

Cette newsletter est rédigée par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Elle, se propose de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge.

Ce mois, la NL contient une contribution supplémentaire. Il s'agit d'un article de Bernadette Renaud, référendaire auprès de la Cour constitutionnelle, consacré au droit d'accès au juge et à un recours effectif devant le CCE à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Cet article présente la jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant à l'accès au juge en général avant d'analyser les arrêts relatifs au contentieux du droit des étrangers. Il fournit les clés essentielles à la compréhension de ces arrêts et de leur portée. Nous remercions Bernadette Renaud de nous permettre de publier cette étude précieuse. Ce texte est la version, légèrement remaniée, de la présentation que l'auteur a faite lors du colloque organisé à l'occasion des 10 ans du CCE, le 18 mai 2017.

Sommaire

1. Cass., 26 avril 2017, n° P.17.0375.F/1 : « L'annexe 35 réhabilitée ? »..... 3

La Cour de Cassation juge qu'un étranger sous annexe 35, bien que non autorisé au séjour, n'est pas en séjour illégal. Il n'est dès lors pas visé par l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique des personnes condamnées. Il a dès lors accès aux mesures alternatives d'exécution de la peine visant la réinsertion sociale que sont notamment la libération conditionnelle ou la mise sous bracelet électronique.

Annexe 35 – séjour illégal (non) – possibilité de réinsertion sociale (oui) – modalités alternatives d'exécution de la peine.

2. T.A.P Bruxelles (80° ch.), 27 mars 2017, RG n°16/697/LC : « Pas de mesures d'aménagement de peine pour les détenus condamnés en séjour irrégulier : une législation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ? »..... 13

Saisi d'une demande de libération conditionnelle introduite par un détenu non autorisé au séjour en Belgique, le tribunal de l'application des peines de Bruxelles envisage de lui octroyer une autre modalité d'exécution de la peine. Il en est toutefois légalement empêché. La loi du 5 février 2016, modifiant les articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées, exclut l'étranger sans titre de séjour de la plupart des modalités d'exécution de la peine. Le tribunal se trouve ainsi dans l'impossibilité d'apprécier l'opportunité de l'octroi d'une mesure tenant compte de la situation personnelle de l'intéressé. Il

s'interroge sur le caractère discriminatoire de cette législation et interroge la Cour Constitutionnelle sur la conformité de ces dispositions avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

3. Cour eur. D.H., 14 février 2017, S.K. v. Russie, req. n° 52722/15 : « Recours internes et détention en Russie : des lacunes (à nouveau) condamnées à Strasbourg »20

La Cour européenne des droits de l'homme juge à l'unanimité qu'il y aurait violation des articles 2 et 3 en cas de renvoi du requérant de la Russie vers la Syrie. Elle conclut à la violation par la Russie de l'article 13 combiné aux articles 2 et 3 et de l'article 5, §§ 1^{er} et 4. L'arrêt note des lacunes dans les recours internes disponibles en Russie pour un ressortissant étranger, détenu, dont la vie ou l'intégrité physique sont menacées par un éloignement vers la Syrie.

Articles 2, 3, 5, §§ 1^{er} et 4, 8 et 13 CEDH – expulsion administrative en Syrie – demande d'asile temporaire – recours internes disponibles en Russie – détention – violations.

4. Cour eur. D.H., 4 avril 2017, Thimothawes c. Belgique, req. n° 29061/11 : Rétention des demandeurs d'asile. De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois.27

Par l'arrêt Thimothawes c. Belgique, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que la rétention d'un demandeur d'asile atteint de troubles psychologiques n'a pas violé l'article 5 de la Convention. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour se réfère au contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions nationales ainsi qu'au suivi psychologique réalisé dans le centre fermé. En particulier, elle juge qu'en ayant égard à la situation individuelle du requérant, les juridictions nationales ont remédié au caractère apparemment automatique de la décision de privation de liberté adoptée par l'administration.

Art. 5 C.E.D.H. – art. 74/5 de la loi du 15 décembre 1980 – directive « accueil » - rétention – demandeur d'asile – subsidiarité de la rétention – subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (absence de violation)

5. Du Conseil d'Etat au Conseil du contentieux des étrangers, le droit d'accès au juge administratif jaugé par la Cour constitutionnelle..... 32

Cet article de BERNADETTE RENAULD, référendaire auprès de la Cour constitutionnelle, consacré au droit d'accès au juge et à un recours effectif devant le CCE à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle présente la jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant à l'accès au juge en général avant d'analyser les arrêts relatifs au contentieux du droit des étrangers. Il fournit les clés essentielles à la compréhension de ces arrêts et de leur portée.

