions dirigées trop souvent contre celles et ceux que la loi est censée protéger ;
- des textes d'abord au service de la lutte contre l'immigration non désirée.

Les faux semblant de la lutte contre la traite (1)

- Le dispositif supposé servir la lutte contre la traite et l'exploitation ne protège pas les victimes, voire conduit à les considérer comme coupables.
- Le droit français ne définit pas les infractions concernées avec précision. En particulier, il n'existe pas de définition de l'exploitation, au cœur de la notion de traite.
- Cette imprécision amène les autorités policières et judiciaires à ne s'occuper que de traite, et donc seulement des questions de franchissement des frontières et des passages (confusion entre le trafic de migrants et la traite)

Les faux semblants de la lutte contre la traite (2)

- Les victimes ne sont pas protégées :
- - elles n'ont pas de droit véritable au séjour ;
- - la délivrance du titre est livrée au pouvoir discrétionnaire du préfet ;
- - le titre le cas échéant délivré est précaire et ne libère pas entièrement la victime ;
- - la précarité administrative ne leur permet pas d'accéder réellement à la justice ;
- -la protection ne joue que si les victimes sont utiles à l'enquête ;
- Les victimes sans papiers prennent le risques d'être éloignées, les autres sont inquiétées par la police.

A consulter

- Rapport de Christine LAZERGE pour l'assemblée nationale n° 3459 sur l'esclavage en France aujourd'hui (2001).
- « *Traite et exploitation des êtres humaines* », Rapport Johanne Vernier, La documentation française, 2010 ;
- Avis de la CNCDH du 18 décembre 2009 sur la traite et l'exploitation des êtres humaines en France.

Kati Verstrepen

Beknopte biografie

Kati VERSTREPEN

- *Licentiaat in de rechten, UIA*
- *Advocaat aan de balie van Antwerpen sinds 1988*
- *Deelname aan verschillende studienamiddagen en colloquia over vreemdelingenrecht en juridische bijstand als spreker of panellid vanaf 1999 tot op heden*
- *Lid van de commissie vreemdelingenrecht bij de Orde van Vlaamse Balies sedert de oprichting ervan in 1998*
- *Lid van de Commissie voor Regularisatie in 2000*
- *Lid van de Commissie voor Advies sedert 2010*

Publicaties:

- *Regularisatie van illegale verblijfhouders: een mijlpaal in het vreemdelingenbeleid? Knelpunten en toepassingsproblemen in Migratie- en Migrantenrecht, deel 6, Brugge, Die Keure, 2001*
- *Editor van het boek Inleiding tot het vreemdelingenrecht, Brugge, Die Keure, 2002*
- *Editor van het handboek vreemdelingenrecht voor de stagiairs, OVB, 2009*

Biographie sommaire

Kati VERSTREPEN

- *Licenciée en droit, UIA*
- *Avocat au barreau d'Anvers depuis 1988*
- *Depuis 1999 jusqu'à ce jour elle participe, en tant qu'oratrice ou membre d'un forum, à diverses sessions d'étude et colloques sur le droit des étrangers et l'assistance juridique.*
- *Depuis sa fondation en 1998, elle est membre de la commission Droit des Etrangers à l'Ordre des barreaux Flamandes (OVB)*
- *Membre de la Commission pour les Régularisations en 2000*
- *Membre de la Commission du Conseil depuis 2010*

Publications:

- *Régularisation des détenteurs de séjours illégaux: Une étape dans la politique à l'égard des étrangers. Goulots et problèmes d'application en droit de Migration et Migrants, partie 6, Bruges, Die Keure, 2001*
- *Editrice du livre ' Introduction au droit des étrangers', Bruges, Die Keure, 2002*
- *Editrice du manuel 'Droit des étrangers pour les stagiairs, OVB,2009*

De criminalisering van het huwelijk vindt zijn oorsprong in de pogingen die de wetgever doet om 'schijnhuwelijken' te vermijden.

Alhoewel het begrip 'schijnhuwelijk' reeds lang gekend was in de rechtspraak[1], duurde het tot 1999 vooraleer dit begrip echt z'n intrede deed in onze Belgische wetgeving.

Met de invoering van het begrip in het Burgerlijk Wetboek[2] werd het pad naar de criminalisering van het huwelijk geëffend.

In de bijdrage die volgt zal worden ingegaan op de evolutie die zich heeft voorgedaan sinds de invoering van het begrip 'schijnhuwelijk' in het Burgerlijk Wetboek met de wet van 1999 tot op heden.

1. Invoering van het begrip 'schijnhuwelijk' in het Burgerlijk Wetboek

Alhoewel nergens het woord 'schijnhuwelijk' gebruikt wordt blijkt duidelijk uit de bewoordingen van artikel 146bis B.W. dat het dit is wat men bedoelt: "Er is geen huwelijk wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk uit het geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het totstandbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde."

Met deze definitie geeft de wetgever meteen aan waar het hen om te doen is: alleen wie een huwelijk sluit met de enige bedoeling er een verblijfsrechtelijk voordeel uit te halen wordt geviseerd. Wie bijvoorbeeld een huwelijk aangaat met de enige intentie er een vermogensrechtelijk voordeel uit te halen wordt niet geviseerd.

Om het bestaan van schijnhuwelijken te vermijden worden zowel preventieve als repressieve middelen ingezet.[3]

1.a. Preventieve maatregelen: het voorkomen dat schijnhuwelijken worden voltrokken

Aan de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt, met de invoering van artikel 167 in het Burgerlijk Wetboek, de mogelijkheid geboden om de voltrekking van een huwelijk te weigeren wanneer hij vermoedt dat het om een schijnhuwelijk gaat: "De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert het huwelijk te voltrekken wanneer blijkt dat niet is voldaan aan de hoedanigheden en voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan, of indien hij van oordeel is dat de voltrekking in strijd is met de beginselen van de openbare orde."

---

[1] Zie o.m. Gent, 28 februari 1948, R.W. 1947-48, 1056
[2] Wet van 4 mei 1999, B.S. 10 juli 1999
[3] Zie hierover LEFEBVRE S., 'Schijnhuwelijken, preventie en repressie in een notendop', NJW, p 818-824

Overeenkomstig het derde lid van artikel 167 B.W. moet "in geval van weigering de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn met redenen omklede beslissing zonder verwijl ter kennis brengen van de belanghebbende partijen. Terzelfder tijd wordt een afschrift hiervan, samen met een kopie van alle nuttige documenten, overgezonden aan de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waarin de weigering plaatsvond."

"Indien één van de aanstaande echtgenoten of beiden op de dag van de weigering hun inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister, of hun actuele verblijfplaats niet meer hebben binnen de gemeente, wordt de weigeringsbeslissing tevens onmiddellijk ter kennis gebracht van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente van inschrijving van deze registers of van de actuele verblijfplaats in België van deze aanstaande echtgenoot of echtgenoten."

De aanstaande echtgenoten die het niet eens zijn met deze weigeringsbeslissing kunnen daartegen "binnen de maand na de kennisgeving van de beslissing beroep aantekenen bij de rechtbank van eerste aanleg" en dit overeenkomstig artikel 167, laatste lid B.W..

Artikel 167, 2e lid B.W. laat de ambtenaar toe een onderzoek te doen indien hij vermoedt dat de partijen de intentie hebben om een schijnhuwelijk te sluiten:

"Indien er een ernstig vermoeden bestaat dat niet is voldaan aan de in het vorige lid gestelde voorwaarden kan de ambtenaar van de burgerlijke stand de voltrekking van het huwelijk uitstellen, na eventueel het advies van de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waar de verzoekers voornemens zijn te huwen te hebben ingewonnen, gedurende ten hoogste twee maanden vanaf de door de belanghebbende partijen vooropgestelde huwelijksdatum, ten einde bijkomend onderzoek te verrichten."

In sommige steden[4] werd daartoe een speciale cel opgericht, de genaamde 'cel schijnhuwelijken en afgedwongen huwelijken'. Deze cel heeft als taak de ambtenaar van de burgerlijke stand bij te staan in zijn plicht om te voorkomen dat schijnhuwelijken worden afgesloten.

De werking van deze cellen is niet onomstreden[5]. De belangrijkste klachten die geformuleerd worden zijn de volgende:

- De werking van de cel schijnhuwelijken mist een wettelijke grondslag: elke ambtenaar van de burgerlijke stand die een cel schijnhuwelijken opricht doet dit naar eigen inzicht. Er zijn geen wettelijke bepalingen hieromtrent. Er bestaan ook geen regels met betrekking tot de wijze waarop de trouwlustigen dienen ondervraagd te worden aangaande de intenties die zij hebben bij het aangaan van hun huwelijk. Elke aangestelde van de ambtenaar van de burgerlijke stand handelt naar eigen goeddunken en stelt de vragen die hij relevant acht op de manier die hem aangewezen lijkt.

---

[4] M.n. in Antwerpen, Gent, Kortrijk en Mechelen

[5] Over de werking van de cel schijnhuwelijken te Antwerpen werd door de vzw De8 een nota opgemaakt die terug te vinden is op www.de8.be/downloads/opinie/nota_schijnhuwelijken.pdf

- Van de gesprekken die gevoerd worden wordt geen schriftelijke weerslag meegegeven met de ondervraagden, zij weten dus niet wat diegene die de vragen stelde genoteerd heeft en kunnen niet controleren of dit wel in overeenstemming is met wat effectief gezegd werd. In veel gevallen wordt het gesprek gevoerd zonder bijstand van een tolk, terwijl dit wel aangewezen zou zijn. Dit alles is zeer betreurenswaardig nu zowel de ambtenaar van de burgerlijke stand zelf en desgevallend de procureur des Konings die later advies zal geven of de rechter die uiteindelijk een beslissing zal nemen wel veel belang hechten aan deze notities.

- De vraag kan dan ook gesteld worden of deze handelswijze wel verenigbaar is met het recht op privacy. A. Huygens[6] formuleert het als volgt: "meer bepaald rijst de vraag naar de verenigbaarheid ervan met het recht op privacy dat niet alleen grondwettelijk, maar ook verdragsrechtelijk wordt beschermd (artikel 22 G.W. en artikel 8.1 E.V.R.M.). Het Hof van Cassatie oordeelde in dit verband reeds dat het informatief onderzoek uitgevoerd door politiediensten niet strijdig is met artikel 8 E.V.R.M.." In casu gaat het evenwel niet om onderzoek uitgevoerd door de politiediensten, het gaat om gesprekken gevoerd door aangestelden van de ambtenaar van de burgerlijke stand die in zijn opdracht peilen naar de intenties van kandidaat-trouwers bij hun voorgenomen huwelijk.

"Specifiek voor wat het interview door de cel schijnhuwelijken betreft, kunnen ook bij het ontbreken van bepaalde procedurele waarborgen, zoals de ontstentenis van een onmiddellijke schriftelijke neerslag ervan en het verbod om zich tijdens het gesprek te laten bijstaan door een advocaat, vraagtekens worden geplaatst. Uit de praktijk blijkt immers dat aan dit gesprek enorm veel belang wordt gehecht en dat het resultaat vaak wordt meegenomen naar een eventuele procedure. In een recent advies oordeelde de Commissie voor de Toegang tot Bestuursdocumenten dat de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten onverkort van toepassing is op documenten in het kader van een onderzoek schijnhuwelijk. Dit betekent dat de cel schijnhuwelijken in principe verplicht is een afschrift te geven van het volledige dossier, inclusief de neerslag van het interview."[7]

In een poging om de ambtenaren van burgerlijke stand en bij uitbreiding hun cel schijnhuwelijken toch enige houvast te geven in hun onderzoek werd op 31 december 1999[8] een omzendbrief gepubliceerd waarin een lijst wordt gegeven van elementen die, in combinatie met elkaar, een ernstige aanwijzing kunnen vormen dat een schijnhuwelijk beoogd wordt:

- Partijen verstaan mekaar niet, of kunnen enkel op een gebrekkige wijze met elkaar communiceren, of doen beroep op een tolk;
- Partijen hebben elkaar vóór de huwelijkssluiting nooit eerder ontmoet ;
- Een van de partijen woont duurzaam samen met iemand anders;
- Partijen kennen elkaars naam of nationaliteit niet;
- Een van de aanstaande echtgenoten weet niet waar de andere werkt;

---

[6] HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 254
[7] Nog steeds volgens HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 254
[8] Omzendbrief inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, B.S. 31 december 1999.

- Verklaringen omtrent de omstandigheden van de ontmoeting lopen manifest uiteen;
- Een som geld wordt beloofd bij het aangaan van het huwelijk;
- Het uitoefenen van prostitutie door één van beiden;
- Het optreden van een tussenpersoon;
- Een groot leeftijdsverschil.

Uiteraard staat het elke ambtenaar van de burgerlijke stand vrij om rekening te houden met andere elementen. Zo houdt de cel schijnhuwelijken van Antwerpen ondermeer nog rekening met het volgende[9]:

- Eén van de partijen was reeds betrokken in een schijnhuwelijk of een kortstondig huwelijk waardoor een echtgenoot verblijf verwierf
- Meerdere naaste familieleden van één van partijen verwierven verblijf via een kortstondig huwelijk
- Betrokkenheid in criminele activiteiten
- Leugenachtige verklaringen of andere pogingen om de ambtenaar te misleiden
- Partijen leggen meerdere tegenstrijdige verklaringen af of zijn op meerdere punten onwetend over mekaar
- Een zeer snelle gang van zaken
- Juridische voorbereiding van de aangifte

Eens het advies van de cel schijnhuwelijken bekomen kan de ambtenaar van de burgerlijke stand beslissen het huwelijk te voltrekken of niet. Hij kan echter ook beslissen om advies te vragen aan de procureur des Konings, dit op basis van artikel 167, tweede lid B.W.

In dat geval zullen de trouwlustigen gehoord worden door de lokale politiediensten. Ook hier is willekeur troef. Elke politieagent vult deze taak naar eigen goeddunken in en stelt de vragen die hij meent te moeten vragen. Dit verhoor wordt gelukkig wel ter voorlezing voorgelegd aan de betrokkenen. Jammer genoeg wordt ook hier slechts in uitzonderlijke gevallen beroep gedaan op de bijstand van een tolk, zodat de vreemdeling die het Nederlands niet helemaal machtig is vaak een verklaring ondertekent die hij helemaal niet kan lezen. De betrokkenen krijgen wel een afschrift van het verhoor mee, zodat eventueel nadien hierop nog schriftelijk kan gereageerd worden.

Hoewel in deze fase nog geen sprake is van enige 'criminalisering' van het huwelijk wordt toch beroep gedaan op de tussenkomst van de politie. Dit is voor de betrokkenen en hun omgeving vaak zeer onrustwekkend. Men krijgt de uitnodiging om zich aan te bieden op het lokale politiecommissariaat veelal door tussenkomst van de wijkagent die zich – in uniform- aanbiedt ten huize van de betrokkenen. Men wordt verzocht zich aan te bieden voor een verhoor op het politiebureau waar men gehoord wordt door politieagenten in uniform, dit terwijl er dus geen enkel crimineel feit dient onderzocht te worden. Politieagenten die opgeleid zijn om daders van misdrijven te horen krijgen de taak om na te gaan of de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het totstandbrengen van een

---

[9] BEYENS, F., « De strijd tegen schijn en afgedwongen huwelijken, de werking van de cel schijn- en afgedwongen huwelijken te Antwerpen, 200-2004" in Huwelijksmigratie, een zaak voor de overheid?, Leuven, Acco, 2005, p. 70

duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde, zonder dat ze daartoe enige opleiding hebben genoten.

Indien de ambtenaar beslist om de voltrekking van het huwelijk uit te stellen dient hij de betrokkenen hiervan schriftelijk te verwittigen. Tegen deze beslissing kan geen beroep worden aangetekend.

Alleszins moet de ambtenaar een beslissing nemen binnen de termijn van twee maanden te rekenen vanaf de vooropgestelde huwelijksdatum. De kandidaat-trouwers doen er dus goed aan er bij de aangifte van hun huwelijk op aan te dringen dat meteen een huwelijksdatum wordt vastgelegd, zo niet begint de termijn van twee maanden natuurlijk nooit te lopen[10]. Indien de ambtenaar van de burgerlijke stand geen beslissing ter kennis brengt van de betrokkenen voor het verstrijken van de termijn dient het huwelijk voltrokken te worden.

Beslist de ambtenaar van de burgerlijke stand uiteindelijk om het huwelijk niet te voltrekken dan dient hij dit te melden aan de betrokkenen. Hoe dit moet gebeuren staat niet vermeld in artikel 167, vierde lid B.W.. In de praktijk wordt dit meestal gedaan door middel van een aangetekende brief.[11]

De vraag of deze beslissing dient gemotiveerd te worden geeft aanleiding tot heel wat discussie[12], doch het is duidelijk dat een loutere verwijzing naar het advies van het parket niet volstaat.[13]

Tegen deze beslissing tot weigering kan beroep ingediend worden bij de rechtbank van eerste aanleg. De termijn hiervoor is één maand te rekenen vanaf de kennisgeving van de beslissing. De procedure wordt gevoerd zoals in kort geding. In deze procedures stuiten de kandidaat-trouwers vaak op het obstakel van de borgstelling. Aangezien minstens één van de verzoekende partijen een vreemde nationaliteit heeft werpt de ambtenaar van de burgerlijke stand meestal de exceptie van borgstelling in. Voor minder begoede trouwlustigen is deze exceptie vaak onoverkomelijk.

Met de wet van 8 juli 2011[14] wordt nog een bijkomende preventieve maatregel opgenomen. Diegene ten aanzien van wie ooit een beslissing werd genomen op basis van artikel 167 B.W. komt nadien niet meer in aanmerking om een verblijfsvergunning te bekomen op basis van een wettelijk geregistreerd partnerschap.

---

[10] Voorz. Rb. Brussel, 16 januari 2003, Rev. Trim.dr.fam., 2003, 522, noot
[11] Zie hierover LEFEBVRE S . , 'Schijnhuwelijken, preventie en repressie in een notendop', NJW, p 818-824,., p. 819
[12] Zie hierover HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 255
[13] Rb Brussel, 12 maart 2001, J.L.M.B., 2002, 645
[14] Wet van 8 juli 2011, B.S. 12 september 2011

1.b.Repressieve maatregelen: het nietig verklaren van schijnhuwelijken

Wie er in geslaagd is om in het huwelijk te treden hoeft niet meteen victorie te kraaien. Elke belanghebbende kan immers, op basis van artikel 146bis juncto artikel 184 B.W. aan de rechtbank van eerste aanleg de nietigverklaring vragen van een huwelijk dat niet werd aangegaan met het oog op het vormen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel om een verblijfsrechtelijk voordeel te bekomen. Ook het openbaar ministerie kan een dergelijke vordering instellen.

Op het instellen van deze vordering staat geen termijn[15]. Bovendien kan de vordering ook nog worden ingesteld nadat het huwelijk reeds ontbonden werd. Een echtscheiding heeft immers alleen gevolgen in de toekomst, terwijl een nietigverklaring terug werkt tot op de dag dat het huwelijk werd gesloten.

Indien de vordering tot nietigverklaring uitgaat van het parket dan wordt ook hier eerst door de locale politie een onderzoek gedaan naar de intenties van de partijen bij het aangaan van het huwelijk. Ook hier gelden dezelfde punten van kritiek zoals hoger vermeld.

Om na te gaan of minstens één van de echtgenoten niet de intentie had om een duurzame levensgemeenschap te vormen, maar enkel uit is op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat verbonden is aan de staat van gehuwde wordt eveneens gebruik gemaakt van de indicaties vermeld in de omzendbrief inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, B.S. 31 december 1999.

De beperking van huidige bijdrage laat niet toe uit te wijden over de rechtspraak inzake de nietigverklaring van huwelijken door de rechtbank van eerste aanleg, doch één aspect kan niet onbesproken blijven, en dat zijn de 'schijnkinderen'. Dit begrip komt zeker niet voor in de wetgeving, doch komt wel - zij het niet in deze bewoordingen - voor in de rechtspraak.

Het spreekt voor zich dat diegene die de nietigverklaring van het huwelijk vordert de bewijslast draagt. Toch komt het er in de praktijk op neer dat het de echtgenoten zijn die in het verweer worden geduwd en verplicht worden aan te tonen dat ze geen schijnhuwelijk aangingen. Dit betekent dat van hen verwacht wordt dat ze een negatief bewijs leveren, wat uiteraard onmogelijk is. Koppels die ondertussen kinderen hebben gebruiken de geboorte van een kind dan ook vaak als bewijs dat ze wel degelijk een gezin vormen en dus bij het aangaan van het huwelijk niet alleen het verwerven van een verblijfsrechtelijk voordeel beoogden.

Het loutere feit dat één van de partners zwanger is of dat reeds een kind geboren is, wordt op zich evenwel niet beschouwd als een voldoende bewijs dat het huwelijk geen schijnhuwelijk zou zijn. Dit leidt het openbaar Ministerie af uit een arrest van het Hof van Cassatie van 28 januari 2011[16] waarin het Hof oordeelt dat de erkenning van een kind niet belet dat er toch sprake kan zijn van een schijnhuwelijk.[17] Gelukkig is er ook andere rechtspraak , zo oordeelde het Hof van Cassatie in 2008 dat "aangezien eisers daadwerkelijk samenwonen sinds 2004 en sinds juli 2005 een behandeling voor medisch begeleide voortplanting zijn gestart, het bestreden arrest niet naar rechte had kunnen beslissen dat de intentie van de

---

[15] WUYTS,T., "B.W., artikel 184", in X, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Antwerpen, Kluwer, 2004, p.6, nr. 6
[16] Cass, 28 januari 2011, onuitgegeven
[17] Er wordt verder nog verwezen naar gelijkluidende rechtspraak: H.v.B. Antwerpen, 7 november 2011 en H.v.B. Antwerpen 21 december 2011, beiden onuitgegeven

eiser kennelijk niet gericht was op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap met eiseres maar enkel op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel."[18]

Naast het feit dat het huwelijk nietig verklaard wordt kan een dergelijke beslissing van de rechtbank van eerste aanleg verstrekkende gevolgen hebben voor de echtgenoot wiens verblijfsrecht gebaseerd was op het huwelijk. Doordat de nietigverklaring immers terug werkt tot op de dag dat het huwelijk werd gesloten verliest de betrokkene zijn recht op verblijf en krijgt hij doorgaans een bevel om het land te verlaten. Dit geeft vaak aanleiding tot dramatische situaties, vooral omdat geen termijn staat op het voeren van een dergelijke procedure. Zelfs de vreemdeling die al jaren legaal in België verblijft, werkt en eventueel opnieuw in het huwelijk is getreden na gescheiden te zijn van de Belgische partner loopt het risico op intrekking van zijn verblijfsvergunning. Dit is des te dramatischer wanneer uit het tweede huwelijk kinderen geboren worden in België en deze kinderen, eventueel na jarenlang in België te hebben gewoond en naar school te zijn gegaan, toch nog het bevel krijgen om samen met hun ouders het land te verlaten.

In sommige gevallen gaat het zelfs verder dan dat en probeert men de Belgische nationaliteit die de betrokkene ondertussen zou verworven hebben terug in te trekken. Hiervoor beroept men zich op artikel 23 W.B.N.:

> *Art. 23. § 1. De Belgen die hun nationaliteit niet hebben verkregen van een ouder die Belg was op de dag van hun geboorte en de Belgen wier nationaliteit niet werd toegekend op grond van artikel 11, kunnen van de Belgische nationaliteit vervallen worden verklaard :*
> *1° indien zij de Belgische nationaliteit hebben verkregen op grond van feiten die zij op een verdraaide manier hebben voorgesteld of die ze hebben achtergehouden, of op grond van valse verklaringen of valse of vervalste documenten die van doorslaggevend belang zijn geweest bij de beslissing tot toekenning van de nationaliteit;*
> *2° indien zij ernstig tekortkomen aan hun verplichtingen als Belgische burger.*

Wil men op basis van het sluiten van een schijnhuwelijk overgaan tot de intrekking van de Belgische nationaliteit dient dus aangetoond te worden dat juist het huwelijk van doorslaggevend belang is geweest bij de beslissing tot toekenning van de Belgische nationaliteit. Het loutere feit dat een schijnhuwelijk werd aangegaan volstaat niet.

De wetgever heeft het bijzonder en uitzonderlijk karakter van deze vervallenverklaring willen benadrukken door er een bijzondere procedure voor in te stellen, m.n. deze voorzien in artikel 23, § 1, 1° en 2° W.B.N.:

> *" § 2. De vervallenverklaring wordt gevorderd door het openbaar ministerie. De ten laste gelegde tekortkomingen worden in het dagvaardingsexploot nauwkeurig omschreven.*
> *§ 3. De vordering tot vervallenverklaring wordt vervolgd voor het hof van beroep van de hoofdverblijfplaats in België van de verweerder of, bij gebreke daarvan, voor het hof van beroep te Brussel.*

---

[18] Hof van Cassatie 8 februari 2008, T. Fam., 2008/9, p. 162

§ 4. De eerste voorzitter stelt een raadsheer aan, op wiens verslag het hof uitspraak doet binnen een maand na het verstrijken van de termijn van dagvaarding.
§ 9. Hij die van de staat van Belg vervallen is verklaard, kan alleen door naturalisatie opnieuw Belg worden.
In het geval bedoeld in § 1, 1°, verjaart de vordering tot vervallenverklaring door verloop van vijf jaar te rekenen vanaf de datum van het bekomen van de Belgische nationaliteit door de betrokkene.

In geen geval verliest de betrokkene automatisch zijn Belgische nationaliteit bij de nietigverklaring van het huwelijk. Deze intrekking van de Belgische nationaliteit kan ook niet samen met de nietigverklaring gevraagd worden. Het is een afzonderlijke en uitzonderlijke procedure die moet gevoerd worden voor het hof van beroep.

2. Invoering van het begrip schijnhuwelijk in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen

Met de wet van 12 januari 2006[19] wordt het begrip schijnhuwelijk ingevoerd in de vreemdelingenwet, zij het ook hier zonder de term schijnhuwelijk te gebruiken:

« Art. 79bis. § 1. Ieder die een huwelijk sluit in de omstandigheden bedoeld in artikel 146bis van het Burgerlijk Wetboek, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden of met geldboete van zesentwintig tot honderd EUR.
Ieder die een geldsom ontvangt die ertoe strekt hem te vergoeden voor het sluiten van een dergelijk huwelijk, wordt gestraft met gevangenisstraf van vijftien dagen tot één jaar of met een geldboete van vijftig tot tweehonderdvijftig EUR.
Ieder die gebruik maakt van geweld of bedreiging tegen een persoon om die persoon te dwingen een dergelijk huwelijk te sluiten, wordt gestraft met gevangenisstraf van één maand tot twee jaar of met geldboete van honderd tot vijfhonderd EUR.
§ 2. Poging tot het in § 1, eerste lid, omschreven wanbedrijf wordt gestraft met geldboete van zesentwintig tot vijftig EUR.
Poging tot het in § 1, tweede lid, omschreven wanbedrijf wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden of geldboete van zesentwintig tot honderd vijfentwintig EUR.
Poging tot het in § 1, derde lid, omschreven wanbedrijf wordt gestraft met gevangenisstraf van vijftien dagen tot een jaar of met geldboete van vijftig tot tweehonderd vijftig EUR.»

Uit de voorbereidende werken van deze wet op de strafbaarstelling van schijnhuwelijken blijkt duidelijk de wil van de wetgever om de strijd tegen misbruiken van de immigratieprocedure en, inzonderheid, de schijnhuwelijken en bedrog op het vlak van gezinshereniging aan te scherpen[20]. Verder is duidelijk dat men alleen de

[19] Wet van 12 januari 2006, B.S. 21 februari 2006
[20] Zie hierover o.m. Patrick Dewael in het verslag namens de commissie voor de binnenlandse zaken, de algemene zaken en het openbaar ambt uitgebracht door mevrouw Jacqueline Galant, doc 51 1861/004, p. 4 en verder p. 14

'malafide' partner wenst te bestraffen. Hij of zij die met het huwelijk niet meer dan het verblijfsrechtelijk voordeel beoogt wordt geviseerd, de partner die zich nietsvermoedend liet misbruiken blijft buiten schot[21]. De partner die daarentegen wetens en willen meewerkt aan een schijnhuwelijk, of nog erger zich er voor laat betalen, riskeert dezelfde sanctie als diegene die het huwelijk aangaat om er een verblijfsrechtelijk voordeel uit te halen.

In de rechtsleer zijn sommigen de mening toegedaan dat de invoering van deze bepalingen in de vreemdelingenwet eigenlijk overbodig is.[22]

Deze stelling gaat er van uit dat het schijnhuwelijk kan beteugeld worden onder de kwalificatie 'valsheid in geschrifte': de akte van aangifte en de huwelijksakte zijn door de strafwet beschermde openbare geschriften en het bedrieglijk opzet bestaat erin een verblijfsrechtelijk voordeel te verkrijgen dat verbonden is aan de staat van gehuwde. Wie veroordeeld wordt onder deze kwalificatie hangt geen straf wegens wanbedrijf van 8 dagen tot twee jaar boven het hoofd zoals voorzien in de wet van 12 januari 2006, maar wel een criminele straf van vijf tot tien jaar.[23]

Daarnaast worden door verschillende auteurs nog heel wat knelpunten aangehaald, m.n.[24]

1. Om tot een strafrechtelijke veroordeling te komen dient aangetoond te worden dat alle constitutieve elementen van het misdrijf aanwezig zijn. In het geval van artikel 79bis Vreemdelingenwet bestaat het materiële element uit het huwelijk dat gesloten wordt, of dat zal worden gesloten in het geval van een poging. Het morele element is echter moeilijker te omschrijven aangezien het artikel zelf geen omschrijving van het misdrijf bevat.[25] Er wordt verwezen naar artikel 146bis, dat een bijzonder opzet bevat. Alleen diegene die een huwelijk aangaat of wil aangaan met het énige opzet een verblijfsrechtelijk voordeel daar uit te putten is strafbaar. Wie dus huwt met de bedoeling een verblijfsrechtelijk voordeel te bekomen, maar tegelijkertijd een duurzame levensgemeenschap wil vormen om zo zijn verblijf zeker te stellen is niet strafbaar![26]

2. De bewijslast bij een vervolging op basis van artikel 79bis Vreemdelingenwet ligt uiteraard bij het parket en zoals gebruikelijk is in het strafprocesrecht mag het bewijs met alle middelen van recht geleverd worden. De vraag blijft echter hoe de aanwezigheid van het morele element kan aangetoond worden. Het gaat immers niet om een materieel feit dat moet bewezen worden, het gaat om het bewijs van de *intentie* die iemand heeft *op het moment van het aangaan van het huwelijk*. Volgens A. Huygens kunnen ook de elementen die opgenomen zijn in de circulaire[27] als bewijsmiddel dienen als zijnde vermoedens van feitelijke

---

[21] Dit blijkt uit de tussenkomsten van voornamelijk mevrouw Nahima Lanjri in het verslag namens de commissie voor de binnenlandse zaken, de algemene zaken en het openbaar ambt uitgebracht door mevrouw Jacqueline Galant, doc 51 1861/004, p. 10 en 14 en de later door haar ingediende amendementen

[22] Zie hierover HERBOTS, P., « Nood aan specifieke wet voor strafbaarstelling schijnhuwelijk », Juristenkrant, 1 december 2004, p. 10

[23] Artikel 433 quinquies e.v. S.W.

[24] Zie hierover HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 269-275; AERTS, C. en VAN HOOGENBEMPT, K., "de strafrechtelijke beteugeling van het schijnhuwelijk, ingevoerd door de wet van 12 januari 2006", in Echtscheidingsjournaal 2006/4, p 49 -54 en LEFEBVRE S., 'Schijnhuwelijken, preventie en repressie in een notendop', NJW, p 818-824

[25] HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 269

[26] AERTS, C. en VAN HOOGENBEMPT, K., "De strafrechtelijke beteugeling van het schijnhuwelijk, ingevoerd door de wet van 12 januari 2006", in Echtscheidingsjournaal 2006/4, p 49 -54

[27] Omzendbrief inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, B.S. 31 december 1999

aard.[28] In de omzendbrief van het college van procureurs-generaal van 1 oktober 2009[29] worden hieromtrent duidelijke instructies gegeven. Hierbij wordt veel belang gehecht aan de controle van de samenleving, welke dient te gebeuren in de woning van de betrokkenen. Vooral een controle van de keuken, de badkamer en de slaapkamer wordt aanbevolen. Naast een afzonderlijk verhoor van de beide partners wordt ook aangeraden navraag te doen bij de nutsbedrijven om na te gaan op welke naam de inschrijvingen gebeurden. Tenslotte wordt ook aanbevolen een buurtonderzoek te doen, alsook over te gaan tot een verhoor van getuigen, zoals daar zijn ouders, kinderen, partners uit vorige relaties, …

3. Verder wordt ook de rechtsmachtafbakening tussen enerzijds de burgerlijke rechter en anderzijds de strafrechter aangehaald als knelpunt. Met de invoering van artikel 79bis in de Vreemdelingenwet wordt immers geen einde gesteld aan de bevoegdheid die wordt toegekend aan de burgerlijke rechter op basis van artikel 184. Het is onduidelijk wat er moet gebeuren als zowel de burgerlijke rechter als de strafrechter worden gevat met een vordering aangaande hetzelfde huwelijk. Volgens A. Huygens[30] dient in dat geval het principe 'le criminel tient le civil en état' te worden toegepast., wat inhoudt dat de burgerlijke rechter zich moet onthouden van het nemen van een beslissing tot de strafrechter zijn rechtsmacht heeft uitgeput. In dit geval hebben beide rechtbanken evenwel een andere bevoegdheid. Zo kan de strafrechter een straf opleggen aan diegenen die zich volgens hem hebben schuldig gemaakt aan het sluiten van een schijnhuwelijk maar kan hij het huwelijk niet nietig verklaren, terwijl de burgerlijke rechter het huwelijk waarvan hij meent dat het een schijnhuwelijk is nietig kan verklaren maar kan hij geen straf kan opleggen aan één of beide partners. Uiteraard houdt de beslissing van de strafrechter om iemand te veroordelen wegens het sluiten van een schijnhuwelijk een oordeel in over de geldigheid van het huwelijk. De stelling dat de burgerlijke rechter rekening dient te houden met het gezag van gewijsde erga omnes van de strafrechterlijke uitspraak[31] lijkt dan ook de juiste.

4. Tenslotte wordt in de rechtsleer ook gewezen op de opmerkelijke mildheid van de straffen die voorzien worden in artikel 79bis Vreemdelingenwet.[32]
Uit de voorbereidende werken blijkt dat men er aan gedacht heeft straffen op te leggen die vergelijkbaar zijn met deze die voorzien worden voor mensenhandel of mensensmokkel. Deze amendementen werden niet weerhouden, net zomin als het voorstel om automatisch een sanctie op verblijfsrechtelijk vlak te voorzien.[33]
De vraag is dan ook of dergelijke milde straffen het ontradend effect hebben dat met de invoering van deze strafbepalingen werd beoogd.

Als men de uitspraken die de heren Yves Liégeois, Procureur-generaal bij het Arbeidshof te Antwerpen en de heer Piet Van Den Bon, Advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen gedaan in hun mercuriale op 1 september van vorig jaar mag geloven is de wet van 12 januari 2006 een maat voor niets geweest: " het ontbreken van een selectief systeem om de economische migratie binnen de perken te houden door het voeren van een efficiënt beleid en een drastische aanpak van de gezinshereniging heeft de laatste jaren geleid tot het isoleren van grote groepen migrantenpopulaties in het maatschappelijk

---

[28] HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 271
[29] Omzendbrief van het college van procureurs-generaal van 1 oktober 2009
[30] HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 271
[31] HUYGENS, A., 'Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006', T. Vreemd., 2006, 238-277, p. 274
[32] AERTS, C. en VAN HOOGENBEMPT, K., "de strafrechtelijke beteugeling van het schijnhuwelijk, ingevoerd door de wet van 12 januari 2006", in Echtscheidingsjournaal 2006/4, p 51
[33] Parl. St. Kamer 2005-06, 1861/4, 2-3 en Parl. St. Kamer 2005-06, 1861/2, 3

randgebied van sommige steden waarin het genot van uitkeringen tot een cultuurverschijnsel is verheven. Het beeld dat die situatie oproept is stereotiep, maar spijtig genoeg vaak de harde realiteit: verkrotte huizen, onveilige omgeving, werkloosheid, ontbreken van integratie of desintegratie, enz."[34]

Naar aanleiding van deze uitspraken werd op 21 september 2011 een hoorzitting gehouden in de Kamer van volksvertegenwoordigers. Uit de debatten die hierop volgden bleek duidelijk de eensgezindheid over het falen van dit wetgevend initiatief. Als voornaamste redenen werden aangehaald:

- De mildheid van de straffen
- Het onvermogen van de strafrechter om naast het opleggen van een straf ook de nietigverklaring van het huwelijk uit te spreken
- Het gebrek aan een onmiddellijke impact van de straf op de verblijfssituatie van de vreemdeling die een verblijfsrechtelijk voordeel haalde uit het huwelijk.

Vreemd dat nergens gesuggereerd werd dat het feit dat zo weinig gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheid om een strafvervolging in te stellen ten aanzien van diegene die de intentie had om bij het aangaan van het huwelijk dit instituut af te wenden van het doel waarvoor het werd gecreëerd, m.n. het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, wel eens zou kunnen worden toegeschreven aan het feit dat het quasi onmogelijk is hiervan het bewijs te leveren.

In plaats van te overwegen deze bepaling uit de vreemdelingenwet weg te laten wegens gebrek aan bruikbaarheid gaan van alle kanten stemmen op de bepalingen te verstrengen . Zwaardere straffen, de bevoegdheid voor de strafrechter om beslissingen te nemen die de staat van de persoon raken en een onmiddellijke intrekking van de verblijfsvergunning van de veroordeelde, zonder dat daarbij rekening moet gehouden worden met de actuele situatie van de betrokkene.

Het ene voorstel is al repressiever dan het andere. Huidig overzicht van de evolutie in deze materie wordt dan ook zeker en vast vervolgd…[35]

---

[34] mercuriale gehouden op 1 september 2011 door de heer Yves Liégeois, Procureur-generaal bij het Arbeidshof te Antwerpen en de heer Piet Van Den Bon, Advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, http://assets.rug.be

[35] Tot slot nog vermelden dat met de wet van 25 april 2007 een artikel 391 sexies werd ingevoerd in het strafwetboek, waarbij het sluiten van een gedwongen huwelijk ook strafbaar wordt gesteld. Wet van 25 april 2007, B.S., 15 juni 2007

Quelles limites au fichage des migrants dans les bases de données belges et européennes?

Mathieu Beys

Biographie sommaire

Mathieu BEYS *est licencié en histoire et en droit de l'ULB. Il a travaillé comme avocat chez PROGRESS Lawyers Network à Bruxelles de 2002 à 2006.*

Depuis lors, il travaille pour Caritas International en tant que juriste et rédacteur. Il est aussi assistant en histoire du droit à l'ULB depuis 2008.

Il est actif comme bénévole au sein de la Commission justice de la Ligue des droits de l'homme et du Comité de vigilance concernant les lois antiterroristes (Comité T).

Il publie régulièrement des articles sur les droits des migrants dans 'Parole à l'Exil'/'Vluchtschrift'.

Beknopte biografie

Mathieu BEYS *is afgestudeerd aan de ULB als licentiaat in de geschiedenis en in de rechten. Hij werkte als advocaat bij PROGRESS Lawyers Network in Brussel van 2002 tot 2006.*

Sindsdien werkt hij voor Caritas International als jurist en redacteur. Hij is ook assistent rechtsgeschiedenis aan de ULB sinds 2008.

Hij is actief als vrijwilliger bij de Commissie justitie van de Ligue des droits de l'homme en bij het Waakzaamheidscomité betreffende de strijd tegen het terrorisme (Comité T).

Hij schrijft regelmatig artikelen over de rechten van migranten in 'Parole à l'Exil'/'Vluchtschrift'.

Quelles limites au fichage des étrangers dans les bases de données belges et européennes ? Tableau de synthèse

Mathieu Beys

CAAS : Convention d'application de l'accord de Schengen (19 juin 1990), **CPVP : Commission pour la protection de la vie privée ; EM : Etats membres ; UE : Union européenne**

	Qui ?	**Quelles données ?**	**Buts ?**	**Combien de temps ?**	**Fuites autorisées ?**	**Droits des personnes ?**
EURODAC **Fichier servant au « partage du fardeau » des demandeurs d'asile (Rgt de Dublin)** Rgt 2725/2000	1) demandeurs d'asile dès 14 ans ; 2) étrangers dès 14 ans arrêtés lors du lors du franchissement irrégulier de la frontière extérieure d'un État membre ; 3) étrangers en séjour illégal dès 14 ans dans un État membre (uniquement consultation sans enregistrement pour vérifier si demande d'asile antérieure).	Notamment : - identité - empreintes digitales - date et lieu de la demande d'asile ou du franchissement irrégulier de la frontière extérieure	- établir l'identité d'un demandeur d'asile ; - déterminer l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile selon le règlement de Dublin (Rgt 343/2003/CE)	Demandeurs d'asile : - effacement automatique 10 ans après le relevé des empreintes - effacement si obtient citoyenneté UE - « verrouillage » si reconnu réfugié Etrangers arrêtés à la frontière : - Effacement automatique 2 ans à partir du relevé des empreintes	NON. PAS d'accès des services répressifs PAS de possibilité de transmission à des tiers pour d'autres buts que déterminer la responsabilité de la demande d'asile.	- informations obligatoires (buts, droit d'accès, identité responsable du traitement) au moment de la prise d'empreintes - droit d'accès, de rectification et d'effacement des données erronées ou enregistrées de façon illicite. - droit d'être assisté par la CPVP et autorité de contrôle commune dans ses démarches.

	Qui ?	Quelles données ?	Buts ?	Combien de temps ?	Fuites autorisées ?	Droits des personnes ?
VIS **Système d'information sur les visas** Rgt. 767/2008/CE Rgt 810/2009/CE Déc. 2008/633/JAI	demandeurs de visas de court séjour (max. 3 mois) ou de transit âgés d'au moins 12 ans SAUF : - chefs d'Etat, membres de gouvernements ou membres éminents d'une famille royale invités par gouvernement ou organisation internationale pour motif officiel ; - impossibilité physique et permanente de prendre les empreintes	Notamment : Identité (demandeur + personne qui prend en charge) Profession, employeur, école Photo Empreintes digitales Date et lieu de la demande, octroi, refus, retrait, annulation, prolongation de visa But du voyage Durée du séjour Motifs de refus de visa	- lutter contre la fraude - empêcher l'asylum shopping (contournement du règlement de Dublin) - faciliter l'identification des étrangers en séjour illégal - faciliter les contrôles aux frontières - prévenir « des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des Etats membres » - « contribuer à la lutte contre le terrorisme »	Effacement automatique 5 ans à partir de : - expiration du visa ; - décision de refus, d'annulation ou retrait ; - création du dossier en cas de désistement. Effacement anticipé si : - obtention nationalité d'un EM de l'UE ; Effacement des motifs de refus si décision définitive d'annulation du refus de visa.	OUI. 1) Etats tiers ou organisations internationales uniquement pour prouver l'identité de l'étranger (ex : pour l'expulser) 2) autorités répressives des EM et Europol (et même Etats tiers ou organisation internationale « en cas d'urgence exceptionnelle ») si « motifs raisonnables de considérer que la consultation des données VIS contribuera substantiellement à la prévention à la détection ou à l'investigation d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves. ».	- Informations obligatoires par écrit au demandeur de visa et personne qui prend en charge - Droit d'accès aux données et de savoir quel EM les a introduites. - Droit à la rectification et effacement des données erronées ou stockées illégalement. - Droit à l'assistance de la CPVP

2

	Qui ?	Quelles données ?	Buts ?	Combien de temps ?	Fuites autorisées ?	Droits des personnes ?
SIS **Système d'information Schengen** CAAS art. 92 à 119 (surtout 96), 126 à 130	Etrangers indésirables sur base d'une décision judiciaire ou administrative d'un EM 1) si présence = « menace pour l'ordre public ou la sécurité et la sûreté nationales » Exemples : condamné pour une infraction passible d'au moins un an de prison ; raisons sérieuses de croire qu'il a commis ou indices réels qu'il envisage de commettre des faits punissables graves. 2) OU décision d'éloignement avec interdiction d'entrée et de séjour Pratiques très différentes entres EM.	Notamment : Identité (y compris alias) Signes physiques particuliers Armé ou non ? Violent ou non ? Motifs du signalement	- préserver l'ordre et de la sécurité publics, y compris la sûreté de l'État, - appliquer les dispositions sur la circulation des personnes	Durée nécessaire au but du signalement Maximum 10 ans	Transfert possible vers « personne à rechercher » ou « à surveiller » si « nécessité de la prévention d'une menace grave imminente pour l'ordre et la sécurité publics, raisons graves de sûreté de l'État ou aux fins de la prévention d'un fait punissable grave » si autorisation EM signalant. utilisation des données à d'autres fins possible sur autorisation de l'EM signalant et si droit de l'EM signalant et de l'EM destinataire le permet.	Droit d'accès aux données après consultation de l'EM qui les a introduites. Droit à la rectification et effacement des données erronées ou stockées illégalement. Demande d'accès et procédure judiciaire ouverte dans CHAQUE EM En Belgique, demande d'accès indirect à la CPVP

3

	Qui ?	Quelles données ?	Buts ?	Combien de temps ?	Fuites autorisées ?	Droits des personnes ?
Empreintes digitales et photos étrangers **EN BELGIQUE** Loi 15/12/80, art. 30 bis AR 21/04/2007	Etrangers : 1) demandeur de visa SAUF regroupement familial ; 2) demandeur de long séjour SAUF regroupement familial ; 3) refoulé à la frontière ou à la notification d'un ordre de quitter le territoire; 4) qui fait l'objet d'un arrêté ministériel de renvoi ou un arrêté royal d'expulsion (ordre public).	Photo Empreintes digitales	Utilisation permise uniquement si nécessaire pour : 1) établir ou vérifier l'identité de l'étranger; 2) examiner si l'étranger concerné constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale; 3) respecter les obligations prévues par les règlements et directives de l'UE. .	10 ans	Possibilité pour l'OE d'obtenir les données auprès de la police, des autorités judiciaires et des administrations.	Droit d'information, accès, rectification, correction. Contrôle CPVP Loi 8/12/1992 AR 13/02/2001

4

	Qui ?	Quelles données ?	Buts ?	Combien de temps ?	Fuites autorisées ?	Droits des personnes ?
Empreintes digitales demandeurs d'asile **EN BELGIQUE** Loi 15/12/80, art. 51/3	1) demandeurs d'asile (lors de l'introduction de la demande ou pdt traitement si identité douteuse 2) l'étranger dont la Belgique est responsable du traitement de la demande d'asile après renvoi d'un autre Etat (Rgt Dublin) ; 3) l'étranger pour lequel existent des indices qu'il a déjà introduit une demande d'asile;	Empreintes digitales	Utilisation permise uniquement si nécessaire pour : 1) établir l'identité; 2) déterminer l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile (Rgt Dublin) ; 3) examiner la demande d'asile.	Durée nécessaire Destruction si l'étranger est reconnu réfugié ou obtient la protection subsidiaire.		Droit d'information, accès, rectification, correction. Contrôle CPVP Loi 8/12/1992 AR 13/02/2001

La victime en situation irrégulière et l'obligation de dénonciation des fonctionnaires

Cédric Smeets

Biographie sommaire

Cédric SMEETS, *commissaire de police,* a 42 ans et est père de deux enfants. Licencié en Sciences Psychologiques de l'ULB, il est commissaire de police et travaille à Bruxelles. Il est membre de la commission justice de la Ligue des droits de l'Homme.

