

Réactions de Sylvie Saroléa au texte de Jacques Englebert relatif à l'accès à la justice. Le point de vue du droit des étrangers

Comme Jacques Englebert, le premier réflexe face au titre « Quel accès à la justice ? » est de ne pas se limiter à l'accès au sens strict, soit la possibilité de saisir un juge, mais bien d'aborder au sens large la « possibilité que justice soit rendue ». Ce n'est pas le lieu ici, au travers de cette brève réaction, de discuter longuement de ce que serait cette justice mais bien d'apporter quelques éclairages en trois points :

- l'accès au sens strict ;
- la justice au sens procédural ;
- la justice au sens substantiel.

I L'ACCÈS À LA JUSTICE

La possibilité pour les étrangers d'accéder à la justice est théoriquement bien garantie par le droit belge. En effet, les étrangers en situation illégale qui souhaitent introduire une demande de régularisation ont droit à ce qu'un avocat soit désigné dans le cadre de l'aide juridique. La procédure de régularisation est gratuite ainsi que les procédures devant les juridictions administratives. Il en va de même en ce qui concerne la procédure d'asile et les autres procédures relatives à l'accès au territoire tel que le regroupement familial ou la contestation de mesures de rétention administrative. Les étrangers confrontés à ces procédures ont accès à un avocat sur la base de l'aide juridique et l'accès à la procédure est totalement gratuit.

Cette gratuité et l'assistance d'un avocat sur la base de l'aide juridique ne doivent toutefois pas faire oublier les difficultés culturelles que peuvent représenter pour un étranger le fait de s'adresser à un juge et de comprendre l'institution et son langage¹. Beaucoup d'étrangers n'y sont pas habitués ou alors n'ont pas appris à faire confiance au monde de la justice et à ses acteurs souvent corrompus, violents, autoritaires et inutiles dans de nombreux pays d'origine. L'étrangeté du langage judiciaire et le formalisme des procédures sont fréquemment dénoncés par des Belges ou par des étrangers vivant en Belgique de longue date. Ces difficultés sont décuplées pour les nouveaux arrivants. La question du financement adéquat de l'aide juridique se pose également de manière récurrente. Nous n'y reviendrons pas ici.

Le problème de l'accès des étrangers en situation illégale « à la justice » dans d'autres procédures que celles relatives à l'octroi d'un permis de séjour est plus problématique. En effet, comment justifier que sans revenus, vivant d'expédients, de petits boulots dans des conditions souvent fort difficiles..., de nombreux étrangers soient confrontés à

1. Voy. notamment sur ces questions le numéro spécial (n° 155) de la *Revue du droit des étrangers* consacré à *Asile et santé mentale*, 2009, pp. 483-596.

l'impossibilité d'obtenir la désignation d'un avocat ou alors à la difficulté d'obtenir l'assistance judiciaire parce qu'ils ne peuvent justifier du fait qu'ils vivent avec des revenus incertains, provenant du travail en noir, ou alors de la solidarité de proches. Ils seront paradoxalement exclus de l'accès à la justice alors qu'ils sont déjà bien souvent fragilisés par leur statut. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme vient d'apporter un début de solution à cette difficulté. Le 10 mars 2009, la Cour de Strasbourg a affirmé qu'il « faut des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre personnes possédant une carte de séjour et personnes n'en possédant pas » (arrêt *Anakomba Yula c. Belgique* du 10 mars 2009, requête n° 45413/07, paragraphe 37). La Cour utilise la même expression que celle qui lui avait déjà permis d'exiger les raisons « très fortes » pour établir une différence de traitement sur la base du sexe ou de la nationalité. Elle l'applique ici aux distinctions fondées sur la situation administrative de la personne concernée. Certes, cette affaire ne traitait pas directement d'une question d'immigration. La requérante sollicitait l'aide juridique afin de faire établir judiciairement un lien de paternité entre son enfant et le père belge de celui-ci. Les implications en matière d'immigration étaient cependant certaines puisque ce lien de filiation devait lui permettre d'obtenir un titre de séjour en qualité de maman d'un enfant belge. La requérante estimait que le fait qu'elle n'avait pas eu accès à l'aide juridique en raison du caractère illégal de son séjour violait les articles 6 et 14 de la Convention. La Cour lui a donné raison en soulignant le lien entre la procédure civile projetée et le droit au séjour de la requérante. Cet arrêt ouvre la porte à une réflexion plus large de la Cour et, dans son sillage, des juridictions internes, sur la légitimité et la proportionnalité des différences de traitement affectant l'émigrant dans la jouissance de droit attachée à leur seule qualité de personne.

II

LA JUSTICE AU SENS PROCÉDURAL

Même si une juridiction administrative tout à fait spécifique lui est dédiée, l'étranger confronté à des décisions relatives à son statut

administratif jouit d'un accès problématique à la justice. En effet, les procédures organisées sont des procédures « d'exception ». Elles sont enfermées dans des délais très brefs, la procédure est écrite et soumise à un formalisme rigoureux ; le droit à la parole en audience est terriblement limité, parfois à quelques mots principalement devant les chambres néerlandophones. Or, qui moins que des étrangers, parfois en situation illégale, maîtrisent les procédures judiciaires ? Souvent, ils n'en maîtrisent ni les rouages, ni le formalisme. Soumettre les procédures diligentées devant le Conseil du contentieux des étrangers à des exigences procédurales bien plus strictes que devant les juridictions judiciaires est inadapté à la faiblesse de l'usager de la justice qu'est le migrant. Cela pose la question de l'effectivité des recours et de l'accès réel à la justice.