1. CASS., 26 AVRIL 2017, N° P.17.0375.F/1

Un étranger sous annexe 35 ne peut être considéré comme un étranger en séjour illégal et peut dès lors bénéficier de modalités alternatives d'exécution d'une peine privative de liberté.

A. Arrêt

Le pourvoi devant la Cour de cassation est dirigé contre un jugement rendu le 22 mars 2017 par le tribunal de l'application des peines de Bruxelles. Ce jugement déclarait irrecevables les demandes de surveillance électronique, de libération et de congé pénitentiaire introduites par un détenu de nationalité étrangère qui était en possession d'une annexe 35.

Le jugement se fonde sur les articles 25/2 et 59, alinéa 3, de la [loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées](#). Le jugement estime que ces dispositions excluent l'octroi de ces modalités à une personne qui n'est pas autorisée ou habilitée au séjour sur le territoire. L'étranger en question était en possession d'une annexe 35.

L'article 25/2 dispose que :

« La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

L'article 59, alinéa 3, dispose :

« Ces modalités d'exécution des peines, à l'exception de la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

Le pourvoi invoque la violation de l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006. L'annexe 35 dont dispose le requérant signifie qu'il ne peut être jugé qu'il est en situation illégale sur le territoire. Si, certes, il n'est pas autorisé ou admis au séjour, il peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du contentieux des étrangers. Le tribunal de l'application des peines ne pouvait dès lors estimer qu'il était en situation illégale au sens de l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006.

Le moyen se réfère aux travaux préparatoires de [l'article 153 de la loi du 5 février 2016](#) modifiant le droit pénal et la procédure pénale (*M.B.*, 19 février 2016). Les travaux préparatoires indiquent que « par l'insertion de l'article 25/2 précité, le législateur a voulu éviter que la détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne soient octroyées à des condamnés qui, en raison de leur séjour illégal sur le territoire, ne peuvent y demeurer ». Le législateur a souligné que les mesures en question sont octroyées en vue de la réinsertion sociale d'un condamné. Il n'est pas possible de l'envisager dans le chef d'étrangers dont la procédure d'obtention d'un titre de séjour s'est terminée par une décision négative.

Le pourvoi mentionne l'article 111 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 qui indique que l'annexe 35 est délivrée à un étranger qui a introduit un recours de plein contentieux devant le Conseil du contentieux des étrangers ou à un étranger qui introduit devant le même juge un recours en

annulation dans les circonstances visées à l'article 39/79, §1^{er}, alinéa 2 de la loi du 15 décembre 1980. Cette dernière disposition vise les hypothèses où le recours en annulation est suspensif de la mesure d'éloignement du territoire.

Le pourvoi en déduit que l'étranger qui dispose d'une annexe 35 peut demeurer sur le territoire sans être en séjour illégal même s'il n'est stricto sensu ni admis ni autorisé au séjour. Tant que sa situation perdure, la finalité de réinsertion sociale n'est pas impossible à atteindre.

La Cour de cassation, de manière succincte, constate la délivrance de l'annexe 35. Elle en déduit qu'il ressort de ce document que le demandeur n'est pas en séjour illégal de sorte qu'il peut bénéficier d'une mesure de surveillance électronique ou de libération conditionnelle. La décision du Tribunal de l'application des peines qui statue en sens inverse viole l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006. Le pourvoi est accueilli.

B. Éclairage

Cet arrêt pose plusieurs questions intéressantes dont celles du statut pénitentiaire des étrangers en séjour « irrégulier »¹, ainsi que celle de la nature de l'annexe 35. La présente est centrée sur la seconde question et donne l'occasion de revenir sur l'ambiguïté de l'annexe 35 qui est devenu un titre couvrant une tolérance sur le territoire et non un droit au séjour.

L'inconfort juridique d'une telle qualification conduit naturellement à des difficultés d'interprétation qui se répercutent en cascade dans une série de secteurs connexes : l'accès à la nationalité belge, le droit au travail, le droit à une couverture sociale, le droit de conduire, etc.

- ***Qu'est-ce qu'une annexe 35 ?***

L'**annexe 35** est, selon l'arrêté royal du 8 octobre 1981, un « document spécial de séjour », délivré à l'étranger qui a introduit auprès du Conseil du contentieux des étrangers:

- soit un recours de pleine juridiction ;
- soit un recours en annulation contre une décision visée à l'article 39/79, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980.

L'annexe 35 est valable trois mois à compter de la date de délivrance et est ensuite prorogée de mois en mois jusqu'à ce qu'il soit statué par le juge.