Beknopte biografie

Cédric SMEETS *is politiecommissaris, 42 jaar en vader van twee kinderen. Hij is licentiaat in de psychologische wetenschappen en werkt als politiecommissaris in Brussel. Hij is lid van de commissie justitie van de liga voor de rechten van de mens.*

Confronté à ce que le gouvernant a identifié comme étant un problème, l'étranger en séjour illégal, l'état a développé un paradigme officiel qui veut que l'étranger en détresse et qui frappe à notre porte doit avant tout être à la recherche d'une meilleure protection de ses droits fondamentaux plutôt que d'une vie matériellement meilleure.

Avoir admis ce principe (que je résume par « les étrangers viennent chercher notre modèle moral plutôt qu'un bonheur matériel »), nous a amené à plusieurs travers de société :

1° l'existence d'un discours populiste, à contre-pied, qui affirme que ceux qui frappent à notre porte veulent juste bénéficier de nos conditions matérielles, et pas de notre modèle moral dont il n'ont que faire (le populisme résidant notamment dans le fait que cette affirmation, en partie exacte, se fait au détriment de notre bonheur matériel et à celui de notre modèle de société, ce qui me semble faux) ;

2° une supériorité morale de nature à nous conforter dans l'idée qu'il faut « civiliser » le nouveau-venu, notamment en le soumettant au modèle administratif qui est le propre de l'organisation de notre société.

3° la criminalisation de celui qui ne correspond pas au paradigme et qui refuse de se soumettre au modèle administratif. Appelons-le dès maintenant par son nom officiel : l'étranger en séjour illégal.

Dans cette optique, dans cette vision du monde, la pénalisation du séjour irrégulier, devenu illégal, était logique. De plus, la supériorité morale supposée du modèle qui a rejeté l'étranger en séjour irrégulier dans la clandestinité en fait porter la faute à l'intéressé lui-même puisqu'il s'est volontairement tenu à l'écart de notre modèle de société et qu'il est finalement l'unique responsable de ce qui va lui arriver.

Et si le sujet ici n'est pas de parler ce qui finalement relève d'un choix de société, c'est-à-dire la volonté officielle de s'emparer de la personne de l'étranger en séjour illégal, de l'enfermer et de, finalement, l'expulser hors du territoire du Royaume, il est important de garder à l'esprit cette menace constante, car elle va conditionner le reste de l'existence du « sans-papiers ».

Le sujet ici est ce qui lui arrive parfois, ce qui lui est peut-être déjà arrivé dans le passé et de ce qui risque de lui arriver un jour, pendant sa vie en demi-teinte, entre deux apnées administratives.

Car celui que nous appelons « l'étranger en séjour illégal » et que nous catégorisons donc par son statut administratif, est évidemment plus que cela… Au-delà de ce statut et si nous admettons que sa vie n'est pas en suspens entre deux visites dans les locaux de l'administration, nous devons bien admettre que comme tout un chacun il a une vie bien remplie.

Il existe un état que la personne en séjour illégal pourra partager, en toute égalité, sans discrimination aucune, avec les autres, c'est celui de victime.

Certes, victime du système diront les plus militants d'entre nous, mais également et surtout victimes d'actes délictueux ! Ce droit-ci ne lui sera pas contesté.

Le vol, par exemple, est « la soustraction frauduleuse du bien d'autrui ». Il est défendu, dans ses différentes formes, par le code pénal. Il est donc réprimé par la Loi et le système judiciaire, secondé par l'appareil policier, aura toujours à cœur de le punir, plus ou moins sévèrement, d'en voir les auteurs traduits devant les

tribunaux, et d'en obtenir si possible réparation. La victime d'un vol peut, en restant optimiste, se voir au moins entendue dans sa plainte et espérer que le système fera ce qu'il peut pour que justice soit rendue.

Il en est de même pour les violences et les coups et blessures, les atteintes aux mœurs (viols, attentats à la pudeur, etc…), les escroqueries et fraudes diverses, ainsi qu'une kyrielle d'autres infractions répertoriées soit dans le code pénal général, soit dans une multitude de dispositions pénales plus spécifiques.

Globalement, le citoyen s'attend à bénéficier d'une certaine protection octroyée par l'état. On peut, en résumant, dire qu'en matière de sécurité, l'état fonde sa légitimité sur des règles stables, générales, non-discriminatoires, applicables en tout temps et en tout lieu soumis à son autorité.

On peut considérer, toujours en résumant, qu'il est interdit de voler et de frapper son prochain, de le violenter et d'en abuser… Et pourtant…

Et pourtant, il existe de facto une exception à ce principe.

Aujourd'hui, de par le fait:

1. que le séjour illégal est une infraction pénale, punie de peines correctionnelles;

2. que les services de police sont compétents pour l'application de la Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce y compris le séjour illégal;

3. que les fonctionnaires de police sont tenus, de par l'article 29 du code d'instruction criminelle, de dénoncer tout crime ou délit dont ils ont connaissance

… un étranger en séjour illégal se voit privé de tout recours à la légitime protection qu'il est en droit d'attendre de l'état belge qui pourtant s'y engage de par ses propres règles.[1]

Un étranger en séjour illégal, victime de vol, de coups et blessures, etc…, ne pourra, sans risque, se rendre dans un commissariat de police pour y porter plainte. Il risque de se voir arrêter pour avoir commis l'infraction de séjour illégal.

Les instructions en vigueur aujourd'hui auprès des services de police stipulent que le policier qui a devant lui une personne en séjour illégal doit l'arrêter (« administrativement », une curiosité assez surprenante pour une infraction, dont l'objectif est peut-être de priver le pouvoir judiciaire de toute possibilité d'intervention dans cette mesure, avec en plus une arrestation administrative de 24h, ce qui est une exception même au concept de départ) et doit en faire rapport à l'office des étrangers, qui représentant le ministre de l'intérieur en l'espèce, pourra décider de mesures allant de la simple relaxe à la privation de liberté pour une période allant jusqu'à 2 mois, renouvelables jusqu'à un maximum de 5 mois.[2]

---

[1] Constitution, art 191: « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens », avec un bémol, celui de la mention « sauf les exceptions établies par la loi »

[2] Il est à noter que la Loi prévoit que cette privation de liberté est prise dans l'attente du refoulement de l'étranger, et que cette décision est souvent prise pour des étrangers dont on sait pourtant, de par leur nationalité par exemple, qu'ils ne seront jamais refoulés.

Faut-il que la victime soit motivée pour que, étant en séjour illégal et courant le risque de se voir enfermée et/ou expulsée, elle se présente devant un policier pour voir se droits de victimes reconnus et espérer que la justice fasse son œuvre.

On peut dire qu'aujourd'hui, de facto, l'auteur d'un vol au détriment d'un étranger en séjour illégal peut tabler sur une certaine impunité, en tout cas plus probable que si la victime avait une situation administrative différente. Idem pour celui qui frappe un étranger en séjour illégal, pour celui qui le viole, pour celui qui l'escroque…

Dans un état démocratique moderne, on peut diviser en deux catégories distinctes les missions qui sont remplies par les services de police. La première catégorie est celle des missions remplies au bénéfice de l'état lui-même : le maintien de l'ordre public, la police aux frontières, la protection des institutions, etc…

La seconde catégorie étant celle des missions remplies au bénéfice du citoyen : la protection des personnes et des biens, la protection des droits fondamentaux, etc… La police d'un état démocratique, si on en veut une définition instrumentale, pourrait être vue notamment comme un moyen de contrer le darwinisme social, l'application de la loi du plus fort. Elle est supposée protéger le faible contre le fort. Elle est supposée porter assistance à l'opprimé et le protégé de l'oppresseur.

Certaines missions sont difficiles à classer, l'exemple le plus frappant étant celui de la police judiciaire qui si elle vise à réprimer les infractions commises (souvent contre des personnes et des biens), elle vise également à maintenir un certain ordre sociétal en participant au respect des règles de vie commune, du droit.

La preuve, et pour rester dans le domaine qui nous occupe, réprimer le séjour illégal, qui est une infraction je le rappelle, est clairement une mission de police judiciaire qui relève néanmoins de la première catégorie, celle des missions remplies au bénéfice de l'état.

Il existe un antagonisme évident et permanent entre ces deux catégories de missions. Tout d'abord, de manière pratique, parce que les moyens policiers utilisés au bénéfice d'une catégorie de mission ne sont plus disponibles pour l'autre. Mais surtout parce que les missions elles-mêmes sont parfois contradictoires. Il est évident par exemple que les missions de maintien de l'ordre public, si elles bénéficient à la collectivité, l'état, se font parfois au détriment des libertés individuelles (celles de s'associer, d'aller et venir etc…). Cet antagonisme demande une certaine gymnastique intellectuelle à ses praticiens, les policiers. Néanmoins, l'habitude, l'usage, le bon sens font qu'en règle générale les deux catégories de missions se superposent et sont réalisées en bonne intelligence, parfois par les mêmes personnes au même moment.

On pourrait dire par ailleurs que c'est notamment dans la manière dont l'état gère et organise l'articulation entre ces deux types de missions et dans l'équilibre qui s'établit entre elles que l'on peut évaluer le caractère démocratique et progressiste d'une société.

Pour en revenir à notre personne en séjour illégale, cette gymnastique relève de la mission impossible. Pour un policier, remplir ses obligations liées à ses missions au bénéfice de l'état (s'emparer de l'étranger en séjour illégal et le maintenir à la disposition de l'administration qui se chargera de l'enfermer et de l'expulser) est TOTALEMENT incompatible avec sa mission générale de protection des biens et des personnes.

Et si il est certain qu'une personne en séjour illégal qui viendrait de plaindre d'un vol ou de coups et blessures sera entendue dans sa plainte et que cette dernière sera prise en compte (en tout cas dans sa forme policière, je ne préjugerai pas de son traitement ultérieur par le parquet), il est tout aussi évident

que, règlementairement, la « victime » sera saisie, privée de liberté et dénoncée à l'office des étrangers, en plus de faire l'objet d'un procès-verbal pour infraction à la Loi sur les Etrangers. La police aura ici remplie ses deux missions, en pratiquant comme elle seule sait le faire le grand écart, mais ce faisant elle aura surtout dissuadé une multitude d'autres personnes en séjour illégal de venir un jour faire valoir leurs droits de victime d'infraction. Elle aura donc, en quelque sorte, failli à sa mission de protection des personnes…

Il existe un certain nombre de solutions pour pallier ce déficit:

1° dépénaliser le séjour illégal. C'est la solution la plus évidente et celle qui permettrait de combler le plus rapidement le vide décrit, mais elle a des implications politiques qu'aucun parti ne pourrait aujourd'hui prendre à sa charge, sauf consensus national.

2° amender la Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en y incluant une disposition qui stipulerait soit:

A. que les services de police générale (au sens de la Loi sur la Fonction de Police) ne sont pas compétents pour son implication (Cette solution, élégante, aurait cependant des répercussions budgétaires importantes, puisqu'une police de l'immigration devrait être créée, avec également des implications politiques évidentes),

B. que lors du dépôt d'une plainte par la victime d'une infraction pénale, le service de police requis ne fait pas application des dispositions de la Loi et des instructions qui l'appliquent (cette solution aurait pour conséquence probable l'utilisation abusive du dépôt de plainte par l'étranger en séjour illégal afin d'échapper à la Loi, avec comme corollaire le risque de voir toutes les plaintes déposées par les étrangers en séjour illégal considérées comme fantaisistes et de ne jamais aboutir à une enquête effective).

3° faire usage de la possibilité qui existe déjà actuellement de se faire représenter (par un avocat, par un ami [l'article 77 de la Loi qui punit quiconque assiste ou aide la personne en séjour illégal ne s'applique pas si la personne agit principalement pour des raisons humanitaires], par une association, etc…] lors du dépôt de plainte. L'étranger en séjour illégal porte alors plainte par écrit et la personne le représentant fait alors office de média de la plainte et de boîte aux lettres pour toute la procédure ultérieure. Si elle est réalisable immédiatement, cette solution a pour inconvénient de ne pas corriger ce qui nous semble être le problème original.

Si nous devions résumer cela en une seule phrase, je dirai que les dispositions légales actuelles et la manière dont l'état est organisé fait qu'aujourd'hui une personne en séjour illégal en Belgique disposera moins qu'une autre de la protection de son intégrité physique et de la protection de ses biens matériels.

Il existe une hiérarchie morale des valeurs que nous défendons et la protection de l'intégrité physique, par exemple, doit être considérée comme supérieure aux impératifs liés à la situation administrative d'une personne.

Si l'état ne peut certes pas toujours et partout résoudre tous les abus, il me semble cependant qu'il ne peut jamais en être la source.

Frontière - Asile - Détention
Législation belge, normes européennes et internationales

Tristan Wibault

Biographie sommaire

Tristan WIBAULT *a terminé ces études en 1993 en tant que licencié en droit à l'UCL. l travail depuis 2007 en tant que juriste au comité belge d'aide aux réfugiés, où il s'occupe principalement, depuis 2009, de la détention des demandeurs d'asiles.*

Beknopte biografie

Tristan WIBAULT *studeerde in 1993 af als licenciaat in de rechten aan de UCL. Sinds 2007 werkt hij als jurist bij het Belgisch Comité voor Hulp aan Vluchtelingen, waar hij zich sinds 2009 specifiek bezighoudt met de detentie van asielzoekers.*

COMITÉ BELGE
D'AIDE AUX RÉFUGIÉS

C.B.A.R. asbl

BELGISCH COMITE
VOOR HULP AAN VLUCHTELINGEN

B.C.H.V. vzw

Frontière - Asile - Détention

Législation belge, normes européennes et internationales

par Tristan Wibault, juriste

Janvier 2012

Fiche d'aide juridique à l'usage des avocat(e)s de demandeurs/euses d'asile détenus à la frontière. La présente fiche répertorie les différents actes et législations correspondantes qui sont adressés aux personnes introduisant une demande d'asile lors de leur arrivée à la frontière. Ce document remplace les fiches précédemment publiées par le CBAR le 6 août 2009 et le 9 septembre 2008.

Les juristes du service détention accompagnent régulièrement des personnes en demande d'asile à la frontière. Ils sont à la disposition de leurs avocat(e)s pour toute question pratique durant leur période de détention.

CBAR – BCHV
Rue Defacqz 1, [bte 10]
1000 BRUXELLES
Tel 02/537 82 20 - Fax 02/537 89 82

Service Asile et Détention

Tristan Wibault : twibault@cbar-bchv.be
Marjan Claes : mclaes@cbar-bchv.be

TABLE DES MATIERES

I. Contrôles frontaliers p.3

1. Mesure de police p.3
2. Frontières extérieures de l'espace Schengen p.3

II. Décision de refoulement p.5

1. Motivation de la mesure de refoulement p.5
2. Principe de non-refoulement p.6
3. Recours éventuels contre la décision de refoulement p.8
4. Accès au territoire et extraterritorialité p.9

III. Détention à la frontière p.10

1. Principe et durée maximale de détention p.10
2. Enjeu de l'accès au territoire p.11
3. Voie de recours et protection contre la détention arbitraire p.12
3.1. Le contrôle de légalité
3.2. La notion d'arbitraire
4. Systématicité de la détention frontière p.14
5. Spécificité de la détention des demandeurs d'asile p.15
5.1. Nécessité de la détention
5.2. Distinction en droit européen des régimes de détention
6. Prise en compte de la vulnérabilité p.18
6.1. La Directive « Accueil »
6.2. La Loi « Accueil »
6.3. Légalité de la détention des personnes vulnérables
7. Impact sur la procédure d'asile p.21
7.1 Procédure Accélérée

IV. Impact de la Directive retour p.23

V. Détention des familles p.24

1. Une politique intenable p.24
2. Un statut juridique flou p.25
2.1 Une définition de la privation de liberté
2.2. Une nouvelle disposition dans la loi de 80

VI. Conclusion p.28

I. Contrôles frontaliers

1. Mesure de police

L'acte de contrôler les frontières est une fonction de police. L'article 21 de la Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police indique que : « *(Les services de police) veillent au respect des dispositions légales relatives à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers.*

(Ils) se saisissent des étrangers qui ne sont pas porteurs des pièces d'identité ou des documents requis par la réglementation sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, et prennent à leur égard les mesures prescrites par la loi ou par l'autorité compétente. »

L'article 34§3 de la Loi sur la fonction de police donne aux services de police le pouvoir d'organiser des contrôles d'identité en vue de contrôler la présence des étrangers : « *§ 3. Dans les limites de leurs compétences, les autorités de police administrative peuvent, afin de maintenir la sécurité publique ou d'assurer le respect des dispositions légales relatives à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers, prescrire des contrôles d'identité à effectuer par les services de police dans des circonstances qu'elles déterminent.* »

L'article 74/7 de la Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après L80 ou Loi de 80) prévoit que : « *Les services de police peuvent saisir un étranger qui n'est pas porteur des pièces d'identité ou des documents prévus par la loi et le soumettre à une mesure d'arrestation administrative, dans l'attente d'une décision du Ministre ou de son délégué. La durée de la privation de liberté ne peut dépasser vingt-quatre heures.* »

2. Frontières extérieures de l'espace Schengen[1]

Les articles 2 à 4bis L80 indiquent quels sont les documents requis pour être autorisé à entrer sur le territoire et par quels moyens ce contrôle est réalisé. Ce contrôle doit répondre au canevas établi par le « Code Frontières Schengen ».[2] (ci-après CFS) Le « Code des Visas »[3] (ci-après CCV) contient également des dispositions importantes pour l'accès au territoire. Le CCV règle non seulement les conditions d'émission des visas, mais aussi, les conditions auxquelles un visa peut être annulé. Ces deux Codes sont des Règlements européens et donc directement applicables. Le CFS réalise un espace sans frontières par la disparition des contrôles aux frontières intérieures de l'Union Européenne (article 20 CFS[4]). Parallèlement, il organise la politique commune en matière de franchissement des frontières extérieures. Lorsque la Loi du 15 décembre 1980 mentionne les « frontières du Royaume», il faut l'entendre en droit comme étant les frontières extérieures de l'espace Schengen étant sous la responsabilité des autorités belges.[5]

---

[1] 25 pays adhèrent aujourd'hui à l'espace Schengen : Autriche – Belgique – Suisse – République tchèque – Danemark – Allemagne – Estonie – Grèce – Espagne – Finlande – France – Hongrie – Islande – Italie – Lituanie – Luxembourg – Lettonie – Malte – Pays-Bas – Pologne – Norvège – Portugal – Suède – Slovénie – Slovaquie.
Bien que membres de l'Union Européenne, 5 pays restent hors Espace Schengen: Bulgarie – Chypre – Irlande – Roumanie - Royaume-Uni. Les personnes en provenance de ces 5 pays sont soumises à un contrôle frontalier.
Des informations sur les types de visas et les obligations aux frontières peuvent être consultées sur le site de l'OE: https://dofi.ibz.be/RG/BORDER/Fr/Start_Fr.htm

[2] Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, plus communément appelé «Code Frontières Schengen »
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:0032:FR:PDF

[3] Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas)
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:243:0001:01:FR:HTML

[4] « *Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité.* » Art 20 CFS

[5] En pratique, nous constatons que les Cours et Tribunaux assimilent mal les normes en la matière et que des confusions subsistent entre frontières internes et frontières externes. C'est le cas de cet arrêt de la Cour de Cassation qui assimile un centre de détention à un lieu situé à la frontière, alors que l'arrestation était le résultat

Indépendamment des situations exceptionnelles de réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures[6], l'article 21 du CFS encadre l'organisation de contrôles ponctuels compatibles avec le principe de la suppression des contrôles aux frontières intérieures. Des contrôles aux frontières intérieures restent autorisés dans la mesure où ils n'ont *pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières*. Cette distinction est assurée lorsque les conditions cumulatives énumérées à l'article 21 sont remplies. Ces mesures de police :

i) n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières;

i) sont fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière;

iii) sont conçues et exécutées d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières extérieures;

iv) sont réalisées sur la base de vérifications réalisées à l'improviste;

La faculté de contester en pratique la nature d'un contrôle exercé aux frontières pourrait s'avérer difficile.[7] Cependant il appartient aux autorités de garantir formellement l'usage de la liberté de circulation. La Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après CJUE) rappelle que le législateur communautaire a érigé en principe l'absence de contrôles aux frontières intérieures. L'arrêt Melki autorise les Etats à prévoir dans leur législation la faculté de contrôles aux frontières intérieures. Mais afin de satisfaire aux obligations des articles 20 et 21 du CFS, une compétence de contrôle d'identité, lorsqu'elle s'exerçe sur une frontière intérieure, indépendamment du comportement de la personne contrôlée, doit être bien balisée. Ainsi la loi : « *doit prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence. Cet encadrement doit garantir que l'exercice pratique de la compétence consistant à effectuer des contrôles d'identité ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* » [8] Suite à cet arrêt, la

---

d'un contrôle frontalier interne : « *En considérant que les juridictions liégeoises ne sont pas territorialement compétentes pour statuer sur la requête de mise en liberté déposée par le demandeur, après avoir relevé que celui-ci, débarquant d'un vol venant d'Athènes, a été arrêté à Zaventem et que le centre fermé de Vottem, où il est maintenu, n'a pas été assimilé par arrêté royal à un lieu situé aux frontières, l'arrêt viole les dispositions reprises au moyen.* »
Cass N° P.09.1235.F – 25 août 2009.

[6] « *En cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle à ses frontières intérieures durant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours, conformément à la procédure prévue à l'article 24 ou, en cas d'urgence, conformément à la procédure prévue à l'article 25.* » (art 23.1 CFS)
La Commission a déposé récemment une proposition en vue de modifier les articles 23 à 26 du CFS :
COM(2011)560 final 2011/0242 (COD) Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0560:FIN:FR:HTML

[7] Il arrive que des personnes soient détenues sur base de l'article 7 L80 (soit pour séjour illégal) après avoir été arrêtées aux aéroports de Zaventem et de Gosselies. La pratique est courante depuis un certain temps pour les vols en provenance d'Athènes. Actuellement, suite à l'évolution des flux migratoires en Méditerranée, l'organisation de ce type de contrôle semble s'être étendue à d'autres liaisons européennes. N'ayant pas subi de contrôles frontaliers au sens de la loi, ils n'ont pas été autorisés à faire enregistrer une demande d'asile lors de leur contrôle. Conduits au centre fermé, une nouvelle mesure de détention est alors prise sur base de l'article 74/6§1bis L80 dès l'introduction de la demande d'asile alors que cette disposition autorise la détention dans des cas bien spécifiques.
Si vous êtes confrontés à une telle situation, vous consulterez utilement les informations rassemblées par le CBAR sur la détention des demandeurs d'asile en application de l'article 74/6§1bis L80.

[8] CJUE, Aziz Melki (C-188/10), Sélim Abdeli (C-189/10) - arrêt 22 juin 2010 ; §74.
Lors de cette question préjudicielle, la Cour a examiné la conformité au CFS de la réglementation française autorisant des contrôles d'identité dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention d'application de l'accord de Schengen et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette

Commission européenne a demandé aux Etats membres d'adapter leurs législations nationales conférant aux polices nationales des compétences spécifiques aux zones frontalières intérieures.[9]

Selon nous, pourraient être également considérés comme abusifs, certains contrôles exercés dans les zones de transit international[10]. Si des voyageurs ne sont pas soumis à l'obligation de visa de transit et ont bien manifesté l'intention de continuer leur voyage, il n'est en théorie pas prévu qu'ils puissent faire l'objet d'une mesure de refoulement. Le point 2 de l'annexe VI du CFS explicite l'absence de contrôle envers les personnes qui se trouvent en transit international : "*2.1.3. (…) Les États membres veillent à ce que la société aéroportuaire prenne les mesures nécessaires afin d'empêcher l'accès et la sortie des personnes non autorisées aux zones réservées, par exemple la zone de transit. Les vérifications ne sont en principe pas effectuées dans la zone de transit, sauf si cela est justifié par une analyse du risque en matière de sécurité intérieure et d'immigration illégale; les vérifications dans cette zone peuvent, en particulier, être effectuées sur des personnes soumises à l'obligation de visa de transit aéroportuaire afin de vérifier qu'elles sont en possession d'un tel visa.*"

II. Décision de refoulement

1. Motivation de la mesure de refoulement

Le CFS établit les critères à respecter et les méthodes à suivre lors de la mise en œuvre des contrôles frontaliers. Les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont énumérées à l'article 5 du CFS et les modalités du refus d'entrée sont fixées en son annexe V. Toute décision de refoulement prise en application des articles 2 à 4bis L80 doit se conformer aux dispositions du CFS et dans certains cas, du CCV.[11]

---

frontière. Les deux personnes concernées sont des Algériens en séjour illégal contrôlés aux alentours de la frontière franco-belge.

[9] COM(2010) 554 final Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0554:FIN:FR:PDF
Dans ce rapport, la Commission fait état des difficultés pratiques qu'elle a rencontrées pour évaluer dans quelle mesure les Etats membres respectaient leurs obligations en terme de suppression des contrôles frontaliers. Il apparaît aux yeux de la Commission qu'il est difficile d'apprécier la nature des vérifications visant à faire respecter la législation en matière d'immigration. Mais la Commission n'a pas non plus pu apprécier la qualité des contrôles en analysant leur fréquence…
« *Un critère important, pour établir si les vérifications effectuées par les services de police constituent ou non des vérifications aux frontières, est donc celui de la fréquence des vérifications réalisées dans les zones frontalières intérieures, par rapport à d'autres parties du territoire se trouvant dans une situation comparable. Or la plupart des États membres ne disposent pas de données sur la fréquence des vérifications effectuées dans les zones frontalières.* (…)
La Commission considère que, pour apprécier si des vérifications effectuées par les services de police ont un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, elle a besoin de recevoir davantage d'informations des États membres sur les motifs et la fréquence des vérifications réalisées dans les zones frontalières intérieures.»
(v. COM(2010) 554 final ; pp 4-5)

[10] Définition de la zone de transit selon l'annexe 9 de la Convention de Chicago (12ème édition 2005) :
Direct transit area. A special area established in an international airport, approved by the public authorities concerned and under their direct supervision or control, where passengers can stay during transit or transfer without applying for entry to the State.

[11] La compétence d'annulation de visas semble ainsi être exercée sans grande contrainte. L'annexe V du CFS précise (Partie A, point 2al2): « *Cependant, l'incapacité du ressortissant de pays tiers de produire, à la frontière, un ou plusieurs justificatifs visés à l'article 5§2 ne conduit pas automatiquement à une décision d'annulation de visas.* » La même restriction de la compétence d'annulation est répétée dans le CCV : « *L'incapacité du titulaire du visa de produire, à la frontière, un ou plusieurs des justificatifs visés à l'article 14, paragraphe 3, ne conduit pas automatiquement à une décision d'annulation ou d'abrogation du visa.* » (art 34§4 CCV) Le CCV impose encore que : « *La décision d'annulation ou d'abrogation et ses motivations sont*

Les autorités compétentes pour le contrôle des frontières extérieures sont en vertu de la loi, autorisées également à enregistrer la demande d'asile d'un réfugié se présentant devant eux. L'article 50ter L80 indique que : « *L'étranger qui tente d'entrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées à l'article 2, doit introduire sa demande d'asile auprès des autorités chargées du contrôle aux frontières, au moment où celles-ci l'interrogent sur les raisons de sa venue en Belgique.* »[12]

L'introduction d'une demande d'asile à la frontière conduit à la notification d'un ordre de quitter le territoire anticipé, suivant une disposition commune à tous demandeurs d'asile sujets à une mesure de détention : « *Dans les cas visés à l'article 74/6, § 1erbis, le ministre ou son délégué décide immédiatement lors de l'introduction de la demande d'asile que l'étranger tombe dans les cas visés à l'article 7, alinéa 1er, 1° à 11°, ou à l'article 27, § 1, alinéa 1er, et § 3. Dans le cas visé à l'article 50ter, le ministre ou son délégué décide également immédiatement lors de l'introduction de la demande d'asile que l'étranger n'est pas admis à entrer sur le territoire et qu'il est refoulé*." (Article 52/3 § 2 L80)

Le candidat à l'asile se verra notifier trois documents au moment d'introduire une demande d'asile à la frontière : une annexe 25 actant l'introduction de la demande d'asile, une décision de refoulement sur le modèle de l'annexe 11ter[13] et une décision de maintien qui n'est pas définie par Arrêté Royal et porte la mention « Formulaire A detentie 74/5 ».

2. Principe de non-refoulement

Différentes dispositions concourent à faire respecter le principe de non-refoulement dicté par l'article 33 de la Convention de Genève.[14] Le caractère déclaratoire du statut de réfugié implique que ce principe s'applique dès le stade de l'introduction d'une demande de protection internationale.

Depuis l'arrêt Soering, l'article 3 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (ci-après CEsDH) vaut pour interdiction du refoulement et ce principe s'est constitué comme norme impérative issue de la jurisprudence internationale: « *Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3).* »[15]

Le droit européen édicte en différents endroits l'obligation de non-refoulement. Le CFS rappelle que :

> « *Le présent règlement s'applique à toute personne franchissant la frontière intérieure ou extérieure d'un État membre, sans préjudice: (…)*
>
> *b) des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement.* » (Article 3 CFS)

---

communiquées au demandeur au moyen du formulaire type figurant à l'annexe VI. » (art34§6) et « Les titulaires dont le visa a été annulé ou abrogé peuvent former un recours contre cette décision, (…) » (art34§7).
La conjonction de l'absence d'automaticité de la décision et de l'obligation de motivation en droit européen conduit à questionner l'automaticité de la mesure de refoulement en droit belge, mais aussi l'absence d'une décision autonome, de nature administrative, sur l'annulation du visa. A première vue, les décisions de refoulement sont en réalité de simples mesures de police : « (…) *stelt de Raad vast dat voornoemde beslissing op het eerste gezicht een politiemaatregel is die niet kan gelijkgesteld worden met de akte waarvan de verzoeker/ster als particulier het gebruik van een bepaalde taal kan eisen overeenkomstig de gecoördineerde wetten op het taalgebruik.* » RVV Arrêt nr. 14.819 du 2 août 2008.

[12] Cette compétence est reprise à l''article 71/2 §1 de l'Arrêté Royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après AR81).

[13] V. article 72 AR81.

[14] Art 33 Convention de Genève
DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT
§1. Aucun des Etats Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques

[15] CEDH, Soering c RU (Requête no 14038/88) - 07 juillet 1989; § 88.

L'article 13 CFS stipule que l'entrée sur le territoire est refusée si l'ensemble des conditions d'entrée ne sont pas remplies « *sans préjudice de l'application des dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ou à la délivrance de visas de long séjour.* »

L'article 35 de la Directive 2005/85/CE dite « Procédure » (ci-après Directive Procédure)[16] qui encadre les procédures à suivre par les demandeurs d'asile aux frontières, garantit au candidat réfugié le droit de rester dans l'État membre en attendant l'examen de la demande, et ce quelle que soit la procédure en vigueur à la frontière.[17]

L'article 21§1 de la Directive 2004/83 dite « Qualification » indique que : « *Les États membres respectent le principe de non refoulement en vertu de leurs obligations internationales.* »[18]

La Loi de 80 ne contient pas de disposition valant explicitement pour principe de non-refoulement. L'article 3 prévoit néanmoins que l'étranger puisse être refoulé « *sauf dérogations prévues par un traité international* ». L'article 39/70 stipule que « *sauf accord de l'intéressé, aucune mesure d'éloignement du territoire ou de refoulement ne peut être exécutée de manière forcée à l'égard de l'étranger pendant le délai fixé pour l'introduction du recours* [contre la décision du CGRA] *et pendant l'examen de celui-ci.* » Sans que cela ne soit clairement indiqué, une telle règle vaut évidemment dès d'introduction de la demande d'asile. C'est en ce sens que suite à l'avis du Conseil d'Etat sur son avant-projet de transposition, le législateur a précisé dans l'exposé des motifs du nouvel article 52/3 sa conformité avec l'article 35 de la Directive Procédure.

> ***Exposé des motifs (art 52/3)***
>
> *Article 46*
>
> *Le principe est que le ministre ou son délégué ne prend une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire que lorsque la demande d'asile de l'étranger en situation irrégulière est rejetée.*
>
> *La dérogation à cette règle est la situation dans laquelle le ministre ou son délégué prend une telle décision immédiatement après l'introduction de la demande d'asile: il s'agit du cas de l'étranger visé à l'article 74/6, §1bis (demandeur d'asile en situation irrégulière pour lequel des circonstances objectives indiquent un usage abusif de la procédure d'asile), et de la situation du demandeur d'asile à la frontière, pour lesquels une décision de refus d'entrée avec refoulement est prise lorsqu'il est constaté que l'entrée de l'étranger doit être refusée en raison de motifs techniques (défaut des documents d'entrée nécessaires, motif du voyage peu clair…).*
>
> *En tout cas, il est précisé dans la procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers (en abrégé CCE) (article 39/70) que sauf consentement écrit de l'intéressé, aucune mesure d'éloignement ou de refoulement ne peut être exécutée durant les délais pendant laquelle un recours peut être introduit contre le refus d'une demande d'asile par le CGRA et pendant le traitement de ce recours. Bien entendu, comme l'a fait remarquer le Conseil d'État, la mesure ne peut pas non plus être exécutée tant que la procédure d'examen de la demande d'asile par le CGRA est en cours. Faisant suite à l'avis du Conseil d'État, il peut encore être ajouté que la nature de la disposition fait en sorte que le résultat visé par l'article 35 de la directive*

---

[16] Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:01:FR:HTML

[17] En Belgique, la procédure d'asile à la frontière se réfère à l'article 35.1 de la Directive Procédure. La procédure doit donc se conformer aux garanties fondamentales du chapitre II de la Directive. L'article 7 règle le droit de rester dans l'État membre en attendant l'examen de la demande :
Art 7.1 Directive Procédure : « *Les demandeurs sont autorisés à rester dans l'État membre, aux seules fins de la procédure, jusqu'à ce que l'autorité responsable de la détermination ne s'est pas prononcée conformément aux procédures en premier ressort prévues au chapitre III. Ce droit de rester dans l'État membre ne constitue pas un droit à un titre de séjour.* »

[18] Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:FR:HTML

2005/85/CE, est garanti en ce sens qu'une procédure spécifique pour les demandeurs d'asile à la frontière était déjà mise en œuvre avant le présent projet. De ce fait, l'article 35.1 de la directive précitée est respecté.[19]

3. Recours éventuels contre la décision de refoulement

Lorsque le demandeur d'asile est débouté, la mesure de refoulement devient exécutoire. A ce moment, il est habituellement trop tard pour envisager un recours contre la décision de refoulement notifiée le jour de l'arrivée.

Comme pour toute décision notifiée en détention, le délai de recours en suspension/annulation contre une décision de refoulement est de 15 jours (art 39/57 L80). L'exécution de la décision étant suspendue par l'examen de la demande d'asile, il n'y a pas d'intérêt à introduire un recours en extrême urgence sur base de l'article 39/82 L80 dans la foulée de la notification.[20] Il est par contre possible d'activer une demande de suspension introduite préalablement en sollicitant son examen par voie de mesures provisoires en application de l'article 39/85 L80 dès lors que l'acte devient exécutoire.

Il est opportun de contester l'exécution de la mesure de refoulement à titre conservatoire si elle est susceptible de réaliser un risque que les instances d'asile n'examineront pas.[21] A la frontière, les règles de responsabilisation des compagnies aériennes[22] sont telles que les personnes sont le plus souvent refoulées vers leur point de départ, et non vers leur pays d'origine. Ces migrants peuvent être victimes de traitements inhumains ou dégradants dans des pays tiers de résidence ou des pays de transit.[23] Les instances d'asile n'ayant traité que des craintes et risques potentiels dans le pays dont le demandeur a la nationalité, nous sommes là face à une lacune dans l'examen du besoin de protection. En l'absence d'une voie de recours qui permette d'invoquer un tel grief au moment où il risque de se produire, seul ce recours à titre conservatoire est disponible. Pour autant que la situation invoquée ait pu être suffisamment prévisible, il ouvre la possibilité d'introduire une demande de mesures provisoire en application de l'article 39/85 L80.

La mesure de refoulement est, comme le confirme le législateur, une mesure d'ordre technique qui n'inclut aucun contrôle du respect du principe de non-refoulement couplé à l'article 3 CEsDH. Les instances d'asile ont pour leur part exclu la possibilité de faire application directe de ce même article 3 lors de l'examen en première instance ou lors du recours de plein contentieux.[24] Le Conseil d'Etat a

---

[19] DOC 51 2478/001 - 10 mai 2006 - PROJET DE LOI modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[20] RVV Arrêt nr. 59 205 du 4 avril 2011.

[21] La loi a bien prévu l'existence de deux recours concomitants, v. article 39/80 L80 : « *Lorsqu'un recours en annulation d'une décision relative à l'entrée ou au séjour est lié à un recours contre une décision du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, l'examen de ce dernier recours est prioritaire. Le cas échéant, le Conseil peut toutefois, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, décider soit que les deux recours seront examinés et clôturés simultanément, soit que l'examen du recours en annulation sera suspendu jusqu'à la décision définitive sur le recours de pleine juridiction.* »

[22] La législation encadrant la responsabilité des transporteurs aériens fera l'objet d'une publication séparée courant 2012.

[23] En pratique, nous constatons que les candidats à l'asile utilisent de voies de transit toujours plus dangereuses et inédites. Dans un certain nombre de cas spécifiques et en tenant compte de la vulnérabilité individuelle de la personne refoulée, certaines destinations pourraient s'avérer particulièrement dangereuses. Parmi les exemples les plus fréquents : victime de persécution dans le pays de résidence, victime d'un réseau international de traite, risque de détention arbitraire dans des conditions dégradantes dans le pays de transit, voire même dans certains cas le renvoi de personnes vulnérables vers un pays où sa survie est en question. Ces situations ne sont pas toujours évidentes à étayer, mais nous constatons que l'attention portée aux situations de transit grandit. (voir notamment les rapport du Groupe de Travail sur la Détention arbitraire du Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies)

[24] « *Le Conseil rappelle pour autant que de besoin, que le champ d'application de cette disposition* [art 3 CEDH] *est similaire à celui de l'article 1er, section A, §2 de la Convention de Genève et identique à celui de l'article 48/4, §2, b) de la loi. Sous réserve de l'application des articles 55/2 et 55/4 de la loi, une éventuelle violation de l'article 3 de la CEDH est donc examinée dans le cadre de l'évaluation qui est faite par les*

confirmé cette exclusion de la Convention par le juge de plein contentieux et considère qu'elle ne peut être directement invoquée qu'à l'encontre d'une mesure d'éloignement.[25] **L'article 3 CEsDH ne ménage pourtant aucune exception**.[26] Il existe dès lors bien un grief séparé méritant d'être examiné si des éléments concrets lui donnent corps.

4. Accès au territoire et extraterritorialité

Les Etats ont été tentés de lier le refus d'accès au territoire avec la constitution d'une zone extraterritoriale. Les personnes maintenues dans une telle zone seraient alors privées de certains droits accessibles à partir du territoire. L'existence d'une telle fiction juridique a été battue en brèche par de nombreuses juridictions.

A plusieurs reprises, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH) a indiqué qu'en aucun cas, les Etats ne pouvaient aménager un tel statut d'extraterritorialité sur leurs frontières. Dans l'arrêt Amuur : « *La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français. En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité*. »[27] Dans l'arrêt Shamsa : « *La Cour constate que même si les requérants ne se trouvaient pas en Pologne au sens où l'entend le Gouvernement, leur maintien dans la zone de transit les faisait relever en fait du droit polonais. Rien dans l'argumentation présentée par le Gouvernement ne lui permet de considérer que la zone en question bénéficie du statut d'extraterritorialité.* »[28]

Les juridictions belges se sont également prononcées sur la notion d'extraterritorialité à de multiples reprises et dans des contextes variés, une telle exception ayant été tout à tour excipée par l'Etat belge ou par l'étranger. Le Conseil d'Etat constate ainsi que « ***la zone de transit fait partie du territoire belge**, et présente seulement cette particularité que les étrangers y sont admis alors qu'ils ne remplissent pas les conditions nécessaires pour pénétrer sur le territoire, et ce afin de faciliter le transport aérien; que les autorités de police belges y disposent de la plénitude de leur compétence et peuvent notamment vérifier la régularité des documents dont les passagers en transit sont porteurs, comme elles peuvent le faire à l'égard de toute personne en tout point du territoire.* »[29]

Ailleurs, quand l'OE refusa d'enregistrer une demande de régularisation, le Conseil d'Etat estima :

> « (…) *uit constante rechstpraak van de correctionele rechtbanken*[30] *kan niet anders dan afgeleid worden dat het grondgebied van de nationale luchthaven wel degelijk onder het imperium van de Belgische Staat valt. (…)*

---

instances d'asile du bien-fondé de la demande d'asile. Cette partie du moyen n'appelle en conséquence pas de développement séparé. » CCE Arrêt n° 57 707 du 10 mars 2011.

[25] « *In tegenstelling tot wat de verzoeker aanvoert, maakt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het bestreden arrest wel degelijk een afweging tussen de uisluiting van de subsidiaire beschermingsstatus en artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, (E.V.R.M.). De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wijst er immers op dat de uitsluitingsgronden in de artikelen 55/2 en 55/4 van de Vreemdelingenwet de Belgische overheden niet vrijstellen van de naleving van internationale verplichtingen, inzonderheid deze die voortvloeien uit de artikelen 2 en 3 van het E.VR.M., maar dat hij in casu geen uitspraak doet over een verwijderingsmaatregel.* » RvSt n°7304 du 27 juillet 2011.

[26] CEDH, Soering c RU op cit. ; § 88.

[27] CEDH, Amuur c France (Requête n° 17/1995/523/609) - 20 mai 1996 ; § 52.

[28] CEDH, Shamsa c Pologne (Requêtes nos 45355/99 et 45357/99) - 27 novembre 2003 ; § 45.

[29] CE Arrêt no 102.722 du 21 janvier 2002.