De plus, la question du caractère suspensif des recours devant le juge se pose ainsi que celle de la nature du contrôle qu'il exerce. Ainsi, sauf dans le domaine de l'asile, le Conseil du contentieux des étrangers exerce un contrôle marginal de légalité et non un contrôle de plein contentieux. Le recours introduit est, dans la plupart des cas, non suspensif.

Le Parlement et, à sa suite la Cour constitutionnelle, ont estimé que « dans le domaine de l'immigration, pour lequel il existe une certaine liberté d'action du gouvernement, ce qui se traduit par le caractère constitutif des décisions en ces matières, le gouvernement souhaite maintenir le contrôle de légalité existant, étant entendu que celui-ci ne sera plus exercé par le Conseil d'État, mais par une juridiction administrative équivalente qui offre une protection juridique comparable ».

La Cour constitutionnelle a estimé implicitement que le recours en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers est satisfaisant même lorsqu'est invoquée la violation d'un droit fondamental tel le droit au respect de la vie familiale ou le droit à ne pas subir la torture ou un traitement inhumain et dégradant. L'option du législateur pour un contrôle marginal se fonde sur le fait que les conséquences des décisions prises sur les droits de la personne sont masquées pour n'en retenir que le fait qu'elles sont censées exprimer

l'exercice par l'État de sa puissance souveraine. La mission du juge de la détention est circonscrite de la même manière puisque celui-ci se voit assigner un contrôle de légalité et non d'opportunité.

Certes, les étrangers se tournent encore vers le juge des référés. La Cour de cassation a récemment jugé, par un arrêt du 26 mars 2009, que le juge des référés pouvait être compétent dès lors que des droits subjectifs étaient en cause. Toutefois, l'incertitude dans laquelle sont plongés les étrangers en ce qui concerne les choix procéduraux à exercer n'est pas satisfaisante sur le plan de la transparence de l'accès à la justice et de la sécurité juridique.

Les étrangers ne peuvent que partiellement trouver secours dans le droit international puisque la Cour européenne des droits de l'homme considère que le contentieux du droit des étrangers est un contentieux portant sur des droits politiques et non des droits civils. Par conséquent, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas. Il est remplacé désavantageusement par l'article 13 qui offre une protection moins complète et moins exigeante que celle de l'article 6 tant en ce qui concerne la qualité des procédures que la qualité de l'autorité appelée à statuer.

III

LA JUSTICE SUR LE PLAN SUBSTANTIEL

Jacques Englebert regrettait dans son article que certains juges se soient autorisés à ne pas appliquer la loi ou à violer la loi lorsqu'ils estiment qu'elle ne leur convient pas.

En droit des étrangers, c'est pourtant bien souvent le souhait qu'expriment les plaideurs. En effet, ils tentent d'écarter une loi jugée indûment restrictive, menaçant les droits fondamentaux ou discriminatoires sur la base des dispositions du droit international. Il me paraît évident que Jacques Englebert incluait le droit international et des dispositions supérieures dans ce qu'il appelle « la loi ». Il est toutefois bon de le rappeler dès lors que le réflexe du recours au droit

international n'est pas toujours présent et que les plaideurs invoquant le droit international ou des principes supérieurs pour écarter le droit positif interne sont encore trop souvent vus comme des « empêcheurs de juger en rond ».

Le recours au droit international est stimulant pour les avocats mais à nouveau générateur d'incertitude, d'une réelle insécurité juridique pour les étrangers puisque l'on va « tenter » d'écarter le droit interne pour qu'une solution plus favorable soit dégagée sans jamais aucune certitude quant à la réussite de cette entreprise.

Enfin, sur le plan substantiel, l'on peut déplorer que les étrangers, même lorsqu'il y va de leur avenir, sont soumis à des règles que l'on ne peut qualifier de loi.

Ainsi, dans le domaine de la régularisation, l'État revendique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et statue par circulaire voire par instruction dont la valeur juridique est discutable. Il n'y a ni critères légaux, ni procédures clairement organisées. La matière est régie par voie de circulaire quand elle ne l'est pas par oui-dire. Il en va de même des délais. L'Office des Étrangers a d'ailleurs souvent souligné dans les décisions négatives que les éventuels critères qui étaient énoncés par le ministre en charge de la matière ne sont que des indications non contraignantes. La jurisprudence est incertaine en ce qui concerne une telle argumentation. Le Conseil d'État juge tantôt qu'une telle argumentation est déplorable mais qu'il ne peut l'écarter, tantôt qu'il s'agit d'une institutionnalisation de l'arbitraire administratif violant le principe général de sécurité juridique. Ces décisions envisagent alors la question à la marge sous l'angle de la sécurité juridique et du droit à l'égalité. Elles ne reconnaissent cependant pas un droit à la régularisation. En ce qui concerne l'opération de régularisation mise en place en 2009, l'insécurité est totale puisque les instructions diffusées par le ministre ont été annulées par le Conseil d'État.

Il se déduit de ce qui précède que l'étranger est de manière générale souvent considéré, que ce soit au niveau de l'accès à la justice ou au niveau de la justice procédurale ou substantielle, comme un usager à part de la justice, se voyant appliquer des procédures

d'exception et des règles tout aussi exceptionnelles liées à son statut d'étranger. C'est alors que l'on revient vers l'arrêt *Anakomba Yula* qui nous invite à nous interroger sur le caractère admissible d'un traitement différencié fondé sur le seul séjour illégal alors que le droit en cause est un droit appartenant à l'être humain et non au papier qu'il détient dans sa poche.