La nouvelle annexe 35, introduite dans l'arrêté royal du 8 octobre 1981 par l'article 31 de l'arrêté royal du 17 août 2013 (MB 22/08/13) indique que

« L'intéressé(e) n'est ni admis(e), ni autorisé(e) au séjour mais peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du contentieux des étrangers ».

¹ Sur ce point, voy. La question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle par le tribunal d'application des peines de Bruxelles le 27 mars 2017 (voyez en annexe).

- **Qui a une annexe 35 ?**

L'annexe 35 est délivrée au demandeur d'asile qui a introduit un recours suspensif devant le Conseil du contentieux des étrangers et aux étrangers ayant formé un recours en annulation doté d'un effet suspensif devant le même juge.

Le recours de plein juridiction est la règle en matière d'asile. Il est suspensif de plein droit. Pendant la procédure en première instance devant le C.G.R.A., le candidat réfugié dispose d'une attestation d'immatriculation, valable trois mois et ensuite renouvelable de mois en mois. Si le C.G.R.A. rejette la demande, un ordre de quitter le territoire est délivré (art. 75 ARE et annexe 13quinquies). En cas de recours au C.C.E., cet ordre de quitter le territoire est maintenu, mais suspendu et une annexe 35 est délivrée.

Au contentieux marginal de la légalité, le recours en annulation n'est pas suspensif de plein droit, sauf exceptions, dans les cas limitativement énumérés par l'article 39/79. Dans certaines hypothèses, qui concernent essentiellement les décisions relatives aux citoyens de l'Union ou de rejet de demandes de regroupement familial, aucune expulsion forcée ne peut intervenir durant le délai d'introduction du recours et durant l'examen de ce dernier. L'article 39/79 dispose que : « aucune mesure d'éloignement du territoire ne peut être exécutée de manière forcée à l'égard de l'étranger pendant le délai fixé pour l'introduction du recours [...] ni pendant l'examen de celui-ci ».

- **Un statut d'entre deux qui n'est pas inédit en droit des étrangers et de la nationalité**

Un tel statut d'entre deux n'est pas inédit en droit des étrangers. La loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de certaines catégories d'étrangers disposait en son article 14 que « durant l'examen des demandes, il ne sera procédé matériellement à aucun éloignement jusqu'à ce qu'une décision soit prise ». Il était excepté à ce sursis si l'éloignement est motivé par l'ordre public ou la sécurité nationale ou si la demande ne répond manifestement pas aux conditions prévues.

Cet article avait posé des difficultés en matière d'aide sociale, la question se posant de savoir si les étrangers en question pouvaient percevoir une aide sociale. La Cour d'arbitrage (devenue aujourd'hui Cour constitutionnelle) avait jugé que cette disposition n'avait pas d'incidence sur la qualité du séjour de l'étranger et sur son droit à l'aide sociale. L'étranger en situation irrégulière n'avait donc pas droit à l'aide sociale, malgré une demande sur la base de la loi du 22 décembre 1999 (C.A., 21 décembre 2004, n° 204/2004). À l'inverse, la Cour de cassation avait rendu plusieurs arrêts en sens contraire, jugeant que « soucieux de donner un effet utile à la possibilité de régulariser leur séjour qu'il ouvrait à certaines catégories d'étrangers, le législateur a, sous réserve des exceptions qu'il a prévues, interdit que soit mise à exécution durant l'examen de la demande toute mesure d'éloignement qu'eût autrement justifié la situation de ces étrangers ; [...] l'étranger qui a introduit une demande de régularisation ou dont la demande initiale s'est muée en demande de régularisation se trouve ainsi autorisé par la loi, dans le but de régler des difficultés liées à la politique concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, à prolonger sur le

territoire du royaume son séjour pourtant entaché d'illégalité ; [...] il résulte de l'économie de l'ensemble des dispositions constitutionnelles et légales précitées que la limitation du droit à l'aide sociale prévue à l'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 ne s'applique pas à un étranger contre qui il ne peut pas être procédé matériellement à un éloignement en vertu de l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 » (Cass., 17 juin 2002, R.G. n° S.01.0148.F ; 7 octobre 2002, R.G. n° S.00.0165.F).

Des questions se sont également posées sous l'empire du Code de la nationalité dans sa version antérieure à la [loi modificative du 4 décembre 2012](#). La loi utilisait la notion de « séjour légal » pendant une durée de sept ans et au moment de la demande. Pour le premier séjour légal, la qualification de l'annexe 35 s'était posée. Par un arrêt du [20 février 2009](#), la Cour de Cassation avait cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Gand qui jugeait que le séjour sous annexe 35 n'était pas légal.