[30] Au niveau pénal, nous pouvons utilement nous référer au raisonnement de la Cour de Cassation sur la constitution de l'infraction de traite d'êtres humains : « *Attendu que l'infraction prévue à l'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ne présente aucun lien avec la légalité de l'entrée ou du séjour de l'étranger dans le Royaume, ni avec la distinction légale y afférente en ce qui concerne les mesures d'éloignement, mais vise à sanctionner la personne qui, de quelque manière que ce soit, contribue à permettre cette entrée ou ce séjour, où que ce soit dans le Royaume, et qui, à cette fin, cause ou entraîne l'absence de liberté de l'étranger;*

De term "verblijven" duidt op een feitelijke toestand. Dit kan trouwens niet anders aangezien de vreemdeling die zich beroept op artikel 9, alinea 3 van de wet van 15 december 1980 uiteraard nog niet beschikt over een machtiging tot verblijf en dus nooit kan ingeschreven zijn in hetzij een vreemdelingen-hetzij een bevolkingsregister.

Door de aanvraag tot machtiging tot verblijf door verzoeker gericht aan de burgemeester van Zaventem onontvankelijk te verklaren schendt bijgevolg de Belgische Staat de bepalingen van voornoemd artikel. »[31]

Aujourd'hui, ce sont les demandes de protection en application de l'article 9ter L80[32] qui suscitent encore des discussions sur la possibilité qu'elles puissent êtres déclarées recevables pour des personnes ayant fait l'objet d'une décision leur refusant l'accès au territoire. Dans un tel contexte le CCE a rappelé la jurisprudence du Conseil d'Etat et confirme que « [*la zone de transit aéroportuaire*] *constitue une simple fiction juridique à l'intérieur de laquelle le requérant bénéficie de droits identiques à ceux qui « séjournent à l'intérieur » du territoire en toute illégalité.* »[33] Le CCE estime alors que la décision d'irrecevabilité prise à l'encontre d'une telle demande à la frontière relève de l'erreur manifeste d'appréciation.[34]

III. Détention à la frontière

1. Principe et durée maximale de détention

L'article 74/5 §1 2° L80 autorise la mise en détention de l'étranger qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2 L80, et qui introduit une demande d'asile

---

Qu'en ce qui concerne l'accès, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, il ne résulte pas de la distinction légale entre la zone de transit aéroportuaire et le reste du territoire du Royaume, que la zone de transit ne fait pas partie du Royaume et que la loi susmentionnée n'y est pas applicable;

Que l'entrée ou le séjour de l'étranger dans cette zone de transit est un élément constitutif de l'infraction de la traite des êtres humains, prévue à l'article 77bis de ladite loi; »
Cass N° P990611N – 22 juin 1999.

[31] RvSt Arrêt nr 57.831 du 25 janvier 1996.

[32] La Cour Constitutionnelle a rappelé que suivant le législateur : « *B.3.1. Les articles 9ter et 48/4 de la loi du 15 décembre 1980 constituent, ensemble, la transposition en droit belge de l'article 15 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 « concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts ». Cet article 15 définit la notion d'« atteintes graves » que risquent de subir les personnes qui doivent, pour cette raison, se voir accorder par les Etats membres le bénéfice de la protection subsidiaire. Aux termes de l'article 15 de la directive, les « atteintes graves » sont notamment « la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine* ».
CConst Arrêt n° 193/2009 du 26 novembre 2009.
Selon la Cour Constitutionnelle encore : « *B. 62 (...), lorsque la procédure fondée sur l'article 9ter de la loi relative aux étrangers ne permet pas de vérifier si l'étranger a effectivement accès au traitement médical, dans le pays d'origine ou dans le pays où il séjourne, celui-ci doit pouvoir, par application de ce qui est dit en B.11, invoquer la procédure de protection subsidiaire afin qu'il soit procédé encore à cette vérification, pour que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme soit respecté.* »
CConst Arrêt 95/2008 du 26 juin 2008.
Enfin, il est important de savoir que tout refus adressé à une demande de protection en application de l'article 9ter L80 se notifie sans OQT. A la frontière, la possibilité de contester ce refus en urgence auprès du CCE dépendra de l'existence d'un éventuel recours contre la décision de refoulement. V. supra II.3.

[33] CCE Arrêt n°50.390 du 28 octobre 2010.

[34] L'OE a introduit contre cet arrêt un recours au Conseil d'Etat qui fut rejeté pour défaut d'intérêt. En conséquence de quoi, l'OE estime ce point de droit comme n'étant pas définitivement tranché…
CE Arrêt n°211.781 du 3 mars 2011.

à la frontière. Le §3 précise que la durée du maintien dans un lieu déterminé situé aux frontières ne peut excéder deux mois. Aucune détention d'un demandeur d'asile ne peut dès lors être mise en œuvre si les documents requis sont présentés.

En pratique, les différentes étapes de la procédure d'asile vont se dérouler endéans ces deux mois de détention par application d'une **procédure accélérée** au sens de l'article 52/2 L80. Différents actes à poser dans le cadre de la procédure d'asile peuvent influer sur le décompte.

Afin de comptabiliser ces deux mois de détention, il faut tenir compte du fait que : « *la durée du maintien est suspendue d'office pendant le délai utilisé pour introduire un recours auprès du Conseil du Contentieux des étrangers, tels que prévu à l'article 39/57.* » (article 74/5 §3 dernier alinéa)[35]

La mesure de détention ne pourra être prolongée que si entretemps, la décision d'éloignement est devenue exécutoire, donc si la personne a été déboutée de sa procédure d'asile. Les conditions de cette prolongation sont données à l'article 74/5 §3. Si la demande d'asile n'est pas clôturée endéans les 2 mois, le demandeur d'asile sera libéré.[36]

2. Enjeu de l'accès au territoire

Selon la CEDH « *Les Etats contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire. La Cour souligne cependant que ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention, dont l'article 5.* »[37] Le fait que ce contrôle s'exerce au moyen de la détention est sujet à caution. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire des Nations-Unies « *(…) estime que le fait d'ériger en infraction l'entrée illégale dans un pays va au-delà de l'intérêt légitime qu'ont les États à contrôler et réguler l'immigration clandestine et conduit à des détentions non nécessaires.* »[38]

La possibilité de barrer l'accès au territoire à la personne qui demande l'asile est consacrée en droit belge par la Loi du 14 juillet 1987. Cette loi réformait fondamentalement la procédure d'asile en instaurant une procédure de recevabilité qui remplit alors les fonctions d'une procédure d'admissibilité au territoire.

Selon l'exposé des motifs :

> « *(…) demander la qualité de réfugié permet à de nombreux étrangers de contourner la décision gouvernementale de limiter l'immigration des travailleurs étrangers extérieurs à la Communauté européenne avec les conséquences dommageables qui en résultent.*
>
> *Dans cette optique, permettre sans condition ni contrôle, l'accès au territoire à tout étranger, quelle que soit sa situation, qui prétend à la qualité de réfugié et demande à être reconnu comme tel à la frontière, ne peut qu'aggraver la situation (…).*
>
> *(…)*
>
> *Afin de faire face à l'afflux sans cesse croissant d'étrangers qui revendiquent la qualité de réfugié en Belgique et dont la plupart ne sont pas reconnus comme tels, le projet entend mettre en place une procédure relative à l'admission des réfugiés sur le territoire, qui se veut souple et*

---

[35] Suivant la même disposition, le décompte des jours de détention peut encore être suspendu pour un mois, lorsqu'en cas de dépôt d'éléments nouveaux en appel, le CCE, en application de l'article 39/76, octroie au CGRA un délai d'examen des pièces déposées. (Nous n'avons pas connaissance d'application de cette disposition)

[36] La libération d'un candidat à l'asile en cours de procédure s'accompagne néanmoins de la notification d'un OQT. (v. art 74/5§5 L80) Cette disposition nous semble être une scorie de la loi de 80 n'ayant pas tenu compte des évolutions de la procédure, et notamment de la suppression de la phase de recevabilité.
Si vous êtes confrontés à une telle situation, vous consulterez utilement les informations rassemblées par le CBAR sur la notification d'un OQT en application de l'art 74/5§5 L80.

[37] CEDH, Amuur c France, op cit. ; § 41.

[38] A/HRC/7/4 Nations-Unies Conseil des Droits de l'Homme, Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 10 janvier 2008 ; § 53.
http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/100/92/PDF/G0810092.pdf?OpenElement

rapide, tout en garantissant au mieux les droits des personnes qui répondent aux critères de réfugié, tels qu'ils sont définis dans la Convention de Genève de 1951.»[39]

La loi introduisit dès lors de nouvelles dispositions réglant l'admission sur le territoire. Selon les commentaires du législateur : « *l'admission au séjour constitue une question préalable à celle de la reconnaissance de la qualité de réfugié.* »[40] Cette procédure d'admission était censée se dérouler très rapidement. Il est à cet égard significatif de constater que la réforme de '87 n'avait pas envisagé la détention et qu'il faudra attendre la Loi du 18 juillet 1991 pour que la détention *de facto* qu'entraîne le maintien à la frontière soit couverte par l'article 74/5 qui constitue jusqu'à ce jour la base légale de la détention : « *Il est proposé de donner une base légale à la pratique qui consiste à maintenir ces candidats-réfugiés dans un lieu déterminé à la frontière pendant l'examen de la recevabilité de leur demande.* »[41]

En vertu des anciennes dispositions de l'article 52 L80, une décision de refus d'entrée pouvait être prise à l'encontre d'une personne qui revendique la qualité de réfugié si sa demande était manifestement fondée sur des motifs étrangers à l'asile. Un recours en recevabilité pouvait alors être introduit auprès du Commissariat Général aux Réfugiés et Apatrides (ci-après CGRA).

Au vu de cet historique, la mise en détention est bien le corollaire d'une procédure visant exclusivement l'accès au territoire. Par contre aujourd'hui, la mesure de refoulement consiste en une simple mesure de police, que l'étranger ait demandé l'asile on non. L'inspection des frontières n'est donc plus obligée de la motiver au regard de la qualité du demandeur et les candidats à l'asile ont perdu la possibilité de contester le refus d'admission préalablement à l'examen de leurs griefs.[42]

3. Voie de recours et protection contre la détention arbitraire

3.1. Le contrôle de légalité

Toute mesure de détention peut faire l'objet d'un contrôle de légalité. Le deuxième alinéa de l'article 71 L80 prévoit que : « *l'étranger maintenu dans un lieu déterminé situé aux frontières, en application de l'article 74/5, peut introduire un recours contre cette mesure, en déposant une requête auprès de la chambre du conseil du tribunal correctionnel du lieu où il est maintenu.* »

Bien qu'il s'agisse d'une mesure prise en application de la Loi de 80, la jurisprudence constante du Conseil du Contentieux des Etrangers (ci-après CCE) est de se déclarer incompétent pour tout examen de la légalité d'une mesure de détention en raison de l'existence d'une voie de recours spécifique. Par ailleurs nous avons déjà indiqué que tout examen de la décision de refoulement est repoussé à la clôture de la demande d'asile, l'imminence de son exécution étant une condition *sine qua non* d'un contrôle urgent de légalité. (v. supra II. 3.)

Si la mise en détention à la frontière est bien la conséquence de la décision de refoulement, elle ne lui est pas pour autant subordonnée. Les deux décisions sont autonomes et la détention doit répondre à des critères de légalité intrinsèques. La situation contraire rendrait *de facto* toute contestation de la mesure de détention impossible.[43]

---

[39] Session 1986-1987, (689/1) Projet de loi apportant des modifications en ce qui concerne notamment les réfugiés, à la loi du 15 décembre 1980.

[40] Idem, Commentaires de l'article 2.

[41] Session 1990-1991, (1076-1) Projet de loi apportant des modifications en ce qui concerne notamment les réfugiés, à la loi du 15 décembre 1980.

[42] A cet égard, l'exposé des motifs de la réforme votée en 2006 introduit une difficulté d'interprétation. Cet exposé (v. supra II. 2.) réfère à l'existence d'une procédure spécifique à la frontière antérieure à la réforme, or cette procédure consistait bien alors en une procédure d'accès au territoire et en tant que telle, elle a été abandonnée de par le fait même de la suppression du stade de la recevabilité dans la procédure d'asile. Ce qui signifie que l'accès au territoire est à présent entièrement subordonné au traitement de la demande d'asile dans son ensemble.

[43] « *73. La Cour note d'abord que le droit interne pertinent ne permet pas un contrôle direct de la légalité de la détention d'un étranger qui est détenu en vue de son éloignement du territoire. Selon la loi no 3386/2005, un*

3.2. La notion d'arbitraire

La notion de contrôle de légalité doit être comprise à la lumière des différents textes internationaux qui garantissent toute personne contre une mesure de détention abusive.

L'article 5 § 1 CEsDH dispose :

« 1. *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales* : (…)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

Selon une jurisprudence bien établie de la CEDH :

> « *En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. Toutefois, le respect du droit national n'est pas suffisant : l'article 5 § 1 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire (…). Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5 § 1, et la notion d'« arbitraire » que contient l'article 5 § 1 va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention.* »[44]

Le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies donne une lecture similaire de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui énonce: « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi.* »

Dans A. c Australie le Comité a ainsi jugé :

> « *qu'il ne faut pas donner au mot "arbitraire" le sens de "contraire à la loi", mais qu'il faut l'interpréter plus largement pour viser notamment ce qui est inapproprié et injuste. De plus, la détention provisoire pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves : l'élément de proportionnalité doit intervenir ici.(…)*
>
> *Le Comité est d'avis que l'examen de la légalité de la détention par les tribunaux, en application du paragraphe 4 de l'article 9, implique la possibilité d'ordonner la libération de l'intéressé et ne doit pas se limiter à déterminer si la détention est conforme au droit [australien]. Les méthodes visant à assurer le contrôle par les tribunaux des décisions de détention administrative peuvent certes différer d'un système juridique à l'autre mais ce qui est déterminant aux fins du*

étranger peut être détenu seulement en vue de son éloignement du territoire. La décision de détention n'est pas séparée de celle de l'expulsion, mais incluse dans celle-ci. Si le constat de l'illégalité de la décision d'expulser entraîne automatiquement l'illégalité de la décision de détenir, les tribunaux n'examinent pas séparément la légalité de la détention d'un étranger dont la décision d'expulsion qui le frappe est suspendue. (...)
(...)
76. Dès lors, l'ordre juridique grec n'a offert au requérant aucune possibilité d'obtenir une décision d'une juridiction interne sur la légalité de sa détention, au mépris de l'article 5 § 4. »
CEDH, S.D. c Grèce (Requête no 53541/07) -11 juin 2009.

[44] CEDH, Saadi c Royaume-Uni (Requête n°13229/03) – Arrêt 29 janvier 2008 ; § 67
Cet arrêt est d'une importance particulière dans ce contexte puisqu'il s'agit du premier arrêt où la Cour s'est prononcée sur l'application de l'article 5§1 f) dans le cadre du maintien d'un demandeur d'asile à la frontière. En l'espèce, le jugement n'a pas retenu de violation, mais l'arrêt pris à une courte majorité contient une importante opinion dissidente. Monsieur Saadi avait été détenu 7 jours avant d'être autorisé à poursuivre l'examen de sa demande d'asile sur le territoire.

paragraphe 4 de l'article 9, c'est que du point de vue des effets un tel contrôle ne soit pas de pure forme.»[45]

4. Systématicité de la détention frontière

Contrairement aux recommandations émises par le HCR[46], la Commission européenne[47] et les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[48], **nous constatons qu'actuellement la détention des demandeurs d'asile à la frontière est la règle et non l'exception**. Lorsque une personne introduit sa demande d'asile à la frontière, l'OE lui refuse l'accès au territoire et prend une décision de détention au centre de transit 127, le temps de l'examen de la demande d'asile à la frontière. Il a été confirmé lors d'une Réunion de contact par le représentant de l'OE, que ces décisions ne connaissent pas d'exceptions.[49]

Suite à sa visite en Belgique, Monsieur Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe conteste la pratique de détention des demandeurs d'asile à la frontière : « *La détention de certains demandeurs d'asile apparaît d'autant plus discutable qu'elle revêt un caractère systématique pour nombre de demandeurs d'asile. Le Commissaire invite les autorités à permettre aux personnes ayant demandé l'asile à la frontière de bénéficier des mêmes droits, délais et procédures que les autres demandeurs. Plus généralement, il rappelle que les demandeurs d'asile n'ont commis aucune infraction et que le recours à leur détention systématique dans un certain nombre de cas apparaît comme contraire à la nécessité d'individualiser chaque décision de détention.* »[50]

---

[45] CCPR, A v Australia ; Communication No. 560/1993 : Australia. 30/04/97. CCPR/C/59/D/560/1993.

[46] Nous nous permettons de rappeler la position du HCR, sur la détention des demandeurs d'asile.
Le HCR a posé comme principe général que les demandeurs d'asile ne devraient pas être détenus. En tout état de cause, une mesure de détention ne devrait intervenir qu'après la prise en considération de toutes les alternatives possibles. Enfin, si une détention s'avère finalement nécessaire, elle ne peut être ordonnée que dans certains cas limités:
- Vérifier l'identité ;
- Déterminer les éléments sur lesquels repose la demande d'asile, ce qui se limite au stade préliminaire de l'instruction de la demande et n'inclut pas la possibilité de justifier la détention pour l'ensemble de la procédure de détermination du statut de réfugié ;
- Lorsque le demandeur a détruit son titre de voyage et/ou ses documents d'identité avec l'intention de tromper les autorités ;
- Afin de protéger la sécurité nationale et l'ordre public.
UNHCR, *UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 26 February 1999.
http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3c2b3f844

[47] Voir infra, prise en compte de la vulnérabilité en application de la directive dite « Accueil ».

[48] Conseil de l'Europe, Comité des Ministres : Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, 1er juillet 2009.
https://wcd.coe.int//ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2009)1062/4.5&Language=lanFrench&Ver=app6&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

[49] Réunion de contact CBAR 12/02/2008 : « *16. Monsieur Wibault demande quelle est la proportion des demandeurs ayant fait une demande d'asile à la frontière qui est enfermée. Monsieur Geysen répond que normalement toutes les personnes qui demandent l'asile à la frontière sont détenues. Cependant, la plupart des demandeurs essayent de rentrer d'abord sur le territoire avant de demander l'asile. Ce n'est que lorsqu'ils sont arrêtés, qu'ils y demandent l'asile et sont alors transférés en centre fermé.* »
http://www.cbar-bchv.be/Reunionsdecontact/2008/PVfevrier2008.pdf

[50] CommDH(2009)14, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008, Strasbourg 17 juin 2009, §79.
https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1458697&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679

5. Spécificité de la détention des demandeurs d'asile

L'article 18 de la Directive Procédure pose comme principe que : « *Les Etats membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile.* » Aujourd'hui, nous constatons que cette disposition reste sans effet tant que la décision sur l'accès au territoire reste première.

Les articles 26 et 31 de la Convention de Genève prévoient d'une part que tout réfugié se trouvant sur le territoire d'un Etat contractant a le droit d'y choisir son lieu de résidence et d'y circuler librement ; et d'autre part, qu'aucune sanction pénale ne sera appliquée aux réfugiés arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée, du fait de leur entrée ou de leur séjour régulier. Il découle de ces articles que la question de la présence légale sur le territoire d'un réfugié déborde du seul cadre de référence national. C'est ce conflit de normes qui est sous-jacent lors de l'examen de la légalité de la détention d'un demandeur d'asile.

5.1. Nécessité de la détention

Le HCR a transmis des observations à la CEDH dans le cadre de l'affaire Saadi c RU, pour souligner que : « *(…) lorsque la détention est utilisée à des fins autorisées mais de manière globale et sans considération pour les situations particulières, ou pour de simples raisons d'opportunité ou de commodité administrative, elle ne satisfait pas au critère de nécessité imposé par le droit international des réfugiés et des droits de l'homme.* »[51]

Dans l'arrêt Saadi, la CEDH n'accorda pas de crédit particulier au statut de demandeur d'asile de Monsieur Saadi et à ses gages de coopération avec les autorités. Selon la Cour, « *La faculté pour les Etats de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité – par le biais d'une demande d'asile ou non – l'autorisation d'entrer dans le pays est un corollaire indispensable de ce droit.* »[52] Ce faisant, la Cour, examina la détention de Monsieur Saadi selon les mêmes critères que s'il s'était agi d'une détention en vue d'un éloignement.[53]

Ce raisonnement n'a pas fait l'unanimité. Une minorité importante de juges a considéré que l'arrêt opère : « *un amalgame complet entre toutes les catégories d'étrangers et toutes les situations qui sont les leurs (…) en les incluant sans nuance dans le contrôle général de l'immigration qui relève de la souveraineté sans limite des Etats.*

(…) En toute rigueur, nous pensons que si une détention peut être autorisée, les autorités doivent s'assurer, in concreto, que celle-ci a été ordonnée exclusivement pour un des buts visés par la Convention : empêcher la personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire (…)

(…) A contrario, il n'est pas admissible de placer les réfugiés en détention au seul motif qu'ils demandent que l'asile leur soit reconnu.»[54]

La récente étude du HCR sur les alternatives à la détention[55] revient sur l'arrêt Saadi et reformule ces critiques envers le raisonnement tenu par la Cour : « *En acceptant de dissocier aussi fortement la question de la finalité de celle de la nécessité, est-on encore en mesure de contrôler si la détention*

---

[51] CEDH, Saadi c RU op cit. ; §57.
[52] CEDH, Saadi c RU op cit. ; §64.
[53] Dans ce contexte, la CEDH définit l'arbitraire comme suit : « *Pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de pareille mesure de détention doit donc se faire de bonne foi ; elle doit aussi être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ; en outre, le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays » (Amuur précité, § 43) ; enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi.* » CEDH Saadi c RU op cit. ; §74.
[54] CEDH Saadi c RU op cit. ; Opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann et Hirvelä.
[55] UNHCR Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants, April 2011; http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dc935fd2.html

est conforme au but annoncé ? » [56] « *Monsieur Saadi ayant demandé l'asile avant qu'il ne soit détenu, il est alors fait abstraction de la valeur légale de cette demande d'asile en considérant qu'il ne se trouve pas légalement sur le territoire*. »[57]

L'option retenue dans l'arrêt Saadi s'avère également contraire à la position du CPT pour lequel :

> « *Il convient de noter que les demandeurs d'asile ne sont pas des étrangers en situation irrégulière, bien que les personnes concernées puissent le devenir si leur demande d'asile est rejetée et si leur autorisation de séjour est annulée. Lorsqu'un demandeur d'asile se trouve privé de liberté dans l'attente de l'issue de sa demande, il doit bénéficier d'un éventail de garanties conformes à son statut, allant au-delà de celles applicables aux étrangers en situation irrégulière retenus (…)* »[58]

L'arrêt Saadi ne clôt donc pas le débat jurisprudentiel. A diverses reprises, la CEDH **juge la détention arbitraire en accordant une primauté à la qualité de demandeur d'asile**. L'arrêt RU c Grèce conclut ainsi qu'une simple mesure d'expulsion ne peut suffire à justifier la détention d'un demandeur d'asile.

> *« 94. La Cour note qu'il ressort du droit international et national, à savoir les articles 31-33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et 1 du décret présidentiel no 61/1999, que l'expulsion d'une personne ayant soumis une demande d'asile n'est pas permise jusqu'au traitement définitif de ladite demande. Il est vrai que le décret présidentiel no 61/1999 qui régit la situation des réfugiés politiques et demandeurs d'asile, ne contient aucune prévision expresse concernant la légalité de la détention de ces derniers. Toutefois, le droit interne pertinent prévoit qu'une détention aux fins d'expulsion est justifiée seulement lorsque celle-ci peut être exécutée. La simple invocation de la nécessité d'exécuter la décision d'expulsion ne suffit pas pour fonder une détention (article 1 du décret no 61/1999 et article 2 de la loi no 3386/2005). Pour un demandeur d'asile, l'expulsion ne peut pas être exécutée avant qu'une décision n'ait été rendue sur la demande d'asile.*
>
> *95. (…) la Cour considère que la bonne foi des autorités nationales dans la procédure en cause ainsi que l'existence d'un lien étroit entre la mise en détention du requérant et la possibilité de l'éloigner du territoire grec ne peuvent pas être établies en l'espèce.* »[59]

Probablement influencée par les manquements répétés des autorités grecques en matière de protection, la Cour énonce tout de même bien en principe la nécessité d'un cadre juridique spécifique à la détention des demandeurs d'asile.

Le degré de précision de ce droit interne est également important. Le moment où une détention bascule dans l'arbitraire est susceptible d'évoluer au gré des circonstances des cas d'espèces que la Cour a à connaître. Dans d'autres arrêts récents, la CEDH ouvre encore une brèche dans sa jurisprudence en mettant notamment en avant la vulnérabilité des demandeurs d'asile. L'arrêt Kanagaratnam & autres c Belgique[60] montre selon nous bien qu'en dépit de l'acceptation d'un cadre légal permettant un très large usage de la détention à la frontière des demandeurs d'asile, les Etats ont intérêt à mieux encadrer leur pratique pour éviter qu'elle ne bascule dans l'arbitraire. Ainsi la Cour ne trouve rien à redire à la mise en détention initiale de Madame Kanagaratnam qui est bien décidée

---

[56] « *(...) it divorces the ground or purpose of detention with its necessity: if the detention is not necessary, how can it achieve or be related to its purpose? The purpose would not therefore exist. (...)* ». UNHCR Back to Basics, op cit.; p. 31.

[57] « *(...) serious concern with Saadi is that it does not recognise an application for asylum as a lawful act and thus the Court treated Mr Saadi, who had applied for asylum prior to his detention, as still not being 'lawfully within' the territory. This is in contrast to various other judgments on the meaning of 'lawfully in' the territory (...).*» UNHCR Back to Basics, op cit.; p. 31

[58] CPT 20 ans de lutte contre la torture, 19e rapport général du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) (1er août 2008-31 juillet 2009) – 20 octobre 2009 ; p. 39. http://www.cpt.coe.int/fr/annuel/rapp-19.pdf

[59] CEDH, R.U. c. Grèce (Requête no 2237/08) - 7 juin 2011.

[60] CEDH, Kanagaratnam et Autres c. Belgique (Requête no 15297/09) - 13 décembre 2011.

selon les voies légales. Par contre, à partir du moment où la famille introduit une seconde demande d'asile à la frontière et que cette demande est prise en considération, la Cour ne voit plus ce qui justifie encore de maintenir en détention au-delà du premier terme de deux mois, sachant que le lieu de détention est particulièrement inapproprié au bon développement de ses enfants.[61] Dans ce cas, la spécificité de la qualité de réfugié s'est au bout du compte imposée.

5.2. Distinction en droit européen des régimes de détention

Différentes dispositions légales permettent pourtant de distinguer clairement la détention d'un demandeur d'asile de celle d'une personne en séjour irrégulier. Dans l'arrêt Khadzoev, la CJUE énumère les bases légales entourant la détention des demandeurs d'asile et confirme que la détention des demandeurs d'asile et celle des personnes en séjour illégal relèvent de deux régimes juridiques distincts.

> *"Ainsi, la rétention à des fins d'éloignement régie par la directive 2008/115 et la rétention ordonnée à l'encontre d'un demandeur d'asile, notamment en vertu des directives 2003/9 et 2005/85 et des dispositions nationales applicables, **relèvent de régimes juridiques distincts**."*[62]

Ces dispositions concourent ainsi à exiger de l'administration que les mesures de détention portent une motivation individualisée qui tienne compte des situations personnelles des demandeurs d'asile, ce qui à l'évidence, n'est pas les cas des décisions stéréotypées délivrées jusqu'à présent à la frontière.

Alors que l'article 18 de la Directive Procédure interdit de détenir une personne au seul motif qu'elle demande l'asile, l'article 7.3 de la Directive 2003/9/CE dite Directive « Accueil » (ci-après Directive Accueil)[63] autorise sa détention conditionnée :

> « *3. Lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national, par exemple pour des raisons juridiques ou d'ordre public.* »

Si la détention est donc bien permise par le droit communautaire, les termes de cette Directive démontrent à suffisance que sa mise en œuvre passe par un examen de sa nécessité. La décision doit alors porter une évaluation de la situation personnelle du requérant et indiquer les circonstances qui rendent la détention nécessaire.[64]

---

[61] CEDH, Kanagaratnam et Autres c. Belgique, op cit. §94. On peut supposer que les circonstances de l'affaire ont pesé lourdement pour qu'il en soit jugé ainsi. Après que la famille ait été déboutée pour manque de crédibilité, un premier rapatriement sur Kinshasa fut suspendu *in extremis* par l'indication de mesures provisoires émanant de la CEDH. La famille fut ensuite en mesure d'introduire une seconde demande grâce à des documents en provenance de Colombo. Après 4 mois de détention, la famille fut libérée et finalement reconnue réfugiée quelque temps après. Leur expérience illustre bien les aléas auxquels peuvent être soumis des demandeurs d'asile inscrits à la frontière. Nous pouvons alors juste regretter que la Cour n'ait pas formulé à cette occasion des critiques explicites sur le dispositif mis en œuvre à la frontière.
Sur la détention des enfants et les avancées apportées par cet arrêt, v. infra V.1.

[62] CJUE Said Shamilovich Kadzoev (C-357/09) Arrêt – 30 novembre 2009 ; § 45.

[63] Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres

[64] Aux Pays-Bas, les Tribunaux ont déjà appliqué l'article 7 de la Directive Accueil en ce sens :
« *10.3 Niet is gebleken dat in de onderhavige zaak is gekeken of voor het dienen van het grensbewakingbelang met een ander middel dan de onderhavige vrijheidsontneming kon worden volstaan. Nu het dossier evenmin gewag maakt van een dergelijke afweging, houdt de rechtbank het ervoor dat dit niet is gebeurd; verweerder was daartoe, conform zijn beleid als beschreven in A6/1 van de Vc 2000, echter wel gehouden. Zulks volgt naar het oordeel van de rechtbank ook uit het bepaalde in artikel 7, derde lid, van de Opvangrichtlijn waarin staat vermeld dat een asielzoeker enkel in bewaring kan worden gesteld indien dat nodig is. De rechtbank brengt daarbij in herinnering dat volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, lidstaten het doel en de strekking van een richtlijn in hun uitvoeringspraktijk zoveel mogelijk dienen te verwezenlijken (…).* »
Rechtbank's-Gravenhage AWB 11/19179 – 17 Juni 2011.
Le Conseil d'Etat néerlandais s'est quant à lui opposé à cette application de l'article 7 de la Directive Accueil :
« *Gelet op het bepaalde in artikel 3, eerste lid, van de opvangrichtlijn stelt de minister zich terecht op het*

Bien que nos juridictions internes se montrent fort réticentes à exercer un tel contrôle de nécessité, l'arrêt de Chambre des mises en accusation de la Cour d'Appel de Bruxelles que nous citons ici synthétise l'ensemble des critiques pouvant être formulées à l'encontre d'une décision prise exclusivement à la suite de la mesure de police barrant l'accès au territoire.

> « *En l'espèce (…) l'administration a exposé que le placement en détention était justifié par la circonstance que le requérant ''a tenté de pénétrer sur le territoire sans satisfaire aux conditions fixées à l'article 2 de la loi du 15 décembre 1980, s'est déclaré(e) réfugié(e) politique et a demandé, à la frontière, à être reconnu comme tel (et que) le maintien de l'intéressé(e) (sic) dans un lieu déterminé situé à la frontière est estimé nécessaire afin de garantir le refoulement éventuel du territoire.''*
>
> *Pareille formule générale, qui ne comprend aucune référence aux circonstances propres à la situation de l'étranger (…) est stéréotypée, et ne répond partant pas à l'exigence de motivation requise par la loi, s'agissant d'une mesure aussi lourde qu'une privation de liberté, soit une atteinte à un droit fondamental.*
>
> *Il est impossible, sur base d'une telle motivation, à l'étranger de connaître les raisons justifiant concrètement sa détention, plutôt que le recours à d'autres mesures, le cas échéant moins contraignantes, et, partant, il est impossible, pour la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation, d'exercer leur contrôle, fût-il limité.* »[65]

6. Prise en compte de la vulnérabilité

C'est dans les situations de vulnérabilité que **l'absence de motivation concrète** apparaît le plus criant.

La question de la vulnérabilité est intimement liée à la qualité de réfugié. Pour le HCR, les épreuves que traverse le réfugié en font *de facto* une personne vulnérable.[66] Dans l'arrêt MSS, la CEDH s'est montrée sensible à la qualité de demandeur d'asile du requérant et de ce fait, à son appartenance à un groupe qualifié de particulièrement défavorisé et vulnérable.[67] La Directive Accueil part du même

---

standpunt dat deze richtlijn niet op vreemdeling van toepassing is. De vreemdeling is immers de toegang geweigerd en zij kan dan ook niet worden aangemerkt als een asielzoeker op het grondgebied van een lidstaat mag verblijven, als bedoeld in deze bepaling. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte in artikel 7, derde lid, van deze richtlijn mede aanleiding gezien voor het oordeel dat de minister moest onderzoeken of met een lichter middel dan vrijheidsontneming kon worden volstaan. » RvSt 201104071/1/V3 – 29 Juni 2011.
Cet arrêt illustre à nouveau la dissolution de la qualité de demandeur d'asile dans la figure de l'étranger forçant la frontière. L'article 3.1 indique que :« *la présente directive s'applique à tous les ressortissants de pays tiers et apatrides qui déposent une demande d'asile à la frontière ou sur le territoire d'un État membre tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en qualité de demandeurs d'asile* (…) » Le Conseil d'Etat tire de l'autorisation à demeurer sur le territoire, l'exclusion de la détention à la frontière du champ de la Directive. Cette interprétation semble fautive car elle ne se concilie pas avec la mention explicite des demandes d'asile à la frontière dans le dispositif de la Directive « Accueil ». Il est plus logique de penser que l'autorisation à demeurer mentionnée ici renvoie aux obligations des articles 7 et 35 DP. Si en français et en néerlandais, les termes employés aux articles 3.1 de la Directive « Accueil » et 7 DP varient quelque peu, il est difficile d'y trouver une signification juridique. Nous constatons par contre que la version anglaise se limite dans les deux cas à mentionner « Allowed to remain ».

[65] Bruxelles CMA – 29 juillet 2011 (n° non notifié)

[66] « *Il convient de rappeler qu'une personne qui présente une demande de reconnaissance de statut de réfugié est normalement dans une situation très vulnérable. Elle se trouve dans un milieu étranger et le fait de soumettre son cas aux autorités d'un pays étranger (...) peut présenter pour elle de grandes difficultés, sur le plan à la fois pratique et psychologique.* » UNCHR, Guide des Procédures et critères ; § 190.

[67] « *251. La Cour accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale (voir, mutatis mutandis, Oršuš et autres c. Croatie [GC], no 15766/03, § 147, CEDH 2010 ...). Elle note que ce besoin d'une protection spéciale fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union européenne.*
(…)

constat et s'attache à leur garantir un certain nombre de droits et un encadrement particulier des plus vulnérables d'entre eux.

6.1. La Directive Accueil

Les dispositions de la Directive Accueil font bien désormais partie du cadre juridique auquel il faut se référer afin de vérifier la légalité d'une mesure de détention. Parmi d'autres normes, la CEDH invoque la Directive Accueil afin de contester le caractère automatique d'une mesure de détention prise à la frontière gréco-turque à l'encontre d'un mineur :

> « *108. (…) en l'espèce, la décision de la mise en détention du requérant apparaît comme le résultat de l'application automatique de l'article 76 de la loi no 3386/2005, sans que sa situation particulière de mineur non accompagné soit examinée. La Cour note sur ce point que l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, entre autres, des autorités administratives dans toutes les décisions qui les concernent. De surcroît, l'article 37 de la même Convention prévoit que la mise en détention d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort (voir paragraphe 33 ci-dessus). En outre, le décret présidentiel no 220/2007 qui transpose en droit grec la Directive 2003/9/CE du Conseil de l'Union européenne relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres prévoit aussi que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les Etats membres (…)* »[68]

Lorsqu'elle évalue l'application de la Directive Accueil[69], la Commission européenne insiste sur le fait que **la détention est une exception** à la règle générale de libre circulation ne pouvant être utilisée que lorsque « cela s'avère nécessaire ».[70] Le placement automatique en détention sans évaluer la situation personnelle des demandeurs d'asile concernés est selon elle, contraire à la Directive.

De plus, la Commission européenne a constaté que certains pays, dont la Belgique, n'avaient pas transposé la Directive Accueil de façon à ce qu'elle couvre les demandeurs d'asile placés en détention. La Directive ne prévoit pourtant pas d'exception dans son champ d'application.[71]

Enfin, la Commission européenne constate encore que certains Etats, dont la Belgique, ne disposent pas de procédure d'identification des profils vulnérables. Elle se demande dès lors comment les droits garantis par la Directive peuvent être effectifs si les personnes ayant des besoins particuliers ne sont pas en mesure d'être identifiées. Suivant ces constats, la Commission estime que **des problèmes graves pourraient subvenir dans les Etats membres qui n'interdisent pas le placement en détention des demandeurs d'asile ayant des besoins particuliers**.

---

263. Au vu de ce qui précède et compte tenu des obligations reposant sur les autorités grecques en vertu de la directive européenne Accueil (paragraphe 84 ci-dessus), la Cour est d'avis qu'elles n'ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile et doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels. (...)». CEDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce (Requête no 30696/09) - 21 janvier 2011.

[68] CEDH, Rahimi c Grèce (Requête no 8687/08) - 5 avril 2011.

[69] COM(2007) 745 final Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les états membres ; 26/11/2007.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2007/com2007_0745fr01.pdf

[70] Selon les termes du Rapport : « *Cependant, étant donné que la directive considère la détention comme une exception à la règle générale de libre circulation, qui ne peut être utilisée que lorsque «cela s'avère nécessaire», **le placement automatique en détention sans évaluer la situation de la personne concernée est contraire à la directive.** Par ailleurs, hormis dans des cas dûment justifiés (par exemple pour des raisons d'ordre public), une durée de détention empêchant les demandeurs d'asile placés en détention de bénéficier des droits garantis par la directive est également contraire aux dispositions de cette dernière.* » Ibidem.

[71] Il ne peut par ailleurs pas être mis en doute que la Directive Accueil est bien d'application à l'ensemble des demandeurs d'asile qu'ils soient détenus ou non. Son article 14.8 par exemple, stipule que des modalités différentes des conditions matérielles d'accueil peuvent être fixées en cas de rétention.

Ce manquement est également pointé par le Médiateur fédéral dans son rapport d'investigation sur le fonctionnement des centres fermés déposé en juin 2009 au Parlement :

> « *La Directive « Accueil » est partiellement transposée en droit belge par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers. Cette loi s'applique uniquement aux demandeurs d'asile dans les centres d'accueil ou centres « ouverts ». La Directive « Accueil » n'a pas été transposée à l'égard des demandeurs d'asile dans les centres fermés. Or, elle vise indistinctement tous les demandeurs d'asile, quel que soit le lieu d'hébergement, en ce compris les centres fermés.* »[72]

6.2. La Loi Accueil

La Loi du 12/01/2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile (ci-après Loi Accueil) contient les dispositions pratiques applicables en droit belge. L'article 22 §1er prévoit que : « *Dans les trente jours qui suivent la désignation de son lieu obligatoire d'inscription, la situation individuelle du bénéficiaire de l'accueil est examinée en vue de déterminer si l'accueil répond à ses besoins spécifiques.* » Le § 2 du même article poursuit : « *A cette fin, l'examen de la situation individuelle du bénéficiaire de l'accueil porte notamment sur les signes non détectables a priori d'une éventuelle vulnérabilité telle que celle présente chez les personnes ayant subi des tortures ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle.* » Selon l'article 36 de la même loi, il y a lieu de travailler avec des associations ou institutions spécialisées pour répondre aux besoins spécifiques de personnes vulnérables.

Le profil des personnes visées est donné à l'article 36 : « *Afin de répondre aux besoins spécifiques de personnes vulnérables telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les parents isolés accompagnés de mineurs, les femmes enceintes, les personnes ayant un handicap, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes victimes de violence ou de tortures ou encore les personnes âgées, l'Agence ou le partenaire conclut des conventions avec des institutions ou associations spécialisées.* » Cette énumération qui reprend les termes de l'article 17 de la Directive Accueil ne doit pas être considérée comme exhaustive.

Comme la Loi Accueil visant à transposer en droit belge la Directive du même nom ne contient aucune disposition explicitant son application à la situation d'exception découlant de la détention des demandeurs d'asile (à la frontière ou non), ceux-ci tombent *de facto* hors de son champ d'application. Sans prise en compte du champ spécifique de la détention, les garanties de protection prévues à la Loi Accueil sont concrètement inapplicables, ce qui constitue un défaut de transposition.

6.3. Légalité de la détention des personnes vulnérables

Dans le cadre du contrôle de légalité effectué par la Chambre du Conseil, il y a donc lieu de souligner tout d'abord que la Directive Accueil encadre désormais le placement en détention des demandeurs d'asile. Ensuite, il est important de pointer les lacunes dans la transposition de cette Directive et de faire vérifier concrètement quelles ont été les dispositions prises face à la situation de vulnérabilité déclarée. **Lorsque les personnes sont notamment susceptibles de bénéficier des garanties de son article 17, elles n'ont pas à en être privées par la mise en détention**.[73]

Enfin ce contrôle de légalité peut également s'exercer en regard des conditions de détention que subit le demandeur d'asile.[74] Lorsqu'il est question de juger si des conditions de détention sont adaptées, l'état de vulnérabilité constitue un paramètre important.[75]

---

[72] Médiateur Fédéral, rapport d'investigation sur le fonctionnement des centres fermés, 30 juin 2009, §167. http://www.federaalombudsman.be/fr/bibliotheque/rapports/rapports-dinvestigation

[73] Pratiquement, nous constatons que les services sociaux et médicaux du 127 accompagnent les demandeurs d'asile avec compétence. Malheureusement en cas de vulnérabilité importante, ils ne sont pas toujours en mesure de pallier à l'absence de transposition formelle.

[74] Il est prévu que le centre 127 soit définitivement fermé et remplacé par un nouveau centre baptisé « Caricole » et dont l'ouverture est programmée prochainement.

7. Impact de la détention sur la procédure d'asile

L'objectif premier de la mise en détention, l'application reportée de la décision de refoulement, peut au final se révéler incompatible avec les obligations découlant d'une bonne application de la Convention de Genève. A la frontière comme ailleurs, les demandes présentent régulièrement des situations juridiques complexes mettant en jeu des droits fondamentaux.

Le recours au traitement accéléré des demandes d'asile en cas de détention entraîne des risques accrus d'un défaut d'instruction. Les délais courts accordés au CGRA pour instruire et se prononcer sur la demande peuvent le dissuader de poser certains actes d'instructions. Si en théorie, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents doit être menée conjointement par le demandeur et l'examinateur[76], une telle charge reposera ici quasi toujours exclusivement sur le demandeur.

Le problème principal est la faculté de **se faire parvenir dans un délai très court des pièces utiles à l'établissement des faits** lorsque l'on arrive le plus souvent les mains vides. Dans le contexte des demandes d'asile a la frontière la CEDH rappelle qu' « *il peut être difficile, voire impossible, pour la personne concernée de produire des preuves à bref délai, spécialement si, comme en l'espèce, pareilles preuves doivent être obtenues dans le pays qu'elle dit avoir fui. En conséquence, les délais doivent être suffisamment longs et être appliqués de manière suffisamment flexible pour donner à une personne sollicitant le statut de réfugié une chance réaliste de prouver ses allégations.* »[77]

7.1 Procédure Accélérée

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a **mis en garde contre l'usage automatique de procédures accélérées en matière d'asile**. Dans la foulée des recommandations de prise en compte de la vulnérabilité, le Comité estime également que : « *3. Lorsqu'il s'avère qu'une affaire est particulièrement complexe et que cette complexité se doit d'être examinée par l'Etat où la demande d'asile a été déposée, elle devrait être exclue de la procédure d'asile accélérée.* »[78] Selon les mêmes lignes directrices : « *Les demandeurs d'asile ne devraient être privés de leur liberté que selon les*

Selon le Commissaire Hammarberg les conditions de détention qu'il a pu constater à la frontière belge sont totalement inadaptées : « *Le centre fermé pour étrangers « 127 » se situe (...) dans l'enceinte d'un aéroport. Créé de manière provisoire en 1988, il est composé de conteneurs préfabriqués placés à l'extrémité de la piste d'atterrissage de l'aéroport. (...) Lors de la visite, l'équipe du Commissaire a pu constater le caractère vétuste et totalement impropre à la détention des locaux. Les personnes détenues ainsi que le personnel qui y travaille sont soumis au stress constant de la proximité immédiate avec la piste d'aviation qui génère un bruit assourdissant ainsi qu'une odeur permanente de kérosène. (...)*

Le Commissaire considère la décision de ne plus détenir les familles dans ce centre comme un réel progrès mais n'oublie pas qu'elles l'ont été pendant près de 20 ans. Il constate que des étrangers continuent à y être détenus dans une structure totalement inadaptée ne pouvant offrir des conditions de vie acceptables. Le Commissaire appelle à l'accélération de la construction du centre de remplacement ainsi qu'à la détention des étrangers dans d'autres centres en attendant cette solution définitive. »
CommDH(2009)14, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, §§84-85, op cit.