L'analogie avec ces situations juridiques particulières doit toutefois être maniée avec prudence. L'actuelle annexe 35 est plus proche du sursis prévu par la loi du 22 décembre 1999 que l'annexe 35 qui était délivrée aux candidats réfugiés visés par l'arrêt de la Cour de Cassation de 2009. Dans le premier cas, il s'agit, comme aujourd'hui, d'une immunité d'exécution des mesures d'éloignement alors que, dans le second cas, il s'agissait bien d'un titre de séjour provisoire.

Ces références visent à illustrer les difficultés juridiques multiples que posent les statuts ambigus. Ils créent de l'insécurité, tant pour les institutions qu'au premier chef, pour les étrangers, et génèrent des controverses coûteuses humainement et matériellement.

- ***L'ambiguïté actuelle de l'annexe 35 et le droit à bénéficier d'un recours effectif***

En l'état actuel du droit, l'annexe 35 est une tolérance de facto et non un droit au séjour. Le droit de rester est bien distinct d'un droit de séjour.

- S'agissant des candidats réfugiés, le fait que l'annexe 35 n'autorise plus expressément au séjour a été contesté devant le Conseil d'Etat.

Par un arrêt du 25 novembre 2014 ([n° 229.317](#)), le Conseil d'Etat a jugé que le fait que l'annexe 35 n'octroie pas un droit de séjour mais uniquement le droit de demeurer sur le territoire est conforme à la directive procédure par le Conseil d'Etat :

« À la différence de la précédente annexe 35 qui prévoyait que celui ou celle à qui elle était délivrée était 'autorisé(e) à séjourner dans le Royaume en attendant qu'il ait été statué sur son recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers', la nouvelle annexe 35 précise que celui ou celle à qui elle est octroyée 'n'est ni admis(e), ni autorisé(e) au séjour mais peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du contentieux des étrangers' ».

Le Conseil d'Etat juge que

« Les articles 39/70 et 39/79, § 1^{er} [...] respectent les exigences des articles 7 et 39 de la Directive 2005/85 [...] ainsi que la Directive 2013/32. En effet, ces directives n'imposent pas

aux États membres de conférer un titre de séjour à l'étranger auquel est accordé le droit de rester sur le territoire pendant la durée de la procédure » (je souligne)

Le Conseil d'État précise

« toutefois [que], contrairement à ce que soutient [l'État belge], dès lors que [...] pendant [ces] délais [...] aucune mesure d'éloignement [...] ne peut être prise, [...] le requérant n'est [...] pas en séjour illégal durant ces délais ». (je souligne)

Il n'est donc pas en séjour illégal, mais n'est pas en séjour légal pour autant.

Pourtant, l'article 46, § 5, de la directive procédure prévoit que

« les États membres autorisent les demandeurs à rester sur leur territoire [...] pour l'exercice de leur droit à un recours effectif [...] [et] dans l'attente de l'issue du recours ».

La garantie d'un recours effectif au sens de la directive procédure peut-elle être comprise comme admettant une tolérance *de facto* sans exiger une suspension *de iure* ? La Cour européenne des droits de l'homme a pu juger que cela n'était pas suffisant. En cas de risques de torture ou de traitement inhumain ou dégradant dans le pays vers lequel l'étranger serait expulsé, la Cour souligne que

« compte tenu de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé [...] la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert [...] la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure » (*Jabari*, pt 50).

Cela signifie que le droit à un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH doit s'entendre en droit comme en fait. Si un recours existe dans les textes mais n'est pas accessible en pratique, cela n'est pas suffisant. De même, si, à l'inverse, un recours suspensif existe en pratique, mais non dans les textes, cela n'est pas davantage suffisant, car le droit à un recours effectif est « de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement administratif ».

« L'effectivité des recours exigée par l'article 13 [CEDH] suppose qu'il puisse empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. Une pratique administrative consistant à ne pas éloigner du territoire tant que le recours n'a pas été tranché est « trop aléatoire » puisque la protection par la Convention est « de l'ordre de la garantie » (*Čonka*, pts 79 à 84).