[75] Selon la CEDH « *45. (...) pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime.*

47. (…) *L'article 3 impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien être du prisonnier sont assurés de manière adéquate.* »
CEDH, S.D. c Grèce (Requête n° 53541/07), op cit. ; §§ 45, 47.

[76] HCR Guide des procédures, op. cit ; §196.

[77] CEDH, Bahaddar c Pays-Bas (Requête n°145/1996/764/965) - 19 février 1998.

[78] Conseil de l'Europe, Comité des Ministres : Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, 1er juillet 2009.
https://wcd.coe.int//ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2009)1062/4.5&Language=lanFrench&Ver=app6&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

voies légales et seulement si, après un examen individuel et attentif de la nécessité de la privation de liberté, les autorités de l'Etat dans lequel la demande d'asile a été déposée ont conclu que la présence du demandeur d'asile aux fins de mise en œuvre de la procédure d'asile accélérée ne peut pas être assurée par une autre mesure, moins coercitive. »[79]

En Belgique, même si la procédure accélérée en cas de détention offre de meilleures garanties que dans d'autres pays européens notamment parce que le droit à un recours de plein contentieux y est maintenu, **la loi n'inclut pas au moment de la mise en détention, un examen de la situation personnelle du demandeur d'asile**. Aucun mécanisme n'est prévu non plus pour que lors du déroulement de la procédure d'asile en détention, l'instance responsable de la détermination du statut s'implique dans la confirmation ou l'éventuelle révision de la nécessité de la détention à partir des premiers éléments qui ont pu être recueillis.[80]

La procédure accélérée introduite par les articles 52/2 L80 et 39/77 et sv. L80 s'applique indistinctement à l'ensemble des demandes d'asile examinées en détention.[81] La procédure accélérée prévue par la législation belge concerne également les personnes détenues en vertu de l'article 74/6 §1bis L80. Nous constatons que les situations énumérées dans cette disposition sont largement inspirées de celles reprises à l'article 23.4 de la Directive Procédure. Cet article de la Directive énumère les cas de figure justifiant qu'une demande puisse subir un traitement prioritaire ou accéléré. Selon le législateur : «*l'article 74/6, § 1bis: cela concerne principalement un étranger qui ne collabore manifestement pas avec l'autorité et utilise la procédure d'asile d'une manière abusive, ce qui justifie le fait que sa demande d'asile soit traitée de manière prioritaire.* »[82]

Il faut donc en conclure en l'état actuel de la législation et des pratiques administratives, que l'introduction d'une demande d'asile à la frontière équivaut, aux yeux de l'OE, au refus manifeste de collaborer avec les instances. L'application automatique de l'article 74/5 §1 2° L80 sans que ne soit opéré de mécanisme de screening ou que n'existe de possibilité de libération anticipée sur base d'éléments apparaissant à l'instruction, comporte le risque de faire subir au demandeur une procédure inéquitable. Certaines chambres du CCE sont attentives lors de l'examen des recours en plein contentieux, aux contraintes pesant sur un demandeur d'asile maintenu à la frontière.[83]

---

[79] Idem

[80] En pratique, il existe un *Gentlemen's Agreement* entre l'Office des Etrangers et le Commissariat Général aux réfugiés et Apatrides par lequel ce dernier peut solliciter la libération anticipée sans attendre sa décision. L'Office n'est pas obligé d'accéder à ces demandes qui restent marginales.
Réunion de contact CBAR 08/01/2008 : « *23. (...) Monsieur Bienfait convient que la situation n'est pas idéale et qu'il y a là une lacune dans la loi. En effet, aucune décision intermédiaire n'est prévue dans la loi qui permettrait de libérer anticipativement le demandeur d'asile. Par conséquent, dans le cas de dossiers compliqués ou de situations complexes, selon Monsieur Bienfait, il est nécessaire de trouver un gentlemen's agreement avec l'Office des Etrangers. Monsieur Geysen tient à rappeler que la détention des demandeurs d'asile est limitée à 2 mois et qu'il ne tient qu'au CGRA de laisser ce délai s'écouler sans prendre de décision pour que la personne ne retrouve la liberté et la procédure normale. Le Commissaire Général peut contacter l'Office des Etrangers pour, dans des cas bien précis, demander qu'un demandeur d'asile soit libéré et la situation sera évaluée au cas par cas.* »
http://cbar-bchv.be/Reunionsdecontact/2008/PVjanvier2008.pdf

[81] L'OE est également tenu d'accélérer la procédure à la frontière : « *L'audition du demandeur d'asile maintenu à la frontière sur la base de l'article 74/5 de la loi, par un agent du service compétent, est effectuée dans les meilleurs délais.* » Art. 21 AR du 11 juillet 2003 fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des étrangers chargé de l'examen des demandes d'asile sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[82] DOC 51 2478/001 - 10 mai 2006 – op cit.

[83] « *Dans le cadre d'une procédure accélérée prévue à l'article 39/77 de la loi, tant les parties que la juridiction sont tenues au respect de délais de procédure encore réduits. La partie requérante est, en outre, placée dans une position de fragilité particulière du fait de son maintien en un lieu déterminé, de nature à lui rendre plus difficile la collecte d'éléments de preuve. Lorsque le Conseil est saisi d'un recours dans le cadre de cette procédure accélérée, il doit par conséquent, s'attacher tout particulièrement à éviter que les contraintes spécifiques à cette procédure n'entraînent une rupture de l'égalité des armes entre les parties ou n'empêchent une instruction suffisante de l'affaire.* »
CCE Arrêt n°20184 du 9 décembre 2008.

IV. Impact de la Directive retour

La Directive 2008/115 dite « Retour »[84] (ci-après, Directive Retour) ne concerne *a priori* pas les personnes demandant l'asile à la frontière. Tout d'abord, elle traite de la détention des personnes en séjour irrégulier, ensuite son article 2.2 a) offre la possibilité aux Etats d'exclure de son champ d'application les étrangers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée.[85] Le projet de transposition en droit belge prévoit d'appliquer l'exclusion.[86]

Néanmoins, les arrêts de la CJUE interprétant la Directive Retour dessinent en creux un nouveau contour de la détention des demandeurs d'asile. D'un côté l'arrêt Khadzoev précise que la détention des demandeurs d'asile relève d'un régime juridique spécifique,[87] de l'autre, l'arrêt El Didri[88] introduit l'obligation d'un contrôle de proportionnalité des mesures de détention.

Nous l'avons vu, si des juridictions se sont montrées réticentes à apporter une protection juridique supérieure au demandeur d'asile à la frontière, c'est en faisant primer la décision de refus d'accès au

---

[84] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:FR:HTML

[85] A contrario, il est à noter que tant que le Directive Retour n'a pas été transposée, ses dispositions qui seraient plus favorables (et notamment celles qui présentent la détention comme une mesure de dernier recours) sont d'application directe. De tels arrêts ont ainsi pu être rendus en France et aux Pays-Bas :
« *(...) aussi longtemps que l'Etat n'a pas fixé dans sa législation nationale, ainsi que l'imposent les dispositions du 7) de l'article 3 de la directive du 16 décembre 2008, les critères objectifs sur la base desquels doit être appréciée l'existence d'un risque de fuite, il ne peut pas se prévaloir de l'exception prévue par le paragraphe 4 de l'article 7 dans une telle hypothèse. Dès lors que les autres dispositions de l'article 7 peuvent trouver à s'appliquer sans cette exception, cette dernière doit être considérée comme divisible. Ainsi qu'il a été dit plus haut, l'Etat ne saurait se prévaloir de son propre manquement dans la transposition de celles des dispositions de la directive pour lesquelles il pouvait mettre en œuvre une marge d'appréciation.* »
CE France Arrêt N° 345978 du 21 mars 2011.
A la suite de l'arrêt rendu le 29/06/2011 par le Conseil d'Etat des Pays-Bas (v. supra note 64) excluant le demandeur du champ d'application de la Directive Accueil, le Tribunal d'Amsterdam en prend acte et considère dès lors que ces personnes relèvent de la Directive Retour ! Le Tribunal impose alors le recours à des mesures moins contraignantes en vertu de son article 15 : « *(...) Nu verweerder tot op heden niet van de mogelijkheid gebruikt heeft gemaakt om in de nationale wetgeving de toepassing van de Terugkeerrichtlijn op grensdetentie uit te sluiten, komt eiseres de mogelijkheid toe zich op (andere) voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke bepalingen van de Terugkeerrichtlijn te beroepen. (...)* » Rechtbank's-Gravenhage ABW 11/23768 - 5 Augustus 2011.
Un recours au Conseil d'Etat est introduit contre cet arrêt.
La CJUE confirme que les dispositions encadrant le placement en détention des personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sont directement applicables.
« *Il convient de relever également que la directive 2008/115 <u>établit avec précision la procédure à appliquer</u> par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte successivement.* »
CJUE Hassen El Dridi, alias Soufi Karim (C-61/11) Arrêt - 28 avril 2011 ; §34.

[86] Session 2011-2012 - DOC53 1825/001 – 19 octobre 2011 – Projet de Loi Modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/53/1825/53K1825001.pdf

[87] CJUE Said Shamilovich Kadzoev (C-357/09) ; op cit. V. Supra II.5.2.

[88] « *Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à <u>une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour</u>, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, <u>le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes</u>.* »
CJUE Hassen El Dridi, alias Soufi Karim (C-61/11) , op cit. ; §41.
La Cour s'est encore prononcée sur une troisième question préjudicielle dont l'objectif visait à préciser certains aspects de l'arrêt El Dridi qu'il n'est pas utile de mentionner ici.
CJUE Alexandre Achughbabian (C-329/11) Arrêt – 6 décembre 2011.

territoire et en assimilant le demandeur d'asile à l'étranger en séjour irrégulier. Maintenant que cet étranger en séjour irrégulier se voit, lui, octroyer des droits à l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de sa mise en détention, il apparaît paradoxal que la personne ayant demandé l'asile puisse au final être confrontée à un régime de détention plus répressif… **Le placement en détention des demandeurs d'asile devrait donc également faire l'objet d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité** qui peut porter sur l'éventuel risque de fuite, mais qui surtout doit découler des normes européennes en matière d'asile, notamment des garanties présentes dans les Directives Accueil et Procédure.[89]

V. Détention des familles

1. Une politique intenable

Dès 2009, les autorités belges ont acté que les centres de détention actuels étaient particulièrement inadaptés pour le placement de familles avec enfants. Un projet pilote a été lancé mettant en avant l'accompagnement personnalisé en vue d'un retour volontaire au sein de dispositifs moins contraignants afin d'éviter le traumatisme de la détention aux enfants. Des « maisons de retours » sont alors inaugurées dans plusieurs communes belges.[90]

La CEDH a confirmé la nécessité de ce changement en condamnant en deux temps la mise en détention administrative des enfants en Belgique. Dans l'arrêt dit « Tabitha », la Cour a jugé que la détention de cette jeune mineure non-accompagnée sans avoir envisagé d'alternatives faisait preuve d'un manque d'humanité :

> « *La situation personnelle de la seconde requérante se caractérisait par son très jeune âge, le fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même. Elle se trouvait donc dans une situation d'extrême vulnérabilité. Eu égard à la protection absolue conférée par l'article 3 de la Convention, il convient, selon la Cour, de garder à l'esprit que c'est cet élément qui est déterminant et que celui-ci prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal de la seconde requérante. La seconde requérante relevait donc incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables d'une société et qu'il appartenait à l'Etat belge de protéger et de prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention.* »[91]

Quant à la régularité de la détention, après avoir constaté que l'article 74/5 L80 ne contenait aucune disposition spécifique aux mineurs d'âge, la Cour a considéré que la jeune Tabitha n'avait pas été protégée contre une détention arbitraire :

> « *1. La Cour rappelle que la seconde requérante a été détenue dans un centre fermé conçu pour des adultes étrangers en séjour illégal, dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, lesquelles n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée.*
>
> *2. Dans ces conditions, la Cour estime que le système juridique belge en vigueur à l'époque et tel qu'il a été appliqué dans la présente affaire n'a pas garanti de manière suffisante le droit de la seconde requérante à sa liberté.* »[92]

---

[89] A l'heure actuelle, la Directive n'étant pas transposée, seule son applicabilité directe peut être invoquée. En Belgique, cette situation ne semble pas avoir débouché sur une jurisprudence nouvelle contrairement à ce qui a pu être observé dans d'autres Etats membres. Une fois la Directive transposée, les conséquences sur la détention des demandeurs d'asile devront être étudiées, notamment en termes de possibles discriminations.

[90] Actuellement, de telles maisons de retour existent à Zulte, Sint-Gillis Waas, Tubize et Tielt.

[91] CEDH, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique (Requête no 13178/03) - 12 octobre 2006 ; § 55.

[92] CEDH, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, op cit. ; § 103-104.

L'arrêt Muskhadziyeva a confirmé cette jurisprudence estimant tout d'abord que la présence de la mère aux côtés de ses enfants ne modifiait pas l'évaluation du traitement que leur faisait subir les autorités : « *Compte tenu du bas âge des enfants requérants, de la durée de leur détention et de leur état de santé, diagnostiqué par des certificats médicaux pendant leur enfermement, la Cour estime que les conditions de vie des enfants requérants au centre 127 « bis » avaient atteint le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention et emporté violation de cet article.* »[93] Sous l'angle de l'article 5§1F, la Cour se limite alors à répéter ses conclusions antérieures sur l'absence de garanties suffisantes dans le système juridique belge.

La détention à la frontière de la famille Kanagaratnam permet à la Cour d'étendre encore sa protection en tenant notamment compte des raisons qui ont conduit les requérants à fuir en Belgique :

> « (…) *c'est l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion (Nunez c. Norvège, no 55597/09, § 84, 28 juin 2011). Il faut donc partir de la présomption que les enfants étaient vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle. Sans aucun doute, avant d'arriver en Belgique, les enfants requérants avaient déjà vécu une situation traumatique. Séparés de leur père à la suite de son arrestation, ils ont quitté avec leur mère un pays en proie à une guerre civile dans un contexte d'angoisse de représailles de la part des autorités locales. Cette vulnérabilité a été reconnue par les autorités belges puisqu'elles ont finalement reconnu aux requérants le statut de réfugiés.* »[94]

Ces arrêts de la CEDH ne formulent pas en tant que tels une interdiction de placer les mineurs en détention, mais exigent que la décision de détenir tienne compte de cette vulnérabilité particulière et offre un environnement suffisamment protecteur.

La détention d'une famille devient par contre aux yeux de la Cour, une mesure de dernier recours. La CEDH a ainsi finalement estimé dans l'arrêt Popov que la décision de détenir les familles devait également répondre à une exigence de proportionnalité au regard de l'article 8 CEsDH : « *La Cour (…) est d'avis que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale.* »[95]

2. Un statut juridique flou

La mise en œuvre des « maisons de retour » répète le schéma qui avait déjà présidé à la mise en œuvre de la détention à la frontière : le dispositif précède les textes censés l'encadrer. Après quelques mois d'activité, un premier Arrêté Royal du 14 mai 2009[96] vient éclairer le statut juridique de cette « alternative à la détention » ainsi que son mode de fonctionnement. Cet arrêté sera déjà modifié le 30 avril 2010, notamment afin d'assimiler ces lieux à ceux situés aux frontières. A la suite de cette réglementation, viendront les Arrêtés Ministériels désignant les lieux affectés au dispositif.[97] Cette nouvelle réglementation retient en préambule que « *l'ordonnance de la Chambre du Conseil du Tribunal de 1re instance de Bruxelles rendue le 20 octobre 2008 mentionne la nécessité d'avoir une disposition règlementaire pour déterminer le régime des lieux d'hébergements mis à la disposition des familles au sens des articles 51/5, § 3, 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.*» Ces lieux sont dès lors définis en

---

[93] CEDH, Muskhadziyeva et Autres c. Belgique (Requête no 41442/07) - 19 janvier 2010 ; § 63.
[94] CEDH, Kanagaratnam et Autres c. Belgique, op cit. ; § 67.
[95] CEDH, Popov c. France (Requêtes nos 39472/07 et 39474/07) - 19 janvier 2012 ; § 147.
[96] Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
[97] Arrêté Ministériel du 19 mai 2009 de désignation des lieux d'hébergement au sens des articles 51/5, § 3, 74/8, § 1er, de la Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers

lien avec l'article 74/8§1 L80. Si ces maisons sont souvent présentées comme des alternatives à la détention, d'un point de vue juridique, elles constituent plutôt **un mode de détention alternatif**.

2.1 Une définition de la privation de liberté

La privation de liberté est avant tout une question factuelle. La CEDH a déjà conclu que la simple restriction à la liberté peut selon les circonstances se transformer en privation de liberté.[98]
La difficulté de cerner le statut de ces maisons illustre l'absence d'une définition précise de la privation de liberté dans la Loi de 80. Ainsi, l'article 74/8§1 L80 laisse le champ ouvert :

> « *Les dispositions nécessaires peuvent être prises afin d'assurer que l'intéressé ne quitte pas, sans l'autorisation requise, le lieu où il est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu en application des articles 7, 8bis , § 4, 25, 27, 29, alinéa 2, 51/5, § 1er ou § 3, 52/4, alinéa 4, 54, 57/32, § 2, alinéa 2, 74/5 ou 74/6, § 1er ou § 1er bis.* »

Pendant longtemps, seuls les « centres fermés » remplissaient la mission définie à l'article 74/8 §1 L80.[99] A présent, les « maisons de retour » complètent le dispositif d'éloignement en amont.[100] Après cette première phase « *en cas de non coopération au refoulement ou à la reprise ou à l'éloignement effectif, la famille peut faire l'objet d'un maintien en détention dans un centre fermé dont les règles de fonctionnement sont déterminées par l'arrêté royal du 2 août 2002*. » (Art. 48 AR 14 mai 2009)

Malgré ces dispositions, le statut juridique du maintien en « maison de retour » ne semble pas toujours être bien assimilé. Ainsi la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a déjà jugé que le transfert d'une personne du 127 au lieu d'hébergement situé à Zulte constituait *de facto* une remise en liberté (rendant ainsi l'appel introduit contre l'ordonnance de mise en liberté sans objet).[101]

2.2. Une nouvelle disposition dans la Loi de 80

Le Parlement a récemment voté un nouvel article 74/9[102] afin de mieux encadrer la détention des familles. Ainsi, une famille « *n'est en principe pas placée dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2, à moins que celui-ci ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs*. »[103] Il est également prévu que la famille puisse résider, sous certaines conditions, dans son habitation personnelle. Si les conditions ne sont pas remplies, la famille peut être placée « *dans un lieu tel que*

---

[98] Voir notamment : CEDH, Riad et Idiab c. Belgique (Requêtes nos 29787/03 et 29810/03) – 24 janvier 2008 ; § 68. Egalement, CEDH, Guzzardi c. Italie (Requête no 7367/76) - 6 novembre 1980 : « *93. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas marginaux il s'agit d'une pure affaire d'appréciation (...)* » L'enjeu de cet arrêt était de déterminer si ce qui était a priori désigné comme une assignation à résidence, ne devait pas néanmoins être considéré comme une détention.
[99] Arrêté Royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
Selon l'article 1.3° un centre est « *un lieu géré par l'Office des étrangers, aménagé pour l'accueil des personnes soumises à une mesure administrative de détention, de mise à la disposition du Gouvernement ou de maintien en application des dispositions mentionnées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi* »
[100] L'AR définit la maison de retour comme « *lieu d'hébergement : lieux visés à l'article 74/8, §§ 1er et 2, de la loi, gérés par l'Office des étrangers et destinés à l'hébergement de familles, dans l'attente, selon le cas de leur accès au territoire, de leur autorisation de séjour, de leur reprise conformément au Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, de leur refoulement, de leur retour volontaire, de leur éloignement.* » Art 1.3° AR 14 mai 2009.
[101] Bruxelles CMA n°1237 – 22 mars 2011.
[102] Au moment de la rédaction, cet article n'est pas encore d'application.
[103] Session 2010-2011 - DOC 53 0326/007 - 14 juillet 2011 - Proposition de Loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés

visé à l'article 74/8, § 2, pendant une durée limitée (…) à moins que d'autres mesures radicales[104] *mais moins contraignantes puissent efficacement être appliquées.* »

Les familles qui sont arrêtées à la frontière peuvent « *être maintenue dans un lieu déterminé, adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs et situé aux frontières, pour une durée aussi courte que possible.* »

Cette nouvelle disposition ne nous paraît pas apporter la clarté nécessaire. En effet, actuellement, le fonctionnement de tous les lieux de détention, centres fermés ou maisons de retour, est assuré par des Arrêtés Royaux pris en exécution de l'article 74/8§2 L80. De plus, l'administration projette de nouvelles structures à destination des familles assumant une plus grande privation de liberté.[105] Dans ce cas, la mention d'un lieu « *adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs* » renverrait alors à plusieurs dispositifs. Un tel agencement ne nous semble pas garantir une prévisibilité suffisante, dans un contexte où des textes sont votés alors que d'autres dispositifs sont en voie d'élaboration. Ce que contient la notion de lieu « adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs » mérite également d'être précisé. Pour la CEDH, le seul fait que la détention s'opère dans un lieu spécifique n'est pas suffisant et les autorités sont tenues d'expliciter de quelle manière elles comptent répondre aux besoins spécifiques des familles.[106]

En précisant que le maintien doit être d'une durée aussi courte que possible[107], la disposition revient à confirmer un principe général en matière de détention. « *La Cour rappelle cependant que seul le déroulement de la procédure d'expulsion justifie la privation de liberté fondée sur cette disposition (art. 5-1-f). Si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5-1-f.»*[108] Il faudra donc vérifier quelles sont les conséquences réelles de cette mesure sur les pratiques des administrations.

---

[104] Il s'agit ici de la traduction pas très heureuse de '*afdoend*', mieux rendu par '*efficace*'. A défaut de justesse lexicale, elle rend compte d'un état d'esprit parlementaire.

[105] Lors d'une question parlementaire, il fut demandé au Secrétaire d'Etat d'expliquer la finalité de la demande de permis pour une annexe au centre 127bis et de la procédure en cours en vue de l'installation de préfabriqués. La réponse sur ce point fut la suivante : « *L'Office des étrangers est régulièrement confronté à des familles qui doivent être placées en vue de leur éloignement du territoire. À cet effet, l'Office dispose d'un certain nombre d'habitations à Zulte, Tubize et Sint-Gillis-Waas. On propose aux familles un suivi individuel par des coaches, mais, après quelque temps, certaines familles se soustraient à cet accompagnement pour se rendre dans un lieu inconnu. Si elles se font à nouveau arrêter, elles peuvent être placées en centre fermé en application de l'arrêté royal relatif aux lieux d'hébergement.*

Dans son arrêt du 19 janvier 2010, la Cour des droits de l'homme a estimé que l'infrastructure du centre 127bis ne répondait pas aux conditions pour l'accueil du groupe cible. Nous devons donc adapter cette infrastructure. Le but est que les familles séjournent dans des pièces distinctes de telle sorte qu'elles puissent continuer à vivre en famille de manière indépendante, quoique dans un cadre surveillé. »

5-44COM Sénat de Belgique - Session ordinaire 2010-2011 - Commission de l'Intérieur et des Affaires administratives, (nº 5-600) ; 1er mars 2011.

[106] « *(...) la Cour constate que ce texte se contente de mentionner la nécessité de fournir des « chambres spécialement équipées, et notamment du matériel de puériculture adapté » mais n'explicite aucunement les infrastructures nécessaires à l'accueil des familles. Ainsi, il existe de graves déséquilibres en ce qui concerne les équipements de chaque centre, l'aménagement étant sous la responsabilité et la volonté de chaque chef d'établissement qui ne dispose par ailleurs pas du soutien d'un personnel spécifiquement formé à la pédagogie.* »

CEDH, Popov c. France, op cit. ; § 93.

[107] La Proposition de Loi initiale prévoyait « une durée maximum d'une semaine, renouvelable pour une semaine au maximum. »

DOC 53 0326/001 – 8 octobre 2010 - Proposition de Loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés

[108] Chahal c. Royaume-Uni (Requête no 70/1995) - 25/10/1996 ; § 113.

VI. Conclusion

Cette présentation des différentes dispositions susceptibles de définir la situation légale d'un étranger arrêté à la frontière alors qu'il s'apprête à introduire une demande d'asile nous amène à considérer que **l'actuelle politique de détention systématique à la frontière est juridiquement insatisfaisante**.

Elle est tout d'abord insatisfaisante, car elle montre des failles quant à la **garantie de non-refoulement**. En n'ayant pas introduit explicitement le principe de non-refoulement dans la Loi de 80 et en ayant dissocié la prise de la décision de refoulement de l'examen de la demande de protection, certains étrangers peuvent être empêchés de faire valoir un risque majeur.

Ensuite elle offre **un rempart bien mince à l'arbitraire**. L'absolue priorité donnée à la mesure de refoulement, sans que le contexte de l'arrestation ou la situation personnelle de l'étranger n'entrent en ligne de compte, revient à présumer que la demande d'asile est introduite afin de faire obstacle à l'exécution de la mesure de refoulement. Or il ne devrait pas être permis de faire peser une telle présomption d'ensemble. Selon la Cour de cassation française : « *(…) le dépôt d'une demande d'asile est constitutif de l'exercice d'un droit de sorte qu'une telle demande ne peut jamais être regardée comme une obstruction volontaire faite par l'étranger à son éloignement rendant impossible l'exécution de cette mesure (…)* »[109]

Alors que l'article 18 Directive Procédure posait **le principe de la non-détention des demandeurs d'asile**, cette disposition n'a pas produit d'effet utile. Le HCR tout en se réjouissant de la proposition, avait bien observé que le principe nécessitait toutefois d'être précisé d'avantage.[110] Il est dès lors nécessaire que la portée du droit de l'Union Européenne quant à la mise en œuvre de la détention à la frontière puisse être précisée. A différentes reprises, la CJUE a indiqué que les dispositions des Directives organisant l'octroi du statut de réfugié devaient être interprétées à la lumière de la Convention de Genève sur le statut de réfugié et des droits fondamentaux, notamment tels qu'ils découlent de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne.[111] Après avoir exposé l'existence d'un régime de détention distinct, il serait utile que la Cour soit amenée à se prononcer sur les interactions des différentes dispositions précitées : article 7, 18, 35 de la Directive Procédure et 3, 7 de la Directive Accueil et leur compatibilité avec une mise en détention systématique. De même, il peut être pertinent de s'interroger sur le cadre légal de la procédure d'asile à la frontière et si le choix d'une procédure accélérée ne devrait pas en lui-même faire l'objet d'une motivation.

Dans l'arrêt « Tabitha », la CEDH a rappelé que : « *(…) le souci des Etats de déjouer les tentatives de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions (…). Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats.* »[112] Le régime actuel ne semble pas encore avoir atteint cet équilibre.

---

[109] Cass France Arrêt n° 712 du 29 juin 2011.

[110] « *Le HCR salue la réaffirmation du principe général selon lequel les demandeurs d'asile ne devraient pas être placés en rétention. Ce principe nécessite toutefois d'être précisé davantage afin de limiter le recours au placement en rétention par les Etats membres, conformément à l'article 31 de la Convention de 1951, aux Conclusions pertinentes du 10 février 2005 du Comité exécutif du HCR, ainsi qu'au droit international et régional des droits de l'homme.* »
UN High Commissioner for Refugees, Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004), 10 February 2005, http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ad5c094.html

[111] « *53. L'interprétation des dispositions de la directive doit, dès lors, être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 63, premier alinéa, point 1), CE.*

54. Cette interprétation doit également se faire, tel qu'il découle du dixième considérant de la directive, dans le respect des droits fondamentaux, ainsi que des principes reconnus notamment par la charte. »
CJUE, Aydin Salahadin Abdulla (C 175/08) e.a. Arrêt 2 mars 2010.

[112] CEDH, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, op cit. ; § 81.

les balises de la Cour européenne des Droits de l'Homme

Claire Dubois-Hamdi

Biographie sommaire

Claire Dubois-Hamdi

- *Parcours académique:*
  1992 diplômée en droit, ULB
  1993 droit européen et international, DEA Paris II
  1994 académie droit international La Haye
- *Parcours professionnel:*
  1995-2006: juriste a la Charte sociale Europeenne (Conseil de l'Europe, Strasbourg), responsable pour la Bosnie-Herzégovine, Roumanie, Bulgarie, négociations de haut niveau en vue de la ratification, participation a la mise en place du mécanisme de réclamations collectives, rédaction des rapports d'evaluation et des décisions du Comite européen des Droits sociaux
  2007-2012: référendaire a la Cour Europeenne des Droits de l'homme, Strasbourg
- *Publication récente:*
  "Convention europeenne des Droits de l'homme, Mesures provisoires: mise en oeuvre en pratique", Bruylant, 2011.

Beknopte biografie

Claire Dubois-Hamdi

- *Academisch parcours:*
  1992 licentiaat in de rechten, ULB
  1993 Europees en internationaal recht, DEA Paris II
  1994 Haagsche Academie voor Internationaal Recht
- *Professioneel parcours:*
  1995-2006: jurist voor het Europees Sociaal Charter (Raad van Europa, Straatsburg), verantwoordelijk voor Bosnië-Herzegovina, Roemenië, Bulgarije, onderhandelingen op hoog niveau met het oog op de ratificatie, deelname aan het invoeren van het collectieve klachtenmechanisme, redactie van evaluatierapporten en van beslissingen van het Europees Comité voor Sociale Rechten
  2007-2012: referendaris bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Straatsburg
- *Recente publicatie:*
  "Convention europeenne des Droits de l'homme, Mesures provisoires: mise en oeuvre en pratique", Bruylant, 2011.

« (…) les droits des demandeurs d'asile et des réfugiés sont garantis par les textes internationaux relatifs aux droits humains. Et les obligations des Etats sont claires, précises et simples.»[1]

Ce papier présente la jurisprudence de la Cour relative à la protection des étrangers, prévue par l'article 5 § 1 f) de la Convention, contre la privation de liberté illégale et/ou arbitraire par les autorités d'un des Etats parties à la Convention. L'exercice a été fait dans un esprit emprunt de la plus grande neutralité et fidélité possibles sans opinion personnelle. Toutefois, une dose d'interprétation étant inhérente à ce genre d'exercice, il conviendra de m'en attribuer la « paternité » exclusive. En d'autres termes, si opinion est exprimée, elle n'engage que moi.

Il se concentre sur la privation de liberté au sens strict, c'est-à-dire telle qu'envisagée par l'article 5 § 1 de la Convention, à l'exclusion, d'une part, des conditions de détention en ce qu'elles tombent sous le coup des articles 2, 3 et 8 de la Convention (droit à la vie et interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants, droit au respect de la vie familiale et de la vie privée) et, d'autre part, de l'obligation d'ordre procédural faite par la Convention d'organiser une voie de recours permettant à la personne détenue de contester la légalité de sa détention et au tribunal saisi de se prononcer à bref délai sur celle-ci et d'ordonner, s'il y a lieu, la libération de l'intéressé (article 5 § 4 de la Convention, qui fait office de lex specialis par rapport à l'article 13).

Je passerai également sous silence les conditions de recevabilité des requêtes pour le détail desquelles je vous renvoie au site internet de la Cour qui a mis en ligne en 2011 un excellent « Guide pratique sur les critères de recevabilité » et, plus récemment, un clip de trois minutes sur la recevabilité (www.echr.coe.int.). Il en est toutefois une que je me dois de mentionner : la condition d'épuisement des voies de recours internes inscrite à l'article 35 § 1 de la Convention. Dans l'ordre juridique belge, la voie de recours à épuiser pour contester une détention tant sous l'angle de l'article 5 § 1 f) que de l'article 3, est la requête de mise en liberté instituée par l'article 71 de la loi sur les étrangers (voir, parmi d'autres, Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique, no 41442/07, § 49, 19 janvier 2010). La logique de ce critère est de ménager aux autorités nationales, et avant tout aux tribunaux, l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées de la Convention.

I. Les principes de base

La Convention garantit en son article 5 le droit fondamental de toute personne d'être protégé contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté. L'article 5, en proclamant le « droit à la liberté », vise la liberté physique de la personne; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire.

---

[1] Amnesty International, Réfugiés, un scandale planétaire, 10 recommandations pour sortir de l'impasse, janvier 2012.

L'article 5 ne concerne pas en principe les simples restrictions à la liberté de circuler qui, elles, obéissent à l'article 2 du Protocole no 4. Entre les deux notions – privation et restriction de liberté – il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence (arrêt Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A no 39, p. 33, par. 92). Pour distinguer, il faut partir de la situation concrète de l'intéressé et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Une telle distinction a été récemment faite par la Cour dans l'affaire M.S. c. Belgique (n° 50012/08, §§ 188 à 194, 30 janvier 2012, non définitif). Le requérant, un ressortissant irakien, avait successivement été condamné et purgé une peine de prison en Belgique pour activités terroristes, été placé en centre fermé en vue de son expulsion et été assigné à résidence. Les restrictions à sa liberté imposées par l'assignation à résidence entraînait, pour le requérant, les obligations suivantes : habiter à une certaine adresse ; se présenter deux fois par jour à la police locale, le matin et le soir ; ne pas s'éloigner de la commune sans en avoir averti au préalable la police locale et demeurer éloigné du centre d'accueil pour demandeurs d'asile. Aux yeux de la Cour, ces mesures n'ont pas entraîné une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention, mais de simples restrictions à la liberté de circuler (§§ 193 à 195 , voir, mutatis mutandis, Raimondo c. Italie, 22 février 1994, § 39, série A no 281-A et Villa c. Italie, no 19675/06, § 43, 20 avril 2010) faisant tomber ces restrictions dans le champ d'application de l'article 2 du Protocole n° 4. A noter que cette dernière disposition ne s'applique qu'aux personnes « se trouvant régulièrement sur le territoire » d'un Etat partie, ce qui n'était pas le cas du requérant à qui la demande d'asile avait été refusée et qui ne disposait pas de titre de séjour valable en Belgique (§196).

Pour être conforme à la Convention, **toute privation de liberté doit relever de l'une des exceptions prévues aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1**. Ces exceptions sont énumérées de manière exhaustive et seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition (Saadi c. Royaume-Uni [GC], no 13229/03, § 43, 29 janvier 2008, Jusic c. Suisse, no 4691/06, § 67, 2 décembre 2010).

Parmi les exceptions prévues par l'article 5 figure l'alinéa f) qui permet aux Etats de restreindre la liberté des étrangers dans le cadre du contrôle de l'immigration (Saadi précité, § 64). Cette disposition est formulée comme suit:

> « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:
> (…)
> f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

La Cour voit dans cette exception « le corollaire au droit de ces Etats de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire » (Amuur c. France, 25 juin 1996, § 41, Recueil 1996-III). On gardera également à l'esprit que ni la Convention ni aucun de ses Protocoles ne garantit le droit à l'asile politique.

L'article 5 § 1 f) comporte deux volets selon que l'intéressé est arrêté « à la frontière » pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire (premier volet) ou que sa détention s'inscrit dans le cadre d'une procédure d'expulsion ou d'extradition en cours, alors qu'il a déjà pénétré sur le territoire légalement ou illégalement (deuxième volet).

A la différence d'autres textes internationaux – l'article 9 du Pacte international sur les droits civils et politique tel qu'interprété par le Comité des droits de l'homme[2] ou les directives 2003/9 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (article 7.3) et 2005/85 relative à des normes minimales d'accueil concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (article 18) –, **l'article 5 § 1 f) ne s'oppose pas à ce que les Etats placent en détention une personne étrangère au seul motif qu'elle a demandé l'asile et n'exige pas que sa détention soit nécessaire.**

La jurisprudence relative au premier volet de l'article 5 § 1 f) est peu abondante. La Grande Chambre s'est prononcée pour la première fois sur ce volet en 2008 dans l'affaire Saadi c. Royaume-Uni, précitée. Le Haut-Commisariat des Nations Unies aux Réfugiés et Apatrides, tiers-intervenant, faisait valoir qu'en droit international, les Etats avaient l'obligation de ne pas refouler les personnes qui étaient entrées sur leur territoire ou qui se trouvaient à leur frontière, et qui invoquaient le droit fondamental de chercher asile et d'en bénéficier. Sauf en cas d'afflux massif, les Etats sont en outre tenus de permettre à ces personnes d'accéder à des procédures équitables et efficaces d'examen de leur demande. Partant, de l'avis du HCR, lorsqu'un Etat donnait à un demandeur d'asile accès à une procédure et que l'intéressé respectait le droit interne, son entrée temporaire et sa présence sur le territoire national ne pouvaient être considérées comme « irrégulières » (§ 56).

La Cour rejeta cette argumentation considérant que,

« tant qu'un Etat n'avait pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière », et que la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser – sans que la formule soit dénaturée – à « empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement ». Lire celle-ci comme autorisant uniquement la détention d'une personne dont il est établi qu'elle tente de se soustraire aux restrictions à l'entrée reviendrait à interpréter de manière trop étroite les termes de la disposition ainsi que le pouvoir de l'Etat d'exercer l'indéniable droit de contrôle évoqué plus haut » (§ 65).

La conséquence est qu'il n'est pas requis pour détenir une étranger qui fait une demande d'asile « la frontière » que les autorités aient des motifs de considérer qu'il tente de contourner les lois d'immigration ou risque de prendre la fuite avant qu'il ait été statué sur sa demande. En l'espèce, le placement en détention du requérant visait à permettre un traitement accéléré de sa demande d'asile et donc l'adoption, dans les meilleurs délais, d'une décision à son égard.

Ce faisant, la Cour n'a en réalité fait qu'appliquer aux personnes qui viennent d'entrer sur le territoire la même logique que celle qui prévalait, sous l'angle du deuxième volet de l'article 5 § 1 f), s'agissant des étrangers qui sont déjà présents sur le territoire et pour lesquels une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Selon la Cour, il aurait été artificiel d'appliquer aux affaires de détention d'une personne qui

---

[2] Comité des droits de l'homme sur la communication n° 560.1993: Australie, 30 avril 1997, 59e session, CCPR/C/D/560/1993 §9.4.

vient d'entrer sur le territoire un critère de proportionnalité différent du critère valant pour les mesures d'éloignement d'un individu déjà présent dans le pays (§ 73).

De jurisprudence constante, la Cour a en effet affirmé en ce qui concerne une personne étrangère déjà présente dans le pays que, par contraste avec les paragraphes c), b) ou e) de l'article 5 § 1, le paragraphe f) n'exige pas que sa détention fût en outre considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir tant qu'elle fait l'objet d'une « procédure d'expulsion en cours » contre elle (Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, § 112, Recueil des arrêts et décisions 1996 V).

Cela étant dit, la prérogative qu'ont les Etats de placer en détention les étrangers doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention, dont l'article 5, (Amuur précité, § 41) et ce, sous le contrôle, en dernier ressort, de la Cour. Les balises posées par l'article 5 § 1 à la détention dans le cadre de la mise en œuvre des lois d'immigration sont de taille: quel que soit le volet du paragraphe f) applicable, il s'agit pour les autorités d'agir conformément aux voies légales (II.) et sans arbitraire (III.).

II. Respect des voies légales

La privation de liberté doit se faire « selon les voies légales ». Ces termes renvoient essentiellement à la législation nationale et consacrent l'obligation de suivre la procédure fixée par celle-ci et d'en observer les normes de fond.

A la différence d'autres dispositions de la Convention, l'article 5 § 1 f) renvoie directement au droit interne, ce qui a plusieurs conséquences. D'une part, la méconnaissance du droit interne entraîne celle de la Convention. Par exemple, si une décision judiciaire interne définitive ordonne la libération d'un requérant au motif que sa détention est illégale, elle doit être mise en oeuvre et la détention ne peut être maintenue (Riad et Idiab c. Belgique, n°29787/03 et 29810/03, §§ 79 et 80, 24 janvier 2008). D'autre part, la Cour recherche elle-même si le droit interne – dispositions légales ou jurisprudence – a été respecté (Baranowski c. Pologne, no 28358/95, §§ 50 et 54, CEDH 2000-III, Minjat c. Suisse, no 38223/97, § 39, 28 octobre 2003).

La Cour a fait une application récente de cette jurisprudence dans l'affaire Jusic c. Suisse concernant un ressortissant de Bosnie-Herzégovine résidant en Suisse, où sa demande d'asile avait été rejetée. Il fut détenu pendant vingt-deux jours en vue de son expulsion, qui n'a finalement pas eu lieu. Pour le tribunal fédéral, le fait que le requérant avait clairement et plusieurs fois manifesté son intention de ne pas rentrer dans son pays d'origine et le fait que son épouse avait refusé de signer l'accusé de réception d'un plan de vol prévu en août 2005 étaient des « indices concrets » qui permettaient d'admettre que le requérant voulait se soustraire à l'exécution du renvoi et de l'incarcérer conformément à la loi suisse. La Cour n'a pas partagé cet avis et estima que l'application du droit interne faite par les autorités nationales ne cadrait pas en l'espèce avec l'exigence d'une interprétation restrictive à laquelle est soumis l'article 5. En effet, il existait certes une décision de renvoi exécutoire mais le requérant a décliné son identité exacte ainsi que celle de son épouse dès son arrivée en Suisse; il avait déposé une carte d'identité et s'était toujours présenté aux convocations du Service cantonal de la population. Il avait quatre enfants à sa charge, tous

mineurs, et son épouse souffrait d'une maladie psychique. Il n'existait donc pas d'« indices concrets » permettant de supposer que le requérant entendait « se soustraire au refoulement ». Ainsi, les autorités nationales compétentes n'ont pas respecté les critères établis par l'article pertinent de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers. La détention du requérant n'est donc pas intervenue selon les voies légales (Jusic, précité, §§ 76 à 83).

Outre la conformité au droit interne, il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux « principes généraux énoncés ou impliqués par elle », ce qui inclut les principes généraux issus de la jurisprudence de la Cour. Sur ce point, la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Elle accorde en effet beaucoup d'importance à la qualité des normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire et pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (Baranowski, précité, §§ 50-52).

Cette exigence n'était par exemple pas remplie dans l'affaire Amuur c. France précitée (§ 50): le décret invoqué par le Gouvernement ne visait pas spécifiquement la situation des requérants qui avaient été maintenus dans la zone de transit de l'aéroport tandis que la circulaire, bien que visant cette situation, ne constituait que des instructions données par le ministre de l'Intérieur aux préfets (§ 53). La récente affaire M. et autres c. Bulgarie (n° 41416/08, 26 juillet 2011) est également intéressante. Le requérant, un ressortissant afghan, s'était vu retirer le permis de séjour pour motifs de sécurité nationale. Les autorités lui ont ensuite délivrer à dix-huit mois d'intervalles deux ordres successifs d'expulsion et de détention. La Cour considéra que bien que la privation de liberté de l'intéressé était fondée sur un acte juridique valable, l'existence de deux décisions de placement en détention différentes prises par deux autorités distinctes avait été source d'insécurité et l'incidence sur le plan juridique de l'existence de deux décisions n'était pas claire, situation incompatible avec le haut niveau de sécurité juridique requis en matière de privation de liberté.

Plusieurs problèmes de légalité sont posés également l'affaire A.A. c. Belgique (n° 3483/11, communiquée en janvier 2012). Les faits tels que présentés par le requérant se présentent comme suit : le requérant, un ressortissant somalien, arriva en Belgique sans passeport valable pour y introduire une demande d'asile. Ses empreintes digitales furent prélevées par les autorités belges à plusieurs reprises sans donner de résultat concluant. L'OE prit une décision de placement du requérant dans un lieu déterminé en raison de l'impossibilité de vérifier s'il avait introduit une demande d'asile dans un autre Etat membre de l'UE et du fait que le requérant « a intentionnellement manipulé ses doigts afin d'entraver la prise de ses empreintes ». Saisie en appel par le requérant, la chambre des mises en accusation de Bruxelles jugea que les juridictions bruxelloises n'étaient pas compétentes ratione loci pour statuer sur la mise en liberté du requérant au motif que le requérant s'était vu assigné à son arrivée une place au centre ouvert de Arendonk et que les bureaux de l'OE ne pouvaient pas être considérés comme le lieu où l'étranger a été « trouvé » au sens de l'article 71 de la loi sur les étrangers. Le requérant se pourvut en cassation et la Cour de cassation confirma l'interprétation donnée par la cour d'appel. Devant la Cour il se plaint, que la cour d'appel de Bruxelles a opéré un revirement de jurisprudence concernant sa compétence territoriale. Une question a donc été posée au Gouvernement sous l'angle de l'épuisement des voies de recours internes et sur le point de savoir si la jurisprudence était suffisamment claire et précise pour permettre au requérant de déterminer la juridiction territorialement compétente. Une autre question a été posée sur le respect des

« voies légales » étant donné que, selon le requérant, sa détention était irrégulière du fait que le motif invoqué par l'OE, selon lequel le requérant aurait manipulé ses doigts pour entraver la prise d'empreintes, ne peut justifier une privation de sa liberté au sens de cette disposition dès lors cette circonstance n'est qu'une hypothèse et n'a pas été vérifiée par les autorités par exemple au moyen d'un examen médical.