Une telle construction – tolérant un séjour sans l'autoriser expressément – est en décalage par rapport à l'affirmation répétée de l'exigence d'un recours suspensif en droit d'asile. La directive procédure, adoptée en 2005, autorisait les États à prévoir des procédures dérogatoires pour plusieurs catégories de demandeurs d'asile, par exemple, selon qu'ils viennent d'un pays d'origine sûr, qu'ils ont transité par un pays tiers sûr, qu'ils introduisent une demande subséquente. La jurisprudence des deux cours européennes a toutefois souligné que si les États pouvaient créer des

procédures exceptionnelles, en marge de la procédure ordinaire, ils devaient en assurer l'effectivité (C.J., *H.I.D. et B.A.*, 2013 ; Cour eur. D.H., *I.M. c. France*, 2012). Aussi, en 2013, la réforme de la directive procédure, tout en maintenant la possibilité de procédures différentes, précise des standards communs. L'article 46 de la directive 2013/32, titré « droit à un recours effectif », prévoit en effet que, quelle que soit la dénomination retenue et la catégorisation opérée, le recours doit être suspensif et de plein contentieux, fût-ce avec des nuances selon les procédures concernées. La Cour constitutionnelle belge a, quant à elle, annulé la loi du 15 mars 2012 qui privait le demandeur d'asile, venant d'un pays considéré comme sûr, de la possibilité de contester une décision de refus de prise en considération de sa demande d'asile dans le cadre d'un recours suspensif de pleine juridiction devant le Conseil du contentieux des étrangers. Faisant application du principe de non-discrimination, la Cour constitutionnelle a jugé que, si le critère de la nationalité est objectif, il ne peut conduire à justifier qu'il soit dérogé au droit à un recours effectif (C.C., 16 janvier 2014, n° 1/2014, B.11).

Une telle insistance s'accommode mal d'une législation nationale organisant un recours suspensif de facto et non de iure.

Le Conseil d'Etat a posé une question préjudicielle, toujours pendante, à la Cour de justice quant à la conformité au droit de l'Union de l'adoption d'une décision de retour dès le rejet de la demande d'asile par le C.G.R.A. (C.E., 8 mars 2016, n° 234.074) :

« L'article 5 de la 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, qui impose aux États membres de respecter le principe de non refoulement lorsqu'ils mettent en œuvre cette directive, ainsi que le droit à un recours effectif, prévu par l'article 13.1. de la même directive et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent-ils être interprétés comme s'opposant à l'adoption d'une décision de retour, telle que prévue par l'article 6 de la directive 2008/115/CE précitée ainsi par l'article 52/3, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et par l'article 75, § 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, dès le rejet de la demande d'asile par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides et donc avant que les recours juridictionnels contre cette décision de rejet puissent être épuisés et avant que la procédure d'asile puisse être définitivement clôturée ? »

- En dehors du contentieux de l'asile, l'article 39/79 vise les hypothèses suivantes :

- la décision refusant l'autorisation de séjour aux étrangers visés à l'article 10bis, c'est à dire les membres de la famille de l'étranger autorisé au séjour limité, soit dans le cadre de ses études, soit à un autre titre, « pour autant que l'étranger rejoint réside toujours dans le Royaume, n'y prolonge pas son séjour au-delà de la durée limitée de son autorisation de séjour ou ne fasse pas l'objet d'un ordre de quitter le territoire » ;
- le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour notifié à l'étranger se prévalant de l'article 10 qui vise principalement le regroupement familial auprès du ressortissant d'un pays tiers ;

- l'ordre de quitter le territoire délivré aux membres de la famille visés à l'article 10*bis* pour autant que l'étranger rejoint réside toujours dans le Royaume, n'y prolonge pas son séjour au-delà de la durée limitée de son autorisation de séjour ou ne fasse pas l'objet d'un ordre de quitter le territoire ;
- le renvoi, sauf lorsque celui-ci a déjà fait l'objet d'un avis de la Commission consultative des étrangers, conformément à l'article 20, alinéa 1^{er} ; tel est notamment le cas s'agissant des ressortissants de l'Union ;
- le rejet d'une demande d'autorisation d'établissement ou de statut de résident de longue durée ;
- la décision enjoignant à l'étranger, en cas de danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, de quitter des lieux déterminés, d'en demeurer éloigné ou de résider en un lieu déterminé ;
- le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, tels que visés à l'article 40 LE ;
- le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour du membre de la famille d'un Belge en application de l'article 40 LE ;
- la décision refusant l'autorisation de séjour sollicitée sur la base de l'article 58 à un étranger qui désire faire des études en Belgique.

Une circulaire explicite la portée des modifications de l'annexe 35. La circulaire du 30 août 2013 explique que

« n'étant pas ou plus admis ou autorisé au séjour ou à l'établissement, l'étranger ne peut plus faire l'objet d'une inscription dans les registres de la population. L'intéressé doit, donc, faire l'objet d'une radiation des registres pour perte du droit ou de l'autorisation de séjour, cette radiation devant intervenir à la date de la décision du Ministre ayant l'Accès au territoire, le Séjour, l'Etablissement et l'Eloignement des étrangers dans ses attributions ou de son délégué ».