L'indication d'une mesure provisoire par la Cour en application de l'article 39 de son règlement n'a aucun effet sur la légalité de la détention. La Cour avait déjà clarifié cette question dans l'arrêt Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France (n° 25389/05, § 74, 26 avril 2007). Elle l'a récemment rappelé dans l'affaire S.P. c. Belgique (déc., 12572/08, 14 juin 2011). Le requérant, un ressortissant sri-lankais, était en Belgique en 2003. Toutes ses demandes d'asile et de régularisation avaient échoué. En février 2008, il fut placé en centre fermé en vue de son expulsion. En mars 2008, la Cour demanda, en vertu de l'article 39 de son règlement, la suspension de la procédure d'expulsion vers le Sri Lanka. Devant la Cour, il faisait valoir que la suspension de son expulsion en vertu de la mesure provisoire rendait impossible son éloignement effectif du territoire belge avec pour conséquence que sa détention n'était pas conforme au droit belge, article 76/4 de la loi sur les étrangers, et était donc illégale. La Cour estima que la circonstance que l'application d'une mesure provisoire empêchait temporairement la poursuite de la procédure d'expulsion à l'encontre du requérant ne rendait pas illégale sa détention, dans la mesure où d'une part, les autorités belges envisageaient toujours son expulsion et où la procédure, suspendue, était toujours « en cours » et, d'autre part, le requérant avait été libéré avant l'expiration du délai initial de détention prévu par la loi sur les étrangers et n'avait été maintenu en détention que onze jours après la prolongation de la mesure provisoire.

La Cour prit soin de préciser que le prolongement déraisonnable de la détention aurait pu avoir une incidence sur sa « légalité » (voir également Diallo c. Belgique, déc., n° 25068/10, 29 novembre 2011). On ne saurait toutefois en déduire, même sous cet angle, une obligation pour les autorités de libérer, après un certain temps, toute personne dont l'expulsion est suspendue, tout dépend des circonstances de la cause (le maintien en détention, malgré l'indication d'une mesure provisoire, du requérant qui constituait une menace pour la sécurité nationale n'a pas posé de problème dans Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine, n° 48205/09, 15 novembre 2011, § 51, non définitif).

Il convient enfin de noter que si une détention est « légale », il importe peu, aux fins de l'article 5 § 1 f), que l'ordre d'expulsion soit conforme au droit interne ou à la Convention. C'est pourquoi dans l'affaire Chahal précité § 112) par exemple, même si la Cour a conclu à la violation de l'article 3 en cas d'expulsion du requérant en Inde, sa détention de plus de six ans avant l'arrêt de la Cour a pu être considérée comme étant conforme à l'article 5 § 1 f).

III. Absence d'arbitraire

L'article 5 § 1 exige la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire (Gebremedhin [Gaberamadhien], précitée, § 74). Nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5 § 1, la notion d'« arbitraire » dans ce contexte allant au-delà du défaut de conformité avec le droit national. En conséquence, une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention (Mooren c. Allemagne [GC], no 11364/03, § 77, 9 juillet 2009).

Les paramètres que la Cour prend en considération pour déterminer si une détention est arbitraire ont été «cristallisés» sur le plan des principes par la Grande Chambre en 2008 dans l'affaire Saadi précitée (§ 74):

> « pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de pareille mesure de détention doit se faire de bonne foi ; elle doit aussi être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ; en outre, les lieu et conditions de détention doivent être appropriés ; enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi. »

Il est rare que le non-respect d'un seul de ces critères suffise pour amener la Cour à faire un constat d'arbitraire. Il s'agit le plus souvent d'une combinaison de plusieurs facteurs et l'identification du facteur qui a joué un rôle décisif est bien sûr tributaire de la lecture que l'on fait des arrêts. C'est en particulièrement vrai du dernier critère, la durée, qui n'est jamais envisagé isolément.

Une mesure privative de liberté prise sur le fondement de l'article 5 § 1 f) doit tout d'abord se faire de **bonne foi.** Le comportement de l'administration qui cherche par exemple à tromper les étrangers, même en situation illégale, pour les arrêter plus facilement n'est pas compatible à l'article 5 § 1 f). Dans l'affaire Čonka c. Belgique (no 51564/99, CEDH 2002-I; voir également Longa Yonkeu c. Lettonie, n° 57229/09, § 143, 15 novembre 2011, non définitif), les requérants, ressortissants slovaques d'origine tzigane, s'étaient vu refuser l'asile politique en Belgique et délivré un ordre de quitter le territoire. Avant l'expiration du délai d'exécution, la police les convoqua ainsi que des dizaines de familles tziganes slovaques. La convocation indiquait que la mesure avait pour but de compléter le dossier relatif à leur demande d'asile. Au commissariat, les requérants se virent remettre un nouvel ordre de quitter le territoire, accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et de privation de liberté à cette fin. La Cour considéra que:

> « (...) il y a tout lieu de croire que si la rédaction de la convocation en question était « malencontreuse », elle n'était pas pour autant le résultat d'une quelconque inadvertance, mais au contraire voulue comme telle, dans le but d'inciter le plus grand nombre de destinataires de la convocation à y donner suite. (...)

Il convient de rappeler ici que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition (...). De l'avis de la Cour, cette exigence doit se refléter également dans la fiabilité des communications telles que celles adressées aux requérants, que les intéressés se trouvent en séjour légal ou non. La Cour en déduit qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté.» (§§ 42 et 43)

Il n'en va pas de même quand la police use légitimement de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles (Adamov c. Suisse, n° 3072/06, 21 juin 2011, §§ 69 à 73).

On notera qu'une question a été posée au Gouvernement belge sur la bonne foi de ses autorités dans l'affaire Firoz Muneer c. Belgique (n° 56005/10, communiquée en janvier 2012). Les faits tels que présentés par le requérant se présentent comme suit : le requérant, un ressortissant afghan, dont la demande d'asile n'avait pas été examinée en application du règlement Dublin, avait fait l'objet d'une mesure de détention

initiale dont était assorti l'ordre de quitter le territoire et avait introduit une requête de mise en liberté. La chambre du conseil ordonna sa libération, ordonnance confirmée en appel par la chambre des mises en accusation. L'Etat se pourvut en cassation. La Cour de cassation cassa l'arrêt et renvoya la cause devant une chambre des mises autrement composée. Dans l'attente, considérant que le requérant pouvait à nouveau être rapatrié, l'OE prit une décision de prolongation de la détention. Finalement, la chambre des mises, autrement composée, constata que l'appel était devenu sans objet au motif qu'une décision de prolongation de la détention avait été adoptée entre-temps. Le requérant invoque également avoir été victime du fait que les autorités ont formé un pourvoi en cassation contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui ordonnait sa libération, aux seules fins, selon le requérant, de le garder en détention (voir également, à ce sujet, l'affaire Diallo Thierno c. Belgique, n° 56028/10, communiquée le 6 février 2012).

Une mesure de privation de liberté conforme à l'article 5 § 1 f) suppose qu'un lien étroit existe entre la détention et le motif de cette détention invoqué par les autorités Gouvernement. C'est sous cet angle que la Cour dispose de la plus grande marge pour « dépasser » ou plutôt, préciser, la jurisprudence Saadi en se prononçant sur la proportionnalité ou la nécessité d'une détention compte tenu de la qualité de l'intéressé ou de sa particulière vulnérabilité.

S'agissant de la première partie de l'article 5 § 1 f) et des personnes qui viennent d'entrer sur le territoire, la détention doit être étroitement liée au but consistant à les empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire. Cette condition était clairement remplie dans l'affaire Gebremedhin [Gaberamadhien] précitée (§ 74), la détention du requérant ayant duré le temps légal nécessaire aux vérifications requises en vue de donner accès au territoire français ainsi que dans l'affaire Saadi précitée où la détention du requérant visait à permettre aux autorités de statuer rapidement et efficacement sur sa demande d'asile dans le cadre d'un programme de traitement accéléré de nombreuses demandes d'asile (§ 77).

L'affaire Kanagaratnam c. Belgique (no 15297/09, § 94, 13 décembre 2011, non définitif) est, à ma connaissance, la première affaire dans laquelle la Cour émet un doute sur l'existence d'un lien entre le but consacré par le premier volet de l'article 5 § 1 f) et le maintien en détention à la suite d'une demande de protection à la frontière. Les requérants – une mère et ses trois enfants ressortissants sri-lankais d'origine tamoule – se présentèrent en janvier 2009 à la frontière belge, en provenance du Congo, et y introduisirent une demande d'asile et de protection subsidiaire. Les autorités prirent une décision de refus d'entrée avec refoulement et l'Office des étrangers les plaça dans le centre 127bis dans l'attente du traitement de leur demande d'asile. La détention initiale relevait du premier volet de l'article 5 § 1 f). L'asile leur fut refusé par le CGRA au motif que certaines des affirmations de la mère quant au risque dans son pays manquaient de crédibilité. Saisie par les requérants le 23 mars, la veille de leur rapatriement vers le Congo, la Cour décida de suspendre leur renvoi. La famille fut maintenue en détention et déposa une deuxième demande d'asile qui fut transmise au CGRA pour examen au fond le 25 mars dans l'attente de son refoulement. La famille fut finalement libérée sur décision de l'OE le 4 mai. La Cour s'exprima en ces termes:

> « Elle n'a a priori pas (...) d'objection à considérer que le placement de la requérante en détention corrélativement à l'ordre de quitter le territoire qui lui a été délivré « à la frontière » le 23 janvier 2009 entrait dans les circonstances envisagées par la jurisprudence relative à la première partie de l'article 5 § 1 f) telle que rappelée dans les principes généraux. En revanche, elle s'interroge, avec la requérante, sur la régularité du maintien de la détention après l'expiration du délai initial de deux

mois prévu par l'article 74/5, §1 2o de la loi sur les étrangers et ce, jusqu'au 4 mai 2009, alors qu'elle avait déposé une deuxième demande d'asile et que celle-ci avait été prise en considération et transmise pour un examen au fond au CGRA le 25 mars 2009. » (§ 94)

En ce qui concerne les personnes visées par le deuxième volet de l'article 5 § 1 f), c'est-à-dire qui se trouvent déjà sur le territoire, la Cour considère que seul le déroulement d'une procédure d'expulsion menée avec diligence peut justifier leur privation de liberté.

Une détention de plusieurs mois voire de plusieurs années peut être considérée comme étant conforme à l'article 5 § 1 f) si les autorités font preuve d'une volonté soutenue et de démarches concrètes en vue de mener à bien l'éloignement du territoire (Chahal précité, § 123, les circonstances exceptionnelles de la cause, les garanties contre l'arbitraire ainsi que la diligence des autorités ont permis à la Cour de conclure à la non violation de l'article 5 § 1 f). Dans l'affaire Kolompar c. Belgique (24 septembre 1992, §§ 37 à 43, série A no 235 C), un retard de deux ans et huit mois avant que le requérant ait pu être déporté n'a pas été jugé contraire à l'article 5 § 1 f) car il n'était pas attribuable aux autorités. Dans l'affaire Ntumba Kabongo c. Belgique (déc., n° 52467/99, 2 juin 2005), les autorités belges avaient procédé à cinq tentatives d'éloignement, sans contrainte physique, auxquelles la requérante s'était fermement opposée, en conséquence de quoi elle était restée plus de dix mois en centre fermé.

Les autorités ne font en revanche pas preuve d'une diligence particulière quand elles maintiennent un requérant en détention alors qu'elles n'ont aucune perspective réaliste de parvenir à l'expulser.

Ainsi dans l'affaire Mikolenko c. Estonie (n° 10664/05, §§ 64 à 68, 8 octobre 2009), la Cour a jugé irrégulière la détention pendant près de quatre ans d'un ancien officier de l'armée soviétique et russe qui servit en Estonie alors que celui-ci ne disposait pas de documents de voyage et que les autorités estoniennes s'étaient vite rendu compte que leurs tentatives pour obtenir de tels documents allaient échouer en l'absence de la coopération de l'intéressé.

Dans la même ligne, dans l'affaire A. et autres c. Royaume-Uni [GC] (n° 3455/05, §§ 167 et 171, 19 février 2009) ainsi que dans la récente affaire M.S. c. Belgique précitée (§ 155), la Cour a conclu que la détention de plusieurs requérants sortait des limites des alinéas a) à f) fixées par la jurisprudence de la Cour. Cette conclusion résultait de ce que les autorités britanniques et belges n'avaient pas de perspective réalisable d'expulser les requérants impliqués dans des affaires de terrorisme vers leur pays d'origine sans enfreindre leurs obligations au regard de l'article 3 de la Convention. Si les autorités avaient pu trouver un pays de destination où les intéressés n'auraient pas couru un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3, elles auraient pu légitimement faire valoir le paragraphe 1 f) de l'article 5 et la perspective réaliste de les expulser pour justifier de l'existence d'une procédure d'expulsion en cours. Toutefois, les Gouvernements défendeurs étaient en défaut de fournir des éléments montrant qu'à ce stade, des contacts diplomatiques aient été entrepris en ce sens avec des Etats tiers.

Sans que l'on puisse juger du poids exact accordé à la Cour à cet aspect, on notera la relation que la Cour a faite dans l'affaire R.U. c. Grèce (n° 2237/08, § 96, 7 juin 2011) entre, d'une part, la demande d'asile en cours d'examen du requérant et la protection subséquente contre le refoulement dont il bénéficiait en vertu de la Convention de Genève et du droit interne et, d'autre part, l'absence de lien entre la mise en détention du requérant et la possibilité de l'éloigner.

En revanche, aucun doute n'est permis dans l'affaire Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique (n° 10486/10, § 124, 20 décembre 2011, non définitif) quant à la prise en considération par la Cour de la particulière vulnérabilité de l'intéressée, atteinte par le VIH et dont l'état de santé s'était dégradé durant sa détention, et du caractère disproportionné de son maintien en détention encore sept semaines après que la Cour ait suspendu son expulsion vers le Cameroun:

> « la Cour observe que les autorités connaissaient l'identité exacte de la requérante, qu'elle résidait à une adresse fixe connue des autorités, qu'elle s'était toujours présentée aux convocations de l'OE et qu'elle avait entamé plusieurs démarches – déclaration de mariage et demande d'autorisation de séjour temporaire pour raisons médicales – en vue de régulariser sa situation. Elle rappelle aussi que la requérante était atteinte par le VIH, que son état de santé s'était dégradé durant sa détention et que, si elle avait été libérée, elle aurait été dépendante de l'aide médicale d'urgence qu'elle avait obtenue en décembre 2009. Malgré cette situation, les autorités n'ont pas envisagé une mesure moins sévère, telle que l'autorisation de séjour temporaire, pour sauvegarder l'intérêt public de la détention et éviter de maintenir en détention la requérante pendant sept semaines supplémentaires.»

Le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés. L'affirmation selon laquelle un lien doit exister entre le motif invoqué pour la privation autorisée et le lieu et le régime de détention est tirée d'une affaire d'internement psychiatrique (article 5 § 1 e), Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, § 46, Recueil 1998-V). La Cour l'affirma, dans son principe, en matière d'immigration dans l'affaire Saadi précitée et l'a appliquée à plusieurs reprises pour condamner la détention de mineurs étrangers, accompagnés ou non.

Dans l'arrêt Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique (n° 13178/03, 13 octobre 2006), la Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 1 f) dans le chef de l'enfant requérante, au motif que cette dernière a été détenue dans un centre fermé conçu pour des adultes étrangers en séjour illégal dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, lesquelles n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée. Ainsi, le système juridique belge en vigueur à l'époque et appliqué dans l'affaire n'avait pas garanti de manière suffisante le droit de l'enfant requérant à sa liberté.

Dans deux arrêts postérieurs concernant des détentions de mineurs , cette fois accompagnés, dans le même centre 127bis (Muskhadzhiyeva précité, § 75 et Kanagaratnam précité, § 88), la Cour parvint au même constat de violation, considérant que la circonstance que les enfants requérants étaient accompagnés par leur mère n'était pas une raison de se départir de cette conclusion (même conclusion à propos de la rétention administrative d'une famille de ressortissants kazakhstanais dans l'affaire Popov c. France, nos 39472/07 et 39474/07, §§ 119 à 121, 13 décembre 2011).

Dans ce domaine, on constatera enfin un développement jurisprudentiel intéressant dans l'affaire Rahimi c. Grèce (no 8687/08, 5 avril 2011) qui concernait la détention d'un mineur non accompagné qui avait fui l'Afghanistan et avait été placé dans le centre de Pagani dans l'attente d'une décision d'expulsion à son encontre. Ce n'est en effet pas tant sur le caractère inadapté du lieu, au sujet duquel la Cour ne manqua pas de rappeler les défaillances si grandes qu'elles portaient « atteinte à l'intégrité humaine » (§ 110), que la Cour fonda le constat de violation que sur la qualité de mineur non accompagné du requérant. Dans cette affaire, la Cour condamna le principe même de la privation de liberté d'un requérant mineur contre lequel une procédure d'expulsion était en cours, en ces termes:

« (...) la durée de la détention du requérant, à savoir deux jours, ne saurait en principe être considérée comme déraisonnable afin d'atteindre le but poursuivi.

Il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, la décision de la mise en détention du requérant apparaît comme le résultat de l'application automatique (...) de la loi (...), sans que sa situation particulière de mineur non accompagné soit examinée. (...)

Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant les autorités nationales ne se sont aucunement penchées sur la question de son intérêt supérieur en tant que mineur. De plus, elles n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention.»

La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme?

Anne Weber

Beknopte biografie

Anne Weber, *is juridisch adviseur in het bureau van de Commissaris voor Mensenrechten van de Raad van Europa, en was voordien juridisch assistent in de UNHCR-vertegenwoordiging bij de Europese instellingen.*

Zij studeerde af in de rechten aan de Universiteit van Straatsburg in 1999. In 2006 werkte ze een doctoraat af over de buitengerechtelijke controlemechanismen op mensenrechten aan de universiteiten van Straatsburg en Genève. De laatste jaren was zij docerend assistent aan de Robert Schuman Universiteit in Straatsburg en voor het Europese Masterprogramma in mensenrechten en democratisering in Venetië. Zij was onderzoeker aan de universiteit van New York en werkte als wetenschappelijk medewerker voor het Internationaal Instituut voor de Mensenrechten en ook als post-doctoraal medewerker aan het Max Planck Instituut voor Vergelijkend Publiekrecht en Internationaal Recht in Heidelberg. Haar onderzoeksinteresses omvatten beschermingssystemen voor mensenrechten, asiel en migratie en 'hate speech'.

Biographie sommaire

Anne Weber *est conseillère juridique du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Auparavant, elle fut assistante juridique à la représentation UNHCR auprès des institutions européennes.*

Elle a terminé ses études de droit en 1999 à l'université de Strasbourg. En 2006, elle a terminé son doctorat sur les mécanismes de contrôle non judiciaires des droits de l'homme à l'université de Strasbourg et de Genève. Ces dernières années elle a été chargée de cours à l'université Robert Schuman à Strasbourg et pour le programme de Master européen en droits de l'homme et démocratisation à Vénise. Elle a été chercheuse à l'université de New York et a travaillé en tant que collaboratrice scientifique pour l'Institut International des Droits de l'Homme et comme collaboratrice postdoctorale à l'institut Max Planck pour le Droit Public comparé et pour le Droit International à Heidelberg. Dans ses recherches, elle s'est intéressée aux systèmes de protection des droits de l'homme, à l'asile et la migration et 'discours haineux'.

I. Introduction

Le Commissaire aux droits l'homme du Conseil de l'Europe (ci-après le Commissaire) a publié le 29 septembre 2008 un Point de vue dans lequel il fait part de ses préoccupations à l'égard de la tendance à la criminalisation de l'entrée et de la présence irrégulières des migrants en Europe, présentée comme l'un des volets de la politique de gestion des migrations. « Une telle méthode de maîtrise des déplacements internationaux porte atteinte aux principes établis du droit international. Elle est aussi à l'origine de nombreuses tragédies humaines sans pour autant atteindre sa finalité qui est de maîtriser réellement l'immigration »[1], y déclarait-il.

Le présent document thématique s'inscrit dans la continuité des préoccupations du Commissaire, en étudiant systématiquement les questions relatives aux droits de l'homme que soulève le phénomène de la criminalisation, par les États membres du Conseil de l'Europe, du franchissement des frontières par les migrants et de leur présence sur le territoire d'un État.

II. Vue d'ensemble des réactions internationales face à la tendance à la criminalisation des migrations

Le recours à des sanctions pénales ou à des sanctions administratives qui équivalent à des sanctions pénales (comme la rétention administrative) en matière de contrôle des frontières et de maîtrise de l'immigration est devenu depuis quelque temps une source de préoccupation supplémentaire[2]. Les universitaires, les organisations non-gouvernementales et les organisations internationales ont contesté le bien-fondé des conséquences de ce durcissement, pour les réfugiés, d'un franchissement des frontières européennes, assorti de sanctions pénales[3]. En juillet 2008, dix experts indépendants des procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ont émis des critiques au sujet de la directive européenne sur le retour de migrants irréguliers, notamment parce qu'elle associait maîtrise de l'immigration et sanction pénale. Ils ont ainsi déclaré que « les immigrés en situation irrégulière ne sont pas des criminels. Ils ne devraient pas, en principe, faire l'objet de la moindre mesure de détention. Les États membres ont l'obligation de réfléchir à la mise en place d'alternatives à la détention: cette dernière doit en effet être la plus courte possible »[4]. S'agissant plus généralement du traitement des étrangers placés en détention, le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) du Conseil de l'Europe soulevait dès 2009 un certain nombre de questions au sujet des pratiques en vigueur en Finlande, aux Pays-Bas et au Portugal. Le Comité avait fait part à sept reprises en 2008 de ses préoccupations au sujet du traitement réservé aux ressortissants étrangers et s'était notamment montré extrêmement critique dans un rapport consacré aux centres de rétention en Grèce. Le recours parallèle aux sanctions pénales infligées aux personnes physiques et morales qui s'engagent en faveur de personnes en situation incertaine ou irrégulière est une autre source de grande inquiétude.

---

[1] http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/080929_FR.asp?.

[2] M Lee, « Human Trade and the criminalisation of irregular migration », International Journal of the Sociology of Law 33 (2005) 1 – 15. E. Guild & P. Minderhoud Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member states on Trafficking and Smuggling in Human Beings, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006. R Cholewinski, « The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy' in A Baldaccini », E Guild & H Toner, Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy, Hart, Oxford, 2007 p. 301 – 336.

[3] Oxfam, Foreign territory : the internationalisation of EU asylum policy, Oxfam, Oxford, 2005 ; R Cholewinski, Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005 ; Médecins sans Frontières, Not Criminals: Médecins sans Frontières Exposes Conditions for Undocumented Migrants and Asylum Seekers in Maltese Detention Centres, avril 2009 ; S. Palidda, Criminalisation and Victimization of Migrants in Europe, Université de Gênes, 2009.

[4] http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/227C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument.

Cette question a trait aux conséquences de deux domaines assez distincts du droit – le droit pénal et le droit administratif en matière de frontières, d'immigration et d'asile – et à la manière dont ils s'entremêlent. L'un des principaux défis à relever à propos de cette interconnexion est l'engagement pris par les États de respecter leurs obligations relatives aux droits de l'homme et leur capacité à le faire. L'adoption de dispositions pénales qui incriminent uniquement les actes commis par des ressortissants étrangers ou à leur égard présente d'importants enjeux sur le plan des normes relatives aux droits de l'homme, à commencer par le principe fondamental de la non-discrimination. Bien que la discrimination en raison de la nationalité fonde le contrôle des personnes aux frontières – l'entrée du territoire est autorisée pour certaines personnes, c'est-à-dire pour les ressortissants des États concernés, mais interdite à d'autres, c'est-à-dire aux ressortissants étrangers – le traitement des ressortissants étrangers aux frontières n'échappe pas aux dispositions applicables en matière de droits de l'homme. Le traitement des personnes à l'intérieur des frontières matérielles de l'État, où s'exerce le contrôle des agents publics, est d'ailleurs lui aussi soumis aux obligations faites à l'État en matière de droits de l'homme[5]. La discrimination en raison de la nationalité dans des domaines sans rapport avec le franchissement des frontières peut être contraire aux principes énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière[6]. Les obligations relatives aux droits de l'homme prévues par les États dans leurs dispositions constitutionnelles ne sauraient être uniquement applicables à leurs propres ressortissants.

III. Le droit pénal et l'incidence de son application au domaine des migrations

a. Le droit pénal et les victimes

Dans les sociétés démocratiques, le droit pénal occupe une place très différente de celle du droit administratif. Il est en effet destiné à sanctionner les personnes qui causent un préjudice à autrui ou à la société dans son ensemble. Le droit pénal se subdivise en deux branches très distinctes l'une de l'autre: (a) l'incrimination d'actes commis à l'encontre des personnes qui en sont les victimes et (b) les infractions sans victimes concrètes, commises plutôt à l'encontre de la société en général. Dans les démocraties libérales, l'opinion publique se soucie davantage des infractions commises à l'encontre des personnes et y est plus attentive. La mission à l'évidence la plus légitime de la justice répressive consiste à sanctionner les auteurs d'actes préjudiciables à autrui. Les infractions qui portent atteinte à l'intérêt général défini par l'État ont tendance à être davantage contestées. Ainsi, l'attitude à l'égard de la consommation de drogue varie considérablement d'un État membre de l'Union européenne à un autre, car il n'existe aucun consensus au sein de la population et des gouvernements qui la représentent sur l'incrimination de la consommation, compte tenu de l'absence de victimes ou du fait que la seule victime éventuelle est précisément la personne qui choisit de consommer cette drogue. Les infractions liées au franchissement des frontières ne font pas davantage de victimes. Si l'on laisse de côté la question de la traite des êtres humains, le franchissement illégal des frontières ou le séjour irrégulier sur le territoire au-delà de la période autorisée ne nuit pas à une personne

---

[5] Par exemple les actes des agents chargés de l'octroi des visas et des agents consulaires des pays d'origine des intéressés, pour ne citer qu'eux. Voir également E Guild, Security and European Human Rights: protecting individual rights in times of exception and military action, Wolf, Nimègue, 2006.
[6] Voir, par exemple, Gaygusuz c. Autriche, arrêt du 16 septembre 1996,; Koua Poirrez c. France, arrêt du 30 septembre 2003 ; voir également le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) des Nations Unies, Recommandation générale XXXI sur la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, 2005, disponible sur www.ohchr.org.

précise. Si tant est que cet acte soit préjudiciable, il porte uniquement atteinte à l'intégrité des frontières nationales et à la législation relative à la maîtrise de l'immigration.

b. Incidence de la terminologie de la criminalisation

Avant d'aborder les points précis qui sont autant de sujets de préoccupation, il importe de faire un état des lieux de la terminologie employée. La plupart des organisations internationales, dont le Conseil de l'Europe[7], et des organisations non gouvernementales utilisent une terminologie assez neutre lorsqu'elles évoquent les ressortissants étrangers dont la présence sur le territoire national n'a pas été ou n'est plus autorisée par les pouvoirs publics. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souligné l'importance des termes employés dans sa Résolution 1509(2006) : « L'Assemblée préfère l'expression « migrants en situation irrégulière » à d'autres comme « migrants illégaux » ou « migrants sans papiers ». Cette expression est en effet plus neutre et, contrairement au terme « illégal », n'a rien de stigmatisant. Elle est aussi l'expression que privilégient de plus en plus d'organisations internationales qui traitent des questions de migration ». L'ensemble des institutions de l'Union européenne et des gouvernements des Etats membres parlent néanmoins d'« immigrés illégaux » et d'« immigration illégale » à ce sujet[8].

Cette terminologie est malheureusement appliquée à des situations où les intéressés n'ont pas même approché le territoire des Etats membres de l'Union européenne et où rien, à ce stade, ne permet aux agents de l'UE de savoir s'ils en sont ressortissants ou non[9]. L'emploi de l'expression « immigré illégal » ou « immigration illégale » est erroné, puisque ces personnes n'ont pas nécessairement commis une infraction pénale au regard de la législation d'un État membre; le terme d'immigration n'est pas davantage légitime lorsque l'intéressé est un ressortissant du pays dans lequel il vit et peut envisager ou non de voyager à l'étranger.

Le choix de la terminologie est primordial pour l'image que les autorités concernées donnent de ces situations à leur population et au reste du monde. La qualité d'immigré demeure associée, en fonction de l'emploi d'une terminologie, à des actes illicites au regard du droit pénal. Tout immigré devient suspect. La notion d'immigration illégale a pour effet de rendre suspectes aux yeux de la population (et notamment aux yeux des agents publics) les personnes qui franchissent les frontières internationales. Ce soupçon est associé au droit pénal, c'est-à-dire à ce qui détermine la ligne de partage entre légalité et illégalité. D'autres organisations internationales et gouvernements ont choisi de parler de migrants sans papiers et de migration de sans-papiers ou de migrants en situation irrégulière et d'immigration irrégulière. Ce choix politique des termes utilisés attire l'attention sur le rapport de l'intéressé avec l'un des dispositifs prévus par l'État pour prouver ou régulariser un statut, au lieu d'évoquer les services de police et la justice répressive.

---

[7] Par exemple la Recommandation 1755 (2006) sur les droits fondamentaux des migrants irréguliers de l'Assemblée parlementaire.

[8] Voir, par exemple, la décision du Conseil « Justice et affaires intérieures » (JAI) des 27-28 avril 2006 d'intensifier les vols conjoints pour l'expulsion des résidents en situation illégale, document du Conseil 11185/06; ou la réunion du Groupe de travail des hauts fonctionnaires et experts de Grèce, du Pakistan, de Turquie et d'Iran relatif à la lutte contre la traite des immigrés en situation illégale et la traite des êtres humains, qui s'est tenue à Islamabad les 5 et 6 septembre 2006, document du Conseil 16872/06. Pour le Parlement européen, citons par exemple le document n° RSP/2008/2562 « Immigration clandestine. Action extérieure de l'UE et Frontex » ; le document de la Commission européenne « Développement d'une politique commune relative à l'immigration illégale, la contrebande et le trafic d'êtres humains, les frontières extérieures et le retour de résidents illégaux. Troisième rapport annuel » SEC (2009) 320 final.

[9] Voir, par exemple, le document de la Commission européenne « Développement d'une politique commune relative à l'immigration illégale, la contrebande et le trafic d'êtres humains, les frontières extérieures et le retour de résidents illégaux. Troisième rapport annuel » SEC (2009) 320 final, qui envisage l'immigration illégale comme un phénomène qui s'étend au-delà de l'ensemble des frontières de l'UE.

IV. Le droit européen des migrations et le développement de la politique d'incrimination

a. Le franchissement des frontières extérieures

Le franchissement des frontières extérieures des États membres du Conseil de l'Europe est régi par le droit national, tel que modifié par les obligations imposées par l'UE et les droits de l'homme. Les États sont tenus d'admettre leurs propres ressortissants. Cette obligation découle de l'article 3(2) du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[10]. L'adhésion à l'UE impose aux États d'admettre les ressortissants de tout autre État membre (et les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité) pendant trois mois et sans formalités, à moins qu'un refus puisse se justifier pour des raisons d'ordre public, de sûreté publique ou de santé publique[11]. Les ressortissants d'autres États peuvent être autorisés ou non à entrer sur le territoire, conformément au droit interne ou au droit de l'UE, en fonction des dispositions applicables. Dans les États membres de l'UE qui font partie de l'espace de libre circulation de Schengen (c'est-à-dire d'un espace dépourvu de contrôle interne de la circulation des personnes)[12], tout ressortissant d'un pays tiers (c'est-à-dire qui n'est pas ressortissant de l'un des États qui en font partie) en possession d'un document dont l'État émetteur a signalé à la Commission européenne la validité aux fins de circulation est autorisé à circuler pendant trois mois sur le territoire de ces États[13].

L'entrée irrégulière sur le territoire et l'intéressé

Les étrangers qui font l'objet d'un contrôle d'immigration et franchissent les frontières extérieures pour entrer sur le territoire des États européens sans respecter la législation nationale en la matière sont bien souvent passibles de sanctions administratives. C'est par exemple le cas depuis longtemps au Royaume-Uni, où « l'entrée illégale » sur le territoire désigne à la fois l'entrée clandestine destinée à éviter tout contrôle des services d'immigration et l'entrée obtenue en trompant un agent des services d'immigration qui, s'il avait eu pleinement connaissance des faits, ne l'aurait pas autorisée. L'entrée irrégulière est par ailleurs une infraction pénale passible d'une amende, d'une peine d'emprisonnement maximale de six mois et d'une expulsion[14]. En Allemagne, l'entrée (et la résidence) irrégulière est une infraction pénale[15]. Sa forme la moins grave est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une amende assortie d'une expulsion. Le droit grec en matière d'immigration prévoit des sanctions pénales identiques en cas d'entrée irrégulière sur le territoire[16]. En 2008, le droit italien a été modifié pour faire de la situation irrégulière d'un ressortissant étranger auteur d'une infraction pénale une circonstance aggravante aux fins de condamnation à une peine. En outre, la location d'un logement à des migrants en situation irrégulière est désormais une infraction pénale passible d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement[17]. L'entrée irrégulière sur le territoire italien est devenue en 2009 une infraction pénale passible d'une amende.

---

[10] « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».
[11] Article 18 CE et Directive 2004/38 ; ce droit est également étendu aux membres de la famille d'un citoyen qui l'exerce, lorsque ceux-ci sont ressortissants d'un pays tiers.
[12] C'est-à-dire tous les États membres à l'exception de la Bulgarie, de Chypre et de la Roumanie, qui n'ont pas encore été autorisés à en faire partie, ainsi que de l'Irlande et du Royaume-Uni, qui ont choisi de rester en dehors de cet espace. L'Islande, la Norvège et la Suisse font également partie de l'espace de libre circulation de Schengen.
[13] Voir la liste des permis de séjour sur le site Web de la Commission européenne: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/freetravel/rights/doc_freetravel_rights_en.htm Elle comprenait jusqu'au 30 octobre 2007 les reçus spéciaux des bureaux de poste italiens. Des exceptions sont prévues pour des motifs d'ordre public et de sécurité.
[14] Article 24 de la loi relative à l'immigration de 1971, telle que modifiée par la loi relative au droit d'asile et à l'immigration de 1996.
[15] §94 AufenthG.
[16] Article 83 de la loi relative à l'immigration n° 3386/2005.
[17] Voir la partie III du rapport du Commissaire du 16 avril 2009, CommDH(2009)16.

L'entrée irrégulière sur le territoire et les tiers

Les activités illicites exercées dans le reste du monde ont poussé certains États membres à adopter des dispositions pénales relatives à l'entrée irrégulière sur le territoire et au fait de prêter assistance à ces activités. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000) et les protocoles qui s'y rapportent (habituellement baptisés Protocoles de Palerme) comprennent le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air et le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Les Protocoles invitent à sanctionner les personnes qui aident les ressortissants étrangers à franchir les frontières sans autorisation; le Protocole contre le trafic illicite impose aux pays signataires de prendre des mesures lorsque ces activités sont exercées à but lucratif et le Protocole sur la traite des personnes exige expressément que des sanctions soient infligées en cas d'exploitation sous diverses formes. La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005) prévoit également l'incrimination de la traite des êtres humains, du recours aux services d'une victime et des actes relatifs aux documents de voyage ou aux pièces d'identité. Il convient de noter qu'aucune de ces conventions internationales ne comporte de disposition relative à l'incrimination de l'entrée irrégulière sur le territoire d'un État Partie des migrants victimes de la traite des êtres humains. L'article 5 du Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants, notamment, proscrit expressément l'engagement de la responsabilité pénale des migrants pour des actes en rapport avec leur entrée sur le territoire d'un État donné dans le cadre d'un trafic[18].

Le fait de prêter assistance à l'entrée irrégulière et au trafic des ressortissants étrangers est habituellement constitutif d'une infraction pénale. Celle-ci peut être commise par des ressortissants nationaux ou étrangers, mais uniquement à l'égard d'un ressortissant étranger qui ne possède pas de titre d'entrée sur le territoire de l'État concerné. En Allemagne, par exemple, l'infraction de trafic de personnes a été modifiée en profondeur pour sévir contre les auteurs de tels actes en 1992 et 1994[19]. Le 13 mai 2009, la Chambre basse italienne a adopté une loi qui vise à mettre un frein aux embarcations affrétées par les réseaux de passeurs[20]. Elle a pour effet d'incriminer les propriétaires ou capitaines des embarcations qui transportent jusqu'en Italie des ressortissants étrangers sans papiers[21]. Le train de mesures sécuritaires adopté en Italie pose globalement problème sur plusieurs points délicats en matière de criminalisation des ressortissants étrangers[22].

---

[18] En 2003, le Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a formulé la recommandation suivante : « les demandeurs d'asile et les réfugiés interceptés ne devraient pas pouvoir être traduits en justice en vertu du Protocole contre le trafic illicite du fait d'avoir été l'objet d'une conduite consignée dans l'article 6 du Protocole et toute personne interceptée ne devrait pas encourir de sanction pour entrée ou présence illégale sur le territoire d'un Etat dans les cas où les termes de l'article 31 de la Convention de 1951 sont respectés » (Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception, 10 octobre 2003, n° 97 (LIV) - 2003, paragraphe (a) vi).

[19] §§96, 97 AufendthG. Voir K. Ziegler « The Legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: victims protection emerging from witness protection? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 69-111.

[20] http://www.guardian.co.uk/world/2009/may/13/italy-illegal-migration-bill-berlusconi/print.

[21] En août 2007 les autorités italiennes ont arrêté et accusé sept pêcheurs tunisiens d'avoir favorisé l'immigration irrégulière pour avoir sauvé 44 immigrants en mer et les avoir conduit en Italie. Ils ont été acquittés en novembre 2009 par un tribunal d'Agrigente, en Sicile.

[22] M. Merlino, The Italian (In)Security Package: Security vs Rule of Law and Fundamental Rights in the EU CEPS, Bruxelles 2009 ; Mémorandum par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie, les 19-20 juin 2008, Strasbourg, 28 juillet 2008, et Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009, Strasbourg,16 avril 2009.

Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait pris soin d'affirmer le droit des États à maîtriser leurs frontières, les mesures prises par eux au sujet des frontières peuvent bien souvent avoir une incidence sur les droits de l'homme. En premier lieu, l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH reconnaît à toute personne la liberté de quitter un pays, y compris le sien[23]. Il n'existe aucun droit d'entrée sur le territoire d'un autre pays, mais lorsque les États membres s'associent pour empêcher leurs ressortissants nationaux de quitter leur pays d'origine (ou leur lieu de résidence actuel), ou incitent les pays tiers à y faire obstacle, par crainte que les intéressés puissent devenir immigrés « illégaux » dans un autre État européen, la responsabilité de ces mêmes États peut sans aucun doute être engagée au titre de cette disposition. En outre, les modalités des contrôles aux frontières peuvent être soumises à une obligation de non-discrimination à l'égard des ressortissants étrangers, à moins que celle-ci ne soit justifiée. Le Protocole n° 12 à la CEDH interdit aux États membres de prendre des mesures discriminatoires fondées sur des motifs qu'il énonce[24].

En deuxième lieu, les critères permettant de refuser à une personne l'accès à un pays ou l'entrée sur un territoire peuvent poser problème au regard de l'article 3 CEDH, qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Troisièmement, lorsqu'une personne se présente en situation irrégulière à l'entrée d'un territoire pour échapper à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le fait de la traiter comme un délinquant peut être contraire à l'article 3 CEDH. S'agissant des réfugiés, la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (1951) et son protocole de 1967 prévoient expressément à l'article 31(1) que « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...], entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation ». Quatrièmement, le fait qu'une personne ne soit pas entrée de manière régulière sur le territoire d'un État n'interdit pas que sa vie familiale puisse empêcher son expulsion. Dans une affaire concernant les Pays-Bas, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que la vie familiale d'une ressortissante étrangère entrée clandestinement sur le territoire avait plus de poids que l'intérêt que représentait pour l'État sa demande d'expulsion[25]. Cinquièmement, la criminalisation des activités exercées par les personnes qui prêtent assistance à l'entrée de ressortissants étrangers sur le territoire peut avoir des répercussions en matière de droits de l'homme. Ainsi, une juridiction britannique a estimé que l'amende automatiquement infligée à un chauffeur routier pour avoir transporté des personnes auxquelles l'entrée sur le territoire avait été refusée était contraire au respect de la vie privée de l'intéressé, consacré par l'article 8 CEDH[26]. Sixièmement, toute accusation pour des faits liés ou non au franchissement des frontières doit respecter le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 CEDH.

b. Le séjour et l'emploi des immigrés

Si on laisse de côté la question de l'entrée sur le territoire, on assiste dans un autre domaine à une criminalisation accrue de l'immigration: la présence de ressortissants étrangers sur le territoire et l'exercice

---

[23] La Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le refus de délivrer un passeport à un citoyen constituait une violation de l'article 2 du Protocole n° 4, Sissanis c. Roumanie, arrêt du 25 janvier 2007.
[24] R. Cholewinski, Borders and Discrimination in the European Union, ILPA, Londres, 2002.
[25] Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Pays-Bas, arrêt du,31 janvier 2006.
[26] International Transport Roth GmbH & Ors v Secretary of State For the Home Department [2002] EWCA Civ 158.

par eux d'une activité économique. C'est le cas des ressortissants étrangers entrés légalement sur le territoire, mais qui y demeurent après l'expiration de leur permis de séjour ou qui exercent une activité qui leur est interdite par la législation nationale, notamment une activité professionnelle. Les États incriminent de plus en plus le séjour permanent sur leur territoire ; il constitue bien souvent une infraction pénale qui perdure. Il s'avère, en pratique, que les États membres continuent à recourir à des mesures de droit administratif tant que rien ne fait obstacle à l'expulsion de l'intéressé, alors même qu'ils disposent de sanctions pénales lorsque le séjour excède la durée prévue.

Ceux qui prêtent assistance aux ressortissants étrangers en situation irrégulière sont également passibles de sanctions pénales. Le cas de Jennifer Chary, en France, en est l'illustration. En avril 2009, elle avait été accusée d'avoir prêté aide et assistance à un homme en situation irrégulière sur le territoire français, qu'elle s'apprêtait à épouser. Le couple vivait ensemble depuis plus de cinq mois et avait été interrogé à l'occasion de sa demande de mariage. Son fiancé avait alors été expulsé de France au vu de sa situation irrégulière et Jennifer Chary avait été accusée d'un délit passible d'une peine de cinq années d'emprisonnement et de 30 000 EUR d'amende. Suite aux remous considérables provoqués par cette affaire, le procureur avait décidé d'abandonner les charges retenues contre elle[27]. En Italie, une proposition d'amendement du train de mesures sécuritaires avait tenté de supprimer l'impunité de poursuites dont jouissent les médecins qui traitent des patients en situation irrégulière[28]. Les entreprises qui emploient des ressortissants étrangers non titulaires d'un permis de séjour font également l'objet d'une criminalisation. Alors que de nombreux États membres infligent des amendes aux sociétés qui ne vérifient pas les titres de résidence de leurs employés, ils y ajoutent de plus en plus fréquemment des sanctions pénales et des sanctions qui ont des conséquences pénales. Ces dispositions légales sont bien souvent mises en place à l'occasion de la prise de mesures de lutte contre la traite des êtres humains[29]. Le Royaume-Uni a récemment inscrit sur son site Web les noms de toutes les entreprises auxquelles une amende administrative a été infligée parce qu'elles avaient employé des personnes en situation irrégulière sur le territoire britannique[30]. Il est très surprenant de constater que les noms de l'immense majorité des entreprises sanctionnées indiquent l'appartenance à une minorité ethnique de leurs propriétaires.

Les enjeux en matière de droits de l'homme

Le droit à la jouissance effective des droits de l'homme ne repose pas sur l'autorisation donnée par les pouvoirs publics d'un État à une personne d'être présente sur son territoire. Comme le proclame l'article 1 CEDH, il est accordé à toute personne relevant de la juridiction des États membres du Conseil de l'Europe; il ne se limite pas aux personnes dont l'État a autorisé la présence sur son territoire, mais s'applique, exactement comme le prévoit le libellé de cette disposition, à toute personne. Deux droits de l'homme ont ici une importance particulière: le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 CEDH, et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacré par l'article 3 CEDH.

---

[27] http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/05/11/renvoi-du-proces-d-une-francaise-poursuivie-pour-aide-au-sejour-irregulier-de-sonconcubin_1191708_3224.html.
[28] Voir la proposition d'amendement du décret-loi 286/1998, déposée par la Ligue du Nord et retirée le 27 avril 2009. L'immigration et le séjour irréguliers sont toujours incriminés au titre de l'article 10bis du projet de loi 2180.
[29] B. Pieters « Dutch Criminal and Administrative Law Concerning Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Blurred Legal Position of Smuggled and trafficked Persons: Victims, Instigators or Illegals? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 201 – 239.
[30] http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/employersandsponsors/listemployerspenalties/

S'agissant du premier, la présence irrégulière d'une personne sur le territoire d'un État constitue uniquement l'un des éléments qui permettent d'apprécier si sa vie privée et familiale oblige l'État concerné à lui accorder un permis de séjour[31]. La criminalisation de la présence d'un ressortissant étranger sur le territoire d'un État n'exonère pas ce dernier de son obligation de veiller à ce que toute personne jouisse de son droit au respect de sa vie privée et familiale. S'agissant du second, l'article 3 CEDH impose aux États de veiller à ce que nul ne soit soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains et dégradants. Le traitement réservé à une personne par suite de sa classification dans la catégorie des délinquants éventuels (ou des condamnés) doit respecter les exigences de l'article 3, indépendamment de la situation de l'intéressé sur le plan de l'immigration[32]. Le refus, notamment, de nourrir ou d'assurer l'hébergement et le traitement médical d'une personne peut être contraire à l'article 3 de la Convention, dans la mesure où il risque de réduire l'intéressé à une situation inhumaine et/ou dégradante[33].

Les tiers, y compris les membres de la famille de l'intéressé, dont Jennifer Chary espérait faire partie, sont également fondés à invoquer l'article 8 CEDH pour protéger leur vie familiale. L'affaire la plus célèbre en la matière, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme avait fixé un seuil de l'expulsion des ressortissants étrangers, porte sur des faits similaires à ceux de l'affaire Chary, si ce n'est que la requérante et son compagnon étaient cette fois parvenus à se marier et donc à mener une vie familiale[34]. On peut s'interroger sur la compatibilité avec le droit au mariage, consacré par l'article 12 CEDH, de la mesure d'expulsion appliquée par l'administration française à l'encontre du concubin de Jennifer Chary à la veille de leur mariage, qui avait empêché qu'il ait lieu en France (mais pas au Maroc, où ils s'étaient par la suite mariés). Les entreprises peuvent être titulaires d'un droit à l'octroi d'un permis de travail pour leurs employés et ont sans aucun doute droit à un procès équitable au titre de l'article 6 CEDH lors de l'examen de leur demande[35]. Elles ont également droit au respect de la confidentialité, au titre de l'article 8 CEDH. La publication de leurs noms et de précisions au sujet des amendes qui leur ont été infligées eu égard au statut de leurs employés peut ainsi porter atteinte à ce droit[36].

---

[31] D. Thym « Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay? » International and Comparative Law Quarterly Vol 57, n° 1, janvier 2008, p. 87-112.
[32] Slawomir Musial c. Pologne, requête n° 28300/06.
[33] R v Secretary of State for the Home Department ex p Adam, Limbuela and Tesema [2005] UKHL 66.
[34] Boultif c. Suisse, arrêt du 2 août 2001.
[35] Jurisic & Collegium Mehrerau c. Autriche, arrêt du 27 juillet 2006.
[36] À l'occasion de l'adoption par l'UE d'une mesure relative aux sanctions infligées pour l'emploi de personnes en situation irrégulière sur le territoire d'un État membre, que nous évoquerons brièvement plus loin, le gouvernement allemand a joint à ces observations la déclaration suivante: « s'agissant de la publication à la fois de la décision de justice, prévue à l'article 10(2), et de la liste des employeurs jugés responsables de cette situation, prévue à l'article 12(2) de la présente directive, l'Allemagne souhaite attirer l'attention sur les effets de l'article 6(2) du traité sur l'Union européenne [obligation de protéger les droits fondamentaux] sur les institutions et les États membres lorsqu'ils transposeront cette directive en droit interne ».

c. L'asile

La criminalisation des personnes recherchant une protection internationale est un sujet de grande préoccupation en Europe[37]. Elle prend la forme des diverses mesures qui rendent l'accès des réfugiés au territoire européen extrêmement difficile, comme les obligations de visa, les sanctions infligées aux transporteurs, les interdictions imposées en mer, les sanctions pénales dont est passible l'usage de faux documents ou d'autres encore. En deuxième lieu, lorsque les demandeurs d'asile parviennent à arriver en Europe, ils se heurtent souvent à des sanctions pénales supplémentaires: l'engagement de poursuites pour la manière dont ils sont entrées sur le territoire, l'interdiction de travail et l'incrimination de l'exercice d'une activité professionnelle sans permis de travail, alors qu'il n'existe aucun mécanisme d'accueil opérationnel qui leur permette d'êt re nourris et logés[38]. Il est par ailleurs de plus en plus courant, et autorisé par l'acquis de l'UE, que des sanctions pénales leur soient infligées pour avoir changé d'adresse sans autorisation ou pour n'avoir pas notifié un changement de situation et qu'ils soient placés en rétention administrative.

Plusieurs organisations non-gouvernementales ont établi dans leurs rapports que le traitement réservé aux demandeurs d'asile et à ceux dont la demande a été rejetée soulève de sérieuses questions sur la conformité de ces pratiques avec les droits de l'homme[39]. Là encore, l'incrimination des tiers pose problème. Les transporteurs se voient infliger des amendes et font de plus en plus l'objet de sanctions pénales lorsqu'ils font entrer sur le territoire des États membres de l'Union européenne des personnes qui ne sont pas autorisées à y entrer ou qui possèdent de faux documents. Or, les réfugiés sont bien souvent incapables de produire des documents authentiques, puisqu'ils redoutent d'être persécutés par les autorités de leur pays. Les sanctions infligées aux transporteurs peuvent ainsi contraindre les réfugiés à recourir aux services de passeurs, qui leur fournissent de faux documents pour tromper la vigilance des transporteurs. Mais ces réfugiés risquent de commettre une infraction pénale en produisant de faux documents à leur arrivée sur le territoire[40]. Les transporteurs sont alors condamnés à une amende, tandis que les tiers qui ont facilité son entrée sur le territoire, c'est-à-dire bien souvent les membres de la famille du demandeur d'asile, font fréquemment l'objet de poursuites pénales pour trafic d'êtres humains[41].

Le Commissaire estime que le destin des demandeurs d'asile est véritablement celui qui, parmi tous les domaines dans lesquels s'exerce la criminalisation des migrations, pose le plus problème à l'heure actuelle en Europe. Les gouvernements semblent avoir accordé une place excessive, pour des raisons politiques, à un traitement énergique de la question des demandeurs d'asile. Cela les a conduit à employer des dispositions pénales à l'encontre de personnes qui cherchent à se placer sous leur protection et a produit,

---

[37] Déclaration de George Okoth-Obbo, directeur de la Division des services internationaux de protection du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, faite au Symposium sur la mise en œuvre de la Stratégie antiterroriste des Nations Unies, Vienne 17 – 18 mai 2007 : « Cinquièmement, comme l'ont souligné hier et aujourd'hui les orateurs qui m'ont précédé lorsqu'ils ont souligné la nécessité impérieuse de combattre l'opprobre et l'incitation à la fois à la haine et au terrorisme, le HCR considère qu'il faut s'attacher en priorité à éviter que les demandeurs d'asile et les réfugiés donnent lieu à des stéréotypes conduisant à les considérer comme des criminels. Au contraire, ces personnes, qui cherchent elles-mêmes à échapper aux persécutions et aux dangers, méritent la sympathie et le soutien des États et des populations au sein desquelles elles vivent ».

[38] Voir par exemple le Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Turquie du 28 juin au 3 juillet 2009, Strasbourg, 1er octobre 2009 (en anglais), CommDH(2009)31.

[39] Amnesty International, Seeking Asylum is not a Crime, juin 2005. http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_16178.pdf; Human Rights Watch Fleeting Refuge: The Triumph of Efficiency over Protection in Dutch Asylum Policy, avril 2003.

[40] La Chambre des Lords britannique a annulé de justesse la condamnation d'une Éthiopienne qui avait obtenu le statut de réfugiée, mais avait produit de faux documents à son entrée sur le territoire britannique. Elle avait été condamnée au pénal pour usage de faux documents, malgré son statut de réfugiée. R v Asfaw [2008] UKHL 31.

[41] K. Ziegler « The Legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: victims protection emerging from witness protection? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 69-111.

dans les différents États membres de l'Union européenne, des degrés de protection contradictoires et très peu satisfaisants. Ainsi, d'après le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, les demandeurs d'asile afghans ont obtenu la protection des États européens dans les proportions suivantes en 2008: 67 % de ceux qui avaient déposé une demande d'asile en Italie l'ont obtenue; ils étaient 80 % en Autriche et 95 % en Finlande, tandis que la Grèce n'a accordé l'asile à aucun d'entre eux[42]. Ceux dont la demande avait été rejetée, soit 100 % des demandeurs d'asile afghans en Grèce, risquent de commettre une infraction pénale s'ils séjournent sur le territoire sans autorisation, alors que 95 % d'entre eux auraient bénéficié du droit d'asile en Finlande s'ils étaient parvenus à y déposer leur demande[43].

La rétention administrative des demandeurs d'asile en Europe est également un sujet de grande préoccupation pour la communauté internationale. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation, par la Grèce, non seulement de l'article 3, en raison des conditions déplorables de détention d'un demandeur d'asile turc, mais encore de l'article 5(1)(f) de la Convention européenne des droits de l'homme (sur la possibilité même de le placer en détention) pour deux motifs : premièrement, en raison des tentatives de poursuites engagées à l'encontre de ce demandeur d'asile suite à son entrée irrégulière sur le territoire (il avait franchi la frontière à la nage depuis le territoire turc); deuxièmement, les autorités n'avaient pas tenu compte du fait qu'il était demandeur d'asile et ne pouvait par conséquent pas faire l'objet d'une expulsion avant la clôture de l'examen de sa demande. La Cour a relevé que les autorités grecques n'avaient pas justifié la détention de l'intéressé par des motifs d'ordre public ou de sécurité, ce qui constituait une atteinte aux droits de l'homme[44]. Comme l'indique le Commissaire, « il ressort [des] principes [du Conseil de l'Europe et du droit international] que la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée ne doit être autorisée que pour des motifs définis par la loi, pour une durée aussi brève que possible et uniquement à l'une des fins suivantes:

- vérifier l'identité des réfugiés;
- déterminer les éléments de leur demande de statut de réfugié ou d'asile;
- traiter les cas dans lesquels les demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou d'identité ou ont utilisé des documents falsifiés pour tromper les autorités de l'Etat dans lequel ils ont l'intention de demander l'asile;
- protéger la sécurité nationale ou l'ordre public[45].

Les enjeux en matière de droits de l'homme

La Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (1951) et son protocole de 1967 impose aux États de ne pas refouler[46] une personne qui craint légitimement d'être persécutée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social particulier ou de ses opinions politiques, vers un pays où elle ferait l'objet d'une telle persécution (article 1A). L'article 3 de la Convention des Nations

---

[42] http://www.unhcr.org/statistics/45c063a82.html 2007, tableau 12.
[43] UNHCR, 2008 Global Trends: Refugees, Asylum Seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons, Country Data Sheets, 16 juin 2009 http://www.unhcr.org/4a375c426.html.
[44] S. D. c. Grèce, arrêt du 11 juin 2009.
[45] Point de vue du Commissaire aux droits de l'homme, « Les Etats ne doivent pas imposer de sanctions aux demandeurs d'asile à leur arrivée sur le territoire », 17 mars 2008, http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/080317_fr.asp.
[46] L' obligation faite aux États de ne pas refouler une personne vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée est consacrée par l'article 33 de la Convention de 1951 et est devenue un principe du droit international coutumier.

Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) et l'article 3 CEDH interdit le retour forcé de toute personne vers un pays où elle court un risque substantiel d'être victime de torture (et, dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, également de peines ou traitements inhumains ou dégradants). L'incrimination, dans le cadre de la procédure d'octroi de l'asile, des actes qui ont permis l'entrée sur le territoire de l'intéressé, puis l'incrimination de son séjour sur le territoire une fois la demande rejetée ont pour effet cumulé (outre le fait que les réfugiés et les demandeurs d'asile sont trop souvent présentés dans les médias comme des « délinquants ») de rendre la situation des réfugiés et des demandeurs d'asile particulièrement fragile et de les exposer à des sanctions pénales.

d. La rétention administrative

Le placement prolongé de migrants en rétention administrative représente l'un des principaux aspects du phénomène de la criminalisation des migrations en Europe. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a accordé une attention toute particulière à cette situation et a invité les États membres « à interdire progressivement la rétention administrative des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile, en établissant une distinction claire entre ces deux groupes, et, dans l'intervalle, à permettre le placement en rétention uniquement lorsque cela s'avère nécessaire pour empêcher l'entrée illégale dans le pays ou pour assurer l'expulsion ou l'extradition, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme », ainsi qu'à « veiller à ce que le placement en rétention soit autorisé par les autorités judiciaires »[47].

Le recours à la rétention administrative, conçue comme un mécanisme de préexpulsion, a fleuri partout en Europe au cours de ces dix dernières années. L'organisation non-gouvernementale Migreurop a établi et mis à jour la carte des centres de rétention pour ressortissants étrangers en Europe[48]. L'examen rapide de cette carte montre qu'il existe des centaines de centres de ce genre. L'O.N.G. française Cimade a publié un rapport sur la rétention administrative en France et consacré plus de 400 pages à ce grave problème signalé depuis longtemps. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a souligné un autre aspect négatif de la rétention des ressortissants étrangers: leurs conditions de rétention trop souvent épouvantables[49].

Comme l'a indiqué le CPT à plusieurs reprises, les personnes placées en rétention courent davantage le risque d'être victimes d'atteintes aux droits de l'homme. Les préoccupations exprimées par le CPT au sujet de la rétention des ressortissants étrangers transparaissent clairement dans son recueil de normes, qui comporte un chapitre spécialement consacré au traitement des personnes retenues en vertu de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers[50]. Le CPT a clairement affirmé qu'il n'acceptait pas l'argument selon lequel les ressortissants étrangers placés en rétention n'étaient pas des détenus puisqu'ils pouvaient quitter quand ils le souhaitaient le territoire sur lequel ils se trouvaient. Le Comité a fait part de sa profonde inquiétude à l'égard du placement en rétention des ressortissants étrangers dans des établissements pénitentiaires, qu'il juge fondamentalement imparfait[51]. Le CPT s'est en outre prononcé sur le recours à la

---

[47] Résolution 1637 (2008), Les boat people de l'Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud, paragraphes 9.3 et 9.4 ; voir également le chapitre III des Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, septembre 2005.
[48] http://www.migreurop.org/IMG/pdf/carte-en.pdf
[49] UNHCR delegation visits detention centre on Greek island, urges closure Greece, 23 octobre 2009, www.unhcr.org/4ae1af146.html.
[50] Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Les normes du CPT - Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond, Strasbourg, CPT/Inf/E(2002) 1 – Rev 2006; chapitre IV ; CPT, 19e Rapport général d'activités, 2009, chapitre concernant les garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté, p. 37-44, http://www.cpt.coe.int/fr/annuel/rapp-19.pdf.
[51] Ibid. paragraphe 28.

force dans le cadre des procédures d'expulsion: « les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être contraints de recourir à la force pour procéder à un tel éloignement. Toutefois, la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire. Plus particulièrement, il serait totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait »[52]. Le fait de séparer une personne du reste du groupe dans des conditions qui permettent aux gardiens d'exercer un pouvoir considérable sur le bien-être de l'intéressé le met spécialement en danger et impose de lui accorder une attention particulière. Le recours croissant au placement des ressortissants étrangers en rétention préoccupe gravement le CPT.

Les enjeux en matière de droits de l'homme

Au regard de l'article 5 CEDH, la détention régulière fait exception au droit à la liberté et la sûreté d'une personne. Cette exception est strictement délimitée et uniquement applicable aux personnes condamnées par une juridiction, en vue de conduire une personne devant une juridiction, aux mineurs, aux malades et aux ressortissants étrangers. S'agissant de ces derniers, l'exception doit être motivée par le fait qu'il « s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

La Cour européenne des droits de l'homme a statué sur la légalité du placement en rétention d'un ressortissant étranger à des fins administratives, alors que son expulsion n'était pas envisagée[53]. Elle a déclaré à cette occasion qu'elle « [tenait] compte de l'importance de cette disposition dans le système de la Convention: elle consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté » (paragraphe 63). Elle a cependant estimé que « tant qu'un Etat n'a pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière », et que la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser – sans que la formule soit dénaturée – à « empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement ». La Cour a cependant ajouté que « pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de pareille mesure de détention doit donc se faire de bonne foi; elle doit aussi être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire; en outre, le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays » (Amuur, précité, § 43); enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi » (paragraphe 74). Compte tenu des graves conséquences d'une détention sur une personne, les lignes directrices définies par la Cour en matière de légalité sont extrêmement importantes. Les États ne sauraient enfermer les ressortissants étrangers du seul fait de leur statut (c'est-à-dire l'absence d'autorisation), puis se désintéresser du problème.

---

[52] Ibid. paragraphe 36.
[53] Saadi c. Royaume-Uni, arrêt du 29 janvier 2008.

e. Les incidences sur les droits sociaux

La criminalisation des ressortissants étrangers nuit considérablement à leur accès aux droits sociaux, comme les soins de santé ou le logement. Lorsque les pouvoirs publics décident qu'une personne ne séjourne plus de façon régulière sur le territoire, son accès aux droits sociaux s'en trouve modifié en profondeur. Alors que les ressortissants étrangers qui séjournent et travaillent de manière régulière sur le territoire jouissent de la protection de la Charte sociale européenne, ceux qui sont en situation irrégulière n'en bénéficient généralement pas en pratique[54]. Les pouvoirs publics peuvent ainsi, d'un simple coup de crayon administratif, supprimer les droits et l'accès des ressortissants étrangers aux prestations sociales et au logement social, nonobstant le fait qu'ils travaillent, payent leurs cotisations sociales ou aient longtemps cotisé.

Les enjeux en matière de droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les prestations sociales entraient dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH sous forme d'un droit de propriété, même lorsque l'intéressé ne cotise plus on n'a jamais travaillé ni payé de cotisations sociales[55]. Les prestations sociales peuvent également relever du champ d'application de l'article 8 CEDH quand elles sont mises par l'État à la disposition des familles de ses ressortissants; l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 14 (et éventuellement par le Protocole n° 12) impose de mettre également ces prestations à la disposition des ressortissants étrangers et des membres de leur famille qui remplissent les critères prévus[56]. En outre, le Comité européen des droits sociaux, l'instance chargée de surveiller l'application de la Charte sociale européenne, a estimé « qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte »[57]. Le Commissaire a fait part de ses inquiétudes au sujet du respect des droits de l'homme par l'Italie, suite à l'adoption en 2008 d'une loi qui incrimine la location d'un logement à des personnes en situation irrégulière (et permet la saisie du bien et des revenus tirés de celui-ci) et au projet de loi déposé en 2009 par le gouvernement en vue de supprimer l'interdiction faite au personnel soignant de notifier aux autorités l'accès aux services médicaux de personnes en situation irrégulière sur le territoire[58]. Les migrants devenus handicapés au moment où ils franchissaient les frontières forment un groupe particulièrement vulnérable ; c'est le cas de ceux qui ont été mutilés en traversant le champ de mines de la frontière gréco-turque à Evros[59]. Il convient de noter que le traitement réservé par les États à ce groupe de personnes peut poser sérieusement problème au regard de leur droit à la vie (article 2 CEDH) et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH).

---

[54] Conseil de l'Europe, Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux, Strasbourg, 2008.
[55] Gaygusuz c. Autriche, arrêt du 16 septembre 1996,; Koua Poirrez c. France, arrêt du 30 septembre 2003.
[56] Niedzwiecki c. Allemagne, arrêt du 25 octobre 2005.
[57] Conseil de l'Europe, Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux, Strasbourg, 2008, paragraphe 183.
[58] Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009, Strasbourg, 16 avril 2009.
[59] Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008, Strasbourg, 4 février 2009.

V. Les incidences de la législation et des politiques européennes en vigueur en matière de migrations

La partie suivante traite des mesures adoptées par l'Union européenne, acteur majeur dans le domaine de l'immigration et de l'asile en Europe, qui touchent à la question de la criminalisation. La plupart des dispositions examinées ci-dessous fixent des normes minimales. C'est donc à l'occasion de la transposition de ces textes que les États membres risquent de ne pas respecter leurs obligations nées des conventions internationales ou européennes relatives aux droits de l'homme.

Le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1er décembre 2009, ce qui a eu pour effet de rendre juridiquement contraignante la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'UE a également adopté en décembre le nouveau programme quinquennal de développement de son Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), dans lequel figurent la législation et la politique de l'Union européenne en matière de contrôle des personnes aux frontières, d'immigration et d'asile (le Programme de Stockholm). À cet égard, la question du respect des droits de l'homme est capitale pour la légitimité et la légalité du programme législatif en vigueur et à venir de l'UE dans ce domaine. La Commission européenne procède déjà à l'évaluation des incidences de la législation proposée, notamment au regard des droits fondamentaux; ces évaluations sont cependant contestées, au motif qu'elles seraient incomplètes[60].

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est un instrument interne à l'UE, qui reprend les dispositions essentielles de la CEDH, en ajoutant des droits qui découlent de la législation communautaire. Comme elle présente un caractère contraignant, le non-respect des normes énoncées par la CEDH enfreindra également la Charte. Cette dernière permettra de faire plus simplement valoir en justice, au sein de l'Union européenne, les normes qu'elle énonce en matière de droits de l'homme, sans pour autant diminuer la responsabilité des États membres de l'UE au sein du dispositif de protection des droits de l'homme mis en place par le Conseil de l'Europe.

Le nouveau programme quinquennal de l'Union européenne pour le contrôle aux frontières des personnes, l'immigration et l'asile (et les autres domaines connexes de l'ELSJ) invite l'UE à adhérer à la CEDH. Cette adhésion permettrait la mise en place d'un système plus cohérent et plus complet, dans lequel l'Union européenne participerait directement à la CEDH, au lieu de le faire indirectement par l'intermédiaire de ses États membres. Le Programme de Stockholm continue malheureusement à parler de « l'immigration illégale », en préconisant l'adoption de politiques efficaces pour lutter contre elle. Plus positivement, ce programme invite à mettre en œuvre ces politiques en respectant le principe de non-refoulement, les droits fondamentaux et la dignité de la personne.

Jusqu'en 2003, on considérait généralement que la législation contraignante de l'Union européenne (directives et règlements) ne pouvait comporter aucune sanction pénale. Une série d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont précisé que ces textes juridiquement contraignants pouvaient prévoir des sanctions pénales aux fins d'atteindre les objectifs de la Communauté européenne. Le premier

---

[60] H. Toner (2006) « Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law », European Law Review (3), 316-341.

texte juridiquement contraignant, adopté dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, à comporter de telles sanctions pénales est la directive qui prévoit les normes minimales en matière de sanction et de mesures prises à l'encontre des employeurs de ressortissants des pays tiers en situation illégale (du 25 mai 2009). Les dispositions antérieures de l'UE dans ce domaine, soit autorisent et encouragent l'application de sanctions pénales, soit sont adoptées dans le cadre du « troisième pilier » de l'Union européenne, sous forme de décisions-cadres qui, tout en présentant un caractère contraignant pour les États membres, sont soumises à des obligations moins rigoureuses pour leur mise en œuvre. Chacune des parties suivantes se subdivisera en deux sous-parties: (a) les mesures de criminalisation directes et (b) les mesures de criminalisation indirectes.

a. Le franchissement des frontières extérieures

Les mesures directes

Le règlement 562/2006, dit « code frontières Schengen », adopté par l'Union européenne le 15 mars 2006, est entré en vigueur dans les États membres le 13 octobre 2006[61]. Ce règlement fixe les conditions d'entrée sur le territoire de l'UE et de franchissement des frontières intérieures qui séparent les États membres pour les ressortissants de pays tiers (ou les membres de leur famille). Il vise, notamment, à lutter contre la criminalité. La dimension policière des contrôles aux frontières transparaît en particulier dans les mesures nécessaires à l'identification de documents volés, détournés, perdus et périmés, ainsi que dans les mesures destinées à établir la présence de signes de falsification ou de contrefaçon (article 7(2)).

Le 28 novembre 2002, l'Union européenne a adopté la directive 2002/90 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Les États membres étaient tenus de transposer ce texte en droit interne avant le 5 décembre 2004[62]. La directive impose aux États membres d'adopter des sanctions appropriées pour l'aide volontairement accordée à l'entrée ou au transit sur le territoire d'un État membre d'une personne ressortissante d'un État tiers, qui enfreint la législation relative à l'entrée ou au transit des ressortissants étrangers de l'État concerné, ou pour l'aide accordée dans un but lucratif au séjour d'une personne (réunissant les conditions précitées) sur le territoire d'un État membre, qui enfreint la législation relative au séjour des ressortissants étrangers de l'État concerné (article 1(a) et (b)). Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives (article 3).

Une décision-cadre portant sur la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 2002/20/CE, a été adoptée le 28 novembre 2002 dans le cadre du troisième pilier de l'UE et devait être transposée par les États membres au plus tard le 5 décembre 2004. Cette mesure est liée à la directive 2002/90, dans la mesure où elle prévoit que, parmi les sanctions applicables aux personnes qui aident les ressortissants étrangers, figurent l'expulsion et l'interdiction d'exercer directement ou par un intermédiaire l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise. Les États membres sont tenus de prendre les « mesures qui s'imposent pour veiller à ce qu'une personne morale tenue responsable d'une infraction fasse l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ». Le fait d'inscrire l'expulsion

---

[61] Aux fins du présent règlement, les États membres comprennent l'ensemble des 27 États membres de l'UE, à l'exception du Danemark (qui l'applique en tant qu'instrument de droit international), de l'Irlande et du Royaume-Uni. Les dispositions relatives à l'abolition des contrôles aux frontières qui séparent les États membres ne sont pas encore applicables à la Bulgarie, à Chypre et à la Roumanie. L'Islande, la Norvège et la Suisse y adhèrent en revanche.

[62] La Commission a commandé au Réseau Odysseus, réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, une analyse de la mise en œuvre de 10 directives en la matière, y compris celle-ci, dans les 27 États membres. Cette étude a été achevée en 2008, mais la Commission a décidé de maintenir la confidentialité de l'ensemble des informations recueillies, y compris le rapport, les recherches sur lesquelles il se fonde et l'analyse.

au nombre des sanctions montre que les auteurs du texte envisageaient sans aucun doute que cette infraction puisse être commise davantage par des ressortissants étrangers que par des ressortissants nationaux ou avec la complicité de ressortissants nationaux. Le texte prévoit par ailleurs une exception discrétionnaire pour raison humanitaire.

La directive 2001/51 renforce les sanctions infligées aux personnes qui prêtent assistance aux ressortissants étrangers en les étendant expressément aux transporteurs. Cette directive devait être transposée en droit interne avant le 11 février 2003. L'article 4 de la directive prévoit que les États membres prennent « les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions applicables aux transporteurs sont dissuasives, effectives et proportionnelles » et fixe le montant minimum des amendes.

La décision-cadre 2002/629, adoptée le 19 juillet 2002, incrimine certains actes liés à la traite des êtres humains. Elle impose à chaque État membre de prendre des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, et notamment d'infliger des amendes pénales ou non, à l'encontre du recrutement, du transport, du transfert et de l'hébergement d'une personne ou de son accueil ultérieur et de la passation du contrôle exercé sur elle. Ces actes doivent être commis aux fins de l'exploitation du travail ou des services d'une personne, notamment le travail ou les services forcés ou obligatoires, l'esclavage ou les pratiques assimilées à l'esclavage ou l'exploitation de la prostitution d'autrui et les autres formes d'exploitation sexuelle, dont la pornographie (article 1(1) & (2)).

Les mesures indirectes

L'Union européenne dispose de trois bases de données principales consacrées aux ressortissants étrangers. La première est le Système d'Information Schengen (SIS). Bien que cette base de données comporte également des informations sur le casier judiciaire des ressortissants de l'Union européenne, l'immense majorité de ses informations concerne les ressortissants étrangers. Elle dresse la liste des personnes dont l'entrée sur le territoire de l'UE a été interdite par un État membre[63]. Elle ne contient pour l'instant aucune donnée biométrique, mais présente un caractère stigmatisant qui équivaut à une criminalisation[64].

La deuxième base de données est celle d'EURODAC: elle contient les empreintes digitales de tout demandeur d'asile et de toute personne interpellée en situation irrégulière lors du franchissement d'une frontière extérieure. La Commission européenne a proposé en septembre 2009 que cette base de données soit mise à la disposition de l'ensemble des services répressifs de l'Union européenne. Les demandeurs d'asile risquent ainsi davantage d'être stigmatisés comme des délinquants.

La troisième base de données, le Système d'information sur les visas (VIS), est en cours de constitution et devrait, d'après la présidence de l'UE, être opérationnel dans les deux ans. Le VIS comportera des informations sur tout demandeur de visa souhaitant entrer sur le territoire de l'Union européenne, c'est-à-dire les informations figurant sur le formulaire de demande de visa classique, ainsi que des données biométriques sous la forme d'images faciales et des dix empreintes digitales (sauf si l'intéressé possède

---

[63] E. Brouwer Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third Country nationals in the Schengen Information System, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008. L'analyse, faite par l'auteur, des contrôles effectués par les autorités nationales chargées de la protection des données sur l'exactitude des données présentes dans le SIS et portant sur les ressortissants étrangers, révèle que jusqu'à 40 % des cas examinés posent problème ; voir p. 329-510.
[64] Ibid. p. 514.

moins de dix doigts). Le règlement 767/2008, qui porte création du VIS, lui assigne notamment pour mission de « contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des États membres »[65]. L'article 3(1) dispose: « les autorités désignées des États membres peuvent, dans des cas spécifiques et sur la base d'une demande motivée, présentée sous la forme écrite ou électronique, accéder aux données conservées dans le VIS, visées aux articles 9 à 14, s'il y a des motifs raisonnables de considérer que la consultation des données VIS contribuera substantiellement à la prévention, à la détection ou à l'investigation d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves ». « Les autorités désignées » sont celles que désignent les États membres et Europol aux fins de la prévention, de la détection et de l'investigation des infractions terroristes et autres infractions pénales graves. Les auteurs d'une demande de visa se trouvent ainsi classés dans la même catégorie que les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions terroristes ou d'autres infractions graves. Tous les ressortissants étrangers ne se sont bien entendu pas soumis à l'obtention d'un visa. Seuls les ressortissants des pays qui figurent sur la liste noire donnée en annexe du règlement 539/2001 (tel que modifié) doivent obtenir un visa pour séjourner brièvement sur le territoire de l'Union européenne. L'examen des pays inscrits sur cette liste noire montre que leur caractéristique la plus frappante est celle d'avoir des ressortissants pour l'essentiel (a) non blancs, (b) musulmans et/ou (c) pauvres (par rapport à la moyenne de l'UE)[66].

b. Le séjour, l'emploi et le retour des immigrés

La directive 2002/90 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, évoquée plus haut, est également applicable au séjour sur le territoire. La plupart des mesures de criminalisation présentées dans la partie qui suit sont liées à l'expulsion.

Les mesures directes

La directive 2001/40 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers prévoit un mécanisme qui permet à une décision prise à l'encontre d'un ressortissant étranger dans un État membre d'être automatiquement traitée comme une décision équivalente dans un autre État membre pour la légalité de l'expulsion de l'intéressé. La directive n'emploie pas le terme d'illégalité (à l'exception du préambule (1)). L'article 3(1) de la directive précise qu'elle est applicable aux décisions prises à l'encontre de ressortissants étrangers, fondées sur une menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité nationale, dans les cas suivants: a) en cas de condamnation pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an; b) lorsqu'il existe de sérieuses raisons de croire que le ressortissant d'un pays tiers a commis de graves infractions pénales ou lorsqu'il existe de réels indices qu'il envisage de commettre de tels actes sur le territoire d'un État membre (article 3(1)(a) et (b)).

Le seuil à partir duquel un ressortissant étranger est classé dans la catégorie des personnes qui présentent le risque inacceptable d'être des criminels (c'est-à-dire qui représentent une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale) est étonnamment bas. Comme les peines prévues pour les différents types d'infractions varient d'un État membre à l'autre, il arrive que ce seuil prenne en compte des infractions véritablement

---

[65] Cette base de données vise avant tout à recueillir des informations sur les demandes de visa et non à assister les services répressifs.
[66] D. Bigo & E. Guild, La mise à l'écart des étrangers: la logique du visa Schengen, Cultures et Conflits, l'Harmattan, Paris, printemps 2003.

mineures. Le motif du soupçon pose par ailleurs problème.

La directive 2009/52 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est la première mesure juridiquement contraignante dans ce domaine à prévoir expressément des sanctions pénales. Son préambule préconise que les États membres renforcent leur lutte contre l'immigration illégale (préambule (1)). En outre, toujours selon le préambule, « l'un des facteurs d'attraction essentiels de l'immigration illégale dans l'Union est la possibilité de trouver du travail » (préambule (2)). La directive compte deux définitions capitales: premièrement, le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier est un ressortissant étranger qui ne réunit pas ou ne réunit plus les conditions de séjour ou de résidence prévues par l'État membre en question. Deuxièmement, « l'emploi illégal » est défini comme l'emploi d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier. Les infractions prévues par la directive concernent toutes l'emploi de ressortissants étrangers « en séjour irrégulier », que les États membres ont l'obligation d'interdire. Les employeurs sont tenus de démontrer de diverses manières, énoncées par la directive, qu'ils ont veillé à ne pas employer une personne en situation irrégulière (articles 4 et suivants). En cas de non-respect de cette obligation, l'employeur est passible de sanctions civiles et pénales (article 9) et est tenu, le cas échéant, de verser les salaires et cotisations sociales impayés. L'infraction pénale doit être passible de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives (article 10).

La directive 2008/115 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier a été la cible de nombreuses critiques, notamment de la part d'un certain nombre de rapporteurs spéciaux des Nations Unies (voir plus haut). Le libellé de la directive met énormément l'accent sur la situation illégale des immigrés. Ainsi, le préambule (8) précise que « la légitimité de la pratique du retour par les États membres des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est reconnue », sans préjudice d'un certain nombre d'exceptions prévues. Le choix terminologique de l'illégalité confère une certaine légitimité aux dispositions relatives au recours des pouvoirs publics à la force. L'article 8(4) dispose: « Lorsque les États membres utilisent – en dernier ressort – des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable ». Il est assez contestable de dire qu'un État devrait recourir à la force à l'encontre d'une personne hors du cadre de la justice répressive et du contrôle rigoureux des services de police dans une telle situation, surtout au vu des mauvais traitements infligés à des ressortissants de pays tiers constatés dans divers États membres à l'occasion des procédures d'expulsion[67]. Si les ressortissants étrangers étaient qualifiés de sans-papiers, le recours à la force à leur encontre pourrait être plus difficile à justifier. La terminologie de la criminalisation aide à justifier le déploiement de mécanismes d'exécution par la force des décisions prises dans ce domaine.

Les mesures indirectes

La directive 2003/110 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne vise à mettre fin « au séjour irrégulier des ressortissants de pays tiers tenus de quitter le territoire »

---

[67] Le décès d'une ressortissante nigériane lors de son expulsion du territoire belge, alors qu'elle se trouvait entre les mains de fonctionnaires belges, a donné lieu à l'ouverture d'une enquête par le Comité des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en 2002. http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/B89EC49E63CAFB7AC1256B7C004F013F?opendocument.

(préambule (1)). La terminologie de la directive privilégie l'image de délinquants condamnés (et éventuellement dangereux).

c. L'asile

Les mesures directes

La directive 2003/9 définit les normes minimales relatives à l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres. Elle est applicable à tout demandeur d'asile dans un État membre et définit les conditions de vie que ce dernier doit lui assurer. L'article 16(3) traite de l'hébergement des demandeurs d'asile. Il dispose : « Les États membres peuvent déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ou de comportement particulièrement violent ». Cette disposition empiète à l'évidence sur le droit pénal, qui incrimine le fait de causer un dommage matériel ou d'agresser une personne. Parmi les sanctions prévues figurent « les décisions portant limitation, retrait ou refus du bénéfice des conditions d'accueil ou les sanctions. [Elles] sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée […] » (article 16(4)). Comme les conditions d'accueil correspondent, de par leur nature même, au minimum requis, le fait d'autoriser les États à les abaisser pour sanctionner un comportement délictuel a pour effet de réduire l'intéressé à un état de pauvreté pitoyable.

Les mesures indirectes

Le règlement 2725/2000 prévoit la création d'une base de données contenant les empreintes digitales de tous les demandeurs d'asile de l'Union européenne et des personnes interpellées alors qu'elles franchissaient une frontière extérieure en situation irrégulière[68]. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la Commission a proposé d'autoriser l'ensemble des services répressifs de l'UE à consulter cette base de données.

La directive 2005/85 fixe les normes minimales applicables à la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. Tandis qu'elle privilégie le choix du terme « illégal » à celui de « irrégulier » (voir par exemple l'article 23(4)(l) « le demandeur est entré […] illégalement sur le territoire de l'État membre »), un certain nombre de ses dispositions soulèvent la question de l'effet indirect de la criminalisation des demandeurs d'asile. Ainsi, l'article 11 impose aux demandeurs d'asile une série d'obligations auxquelles sont d'ordinaire soumises uniquement les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou condamnées à ce titre[69]. Parmi celles-ci figurent l'obligation de se présenter aux autorités compétentes au moment où elles le décident, l'obligation de remettre les documents qui sont en leur possession et qui présentent un intérêt aux yeux des autorités pour l'examen de leur demande et l'obligation d'informer les autorités de tout changement d'adresse, alors que les autorités ne sont pas tenues de veiller à ce que la correspondance qu'elles destinent à l'intéressé est automatiquement envoyée à la bonne adresse ; par ailleurs, les autorités compétentes peuvent fouiller, à tout instant et sans en préciser le motif, le demandeur ainsi que les objets qu'il transporte et enregistrer les déclarations orales de l'intéressé sans son consentement.

---

[68] E. Guild, « The Bitter Fruits of a Common Asylum Policy » in T. Balzacq et S. Carrera, Security versus Freedom? A Challenge for Europe's Future Ashgate, Aldershot, 2006, p. 61-76.

[69] Á cet égard, le traitement réservé à certaines personnes pour leur propre sécurité, comme c'est le cas pour les mineurs et les personnes handicapées mentales, n'est pas ici pris en compte.

d. La rétention administrative

La banalisation du placement en rétention des ressortissants étrangers, au motif qu'ils n'ont pas la nationalité du pays dans lequel ils se trouvent, a déjà été étudiée dans de nombreux ouvrages[70]. La partie suivante porte sur les trois mesures prises par l'Union européenne, dont certaines dispositions restreignent la liberté des ressortissants étrangers.

Les mesures directes

La directive 2008/115 (déjà évoquée plus haut) relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prévoit dans son chapitre IV - Rétention à des fins d'éloignement - que les ressortissants étrangers peuvent être placés en rétention à des fins de retour ou d'éloignement lorsque d'autres mesures moins coercitives ne sont pas applicables (article 15(1)). Elle donne deux exemples de recours au placement en rétention : lorsqu'il existe un risque de fuite et lorsque le ressortissant concerné évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement (article15(1)(a) et (b)). Dans le premier cas, le placement en rétention ne peut excéder six mois (article 15(5)). Cette période peut cependant être prolongée de 12 mois.

La directive 2005/85 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié comporte également une disposition sur le placement en rétention, qui précise que « les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile » (article 18(1)). En cas de placement en détention, le deuxième alinéa de cette disposition impose aux États de prévoir « la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide ».

Enfin, la directive 2003/9 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile évoque indirectement le placement en rétention à l'article 7(3): « lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national ». Cette obligation de demeurer dans un lieu est une autre façon de décrire la rétention. Une proposition actuellement à l'examen vise à étendre les dispositions en la matière de la présente directive.

VI. Conclusions et recommandations

Comme le montre la description que nous venons de faire des mesures prises par les États membres du Conseil de l'Europe et l'Union européenne dans le cadre de la criminalisation des migrations, le discours employé par la législation et les politiques en la matière souligne constamment « l'illégalité » de la situation des ressortissants étrangers. Alors que la législation de l'UE s'abstenait autrefois d'utiliser cette terminologie, elle est devenue courante vers 2003 environ et n'a pas cessé depuis de réapparaître dans l'ensemble des documents, de la législation et des décisions[71]. On peut s'interroger sur la conformité de cette tendance avec les obligations faites en matière de droits de l'homme aux États membres et avec l'action que ces

---

[70] C. Fernandez, A. Manavella & J. -M. Ortuno The Effects of exceptional legislation on criminalisation of immigrants and people suspected of terrorism CHALLENGE, Report 9, 2009.

[71] La Cour de justice des Communautés européennes elle-même a récemment employé ce terme dans un arrêt, bien qu'il semble n'être que la répétition de celui qu'employait la juridiction nationale dans sa question préjudicielle : « Par cette question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 12 CE s'oppose à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants d'États membres de l'Union européenne du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux immigrés clandestins ». C-22/08 & 23/08 Vatsouras, 4 juin 2009, paragraphe 48.

derniers mènent au sein du Conseil de l'Europe. Pour ce qui est des droits de l'homme, toutes les mesures examinées plus haut affirment, au moins dans leur préambule, respecter les droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles évoquent expressément les obligations des États membres nées de la CEDH et, pour les mesures relatives à l'asile, de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. La reconnaissance de ces engagements ne semble toutefois pas influencer, en pratique, leur point de vue sur la criminalisation.

La criminalisation des ressortissants étrangers par l'Union européenne présente deux aspects frappants. Tout d'abord la constance avec laquelle les mesures concernées (a) distinguent les ressortissants étrangers des ressortissants nationaux par le vocabulaire du droit administratif et pénal et (b) soumettent les ressortissants étrangers à des mesures qui ne sauraient être appliquées aux ressortissants nationaux, comme la détention sans chef d'accusation, sans procès ou sans condamnation. Deuxièmement, la criminalisation touche également les personnes, et ce quelle que soit leur nationalité, qui se mettent en rapport avec des ressortissants étrangers. Le message ainsi adressé est clair : tout contact avec des ressortissants étrangers présente un risque, puisqu'il peut conduire à l'engagement de poursuites pénales. Cela vaut tout particulièrement pour les entreprises de transport (il leur est difficile de ne pas transporter de ressortissants étrangers) et les employeurs (il leur est sans doute plus facile de n'employer aucun ressortissant étranger). D'autres personnes sont également au quotidien la cible de cette criminalisation: c'est notamment le cas des propriétaires, médecins et amis. Le droit pénal est de plus en plus associé au fait d'entretenir des contacts avec les ressortissants étrangers. Cette situation risque d'accroître la discrimination à l'encontre des personnes soupçonnées d'être des ressortissants étrangers (du fait bien souvent de leur race, de leur origine ethnique ou de leur religion)[72], tout comme la xénophobie et/ou la délinquance motivée par la haine[73].

Il importe que les États membres du Conseil de l'Europe inversent cette tendance et adoptent, vis-à-vis des migrations irrégulières, une attitude respectueuse des droits de l'homme.

C'est la raison pour laquelle un certain nombre de recommandations sont formulées ci-dessous, qui permettent d'aboutir à cette situation satisfaisante où le traitement réservé aux ressortissants étrangers respecte les droits de l'homme. Elles abordent la question délicate de la dignité de la personne, qui se heurte à celle de la souveraineté de l'État. Mais l'obligation faite aux États membres du Conseil de l'Europe de protéger les personnes et de promouvoir les droits de l'homme ne se limite pas aux ressortissants de leur propre pays. Il appartient à chaque État membre de relever le défi du traitement réservé aux ressortissants étrangers, qui permet de mesurer à l'échelle internationale le respect de leurs engagements pris en matière de droits de l'homme.

Les questions essentielles qui doivent être prises en compte et les recommandations se répartissent entre les six catégories suivantes.

---

[72] Voir par exemple le rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, European Union´s Minorities and Discrimination Survey, résultats des mois d'avril et mai 2009 http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/pub_eu-midis_en.htm.
[73] S. Cohen Moral Panics and Folk Devils, 3e édition, Routledge, New York, 2003.

1. Principes directeurs et questions relatives à la législation

- Les États membres du Conseil de l'Europe doivent s'abstenir de qualifier les ressortissants étrangers « d'immigrés en situation illégale ». Cette formule est en effet erronée et va à l'encontre du but recherché. Ces personnes ne se trouvent pas dans « l'illégalité » ; elles peuvent ne pas être en situation régulière vis-à-vis des pouvoirs publics, mais elles n'en perdent pas pour autant leur humanité.

- Il convient que les États membres s'abstiennent d'adopter des dispositions pénales exclusivement applicables aux ressortissants étrangers, sauf si cette démarche est spécifiquement et clairement motivée par les engagements qu'ils ont pris au regard du droit international des droits de l'homme et si elle est conforme aux conventions applicables du Conseil de l'Europe.