Cette circulaire ne vise pas les demandeurs d'asile, ainsi que l'a souligné le Conseil d'Etat par un arrêt [n° 231.648 du 18 juin 2015](#).

Le vide juridique dans lequel se retrouvent les étrangers bénéficiant pourtant d'un recours suspensif pose non seulement la question de l'effectivité du recours mais aussi de la conformité d'un tel régime avec le droit de l'Union.

Ainsi, la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial auprès d'un regroupant de pays tiers reste peu précise, imposant en l'article 18 aux États membres de veiller « à ce que le regroupant et/ou les membres de sa famille aient le droit de contester en justice les décisions de rejet de la demande de regroupement familial, de non-renouvellement ou de retrait du titre de séjour, ou d'adoption d'une mesure d'éloignement ». Une large marge de manœuvre est réservée aux États, l'alinéa 2 précisant que « la procédure et les compétences en ce qui concerne l'exercice du droit visé au premier alinéa sont fixées par les États membres concernés ».

Par contre, la directive relative au droit de séjour des citoyens européens et des membres de leur famille pose pour principe un recours en référé suspensif contre les mesures d'éloignement fondées sur l'ordre public et un « examen de la légalité de la décision ainsi que des faits et circonstances » (art. 31 Dir. 2004/38).

- ***L'annexe 35 et les mesures d'éloignement antérieures***

Même si l'annexe 35 ne confère pas un droit de séjour, la jurisprudence met en exergue le fait que l'annexe 35 peut rendre caduques les mesures d'éloignement antérieures (voy. C.E., 19 novembre 2013, n° 225.524, *Rev. dr. étr.*, 2013, n° 175, p. 627, et 16 décembre 2014, n° 229.575 : la délivrance d'une autorisation de séjour même temporaire précaire telle que l'annexe 35 ou un certificat d'immatriculation est incompatible avec l'ordre de quitter le territoire notifié antérieurement et implique le retrait implicite de celui-ci).

Il en est de même d'une annexe 26quinquies délivrée à un étranger introduisant une nouvelle demande d'asile non encore prise en considération. L'État belge, requérant en cassation, soutient que l'article 7 LE sert de fondement à l'ordre de quitter le territoire d'un « étranger qui n'est ni autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir dans le Royaume », c'est-à-dire « l'étranger qui n'a fait l'objet d'aucune décision de l'autorité compétente pour l'admettre au séjour ou l'y autoriser », ce qui serait le cas du demandeur d'asile à qui est délivrée une annexe 26quinquies et qui est « seulement 'toléré' » dans le Royaume dans l'attente de la décision à prendre par le C.G.R.A. L'État en déduit que la délivrance de l'annexe 26quinquies à un demandeur d'asile n'a aucune répercussion sur l'ordre de quitter le territoire préalablement délivré, dont seule l'exécution est alors temporairement empêchée en vertu du principe de non-refoulement. L'État considère qu'en pareille hypothèse, l'étranger n'est ni admis, ni autorisé, au séjour. Le C.E. écarte cette argumentation et considère que « la délivrance d'un nouvel ordre de quitter le territoire fondé sur l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, à la suite d'un refus de prise en considération d'une demande d'asile subséquente, ne se comprend en effet que si l'ordre de quitter le territoire délivré antérieurement sur la base d'un même fondement, a entre-temps disparu de l'ordonnancement juridique » (pt 13) (C.E., 15 décembre 2015, n° 233.255).

- ***Les conséquences en cascade de cette ambiguïté***

L'ambiguïté de l'annexe 35 rejaillit sur la question du droit au travail² ou de la sécurité sociale³. Quant au droit au travail, la modification de l'annexe 35 ne s'est pas accompagnée d'une révision de la loi du 30 avril 1999 ou de l'arrêté royal du 9 juin 1999 relatifs à l'occupation des travailleurs de nationalité étrangère. Ces textes définissent le séjour légal par référence à la loi du 15 décembre 1980. Ils précisent également que les dispenses de permis de travail ne valent en principe que si leur bénéficiaire satisfait à la condition de séjour légal. De même, les permis de travail perdent toute validité si leur détenteur perd son droit d'autorisation de séjour.

² Voy. à ce sujet l'analyse de Gaëlle Aussems, edito, "Existe-t-il un droit au travail salarié pour les étrangers sous annexe 35 ?" , Newsletter ADDE, mars 2015.