- Il importe que les États membres n'emploient pas les termes d' « immigrés en situation illégale » ou d' « immigration illégale » dans leurs communiqués de presse et dissuadent de manière générale les médias d'en faire usage. Il appartient aux ministres et aux autres agents publics de se montrer vigilants en la matière dans l'ensemble de leurs déclarations et débats publics et semi-publics.

2. Franchissement des frontières extérieures

- Il convient de traiter avec respect et dignité les ressortissants étrangers à leur arrivée aux frontières extérieures des États membres. Leur demande d'entrée sur le territoire devait être examinée sur le fond et ne pas être empreinte d'une discrimination contraire aux droits de l'homme.

- Il importe que les garde-frontières n'emploient pas le terme d' « immigré en situation illégale ». Tout refus d'autoriser l'entrée sur le territoire d'une personne ne devrait pas avoir automatiquement des conséquences en matière pénale.

- Lorsque les intéressés se présentent ailleurs qu'aux points officiels de passage des frontières, les raisons de cette situation doivent être prises en compte et ne doivent pas influer sur leur demande d'entrée sur le territoire ni lui porter préjudice d'aucune manière.

- Quelles que soient les circonstances dans lesquelles une personne manifeste son désir de se placer sous protection internationale (que ce soit en confiant sa peur de retourner dans son pays ou en faisant plus expressément une demande en ce sens) elle doit pouvoir exercer le droit de non-refoulement et de protection que lui garantit le droit international pendant l'examen de sa demande.

3. Séjour et emploi des immigrés

- Les États membres doivent veiller à ce que leurs appareils administratifs soient suffisamment efficaces pour que le séjour des ressortissants étrangers ne devienne pas irrégulier du simple fait que les autorités n'ont pas traité en temps utile la demande qui leur était soumise.

- Les États membres devraient veiller à ce que leur ordre juridique prévoie, si besoin est, que tant que les autorités n'ont pas rendu leur décision au sujet de la demande en suspens déposée par un ressortissant étranger avant l'expiration de son permis de séjour, l'intéressé est autorisé à séjourner sur le territoire de l'État concerné et à y exercer une activité professionnelle en attendant qu'une décision définitive soit prise.

- Les États membres doivent veiller à ce que les ressortissants étrangers reçoivent, à chaque stade de leur séjour, des documents qui précisent clairement à l'intention de tout autre autorité publique et privée le statut de l'intéressé en matière de séjour, de manière à ce qu'il puisse prouver, sans doute possible, la régularité de son séjour et de son emploi.

- Lorsqu'un État membre refuse d'octroyer un permis de séjour à un ressortissant étranger mais n'assure pas son départ dans un délai de 30 jours, il est tenu de lui délivrer au moins un titre de séjour et un permis de travail provisoires. Les États ne sauraient laisser une personne dans l'incertitude au sujet de son permis de séjour ou de son expulsion.

- Lorsqu'il n'existe raisonnablement aucune perspective d'expulsion d'un ressortissant étranger dans un délai de 30 jours à compter du moment où sa situation a été portée à la connaissance des autorités, il convient de lui accorder un titre de séjour et un permis de travail provisoires.

4. Asile

- Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont pris l'engagement de protéger les personnes qui ont besoin de se placer sous protection internationale par crainte des persécutions, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants qui leur seraient réservés dans leur propre pays. Il leur appartient de veiller à ce que cet engagement soit pleinement suivi d'effet.

- Chaque fois qu'une personne qui a besoin de se placer sous protection internationale et qui se trouve hors de son pays d'origine et hors de portée des persécutions qu'elle y subissait exprime son besoin de protection, les pouvoirs publics ont le devoir de la protéger et d'examiner sa demande conformément à leurs engagements internationaux.

- Lorsqu'une personne demande à être placée sous protection internationale, les pouvoirs publics sont tenus d'enregistrer sa demande en temps utile et de veiller à ce que lui soient remis des documents qui attestent de la régularité de son séjour sur le territoire.

- Il appartient aux États membres du Conseil de l'Europe, lorsqu'une personne demande à être placée sous leur protection internationale, de pourvoir à ses besoins élémentaires (logement, alimentation, soins de santé, éducation) pendant l'examen de sa demande.

- En cas de rejet d'une demande de protection internationale, les pouvoirs publics doivent veiller à ce que l'intéressé puisse rentrer dignement dans son pays d'origine ou lui accorder un titre de séjour et un permis de travail provisoires.

5. Rétention administrative

- Nul ne devrait faire l'objet d'aucune forme de rétention du seul fait de sa nationalité étrangère.

- Tout placement en rétention d'un migrant devrait être soumis à un contrôle juridictionnel effectif.

- Il convient qu'aucune personne demandant à être placée sous protection internationale ne soit placée en rétention.

- Les conditions de rétention de tout lieu prévu à cet effet doivent permettre de satisfaire les besoins des intéressés et être conformes aux obligations imposées par les normes du Conseil de l'Europe.

- Aucun enfant de migrant ne saurait être placé en rétention. Le fait que des parents aient un enfant qui a besoin d'eux doit être un motif de ne pas les placer en rétention, sauf si une juridiction répressive en décide autrement par voie d'ordonnance judiciaire.

6. Droits sociaux

- L'inégalité de l'accès aux droits sociaux du fait de la nationalité doit faire l'objet d'un examen scrupuleux, afin de garantir qu'elle respecte les obligations imposées en matière de droits de l'homme aux États membres du Conseil de l'Europe.

- Aucune inégalité de jouissance des prestations sociales ne devrait reposer exclusivement sur un critère de nationalité.

- Le seuil minimal d'ouverture des droits aux prestations sociales ne devrait pas induire une discrimination entre ressortissants étrangers et nationaux – lorsqu'un État juge inacceptable que ses ressortissants se situent en dessous d'un certain seuil de pauvreté, il convient que ce même seuil s'applique également aux ressortissants étrangers.

- Le fait qu'un ressortissant étranger ne soit pas autorisé à séjourner sur le territoire d'un État ne devrait pas être le principal critère de refus d'accès aux prestations sociales. Il ne saurait en aucun cas être un critère de refus d'accès à des soins médicaux d'urgence.

- L'obligation de confidentialité imposée aux professionnels de santé à l'égard de leurs patients, aux enseignants à l'égard de leurs élèves et à d'autres professionnels devrait systématiquement être respectée et ne jamais pouvoir faire l'objet d'une déclaration du fait du statut d'immigré de l'intéressé.

Naufrages en Méditerranée: des plaintes pour lutter contre l'indifférence

Claire Saas

Biographie sommaire

Claire SAAS, *membre du Gisti et maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université de Nantes.*

Beknopte biografie

Claire SAAS, *lid van Gisti en lector in het privaat recht en de criminologische wetenschappen aan de universiteit van Nantes.*

Onwaardig en gevaarlijk werk: initiatieven van de vakbond

Guy Tordeur

Beknopte biografie

***Guy TORDEUR**, Verbondssecretaris ACV–Brussel-Halle-Vilvoorde. Hij is lid van het Nationaal Bestuur van het ACV, lid van het Vlaams Regionaal Comité (VRC), lid van het Brussels Regionaal Comité (BRC). Regelmatig publiceert hij artikels/bijdragen in uitgaven gerelateerd tot de Christelijke arbeidersbeweging.*

Biographie sommaire

***Guy TORDEUR**, secrétaire fédéral de la CSC-Bruxelles-Halle-Vilvoorde. Il est membre du Bureau National de la CSC, membre du Comité Régional flamand, membre du Comité Régional bruxellois. Régulièrement on peut lire ses articles dans des publications liées au mouvement ouvrier catholique.*

INLEIDING

Spreken over migratie in België is ook spreken over de gevolgen van de diepgaande evolutie van onze maatschappij, in Europa en de rest van de wereld. Daarbij leven we in een permanente tegenspraak. Aan de ene kant is er het vrij verkeer van kapitaal, goederen en - in theorie althans - personen, maar aan de andere kant voeren alle landen van Europa een repressief beleid ten opzichte van immigratie. Maar willen of niet, die immigratie zal blijven bestaan. De oorzaken ervan zullen immers niet zo snel de wereld uit zijn. Deze oorzaken zijn gekend:

- oorlog (vooral burgeroorlogen)
- schendingen van mensenrechten
- armoede: zo overleeft de helft van de wereldbevolking met minder dan twee dollar per dag
- klimaatswijzigingen: opwarming van de aarde, overstromingen of grote droogte.

1 Arbeidsomstandigheden van de werknemers zonder papieren

Werknemers zonder papieren zijn vandaag de slaven van de moderne samenleving. Ze werken voor een schamel loon, vaak in mensonwaardige omstandigheden en meestal zonder enig respect voor hun rechten. Bovendien zijn ze doorgaans tewerkgesteld in sectoren waar de arbeidsomstandigheden zwaar zijn, zoals de bouw, de schoonmaak, de land- en tuinbouw, de horeca…

In 2010 heeft het ACV-Brussel-Halle-Vilvoorde een enquête uitgevoerd bij de migrantenpopulatie zonder papieren te Brussel. Hoofdbetrachting was het in kaart brengen van de leef- en werkomstandigheden van mensen zonder papieren te Brussel. De resultaten van deze enquête bevestigen wat het ACV heeft kunnen ervaren bij de verdediging van de werknemers en werkneemsters zonder papieren op het terrein: deze werknemers en werkneemsters genieten helemaal niet dezelfde rechten als de werknemers en werkneemsters met papieren, terwijl ze daar recht op hebben in België.

Wie heeft de enquête ingevuld?

Door de enquête in de ontmoetingsplaatsen van de migranten en de ACV-permanenties zijn we erin gelukt om een gedetailleerde vragenlijst door 120 vrouwen en mannen uit 32 landen te laten invullen. Meeste personen zijn begin jaren 2000 aangekomen, na de buitengewone regularisatie van 1999. De meeste personen hadden een secundair diploma behaald in hun land van herkomst.

Hoe zijn ze in België terechtgekomen?

De meeste migranten zijn naar België gekomen om te werken, slechts heel weinig echter met een arbeidsvisum (de reden daarvoor is dat het voor niet EU-onderdanen uiterst moeilijk is om in België een arbeidskaart te krijgen). Het meest courant zijn mensen die alleen aankomen met een geldig toeristenvisum voor 3 maanden en die dan langer blijven.

Hoe en waar geraken ze aan werk?

Behalve het geval van vrouwen met een visum voor internationaal huishoudpersoneel, en die vanaf het begin dus met een geldige arbeidskaart hebben gewerkt, zijn alle andere, bij gebrek aan arbeidskaart, meteen in het zwart beginnen te werken. Ze vonden vooral een job via hun sociale netwerk van vrienden of familieleden.

Op de arbeidsmarkt bestaat een sterke man/vrouw-segregatie, waarbij de door mannen ingevulde jobs sterk verschillen van die van de vrouwen die aan de enquête hebben deelgenomen. De twee belangrijkste sectoren zijn die van het huishoudwerk (huishouden maar ook zorgverlening aan personen) en de bouw, maar een niet te onderschatten aantal migranten werkt in de verkoop en de handel:

- Huishoudwerk en zorgverlening aan personen: 41 vrouwen werken in deze sector. Op het terrein hebben we heel wat gevallen kunnen vaststellen van uitbuiting van migrante werkneemsters, vooral van internen zonder vaste uurroosters.

- Bouw: 21 mannen (17,5% van alle geïnterviewde personen) werken in deze sector die in de afgelopen 2 decennia een 'etnische evolutie' heeft gekend. 20 jaar geleden was deze sector vooral in handen van de Portugese gemeenschap maar intussen zetten steeds meer nieuwe migranten de stap naar deze sector, vooral dan uit de Braziliaanse gemeenschap. Alle geïnterviewde Braziliaanse mannen werken of hebben in deze sector gewerkt. Net zoals in de verkoopsector blijken ook in de bouw heel wat mensen met valse papieren te hebben gewerkt.

Komt hun werk overeen met hun opleiding?

Slechts 16 van de bevraagde personen (13% van het totaal) stelden dat hun job beantwoordde aan hun opleidingsniveau, vooral in de sectoren de verkoop en het onderwijs en daarbij enkele gevallen in de bouw. Vrouwen zijn veel meer dan mannen slachtoffer van dekwalificatie, wat wil zeggen dat ze een baan hebben die ver onder hun opleidingsniveau ligt. De meeste huishoudelijke werkers en werksters hebben immers een universitaire opleiding of hogere opleiding van het korte type gevolgd, wat niet het geval is in andere sectoren.

Wat zijn hun arbeidsomstandigheden?

We hebben vastgesteld dat een situatie van administratieve onregelmatigheid migranten zonder papieren veel meer blootstelt aan misbruik door werkgevers. Migranten die geen lid zijn van een vakbond hebben daar weinig verweermiddelen tegen en hebben schrik het land te worden uitgezet in geval van aangifte. Heel wat geïnterviewde personen (39%) werken meer dan 5 dagen/week. Overuren zijn een courante praktijk in de bouw en in mindere mate in de sector van het huishoudwerk: 48% hadden reeds overuren gedaan en 10% bijna dagelijks.

Het gemiddelde loon bedroeg 661,12 euro per maand. In de bouwsector ligt het maandloon met 1203,30 euro het hoogst. Dat moet worden gerelativeerd gelet op het hoge aantal overuren in deze sector. Opvallend is dat de loonkloof binnen dezelfde sectoren zeer groot kan zijn, in de sector van het huishoudwerk bijvoorbeeld, van 150 euro voor 7 werkdagen tot 1300 euro voor 5 werkdagen/week (kloof tussen maandlonen).

12 personen hadden een arbeidsongeval en de helft ervan heeft zelf de kosten moeten dragen. 10 vrouwen zijn sinds hun komst naar België zwanger geworden. Hun werkgevers hebben hen niet geholpen en de meeste zijn net voor de bevalling gestopt met werken, om kort erna opnieuw te beginnen werken.

Weten ze dat er vakbonden bestaan?

De meeste bevraagde personen zijn op de hoogte van het bestaan van vakbonden. 36% zei sinds zijn komst naar België rechtstreeks contact met een vakbond te hebben gehad. 19% zei dat er op de werkvloer vakbondsafgevaardigden waren, vooral in de bouw en de professionele schoonmaak. 47% beweerde bereid te zijn zich actief in te zetten binnen een vakbond mocht het kunnen.

Oplossingspistes?

Om uitbuitingsituaties in de toekomst te vermijden is een mogelijke oplossing volgens ons een regularisatieprocedure via het werk, die los staat van de regularisatieprocedures om humanitaire redenen. Deze regularisatie moet zijn gebaseerd op de mogelijkheid de baan te legaliseren, om op die manier een deel van het zwartwerk 'wit te wassen'. Indien de werknemer over een geldige identiteitskaart beschikt, kan hij bovendien makkelijker zijn rechten als werknemer opeisen.

Als vakbondsorganisatie eisen we een nationaal en Europees migratiebeleid dat gelijke behandeling nastreeft tussen nationale, Europese en niet-Europese werknemers/-neemsters. We moeten echter steeds vaker aberraties vaststellen in wetgevingen, zogezegd om de flexibiliteit en concurrentiepositie van bedrijven te versterken maar die het de werkgevers te makkelijk maken om het principe van gelijke behandeling te omzeilen. De wetgeving wordt bovendien steeds complexer maar de controlemiddelen van de overheid schieten ruimschoots tekort.

2. Welke plaats voor de werknemers zonder papieren in de vakbond?

Het is de taak van de vakbonden om de belangen van alle werknemers te behartigen, dus ook die van de werknemers zonder papieren. We willen de verdediging van de werknemers zonder papieren organiseren op de werkvloer waar ze door hun werkgevers worden uitgebuit, zeg maar hen ondersteunen om samen menswaardige arbeidsomstandigheden af te dwingen. Door mensen zonder papieren te ondersteunen, leggen we niet alleen de klemtoon op waarden als solidariteit en gelijkheid maar ook op het verdedigen van de verworven rechten van werknemers tegenover hun werkgevers die alles doen om reguliere werknemers in concurrentie te plaatsen met werknemers zonder papieren.

Het ACV-Brussel-Halle-Vilvoorde is de mening toegedaan dat alle werknemers recht hebben op verdediging. Daarom hebben we beslist werknemers zonder papieren die, doorgaans clandestien, aan het werk zijn aan te sluiten en hun belangen te behartigen.

Wij willen deze werknemers een plaats en een stem geven binnen de vakbond door te investeren in een werking voor en met werknemers zonder papieren. In 2008 werd een beroepskracht aangetrokken met als opdracht de werking met de werknemers zonder papieren te begeleiden en verder uit te bouwen.

Een eerste bijeenkomst met de werknemers zonder papieren vond plaats in september 2008. Hierop werd een stand van zaken over de regeringsonderhandelingen rond regularisaties gegeven en een actieplan voorgesteld. In dezelfde periode werd ook een comité van werknemers zonder papieren opgericht, samengesteld uit een 20-tal personen van verschillende origine.

3. Het comité van werknemers zonder papieren

Het comité van werknemers zonder papieren komt op regelmatige basis samen om acties te plannen en ondersteuning te bieden aan de werking die ACV–Brussel-Halle-Vilvoorde opzet voor deze doelgroep.

Het voorziet ook in vormingen voor de militanten die zich willen inzetten voor de verbetering van de situatie van deze mensen.

Realisaties van het comité

Periode 2008-2009

- Manifestatie van 14 december 2008 onder het motto '**Belofte maakt schuld**' (135 personen aangesloten bij het ACV–Brussel-Halle-Vilvoorde). Het comité heeft kartonnen poppen gemaakt waarop getuigenissen werden aangebracht die pleiten voor regularisatie.

- Voorbereiding en deelname aan de manifestatie van 18 maart 2009 aan de Beurs om de uitvoering van het regeerakkoord te eisen: '**Regularisatie. Dringend te ontstoppen**'. Mobilisering zonder voorgaande: dokters, advocaten, universitairen, vakbonden, verenigingen, sans-papiers. Oumar Diakhby, lid van ons comité, nam deel aan de persconferentie en de ontmoeting met de Eerste Minister.

- Voorbereiding van onze betrokkenheid in de **1 mei-actie rond waardig werk**; voorbereiding deelname aan de manifestatie van 15 mei 'Voor een ander en beter Europa';

- 15 mei 2009: deelname aan de **Europese manifestatie voor een sociaal Europa** en uitwisseling met de Franse vakbond CGT over de werking van werknemers zonder papieren.

- 12 juni 2009: deelname aan de manifestatie voor het kabinet van de minister van Asiel en Migratie. Slogan: '**Pas het regeerakkoord toe of vertrek**'

Periode 2009-2011

- Denkoefening over de **bezettingen** van de sans papiers.

- Sensibilisering van het ACV-personeel en ophaling van 4.000 handtekeningen tijdens de campagne '**Ik steun de sans-papiers in hun waardigheid**' van het Forum Asiel Migraties

- Enquête over de arbeidsomstandigheden van de sans-papiers onder 120 werknemers zonder papieren. Het opzet van de enquête was de arbeidsomstandigheden van de werknemers zonder papieren beter te leren kennen opdat de vakbeweging hun belangen nog beter zou kunnen verdedigen en hen ondersteunen.

Wij hebben 120 enquêtes opgehaald in diverse sectoren: de schoonmaaksector, de horecasector, de bouwsector, de verkoopsector, de garages.

- 6 tussenkomsten tijdens **vormingssessies voor syndicaal afgevaardigden** in de periode april-juni 2010, met getuigenissen door miltanten van het comité werknemers zonder papieren over uitbuiting. Er werden 4 luiken aangesneden:

  a) vragen aan de delegees naar de motieven voor hun syndicaal engagement en deze in verband brengen met de strijd die gevoerd wordt voor regularisatie van werknemers zonder papieren;

  b) werknemers zonder papieren getuigen over hun arbeidsomstandigheden;

  c) uiteenzetting over het actieplan van het comité werknemers zonder papieren:
     - enquête over de arbeidsomstandigheden
     - toelichtingen over arbeidsrecht bij andere verenigingen

  d) gemeenschappelijke perspectieven en uitwisseling tussen de delegees en het comité werknemers zonder papieren

Met het comité hebben we een vormingsplan uitgewerkt met het oog op het ontwikkelen van de competenties van de leden van het comité werknemers zonder papieren als collectieve actoren teneinde hun rol te laten spelen binnen het ACV, op de werkvloer en in de contacten met de andere werknemers zonder papieren.

Een van de basisdoelstellingen was hun zelfvertrouwen te ontwikkelen als maatschappelijk actor.

We hebben een vormingsplan ontwikkeld op basis van volgende ingrediënten:

- het ACV en zijn werking en het besluitvormingsproces kennen
- arbeidsrecht: arbeidscontract
- geschiedenis van de immigratie in Europa en België
- geschiedenis van de arbeidersbeweging en de vakbeweging in België
- hoe een kritieke visie ontwikkelen over de realiteit?
- hoe het woord leren nemen?
- de collectieve actie

In december 2010 hebben we nieuwe personen gevraagd om het comité werknemers zonder papieren te vervoegen en een naamswijziging doorgevoerd. Ons comité heet voortaan: 'Comité migrante werknemers met en zonder papieren van ACV-Brussel- Halle-Vilvoorde'.

Toekomstige activiteiten van het comité voor 2011-2012

- Activiteiten i.v.m. onze dagelijkse ervaringen inzake leven en werk.
- Vormingen over arbeidsrecht per taal en per sector i.s.m. de beroepscentrales.
- Verspreiding van de enquête en van de film over de arbeidsomstandigheden van de werknemers zonder papieren.
- Tussenkomsten in de ACV-vormingssessies voor syndicaal afgevaardigden.

4. Groep huispersoneel van het ACV-Brussel-Halle-Vilvoorde en de centrale Voeding en Diensten

In november 2010 hebben we deze groep opgericht, bestaande uit 15 vrouwen die in de schoonmaaksector zijn tewerkgesteld en bij het ACV zijn aangesloten. Deze vrouwen, met of zonder papieren, werken doorgaans in:

- ambassades
- de sector van de dienstencheques
- de schoonmaak

Doelstellingen van deze groep:

- uit de ervaringen van uitgeweken personen en in hun hoedanigheid van huispersoneel lessen trekken teneinde een collectieve visie te ontwikkelen over arbeidsomstandigheden en een eisenbundel op te stellen voor hun verdediging;

- denkoefening over de IAO-conventie rond huisarbeid, en dit steeds op basis van de opgedane ervaringen.

Deze groep heeft een expertise opgebouwd dat gestoeld is op levensverhalen en arbeid in België.

We hebben kunnen vaststellen dat de arbeidsomstandigheden zeer verschillend zijn tussen de werknemers met en werknemers zonder papieren. De lonen van deze zonder papieren bedragen in de meeste gevallen slechts de helft van waarop ze recht hebben volgens de sectorale normen. Deze personen hebben doorgaans ook geen vakantie en worden in vele gevallen onrespectvol behandeld.

De slachtoffers van deze onregelmatigheden waren zich meestal wel bewust van de onwettige praktijken van hun werkgevers maar konden moeilijk klacht neerleggen, want geen papieren.

Het merendeel van personen met papieren is tewerkgesteld in de sector van de dienstencheques. De loonvoorwaarden worden er gerespecteerd maar gezien het feit dat nogal wat gevallen in onderaanneming worden tewerkgesteld maakt het er voor de delegees niet makkelijker op na te gaan wat de werkelijke arbeidsomstandigheden zijn van het huispersoneel.

De aanwezigheid van vakbondsafgevaardigden en mensen zonder papieren in deze groep heeft voor een uitwisseling gezorgd waarbij men mekaars levens- en arbeidsomstandigheden leerde kennen.

Het werk in deze twee groepen, comité werknemers zonder papieren en groep van huispersoneel heeft het ons mogelijk gemaakt in te zien dat de migranten die er deel van uitmaken vaak over grote competenties beschikken. Ze ondergaan zeer moeilijke levens- en arbeidsomstandigheden, maar het zijn moedige mensen met pijnlijke ervaringen die ze stuk voor stuk hebben overwonnen en hierdoor de kracht hebben gevonden waarop de vakbond kan bogen om strijd te voeren tegen de uiterste vormen van uitbuiting.

5. Individuele opvolging oktober 2008 - 2012

Sedert oktober 2008 houden we 1 keer per maand permanentie. Tot en met januari 2012 ontvingen we 2.340 personen met zeer uiteenlopende vragen. De door deze personen ervaren problemen betreffen:

- de dienst bevolking en de dienst Vreemdelingenzaken m.b.t. verblijfsvergunningen;
- de OCMW's;
- regularisatie;
- arbeidskaart: te lange wachttijden om deze te bekomen, geen hernieuwing van de vergunning of gewoonweg weigering;
- nazicht proeve van arbeidscontracten;
- personen die zonder arbeidskaart werken;
- uitbuiting op het werk;
- officiële arbeid maar zonder verblijfsvergunning

6. Geheimen van het succes voor de vakbondswerking met werknemers zonder papieren

De elementen voor een succesvolle werking van de vakbond rond werknemers zonder papieren zijn talrijk. Hierna de belangrijkste:

- aansluiting van de werknemers zonder papieren;
- organisatie als specifieke groep binnen de vakbond;
- samenwerking met de propagandisten van de beroepscentrales;
- contact en samenwerking met andere verenigingen;
- sensibiliseren van de vakbondsafgevaardigden i.v.m. de arbeidsomstandigheden van de mensen zonder papieren;
- wekelijkse permanentie die het volgende mogelijk maakt:
  - gevallen van uitbuiting opsporen;
  - eisen opstellen;
  - mensen vinden die bereid zijn om zich in de collectieve actie in te zetten.

7. Ervaren moeilijkheden

In veel gevallen werken de werknemers zonder papieren in plaatsen waar er geen vakbondsafvaardiging is.

Het is moeilijk om de werknemers zonder papieren te betrekken bij de collectieve actie tegen de uitbuiting wegens hun geïsoleerdheid en hun precaire situatie.

8. Ervaringen in de verdediging van de werknemers zonder papieren

Hierna enkele voorbeelden van onze actie ter individuele verdediging van de werknemers zonder papieren:

Case: 'Cleanse'

De vzw Cleaning & Services Network, 'Cleanse' opgericht in 2007 door evangelisch dominee Petrucci, stelde ongeveer 440 werknemers uit Latijns-Amerika te werk. De meesten onder hen waren werknemers zonder papieren die een jaarlijkse bijdrage van 24 euro aan vzw Brasil Euro betaalde om een arbeidsovereenkomst te verkrijgen.
De vzw Brasil Euro werd na het regeerakkoord van maart 2008 opgericht, regeerakkoord dat een nieuwe omzendbrief i.v.m. regularisatie voorzag. Ze had tot doel het evangelie van Jezus Christus te verspreiden, de samenwerking tussen de Europese en Latijns-Amerikaanse kerken te versterken, evenals mensen uit Latijns-Amerika hun arbeidssituatie te helpen regulariseren en hun integratie te bevorderen in hun gastland.
De werknemers voerden huishoudstaken, al dan niet ter plaatse, uit in het kader van het stelsel van dienstencheques.
Bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel d.d. 06/11/2009 werd de vzw Cleaning & Services Network geliquideerd. De meeste werknemers hebben werk verricht tot 31/03/2009.
De werknemers hebben een dossier laten openen bij de centrale Voeding en Diensten, dat later werd doorgegeven aan de juridische dienst teneinde een schuldvordering op te maken voor elk van hen. De juridische dienst heeft dus de schuldvordering voor 129 dossiers berekend waarbij het volgende werd geclaimd: de verbrekingsvergoeding, het loon van maart 2009 en/of februari 2009 en de eerste feestdag na verbreking (01/04/2009).
Elke individuele schuldvordering is nadien aan de curator, Meester Vlaeminck, bezorgd met de gegevens van onze leden (afschrift arbeidsovereenkomst en/of ontvangstbewijs en andere betalingsbewijzen). De bedoeling is het akkoord van de curator te bekomen om de dossiers nadien bij het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen te kunnen indienen.
Ondertussen, en om verjaring te stuiten, heeft de juridische dienst ook een beroep ten bewarende titel ingediend: een collectieve dagvaarding werd ingediend voor de 129 dossiers in maart 2010. Er valt op te merken dat er 2 'laattijdige' dossiers bijkwamen, waardoor het totaal door de juridische dienst beheerde dossiers op 131 afstevent.
De zaak Cleanse is ook ingewikkeld wegens zijn strafrechtelijke luik daar dominee Petrucci van oplichting, witwaspraktijken en tewerkstelling van illegale buitenlandse arbeidskrachten beschuldigd wordt. Zoals het adagium le criminel tient le civil en état luidt, zal de burgerlijke procedure moeten wachten op een onherroepelijk strafrechtelijk vonnis wat dus nog lang kan duren.

Daar het Parket op de hele activa van de vzw beslag heeft gelegd, kan de curator zich niet over het bedrag van deze activa uitspreken, waardoor hij niet bereid is om de schuldvorderingen van onze leden te aanvaarden. Tot op heden hebben twee ontmoetingen plaatsgevonden met Meester Vlaeminck om de mogelijke oplossingen te bekijken...
Meester Claude Dedoyard, Arbeidsauditeur gelast met het dossier, is klaar met zijn vorderingen en is momenteel bezig met de nalezing ervan om ze aan de onderzoeksrechter in de komende weken te kunnen bezorgen. Een zitting in de Raadkamer zal ten vroegste rond juni 2012 plaatsvinden.

Case: ambassade

Mevrouw Corazon Galang heeft als huisbediende gewerkt in de woonplaats van de Libische ambassadeur. Ze werd in haar land, de Filippijnen, rechtstreeks door de Libische Minister van Buitenlandse Zaken aangeworven voor een betrekking in België. De Libische ambassadeur heeft zijn post verlaten toen de oorlog uitbrak en het regime omgegooid werd. Vanaf dan was hij niet langer de werkgever van mevrouw Galang. Zij heeft haar laatste loon noch een verbrekingsvergoeding gekregen. Bovendien heeft ze haar speciale identiteitskaart van een jaar die door de protocoldienst van Buitenlandse Zaken afgeleverd was moeten teruggeven.
De beroepsactiviteiten van Mevrouw Galang werden niet aangegeven zodat sociale bijdragen noch bedrijfsvoorheffing werden ingehouden van haar brutoloon. Bijgevolg heeft ze geen recht op enige vorm van sociale bescherming met name i.v.m. arbeidsongevallen, ziekte, werkloosheidsuitkeringen en pensioen.
Het ACV heeft haar laatste loon, verbrekingsvergoeding en vakantiegeld opgeëist.
Het ACV heeft, met de ondersteuning van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, bekomen dat de Libische ambassade 10 maanden loon zou betalen als verbrekingsvergoeding, evenals een bijkomende premie voor het beëindigen van de overeenkomst. Het totale verschuldigde bedrag bedroeg 12.000 €.
In het kader van de regularisatie van 2009 had het ACV een regularisatieaanvraag ingediend voor mevrouw Galang, die ondertussen een verblijfsvergunning voor onbeperkte duur heeft verkregen en een baan heeft gevonden. Bovendien is ze een actief lid geworden van de ACV-werkgroep voor het huispersoneel en moedigt andere werkneemsters uit de Filippijnen aan om zich bij het ACV aan te sluiten.

9. Netwerken

Uitwisselingen werden met de Franse CGT georganiseerd. Deze Franse vakbond heeft al een tijdje acties opgezet om regularisaties te bekomen op basis van de tewerkstellingsplaats. Het ACV-Brussel had belangstelling voor deze ervaring en wou de gemeenschappelijke punten met de Belgische toestand onderzoeken en nagaan of dit voorbeeld van actie op basis van de tewerkstellingsplaats kon gevolgd worden.

Vanaf 2008 hebben de mensen zonder papieren talrijke verschillende actoren rondom hen verenigd. Het ACV heeft zich veel ingezet en heeft, samen met andere organisaties zoals Forum Asiel Migraties, CIRÉ en ABVV een aantal acties gevoerd:

- betogingen om de toepassing van het regeerakkoord van 18 maart 2008 op te eisen;
- politieke contacten met de Staatssecretaris van Migratie en de Eerste Minister opdat het regeerakkoord uitgevoerd zou worden;
- interpellaties van de verschillende partijvoorzitters.

In 2009 hebben de twee vakbonden op initiatief van CIRÉ een platform opgericht met de vakbondsafgevaardigden van de universiteiten om een denkoefening rond de bezettingen van universiteiten en een actiekalender uit te werken om zo veel mogelijk actoren te betrekken bij de mobilisering rond de regularisatie van de mensen zonder papieren volgens duidelijke en permanente criteria.

ACV-Brussel en ABVV-Brussel achtten het nodig na te denken over de manier en de voorwaarden waarop zij als vakbonden de bezettingen moesten ondersteunen. Besluit was dat deze acties zo goed mogelijk maar niet onvoorwaardelijk dienen ondersteund. Anders riskeren we gebruikt en zelfs gemanipuleerd te worden via acties waarvan we de doelstellingen en/of methodes niet goedkeuren. Goede wil kan soms ook contraproductief werken in de publieke opinie en/of bij onderhandelingen met de overheid. Daarom hebben we samen een aantal criteria vastgelegd die voor ons essentieel zijn om een actie te kunnen ondersteunen:

- collectieve doelstellingen en duidelijke eisen;
- de ondersteuning van de bezettingen dient in het actieplan opgenomen van het gezamenlijke platform geleid door de CIRÉ;
- deelname van de vakbonden in de bepaling van de strategieën samen met de werknemers zonder papieren en in de vormgeving van bepaalde acties;
- pluralistische bezettingsplaatsen om zo veel mogelijk maatschappelijke actoren te betrekken bij de ondersteuning van de actie;
- bezettingen onderhandeld met de eigenaars - en in voorkomend geval met de vakbondsafvaardigingen - van de plaats; democratisch beheer van de actie door een verbindingscomité;
- de vakbonden wensen geen acties zoals hongerstakingen aan te moedigen daar ze als wanhopig zouden worden gepercipieerd;
- als er een lijst van de bezetters bestaat, met het oog op goede organisatie, dient men ervoor te zorgen dat deze lijst door alle partners gekend en besproken wordt.

Momenteel zijn we lid van de CIRÉ en volgen de evoluties van de asiel- en migratiebeleidsmaatregelen van dichtbij. In die context nemen we deel aan een werkgroep van de CIRÉ rond de beleidsmaatregelen i.v.m. migratie en arbeid.

Na 4 jaar ervaring is het ACV-verbond Brussel-Halle-Vilvoorde overtuigd dat de rol van de vakbond tegenover de werknemers zonder papieren is hen te verdedigen op hun arbeidsplaats.

Dienst bevolking afdeling buitenlanders (gemeenten)

We hebben moeten vaststellen dat het beleid ten overstaan van werknemers zonder papieren sterk verschilt tussen gemeenten onderling en OCMW's onderling. De manier waarop dossiers worden beheerd en het respect voor personen zijn heel verschillend, ondanks een uniforme wetgeving.

Zo zijn er bevolkingsdiensten die regularisatiebeslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken (verkrijgen van een identiteitskaart) snel meedelen en toepassen, terwijl in andere bevolkingsdiensten de personen 4 of 5 maanden na de beslissing nog steeds geen identiteitskaart hebben ontvangen.

Dit kan een aantal kwalijke gevolgen hebben:

- Onmogelijk om de nodige stappen te zetten voor een arbeidsovereenkomst;

- Een werknemer met een identiteitskaart van een jaar die werkloos wordt heeft geen recht op werkloosheidsuitkeringen tijdens de periode waarin de identiteitskaart niet is verlengd.

Eisen aan de gemeenten

- Elke schepen of burgemeester die bevoegd is voor de dienst bevolking moet dringend een transparant en efficiënt beleid invoeren dat mensen die zich tot de bevolkingsdienst afdeling buitenlanders richten een menselijk onthaal biedt.

- Het uitreiken van die toegestane documenten moet zo snel mogelijk gebeuren om de werknemers uit de precariteit te halen.

- In de fase van de beslissing van toekenning van de identiteitskaart hoeft de dienst helemaal geen huisbezoek meer uit te voeren omdat het onderzoek reeds in een vorige fase is gebeurd en dit de overstap naar een normaal leven met maanden vertraagt.

OCMW

Mensen zonder papieren hebben recht op dringende medische hulp maar een aantal OCMW's heeft te veel tijd nodig om mensen zonder papieren een antwoord te geven. De OCMW-wetgeving bepaalt nochtans dat er binnen de maand een antwoord moet komen.

Eisen aan de OCMW's

- De vraag om 'dringende medische hulp' heet niet toevallig zo en moet dus zo snel mogelijk worden beantwoord. Een laattijdige zorgverlening kan een behandeling van de aandoening ernstig bemoeilijken.

Brussels Hoofdstedelijk Gewest - Ministerie van Tewerkstelling

Arbeidskaart

Werknemers met een arbeidskaart B en een identiteitskaart van een jaar zitten in een bijzondere kwetsbare situatie. Een arbeidskaart B maakt de werknemers afhankelijk van één enkele werkgever en van de vernieuwing van de identiteitskaart.

Er doen zich daarbij verschillende problemen voor: werknemers die worden uitgebuit durven hun baas niet aan te geven uit schrik geen andere baas te vinden en hun recht op een identiteitskaart te verliezen. Een ander probleem is wanneer de baas het in de arbeidsovereenkomst bepaalde barema niet nakomt. In dat geval vernieuwt het Ministerie van Tewerkstelling de arbeidskaart B niet en komt de persoon opnieuw in de illegaliteit terecht.

Soms veranderen werknemers zonder papieren van baas en vragen een nieuwe arbeidskaart aan. Intussen verstrijkt echter de geldigheid van de identiteitskaart en weigert het Ministerie van Tewerkstelling een nieuwe arbeidskaart toe te kennen omdat de identiteitskaart niet langer geldig is. In dat geval komt het dossier opnieuw bij de Dienst Vreemdelingenzaken terecht. Vaak volgt dan een weigering om de identiteitskaart te verlengen omdat de persoon niet langer over een geldige arbeidskaart beschikt! Deze vicieuze cirkel zorgt ervoor dat de werknemer opnieuw in de illegaliteit belandt.

Eisen aan het Gewestelijk Ministerie van Tewerkstelling

- Indien een werkgever de arbeidsomstandigheden of het in de arbeidsovereenkomst bepaalde loon niet respecteert, moet de baas niet enkel worden gestraft maar moeten de werknemers ook over voldoende tijd beschikken een andere baan te vinden om niet opnieuw in de illegaliteit terecht te komen.

- Het Ministerie van Tewerkstelling moet werknemers preventief informeren over de voorwaarden voor een verlenging van hun arbeidskaart.

- Indien de geldigheidsperiode van een arbeidskaart van een jaar niet overeenkomt met die van de identiteitskaart van een jaar, moet enige soepelheid aan de dag worden gelegd en een overgangsperiode worden ingelast tijdens dewelke de persoon mag blijven verder werken. Zo krijgen werknemers de tijd hun administratieve problemen te regelen waardoor ze niet al hun rechten verliezen en niet opnieuw in de illegaliteit verzeilen.

Federaal Ministerie van Tewerkstelling

We stellen vast dat er steeds meer sectoren zijn waar haast enkel illegale vreemdelingen zijn tewerkgesteld. Door hun lage loon en de erbarmelijke arbeidsomstandigheden zijn die werknemers bijna tot slaven herleid. Het gaat hier vooral om sectoren zoals de bouw, de horeca, de schoonmaak en de landbouw.

We stellen ook steeds meer aberraties vast zoals wetgevingen waardoor werkgevers, onder het mom van een hogere flexibiliteit en een sterkere concurrentiepositie van bedrijven, al te makkelijk het principe van een gelijke behandeling kunnen omzeilen (detachering, onderaanneming, …).

Betreurenswaardig zijn ook situaties waarbij werknemers in ambassades of diplomatieke missies worden uitgebuit maar waar de verdediging van de elementaire rechten van die personen wordt bemoeilijkt door hun beschermd statuut.

De controlemiddelen van de overheid schieten steeds vaker tekort tegenover de alsmaar complexere wetgevingen.

Het ACV kan niet aanvaarden dat heel wat werknemers zonder rechten duurzaam op het Belgische grondgebied verblijven.

Eisen aan het Federaal Ministerie van Tewerkstelling

Net als alle andere vakbondsorganisaties eisen we een nationaal en Europees immigratiebeleid dat nationale, Europese en niet-Europese werknemers een gelijke behandeling garandeert.

Om de belangen te verdedigen van werknemers die als huishoudpersoneel in ambassades of consulaten zijn tewerkgesteld, moet de diplomatieke onschendbaarheid bij duidelijke gevallen van uitbuiting worden opgeheven (of moet er een andere manier worden gevonden om die werkneemsters te beschermen).

Indien een werknemer niet wordt aangegeven en als blijkt dat de werkgever in staat is een correct loon uit te betalen, eist de vakbond:

- de regularisatie van de door de werknemer zonder papieren ingevulde functie;
- de ondertekening van een arbeidsovereenkomst van een jaar en uitreiking van een verblijfskaart voor dezelfde periode;
- de toekenning van een geldige arbeidskaart voor alle werkgevers uit de sector die 18 maand geldig is (we stellen een kaart voor die geldig is voor alle werkgevers uit een sector om te vermijden dat een werknemer afhankelijk is van zijn enige mogelijke werkgever en die bovendien 18 maanden geldig is om te vermijden dat de werknemer in de illegaliteit belandt indien z'n overeenkomst niet onmiddellijk wordt verlengd.);
- de uitbetaling van achterstallig loon.

La campagne Migreurop « Droit de regard dans les lieux d'enfermement »: connaître et faire connaître la pratique de détention des migrants pour mieux la dénoncer

---

Evelyne van Meesche

Biographie sommaire

Evelyne VAN MEESCHE, *assistante sociale de formation, est permanente de la Ligue des droits de l'Homme asbl. Elle visite depuis 2007 les centres fermés pour étrangers, principalement ceux de Brugge et de Merkpslas dans le cadre de missions d'observation et de vigilance ainsi que de soutien social, juridique et psychologique aux migrants détenus.*

Elle milite au sein de la commission étranger de la LDH, du Comité de vigilance en travail social (CVTS) et du réseau Migreurop.

Beknopte biografie

Evelyne VAN MEESCHE *is van opleiding sociaal assistente en vast lid van de Liga voor de rechten van de Mens vzw. In het kader van observatie- en waakzaamheidsmissies, van sociale, juridische en psychologische steun aan opgesloten migranten, bezoekt ze de gesloten centra voor vreemdelingen, voornamelijk die van Brugge en Merksplas.*

Ze is zeer actief in de commissie vreemdelingen van de Liga, in het Comité voor waakzaamheid in het sociaal werk en binnen het netwerk van Migreurop.

Le réseau Migreurop

Migreurop est un réseau euro-africain d'association, de chercheurs et de militants qui a pour objectif d'identifier, faire connaître et dénoncer les politiques européennes d'éloignement et d'enfermement des migrants.

Idée de la campagne

Depuis sa création, Migreurop dénonce l'enfermement, en Europe et au-delà, des migrants. On constate à la fois une multiplication des centres de détention pour migrants et une banalisation de ces lieux qui sont des lieux de désuhmanisation où les violations des droits sont constantes. L'existence de ces centres s'est progressivement institutionnalisé au niveau européen, nottament avec l'adoption en 2008 de la directive dite directive retour qui est un instrument phare de l'UE en matière de gestion des flux migratoires : durée de rétention allongée dans de nombreux pays (jusque 18mois), interdiction d'accès au territoire… et peu de garanties permettant le respect des droits fondamentaux des personnes enfermées.

Objectifs de la campagne

Dans la mesure où l'on obtient pas la suppression des lieux d'enfermement, qui au contraire se propagent, nous demandons un droit de regard de la société civile dans ces lieux. Il ne doit pas s'agir d'un regard neutre, mais d'un regard critique, visant à rendre visibles les conditions d'enfermement afin de jouer un rôle d'alerte et de sensibilisation sur les dérives auxquels conduit cet enfermement. Selon Migreurop, ce droit de regard se concrétise notamment par la garantie légale et sans restriction de l'accès de la société civile et des ONG aux lieux d'enfermement, mais aussi par la garantie que les étrangers détenus ont accès l'aide à la défense de leur droits, par des acteurs indépendants des autorités nationales. Un contrôle régulier sur la situation des migrants en détention doit pouvoir être exercé par des organisations indépendantes.

La campagne porte donc comme principale revendication le droit de savoir et de faire connaitre les réalités vécues par les migrants en détention. Ce droit d'entrer et de voir n'a pas pour objectif premier d'apporter du réconfort aux étrangers, ou de rendre plus supportables leurs conditions de vie, même si de fait il y contribue. Il est destiné à faire entrer le droit dans les procédures qui leur sont appliqués, et n'a de sens que s'il est associé au nécessaire témoignage pour faire connaître ce qui se passe.

Déclinaison de la campagne dans les différents pays

Les revendications de la campagne sont portés à la fois au niveau européen, auprès des institutions de l'Union européenne, et dans les états membres. La mise en œuvre de la campagne dépend du contexte national et des priorités des organisations menant cette campagne.