³ Bericht van Kruispunt Migratie-Integratie, « Schrapping uit vreemdelingen- of bevolkingsregister met bijlage 35: toch nog OCMW-steun en andere gevolgen » (<http://www.kruispuntmi.be/nieuws/schrapping-uit-vreemdelingen-of-bevolkingsregister-met-bijlage-35-toch-nog-ocmw-steun-en-andere>)

Ces dispositions visent dès lors les personnes sous annexe 35 qui ne sont ni admises ni autorisées au séjour. Par contre, les mêmes textes octroient un permis de travail à plusieurs de ces catégories d'étrangers ayant introduit un recours devant le Conseil du contentieux des étrangers et qui sont en possession d'une annexe 35.

Il se déduit de ce qui précède que l'ambiguïté du séjour sous annexe 35 crée des difficultés juridiques en cascade, constitutives d'une insécurité générale qui ne profite à personne.

- ***La conformité à la directive retour de cette ambiguïté***

L'instauration de statut de tolérance sur le territoire sans séjour légal est également en contradiction avec la *ratio legis* de la directive retour. Celle-ci opte en effet pour une certaine systématisme et un souci de cohérence. Elle impose aux États d'adopter une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier : « Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5 » (art. 6, § 1^{er}). Les États doivent constater l'irrégularité du séjour et, à défaut de régularisation, prendre une décision de retour. L'arrêt *Mahdi* a souligné que l'on ne pouvait y voir une obligation de régulariser. Par contre, organiser à l'inverse une illégalité légale paraît incompatible avec son esprit (pt 89).

S.S.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cass., 26 avril 2017, n° P.17.0375.F/1

Jurisprudence :

- C.E., arrêt n° [229.317](#) du 25 novembre 2014
- C.E., arrêt n° [231.648](#) du 18 juin 015
- Cour const., aff. pendantes [6644](#) et [6645](#).

Voir également : [Circulaire du 30 août 2013 abrogeant la circulaire du 20/07/2001 relative à la portée juridique de l'annexe 35 de l'arrêté royal du 8/10/1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. - Radiations des registres. - Inscription](#)

Voyez aussi :

- Bericht van Kruispunt Migratie-Integratie, « Schrapping uit vreemdelingen- of bevolkingsregister met bijlage 35: toch nog OCMW-steun en andere gevolgen »

(<http://www.kruispuntmi.be/nieuws/schrapping-uit-vreemdelingen-of-bevolkingsregister-met-bijlage-35-toch-nog-ocmw-steun-en-andere>)

- l'analyse de Gaëlle Aussems, edito, "Existe-t-il un droit au travail salarié pour les étrangers sous annexe 35 ? » , Newsletter ADDE, mars 2015.

Pour citer cette note : S. SAROLEA, « L'annexe 35 réhabilitée ? », Note sous Cass., 26 avril 2017 », *Newsletter EDEM*, mai 2017.

2. T.A.P BRUXELLES (80^E CH.), 27 MARS 2017, RG N°16/697/LC

Pas de mesures d'aménagement de peine pour les détenus condamnés en séjour irrégulier : une législation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ?

« Les articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, tels que modifiés ou insérés par la loi du 5 février 2016, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils interdisent l'octroi de toute modalité de l'exécution de la peine de prison, à l'exception de celle visée à l'article 4§2, au détenu sans titre de séjour, alors que les autres détenus peuvent en bénéficier ? »

A. Jugement

Saisi d'une demande de libération conditionnelle, le tribunal de l'application des peines revient, dans un premier temps, sur la situation personnelle du demandeur. Celui-ci est admissible à la libération conditionnelle depuis 2005. Il est de nationalité marocaine, en séjour illégal sur le territoire du Royaume. Il y a toutefois de solides et nombreuses attaches puisqu'il y vit depuis l'âge de deux ans, est marié avec une femme de nationalité belge et a deux enfants belges. Sa mère, ses sœurs et ses frères sont également de nationalité belge. Toute possibilité de régularisation de sa situation n'est, par ailleurs, pas exclue puisqu'il a introduit, en 2005, une procédure de régularisation sur base de l'article 9 al. 3 de la loi du 15 décembre 1980, procédure toujours en cours.

L'intéressé ne présentant pas de plan de reclassement finalisé, les contre-indications à l'octroi d'une libération conditionnelle sont présentes. Dès lors, le tribunal n'envisage pas de faire droit à sa demande. Cependant, vu les nombreuses attaches du demandeur avec la Belgique, le tribunal envisage de lui accorder une autre modalité d'exécution de la peine¹.

Il en est empêché par les dispositions légales applicables puisque les articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de la loi du 17 mai 2006, tels que modifiés ou insérés par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale, excluent l'étranger en séjour illégal du bénéfice de la plupart des modalités d'exécution de la peine.

Le tribunal s'interroge, d'emblée, sur la conformité de ces dispositions, avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Revenant sur les nombreuses critiques déjà formulées à l'encontre de cette législation, il relève que, tant le Conseil d'Etat que la doctrine, se sont interrogés sur le caractère discriminatoire de ces nouvelles dispositions.