Le double niveau de mobilisation, national et européen, s'enrichit mutuellement. Il important pour les associations de savoir que des mobilisations similaires existent aussi dans d'autres pays. Le regroupement de ces associations au niveau européen renforce leur revendications.

En mars 2009, le réseau Migreurop, lance une première campagne « Pour un droit de regard dans les lieux d'enfermement d'étrangers », qui invitait des parlementaires de nombreux pays à se rendre dans les lieux d'enfermement d'étranger afin d'y exercer leur droit de regard.

Deux ans plus tard, c'est en demandant la fermeture des camps d'étrangers en Europe et au-delà[1] (voir positionnement Migreurop) que le réseau renouvelle sa proposition : que la société civile exerce son droit de visite dans les camps (droit même prévu par la directive retour) pour que ce qui s'y déroule soit connu et reconnu. Du 1er au 15 mars 2011, des parlementaires nationaux et européens ainsi que des militants associatifs se rendus dans des centres en Italie, Espagne, France, Grèce, Turquie et Bulgarie ainsi que en Mauritanie où l'Europe finance le centre de détention.

Il est important de pouvoir constater collectivement que la réponse sécuritaire de l'Union européenne est hors de propos dans le contexte de l'expression des libertés.

Avancées

Le parlement européen a adopté deux rapports qui reprennent les revendications de Migreurop : le rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union Européenne et le rapport de la commission LiBE sur les conditions d'accueil des réfugiés et des demandeurs d'asile.

La campagne permet en outre de dynamiser et d'impulser des initiatives dans différents pays. En Espagne par exemple les organisations membres se sont constitués en plateforme pour porter leur revendications ensemble au niveau national.

Belgique

Bien qu'essentiel pour pouvoir opérer un contrôle démocratique dans ces lieux d'enfermement, l'accès des ONG aux centres demeure précaire. Le droit d'accès est prévu par un arrêté royal (AR) du 2 août 2002, de nature réglementaire. Ce texte prévoit un accès de droit pour les avocats des détenus, les parlementaires nationaux, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR) et des organismes internationaux (UNHCR, CAT, CPT, etc.). La famille et les proches des détenus peuvent également avoir accès aux centres, à certaines conditions. Pour les ONG, l'article 45 de l'AR prévoit que « Le Ministre ou le Directeur général [de l'Office des étrangers] peut donner le droit de visiter un ou plusieurs centres (…) pour la durée et aux conditions qu'il détermine ». Il s'agit donc d'un pouvoir discrétionnaire du ministre et donc, en pratique, de l'administration compétente (l'Office des étrangers).

En pratique, une dizaine d'ONG sont accréditées pour tous les centres, à l'exception du centre INAD (pour « inadmissibles ») de l'aéroport de Bruxelles. Cependant, même autorisé, l'accès demeure précaire et soumis au bon vouloir de l'administration qui ne se prive pas d'agiter la menace d'un retrait de l'accréditation: c'était notamment le cas après la publication par les ONG visiteuses d'un Etat des lieux sur les centres fermés (octobre 2006)[2] qui se montrait très critique sur le fonctionnement des centres. Suite à ce rapport, des mesures de rétorsion ont été prises sur les informations communiquées lors des visites. Deux autres exemples sont également révélateurs. Un visiteur de l'association Jesuit Refugee Service (JRS) Belgium s'est vu retirer son droit de visite en 2003 pour des motifs qui étaient en réalité un prétexte. Au mois de juillet 2008, l'association Beweging Kinderen Zonder Papieren a essuyé un refus à sa demande d'accréditation: l'Office

---

[1] Voir le texte de positionnement de Migreurop « POUR LA FERMETURE DES CAMPS D'ETRANGERS, EN EUROPE ET AU-DELA » - http://www.migreurop.org/article1718.html

[2] Téléchargeable via le lien : http://www.liguedh.be/les-rapports/120-etat-des-lieux-sur-les-centres-fermes

des étrangers estimait qu'il y avait déjà assez d'associations visiteuses et des commentaires publiés sur le site de l'association étaient jugés trop critiques.

L'accès aux centres est doublement limité par l'obligation de prévenir vingt quatre heures à l'avance. Le fonctionnement des centres fermés est très carcéral, et dans certains centres les visiteurs doivent fournir une liste exhaustive des personnes qu'ils souhaitent rencontrer.

Ces éléments démontrent la nécessité de consolider le droit d'accès des ONG et de sortir du pouvoir discrétionnaire du ministre ou de son administration. Une modification de l'arrêté royal du 2 août 2002 s'impose donc en ce sens.

Perspectives Campagne 2012 pour la Belgique

Elargir l' accès aux lieux d'enfermement des migrants à la société civile et aux journalistes.
La campagne de visites « Camps d'étrangers en Europe: Ouvrez les portes! On a le droit de savoir!», qui se déroulera du 26 mars au 26 avril 2012 dans différents pays, situés en Europe ou à ses frontières, a pour objectif de faire un état des lieux sur l'accès de la société civile (notamment les associations et les médias) aux lieux d'enfermements des étrangers en Europe et au-delà. En vertu des textes européens[3], l'accès à l'information est un droit inaliénable des citoyens européens, défendu par l'ensemble des institutions européennes.

La Ligue des Droits de l'Homme, qui est membre du réseau Migreurop, s'intéresse depuis plusieurs années maintenant à l'accès de la société civile aux centres fermés et plaide pour plus de transparence.

La Ligue des Droits de l'Homme a déjà participé en 2009 et en 2011 à la campagne « un Droit de regard dans les lieux d'enfermement », du réseau Migreurop qui consistait en des visites de députés nationaux et européens dans les centres de rétention administrative[4]. Cette nouvelle campagne 2012 mettra l'accent sur le droit d'accès des journalistes aux lieux d'enfermement. Les médias, qui sont les garants de l'accès à l'information pour la société civile, doivent pouvoir revendiquer un accès libre et inconditionnel aux centres fermés.

---

[3] cf. l'article 11 de la Charte des Droits fondamentaux, relatif à la ' liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques'

[4] dossiers relatifs aux campagnes réalisées en 2009 et 2011, qui sont situés respectivement à ces deux adresses: http://www.migreurop.org/rubrique276.html / http://www.migreurop.org/article1904.html.

Annexe 1 – appel de la campagne 2012

Camps d'étrangers en Europe: Ouvrez les portes! On a le droit de savoir!

Parce que les citoyens européens ont le droit de connaitre les conséquences des politiques mises en place en leur nom, nous demandons l'accès aux centres d'enfermement pour les journalistes et la société civile !

Aujourd'hui en Europe, environ 600 000 personnes, y compris des enfants, sont détenues chaque année, le plus souvent sur simple décision administrative. Cette détention, ou « rétention », peut durer jusqu'à 18 mois, dans l'attente d'une expulsion, au seul motif d'avoir enfreint les lois sur l'entrée et le séjour des étrangers des Etats membres de l'UE. Ce n'est pas seulement de leur liberté de mouvement que ces personnes sont privées, mais aussi, souvent, de l'accès à des conseils juridiques, à des soins, au droit de vivre avec leur famille...

Les citoyens européens peuvent-ils dire qu'ils ne savent pas ? Oui !

Car aujourd'hui, dans la plupart des pays européens, l'accès des journalistes et des membres de la société civile aux lieux d'enfermement des migrants est extrêmement limité et encadré. Souvent, il est impossible de rencontrer ou même de parler aux détenus. En général, seuls les parlementaires disposent d'un droit d'accès.

Cette opacité est propice aux dérives et à de multiples violations des droits.

Pourtant, l'accès à l'information est un droit inaliénable des citoyens européens, défendu par l'ensemble des institutions européennes. L'article 11 de la Charte des Droits fondamentaux mentionne « la *liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques* ». Même la directive « retour » du 16 décembre 2008, dénoncée par nombre d'organisations notamment pour ce qui concerne la durée de la rétention, prévoit que « *les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention* ». Ces principes doivent être respectés.

Les lieux d'enfermement des étrangers ne doivent pas rester une réalité qu'on nous cache. Pourquoi n'y aurions-nous pas accès ? Nous voulons savoir ce qui s'y passe.

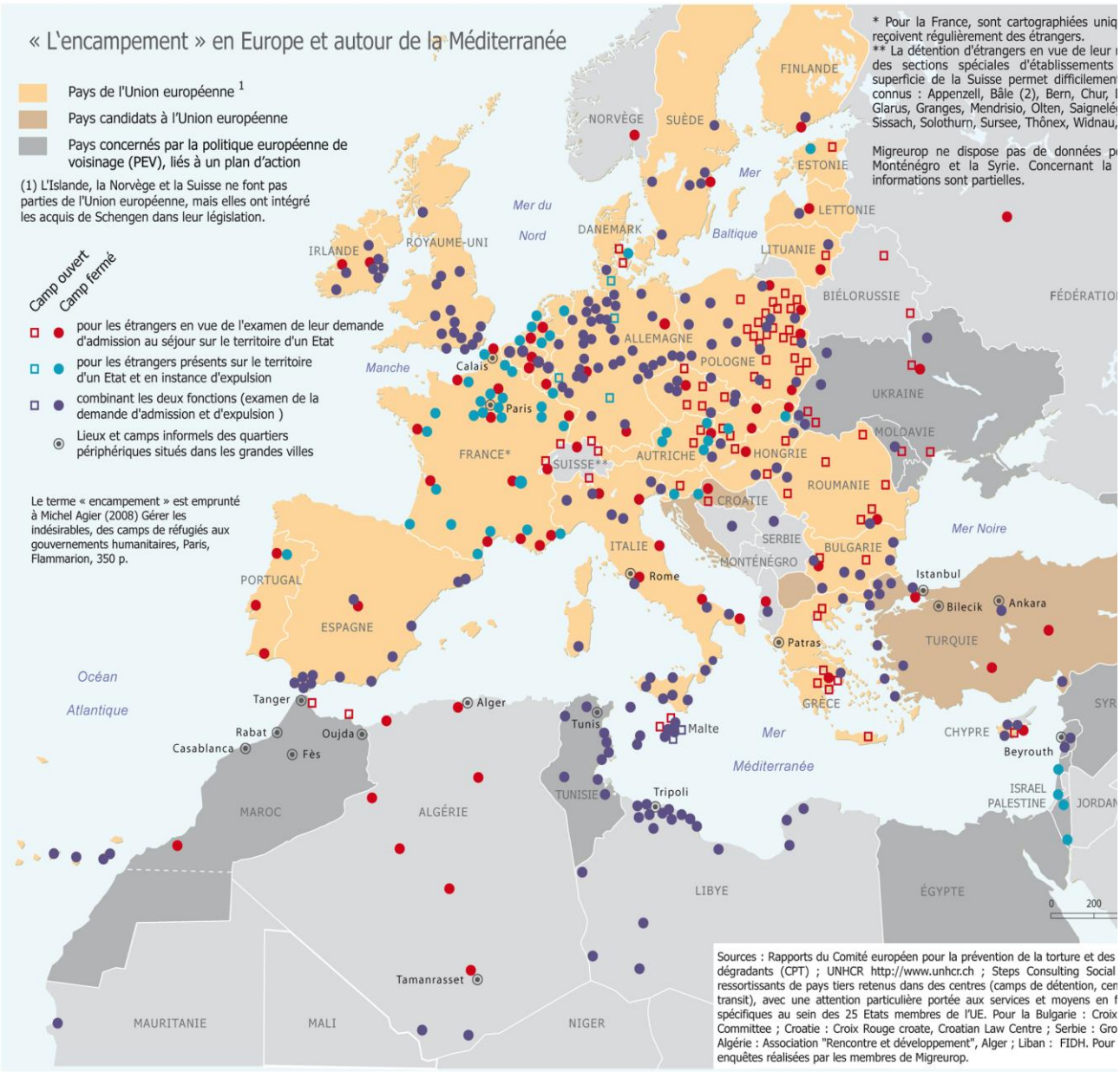
C'est pourquoi,

- nous appelons les gouvernements des Etats membres et les institutions de l'UE à agir pour que l'accès des centres de détention ou de rétention soit ouvert à la société civile et à la presse ;

- nous appelons aussi les parlementaires et les personnes dont l'accès est assuré à se mobiliser pour encourager l'évolution de la législation nationale et européenne dans ce domaine ;

- et parce que, de plus en plus, la politique migratoire de l'UE « s'externalise », incitant des Etats tiers à installer des camps de détention sur leur propre territoire pour empêcher les migrants de rejoindre l'Europe, l'ouverture et la transparence que nous réclamons pour les lieux d'enfermement doit aussi être la norme dans ces pays non européens.

Annexe 2 « Les camps d'étrangers en Europe et dans les pays Méditerranéens » - carte migreurop



Slow journalism redt het nieuws

Tine Danckaers

Beknopte biografie

Tine DANCKAERS, *(°1970) studeerde Journalistiek aan de Lessius Hogeschool in Mechelen en een aanvullende opleiding Taal & Letterkunde aan de Open Universiteit. Na haar studies werkte ze onder meer in de welzijnssector en als toeristische redacteur bij het cartografisch bedrijf Geocart, voor ze aan de slag ging bij De Wereld Morgen, het maandblad van de koepel van de noord-zuidorganisaties 11.11.11. Dit combineerde ze met een zelfstandig statuut als communicatieadviseur in de sociaal-culturele sector.*

Tine is vaste journaliste (tachtig procent invulling) bij MO sinds de opstart in 2003. Daar specialiseerde ze zich in asiel en migratie, waarbij ze zowel de Vlaamse, Belgische als Europese ontwikkelingen volgt.*

Biographie sommaire

Tine DANCKAERS, *(°1970) a fait des études de journalisme à l'école supérieure Lessius à Malines et une formation complémentaire en langues et litérature à l'Open University. Après ses études, elle a travaillé dans le secteur social et comme rédacteur touristique dans l'entreprise cartographique Geocart, avant de se mettre à l'oeuvre chez De Wereld Morgen, la revue mensuelle de l'organisation qui englobe les organisations nord-sud de 11.11.11. En même temps elle était conseillère en communication dans le secteur socio-culturel en tant qu'indépendante.*

Tine est à 80% de son temps journaliste permanente chez MO depuis son début en 2003. Elle s'y est spécialisée en asile et migration et suit aussi bien l'évolution sur ce terrain en Flandre, en Belgique qu'au niveau européen.*

Media spelen uiteraard een belangrijke rol in de beeldvorming. Vaak ontbreekt echter de stem van die mensen en groepen die geen 'woordvoerder' ter beschikking hebben, zoals migrantengroepen en mensen zonder papieren. Het kan anders: een lans voor 'slow journalism', meer human interest, of eenvoudiger: 'kunstgrepen' zoals een correct taalgebruik, het vermijden van stemmingmakerij en een kritische journalistieke reflex.

"Meer en gevaarlijke verstekelingen in de Antwerpse haven", zo luidde de kop van een filmpje van de Antwerpse regionale omroep ATV. De aanleiding voor de korte reportage was een studiedag op 15 december 2011, georganiseerd door het Antwerps Kenniscentrum voor Transport- en Maritiem Recht (Actramar) in de Hogere Zeevaartschool, een studiedag "om het fenomeen van verstekelingen beter te kunnen aanpakken en bestrijden".

In de inleidende tekst geeft ATV de informatie dat niet alleen gelukszoekers, maar ook criminelen steeds vaker ongezien aan boord proberen te raken richting Engeland of Amerika. En afsluitend: "De verstekeling vormt in meerdere opzichten een gevaar".

In het filmpje zelf omschrijft een afgevaardigd bestuurder van het bedrijf Atlantic Container Line, de 'situatie' letterlijk als volgt: "De evolutie die we nu zien, is dat het niet meer gaat om de arme stakker die een beter leven wil, maar om misdadigers en potentiële terroristen."

Dat is een niet mis te verstane beschuldiging ten aanzien van een hele groep mensen. Een beschuldiging die nergens op blijkt te stoelen want later op de studiedag zei de Antwerpse procureur Herman Dams klaar en duidelijk dat er "geen verband gelegd kan worden tussen de aangetroffen would be-verstekelingen en terrorisme."

De journalistieke reflex bij dit soort verdachtmakingen moet zijn om te polsen naar voorbeelden of concrete cijfers en feiten om de uitspraak hard te maken. De betrokken reporter nam de stellingen echter losjes over, zonder enige kritische vraagstelling.

In het filmpje werd ook niet dieper ingegaan op de motivatie van de studiedag –verstekelingen zorgen voor vertragingen, kunnen boetes opleveren en zijn dus een economische lastpost voor rederijen, kapiteins, haven- en containerbedrijven. Die zienswijze is, vanuit een economisch standpunt, niet onbegrijpelijk, en het brengen van die informatie had minstens al een context kunnen schetsen voor de sfeer waarin de beschuldiging werd gesteld.

Het geven van cijfers, feiten en het schetsen van een context – verstekelingen kosten de zeevaartsector dus geld – is één ding, maar er is nog meer. Achter feitelijke gegevens zitten mensen. Hier: verstekelingen, migranten op zoek naar een ander en beter leven. Het is een verhaal dat we zelden lezen of horen, maar het kan. Zo maakte in 2009 De Standaard- journalist Lieven Sioen hier een beklijvende en geprezen reportage over, met "De Sirenenzang van Londen".

Image en beeldvorming

Het is geen nieuws dat migranten, minderheden of mensen die in de marge van de samenleving leven, vooral de krantenkoppen halen als zich een probleem stelt. Een van de grootste valkuilen voor berichtgeving daarbij is om zich te bezondigen aan veralgemeningen of abstractie te maken van individuen. Al te vaak worden mensen die tot een groep behoren meteen als vertegenwoordigers van die groep zelf gebombardeerd. Dat leidt niet alleen tot 'ontpersoonlijking' maar ook tot het stigmatiseren van mensen die tot die groep behoren.

Als vicepremier Johan Vande Lanotte het in de media had over 'overlast van transitmigranten in Oostende', deed hij zo: "het probleem van de transitillegalen is teruggebracht tot controleerbare proporties".

Op 2 december kopte het Nieuwsblad: "De afgelopen nachten is meermaals ingebroken in tourbussen die geparkeerd stonden in de Mercatorlaan. De politie vermoedt dat de daders illegalen zijn." En ook in andere artikelen werd herhaald dat de politie en het stads- en havenbestuur het stijgende aantal auto-inbraken toedicht aan mensen zonder papieren. Zonder een blinde verdediger van de mensen zonder papieren te willen zijn, alweer las ik nergens een kritische vraag of er dan ook aantoonbare cijfers zijn die die link hardmaken, of die vertelt hoeveel mensen dan op heterdaad betrapt werden.

In de geschreven pers werd hier helaas weinig ingegaan op de nood aan een structurele humane aanpak en de nood aan minimale opvang voor de transitmigranten.

Soms is ook de keuze van titels heel misleidend. Zo kopte het Belang van Limburg in januari: "Nahima Lanjri wil gesloten centrum voor illegale criminelen". (1) Het artikel zelf ging echter dieper in op het verhitte kamerdebat betreffende de opvangcrisis, op dat moment heel actueel en urgent. Een titel als deze helpt alvast niet om lezer de hoogdringendheid van de noodopvang voor dakloze sans-papiers aan te tonen, maar legt de klemtoon op –alweer– een probleem. De woorden 'illegaal' en 'crimineel' worden –alweer– gelinkt.

Tik in de digitale persdatabank Mediargus de zoekterm 'illegalen' in, en het is ontstellend hoeveel artikels dat oplevert. Een groot deel daarvan zijn nieuwsfeitjes over het aantal 'illegalen' dat is opgepakt, over de aanpak van overlast in havensteden, enzovoort.

In een opiniestuk in De Standaard noemt auteur en journalist Tom Naegels de woorden 'illegaal' en 'allochtoon', "onduidelijke en onnodige woorden, waarmee we onszelf tegenspreken". Hij pleit er niet voor om ze te verbieden, wel om minstens na te denken hoe we ze anders kunnen invullen. Als voorbeeld geeft hij de taalcode van het magazine The Economist mee: "Wij vermijden 'illegalen'. 'Illegalen' heeft een inherente negatieve betekenis en dus herinnert onze woordkeuze onszelf én onze lezers ervan, dat illegale immigranten ook mensen zijn." (2)

Onderbelichte groepen

De Britse onderzoeksjournalist Nick Davies (The Guardian) beschrijft in zijn boek Flat Earth News dat er voor elke journalist in het politieke en het bedrijfsleven "tien voorlichters" zijn. Het behoeft geen uitleg dat niet-georganiseerde sociale groepen en geïsoleerde mensen uitzonderlijk veel moeite moeten doen om van zich te laten horen in de media.

Meermaals al gingen uitgeprocedeerde asielzoekers in hongerstaking om bij media en politiek de aandacht op hun uitzichtloze verblijfssituatie te vestigen.

In een recente nieuwsbrief (3) verwijst PICUM, de internationale belangenorganisatie voor mensen zonder papieren, naar een artikel van een Duitse journalist die de enorme media-aandacht voor het ongeluk met de Italiaanse cruiser Costa Concordia vergeleek met een oversteekboot met sans-papiers die zonk in de Middellandse Zee. "Een bootongeluk waarbij doden vallen, is altijd een menselijke catastrofe, waar en wanneer dan ook, losstaand vanwaar de slachtoffers komen." De journalist veroordeelde in zijn artikel het gegeven dat "de slachtoffers van de zee van Fort Europa de mediakoppen niet halen en worden vergeten door Europa".

De Standaard publiceerde in december 2011 een opiniestuk van acteur en publicist Dirk Tuypens (4) die zich verzet tegen de onverschilligheid van de samenleving tegenover daklozen. Tuypens hekelde het gegeven dat dit in een enkel medium als klein fait-divers werd gemeld. Hij pleit voor een radicale omslag in ons denken: niet dakloosheid maar de armoede zelf zou onwettelijk moeten worden verklaard. "Als een dakloze sterft –op straat, in de vrieskou– dan heeft die dat volgens ons samenlevingsdenken zelf gezocht", stelt Tuypens.

Politici, media en publieke opinie

"Het verschil tussen perceptie en realiteit inzake migratie is heel groot bij de publieke opinie, en dat is het gevolg van het heersende politieke discours". Dat stelt de Internationale Migrantenorganisatie (IOM) in een recent rapport (5). "Migratie is vaak een dankbaar catch all-onderwerp dat publieke angsten en onzekerheden over werkloosheid, huisvesting en sociale cohesie handig maskeert", aldus William Lacy Swing, directeur-generaal van de IOM, in de New York Times. (6) "De beeldvorming over migratie is in sommige bestemmingslanden zo verdraaid dat hun inwoners denken dat het aantal immigranten drie maal zo hoog is als in werkelijkheid het geval is."

Volgens de Wereldbank leeft 30 miljoen Afrikanen, of drie procent van de bevolking, in het buitenland. Van de Afrikanen die migreren, leeft, volgens de Wereldbank, 64 in de Subsahararegio zelf.

En toch leeft in de Europese media de perceptie dat Europa overspoeld wordt met migranten uit Afrika, zegt de IOM. Migratie wordt nog steeds als een bedreiging ervaren, vooral voor de arbeidsmarkt.

Al te vaak wordt in het politieke discours en dus ook in de media de strijd tegen sociale fraude gelinkt aan mensen zonder wettig verblijf. Wat dan ontbreekt is een analyse over of minstens een blik op een diepgeworteld systeem van zwartwerk dat die sociale fraude – vaak gepaard met economische uitbuiting van clandestiene arbeiders die onzichtbaar blijft – mogelijk maakt.

"We stoppen allemaal onze principes in onze broekzak zodra we onze muren snel en goedkoop willen laten stuken", zei een vrijwillige hulpverlener die dagelijks met mensen zonder papieren werkt, in MO*. "Juist die houding is misschien wel de grootste hinderpaal om uitbuiting te bestrijden en arbeidsrechten van kwetsbare werknemers op te waarderen", reageerde Heidi De Pauw, de voormalige directrice van het centrum voor mensenhandel PAG-ASA. Een Mauritaanse hongerstaker van de VUB verwoordde het dan weer zo: "Men wil ons hier wel hebben als het erop neerkomt een dag van meer dan acht uur te werken voor 15 euro. Maar als we niet meer in het plaatje passen, worden we gedropt."

“Het zou alvast een goede piste kunnen zijn om de arbeidsrechten van mensen zonder papieren beter onder de publieke aandacht –zowel via de media als het politieke podium– te brengen”, vindt Jan Knockaert van ORCA, de organisatie voor clandestiene arbeidsmigranten. “Want het is duidelijk dat die rechten nauwelijks prioriteit krijgen.” (6)

Nog een voorbeeld: vorig jaar deed de top vijf van landen waarnaar mensen vrijwillig –en met een Belgische premie– terugkeerden via het REAB-fonds wenkbrauwen fronsen. Brazilië stond met 915 terugkeerders aan de top, gevolgd door Oekraïne, Kosovo, Macedonië en Rusland. Het onbegrip van politieke partijen, met de N-VA op kop, werd in de media breed opgevoerd. Het Belgisch terugkeerbeleid is “een veredeld reisbureau voor Brazilianen die hier in het zwart” komen werken en onze arbeidsmarkt uithollen, klonk het. “Het zegt genoeg dat slechts twee Brazilianen asiel hebben aangevraagd”, aldus N-VA-kamerlid Theo Francken. “De rest schuift gewoon bij de IOM aan voor een gratis retourticket naar Brazilië.”

Ook hier voerde de media nauwelijks een tegenstem die alles in een juist perspectief plaatste of die op zijn minst een woordje uitleg gaf over een fenomeen als carrouselmigratie. “Het verhaal van de Braziliaan die hier komt profiteren en dan op onze kosten terugkeert, is wel heel ongenuanceerd en kort door de bocht”, reageerde Peter Neelen van Fedasil in MO*. “Achter de Braziliaanse arbeidsmigratie zit ook een vuil verhaal van valse reisbureaus, netwerken van bouwbedrijven en zelfs mensenhandel.” (7)

Wèl verscheen in 2010 een boeiende driedelige reportage in de krantenbijdrage Vacature over de Belgo-Braziliaanse bouwmaffia, die ook tijd en ruimte gaf aan bouwvakkers die meedraaiden in het zwarte bouwcircuit.

Op 6 december 2011 organiseerden het EPC (European Policy Center) en EPIM (European Programme for Integration and Migration) in Brussel een conferentie over het restrictieve migratiebeleid en de rol van de media daarin. Centrale vraag was welke impact beide hebben op de beeldvorming over migranten zonder papieren.

“De media-aandacht voor migratie en de impact ervan op de arbeidsmarkt is heel simplistisch en alarmistisch. De media slagen er niet in om migratie als een positieve bijdrage naar voor te schuiven wanneer het neerkomt op een tekort aan arbeidskrachten en opgeleide mensen in bepaalde sectoren. Er is echt nood aan accurate rapportering”, stelde een hoofd van de immigratie- en integratie-eenheid van de Europese Commissie.

Hoe dan wel?

Het kan zeker anders. Het vermijden van stigmatiserend taalgebruik is een simpel begin. Niet de mens is illegaal, wel zijn verblijf is onwettig.

Katleen De Ridder, media-experte van het Minderhedenforum en auteur van het boek De witte media breekt in de eerste plaats een lans voor ‘slow journalism’. “Noem het ‘MO*-journalistiek’, die berichtgeving die indruist tegen de snelheid van de nieuwsmedia. Wanneer berichtgeving door de snelle nieuwstrechter moet, krijg je gefragmenteerde informatie die de context niet mee in beeld brengt.”

“Het is helaas niet zo eenvoudig om in de huidige mediacontext eenduidig positieve signalen te geven”, zegt De Ridder. “Het Minderhedenforum reikt jaarlijks de IMAD’s uit: prijzen voor de beste interculturele tv, radio of pen. Die prijs is een ruggensteun voor journalisten die erin slagen om met een open blik aan interculturele berichtgeving te doen, een positief signaal dus. Tegelijk is het eigenlijk verdoken mediakritiek: door standaarden te geven van wat we goed vinden, zeggen we meteen dat we de rest niet goed vinden.” (9)

Het slechte nieuws is dus dat –alweer niet verbazend– journalisten steeds meer onder druk komen te staan van tijd en snelheid, zeker met de intrede van sociale media als Facebook en Twitter. Men spreekt ook van fastfoodnieuws dat 24 uur op 24 beschikbaar is. Volgens Nick Davies, auteur van Flat Earth News, moeten journalisten vandaag drie keer zoveel tekst produceren als in 1985.

Het goede nieuws is dat er zeker nog plaats en ruimte is voor slow journalism of hyperlokaal nieuws. Slow journalism richt zich naar één onderwerp of één context en diept die uit, om een stukje werkelijkheid begrijpelijk en hanteerbaar te maken. Het vertrekpunt is niet de wetenschappelijke of politieke analyse maar het perspectief van de betrokkenen: gewone mensen.

De combinatie nieuws en traagheid hoeft geen contradictio in terminis te zijn. “Al te vaak gaan nieuwsmakers ervan uit dat ‘les petites histoires’ geen nieuws zijn. Maar aan de hand van een individueel microverhaal kan je vaak het macroverhaal beter en meer belegen schetsen”, aldus De Ridder.

In België speelt het Fonds Pascal Decroos in op de beperkte budgetten van de media en steunt journalisten om dieper en langer onderzoek te doen. En volgens het fonds bestaat er wel degelijk een groeiende belangstelling voor slow journalism. Het aantal aanvragen stijgt, wat aantoont dat de sector meer dan ooit geld vraagt voor slow journalism. “De kwaliteit van de aanvragen gaat er op vooruit, met sterkere onderwerpen en beter onderbouwde artikels”, aldus de organisatie.

Ook de Koning Boudewijnstichting schreef tot vorig jaar beurzen uit voor journalisten die zich aanvankelijk onderdompelden in de herkomstlanden of –contexten van onze grootste migrantengemeenschappen buiten Europa: Turken en Marokkanen. Later werd dat uitgebreid naar journalistieke dossiers of reportages met betrekking tot de moslimgemeenschappen en nieuwe migratiegroepen. Daar werd gretig gebruik van gemaakt. Jammer genoeg zette de stichting de beurzen stil.

Er zijn ook media en individuele journalisten die voldoende tijd en ruimte maken om de stem van de andere aan bod te laten komen. Naast het maandblad MO* dat na tien jaar een stevige reputatie heeft opgebouwd in het Vlaamse medialandschap, telt de Vlaamse mediamarkt vandaag relatieve nieuwkomers die daarop inspelen.

Stampmedia, het jongerenpersagentschap, richtte recent een mediahuis in Antwerpen op. Opvallend is de culturele diversiteit en betrokkenheid van de jonge journalisten die er klaargestoomd worden voor de nieuwsmarkt. Apache –een online nieuwssite door gewaardeerde journalisten– wil naar eigen zeggen “duiding geven, plaats maken voor nuance, de argumenten van de verschillende betrokkenen meegeven en zorgen voor verdieping.” En De Wereld Morgen, een online nieuwssite die inspeelt op de burgerjournalistiek, veroverde op korte tijd een stevige plaats. Ook DWM wil in de eerste plaats ruimte maken voor een ander, meer ondergronds en socialer oogpunt om nieuws te brengen.

Voorbeelden

Uiteraard zijn er uitstekende initiatieven in de mainstream-media om migranten en mensen zonder papieren op een andere manier in beeld te brengen. Zo fotografeerde freelancefotograaf Eric de Mildt tijdens de vorige opvangcrisis een maand lang asielzoekers die geen opvang kregen.

Individuele journalisten slagen er ook om in de mainstream-media beklijvende stukken te brengen die plaats maken voor interculturaliteit, met verhalen die de kloof dichten tussen de 'oude samenleving' en de nieuwe, gemondialiseerde samenleving, bevolkt door nieuwkomers. Volledigheidshalve: niet zelden zijn dat gesubsidieerde of ondersteunde projecten.

Een kleine greep uit dit aanbod (met excuses aan alle collega-journalisten die ik hierbij niet vernoem):

De Morgen-journaliste Catherine Vuylsteke maakte samen met Hanne Phlypo de documentaire "**Silent Stories**". Deze documentaire vertelt het verhaal van twee mannen en twee vrouwen uit Algerije, Senegal, Irak en Guinée die wegens hun seksuele geaardheid hun land moesten ontvluchten. Wat de documentaire zo beklijvend maakte was enerzijds de verstilling en anderzijds de herkenbare –universaliserende– portrettering van de vier mensen.

Michaël De Cock en Stephan Vanfleteren maakten het boek "**Aller/Retour**", dat met doordringende en herkenbare eenvoud beschrijft waar en hoe mensen overleven wanneer ze willen migreren van een afgeschreven naar een nieuw leven. En wat het is om –tussen punt a en punt b– telkens opnieuw keuzes te moeten maken. Met stevige dialogen, ontwapenende vragen van De Cock en nuchtere antwoorden, soms eenvoudig raak, soms doorspekt van een humor die zalft en slaat tegelijk. Een menselijke en o zo nodige kijk op een migratieproces dat zich voor de meesten van ons ver van ons bed afspeelt, en soms dramatische vormen aanneemt.

De eerste interculturele persprijs die het Minderhedenforum (in samenwerking met de Vlaamse Vereniging voor Journalisten) in 2010 uitreikte, ging naar journalisten Rudi Rotthier en Luk Dewulf. Rotthier schreef de zesdelige reeks "**De Overkant**". Voor deze reportagereeks dompelde Rotthier zich een maand lang onder in de Brusselse gemeenten Sint-Jans-Molenbeek en Sint-Joost-Ten-Node. De jury loofde de gedegen research en het doordringende beeld dat Rotthier ophing van de Brusselse gemeenten. Zijn reeks was gebalanceerd, want schrijven over de stad is schrijven over interculturaliteit, klonk het.

Luk Dewulf won de prijs met "**Roma Basta**", een vijfdelige reeks van korte reportages over Roma in Gent en in Slowakije. Het betrof een reeks met gedocumenteerde en toegankelijke portretten, die inzicht gaven over een uitgespuugde groep mensen.

Nog in de shortlist voor de persprijs:

Jan De Zutter en Tanja Dierckx – "**Witverlies**", Goedele

Knap vormgegeven en op een relativerende toon beschrijven de journalisten hoe Europa steeds meer op een melting pot gaat lijken. Die begint op kleine schaal, bij gemengde koppels.

Redactie Gazet van Antwerpen – "**Divers Antwerpen**", Gazet van Antwerpen

Antwerpen telt meer dan 160 nationaliteiten. De Gazet van Antwerpen bracht ze in beeld. Van A tot Z, van Albanië tot Zwitserland. Uit verhalen van migranten en hun kinderen klinkt hoop en wanhoop. Een unieke reeks over diversiteit in een metropool.

In de categorie 'Audiovisuele Pers':

Loutfi Belghmidi en Wim Van Den Eynde – "**Quartiers chauds, quartiers perdus**?", Panorama – Eén (VRT)

De Brusselse rellen van 2009 brachten een minder fraai beeld van sommige wijken. Panorama ging terug die wijken in en drong door tot de onderbuik ervan.

Redactie Peeters & Pichal, Radio 1 – VRT

Tijdens een uitzending van Mezzo (Radio 1), voor de gelegenheid gepresenteerd door de minister van Media, Ingrid Lieten, liet ex-hoofdredacteur De Standaard-Het Nieuwsblad, Peter Vandermeersch, zich ontvallen dat er onvoldoende diversiteit in de media is. Peeters en Pichal bleef niet bij de pakken zitten en liet een volledige uitzending op poten zetten door etnisch-culturele minderheden.

---

(1) "Lanjri wil nu gesloten centrum voor criminele illegalen", HBVL, 1 februari 2012
(2) "Illegaal gestikt?", door Tom Naegels, De Standaard, 3 augustus 2011
(3) Nieuwsbrief 1 februari 2012, http://picum.org/en/news/bulletins/31809/
(4) "Verdacht overlijden. Na de verzuurde samenleving nu de onverschillige", door Dirk Tuypens, in De Standaard, 20 december 2011
(5) "World Migration Report 2011", International Organisation for Migration
(6) "Perceptions of Migration Clash With Reality, Report Finds", New York Times, 5 december 2011
(7) "Sans-papiers in de uitverkoop: Twee halen, één betalen", Tine Danckaers, MO*, 23 augustus 2010
(8) "Belgisch terugkeerbeleid: verdiende straf of nieuwe kans?", Tine Danckaers, MO*, 22 februari 2011
(9) Gesprek met Katleen De Ridder, nav deze tekst

Selma Benkhelifa en Marie-Pierre De Buisseret

Biographie sommaire

Selma BENKHELIFA *a étudié à la faculté de droit à l'ULB. Elle fait partie du réseau PROGRESS Lawyers Network à Bruxelles depuis 2001.*

Spécialisée en droit des étrangers, Selma Benkhelifa s'est illustrée notamment dans la défense de grévistes de la faim afghans, kurdes et iraniens, et plus récemment des occupants de l'Eglise Saint-Boniface à Ixelles.

Elle a reçu le prix Kirschen du Barreau de Bruxelles en 2004. Elle est membre de la commission juridique de l'UDEP et a contribué à ce titre au projet de loi de l'UDEP.

Beknopte biografie

Selma BENKHELIFA *heeft gestudeerd aan de rechtsfaculteit van de ULB en maakt sinds 2001 deel uit van PROGRESS Lawyers Network Brussel.*

Gespecialiseerd in vreemdelingenrecht, heeft Selma Benkhelifa haar stempel gedrukt op de verdediging van Afgaanse, Koerdische en Iraanse hongerstakers. Meer recent heeft ze de verdediging waargenomen van de bezetters van de Sint-Bonifatius Kerk in Ixelles.

Zij ontving in 2004 de Kirschen prijs van de Brusselse Balie. Zij is lid van de juridische commissie van UDEP en heeft in die hoedanigheid bijgedragen tot het UDEP wetsontwerp.

Biographie sommaire

Marie-Pierre de Buisseret *est licenciée en droit de l'UCL depuis 1994. Elle fait partie du réseau PROGRESS Lawyers Network à Bruxelles.*

Intéressée par les migrations internationales et les droits de l'Homme, elle aborde depuis une dizaine d'années ces questions sous des angles différents:

- *Avocate au barreau de Bruxelles (de 1995 à 1998 et à partir du 2007)*
- *Conseillère juridique au Siréas (association d'aide aux migrants) de 1998 à 2003*
- *Membre Ong de la Commission des régularisations (à partir de 2000)*
- *Membre Ong de la Commission consultative des étrangers (2001-2002)*
- *Attachée parlementaire à partir de 2003*
- *Et enfin militante pour/avec les sans papiers.*

Elle est membre de la Commission étrangers de la Ldh, du Comité T (Ldh), de la commission juridique du MRAX, et du C.A. de l'Adde.

Elle a écrit quelques articles en matière de droit des étrangers (Cf Guide de la personne étrangère - Kluwer, Site web du Siréas, Revue de droit des étrangers)

Beknopte biografie

Marie-Pierre de Buisseret *is licentiaat in de rechten van de Université Catholique de Louvain (UCL) sinds 1994 en maakt deel uit van PROGRESS Lawyers Network Brussel.*

De thema's die haar interesseren, migratie en mensenrechten, behandelt ze de laatste tien jaar vanuit verschillende invalshoeken:

- *Advocaat aan de balie van Brussel (van 1995 tot 1998 en vanaf 2007)*
- *Juridisch raadgever bij Siréas (vereniging voor hulp aan migranten) van 1998 tot 2003*
- *NGO lid van de Commissie Regularisaties (sinds 2000)*
- *NGO lid van de raadgevende Commissie voor vreemdelingen*
- *Parlementair medewerkster sinds 2003*
- *Tenslotte, militante voor/met de mensen zonder papieren.*

Ze is lid van de Commissie vreemdelingen van de Ligue des Droits de l'Homme (Liga voor de Mensenrechten), van het Comité T (LDH), van de juridische commissie van de MRAX en tevens lid van de RvB van 'l'Association pour le droit des étrangers' (Vereniging voor de rechten van vreemdelingen).

Ze heeft enkele artikels geschreven over Vreemdelingenrecht (Cfr Guide de la personne étrangère-Kluwer, Website van Siréas, Revue de droit des étrangers).

Annexe: Tout n'est pas permis au nom de la lutte contre l'immigration illégale

Thomas Mitevoy

Ce 23 février 2012, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt historique dans l'affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie. Outre la condamnation très sévère de l'Italie, cet arrêt appelle de manière beaucoup plus vaste à une autre politique migratoire européenne.

A l'origine de cette affaire, on trouve un groupe de migrants qui avaient quitté la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes. Le 6 mai 2009, à trente-cinq milles marins au sud de Lampedusa, ils furent approchés par trois navires de la garde des finances et des garde-côtes italiens. Les occupants des embarcations interceptées furent transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli. Une fois arrivés au port de Tripoli, après dix heures de navigation, les migrants ont été livrés sans autre forme de procès aux autorités libyennes. Cette opération italienne prenait appui sur des accords bilatéraux avec la Lybie de Kadhafi.

De manière exceptionnelle, tant le dénuement des victimes était peu propice à une action en justice, la Cour européenne des droits de l'homme va être saisie de cette pratique par onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens. Au delà des aspects cyniques de cette affaire lorsqu'à titre d'exemple le gouvernement italien soutient sans sourciller que la Lybie de Kadhafi est un lieu d'accueil sûr, cet arrêt constitue une mise en garde claire aux Etats européens : la protection des frontières de l'Europe n'autorise pas tout.

Primo, la Cour va conclure à la violation par l'Italie de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui fixe de manière absolue que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». Sur base d'une analyse poussée de la situation des migrants en Lybie, la Cour va tout d'abord estimer « qu'en transférant les requérants vers la Libye, les autorités italiennes les ont exposés en pleine connaissance de cause à des traitements contraires à la Convention » et en particulier à des traitements inhumains et dégradants. Outre cette sentence très sévère, la Cour va condamner le gouvernement italien par rapport au risque de refoulement indirect vers la Somalie et l'Erythrée : « au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de refugié octroyé par le HCR ».

La Cour va ensuite se pencher sur une question a priori technique mais dont les répercutions sont potentiellement considérables : l'article 4 du Protocole no 4, qui prévoit que les expulsions collectives d'étrangers sont interdites, s'applique t-il quand l'expulsion a lieu en mer et non pas à partir du territoire national de l'Etat?

La Cour va répondre par l'affirmative en précisant dans un premier temps que cette interdiction d'expulsion collective a pour but d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle. Partant, la Cour juge que les migrants qui empruntent la mer au péril de leur vie ont également droit à un examen de leur situation personnelle avant d'être le cas échéant expulsés. Et la Cour d'enfoncer le clou : « les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des Etats, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles». La Cour rappelle donc l'obligation pour l'Etat qui procède à l'interception de migrants en mer de procéder à leur identification ainsi qu'à l'évaluation et au traitement correct de chaque cas individuel. Parmi les vingt-quatre requérants qui furent renvoyés indistinctement vers la Lybie, il n'est pas inutile de préciser que quatorze d'entre eux ont obtenu le statut de réfugié suite à l'opération italienne… Pour les Etats européens, ce caractère mixte des migrants - composés à la fois de personnes n'ayant pas besoin de protection particulière et de réfugiés devant bénéficier d'une protection internationale - constitue de leur point de vue un obstacle à une gestion efficace de l'immigration. Il est évidemment plus simple de renvoyer tout le monde que d'organiser une évaluation de la situation de chaque migrant. La Cour condamne fermement ces pratiques qui privilégient l'efficacité au détriment des droits des personnes.

Enfin, la Cour va juger que les requérants ont été privés de toute voie de recours qui leur eût permis de soumettre à une autorité compétente leurs griefs et d'obtenir un contrôle rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit mise à exécution.

Les Etats européens devront à l'avenir compter avec cet arrêt qui constitue un signal très fort : on ne peut, sous prétexte de lutter contre l'immigration illégale, bafouer les droits des migrants ni en mer ni sur terre. Les conséquences de cet arrêt sont substantielles et remettent en cause dans une certaine mesure ces opérations maritimes. Une procédure d'identification et de traitement de chaque cas individuel nécessite la présence d'interprètes et de conseils juridiques pour apporter aux migrants une information claire et précise sur leurs droits. Ces derniers doivent également pouvoir soumettre leurs griefs à une autorité avant l'éloignement. Nous sommes très loin du navire de guerre qui renvoie les migrants vers la Lybie sans la moindre analyse des situations individuelles. A quand un texte européen qui concrétise ces exigences de la Cour?

Thomas Mitevoy, avocat de PROGRESS Lawyers Network Bruxelles

v.u. Raf Jespers, Broederminstraat 38, B - 2018 Antwerpen

Verkoopprijs - Prix de vente € 15

ADVOCATEN | AVOCATS | LAWYERS

BROEDERMINSTRAAT 38 | B - 2018 ANTWERPEN | +32 (0)3 320 85 30 | +32 (0)3 366 10 75
INFO@PROGRESSLAW.NET | WWW.PROGRESSLAW.NET