¹ Par application de l'article 59 de la L. du 17 mai 2006 qui prévoit : « à titre exceptionnel, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines, saisi d'une procédure d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, peut accorder une modalité d'exécution de la peine autre que celle demandée si cela est absolument nécessaire pour permettre l'octroi à court terme de la modalité d'exécution de la peine sollicitée. »

Le tribunal se questionne, à son tour, sur le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés par ces dispositions et le but qu'elles visent tenant compte des lourdes conséquences qu'elles entraînent pour les détenus condamnés en séjour irrégulier.

Il relève qu'elles traitent de la même manière tous les détenus condamnés non autorisés au séjour alors que nombre d'entre eux seront amenés à se réinsérer sur le territoire belge. C'est le cas de ceux, qui, comme le demandeur dans la présente procédure, sont susceptibles d'obtenir ultérieurement un titre de séjour. C'est le cas également des « inéloignables » qui seront nécessairement réinsérés en Belgique. Ces dispositions empêchent, par ailleurs, le détenu sans titre de séjour de préparer ou entamer une réinsertion qui aura nécessairement lieu, que cela soit en Belgique ou à l'étranger. Elles font, en outre, obstacle à la possibilité pour le détenu de rencontrer les membres de sa famille dans un autre cadre que pénitentiaire. Enfin, elles l'empêchent d'entreprendre les procédures existant en Belgique pour régulariser son séjour.

Au vu de ces considérations, le tribunal de l'application des peines de Bruxelles interroge la Cour constitutionnelle sur la conformité des articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de la loi du 17 mai 2006, tels qu'insérés ou modifiés par la loi du 5 février 2016, avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils interdisent l'octroi de presque toute modalité de l'exécution de la peine de prison au détenu sans titre de séjour alors que les autres détenus peuvent en bénéficier.

B. Éclairage

La matière de l'exécution des peines est régie par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté². Ce texte offre aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement la possibilité de se voir octroyer des mesures d'aménagement de leur peine, l'objectif étant, notamment, de faciliter leur réinsertion dans la société. Les personnes condamnées à une peine de prison peuvent bénéficier de permissions de sortie, de congés pénitentiaires, d'une mesure de surveillance électronique, d'une libération conditionnelle ou encore d'une mesure d'interruption de l'exécution de la peine³.

Une partie de ces dispositions ont été modifiées par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale⁴. La principale modification réside dans l'exclusion de l'étranger condamné non autorisé au séjour du bénéfice de la plupart des modalités d'exécution de la peine.

Une différence de traitement majeure est, ainsi, instaurée entre deux catégories de condamnés à une peine privative de liberté, les condamnés autorisés au séjour, d'une part, et les condamnés non autorisés au séjour, d'autre part. Le tribunal de l'application des peines de Bruxelles s'interroge, dans la décision commentée, sur le caractère discriminatoire de cette différence de traitement.

² L. du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006, p.30455, ci-après « la loi du 17 mai 2006 ».

³ Mesure qui consiste à interrompre l'exécution d'une peine pour une durée de trois mois au maximum pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial.

⁴ L. du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016 dite « Loi pot-pourri II ».

Nous nous proposons de commenter cette décision en revenant, dans un premier temps, plus précisément, sur les modifications apportées aux articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de loi du 17 mai 2006 par la loi dite « pot-pourri II ». Nous examinerons ensuite les motifs ayant présidé à l'adoption de ces dispositions. Nous concluons en effectuant un bref examen des difficultés qu'elles engendrent dans le chef des détenus condamnés non autorisés au séjour.

- ***Quelles sont les modifications apportées aux articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de loi du 17 mai 2006 par la loi dite « pot-pourri II »?***

Les articles 20, 25/2 et 59 al. 3 de la loi du 17 mai 2006 tels que modifiés par les articles 148, 153 et 163 de la loi pot-pourri II, excluent les détenus condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire, de manière absolue, du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine⁵. Peu importe les circonstances propres à leur situation personnelle, les étrangers condamnés dépourvus de droit au séjour ne peuvent plus bénéficier de permissions de sortie destinées à préparer la réinsertion, de congés pénitentiaires, d'une interruption de l'exécution de la peine, d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou encore d'une libération conditionnelle.

Les seules modalités qui restent accessibles à cette catégorie de condamnés sont les permissions de sortie occasionnelles « accordées afin de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison ou de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison »⁶, la libération provisoire pour raisons médicales⁷, ou une mise en liberté provisoire en vue d'un éloignement du territoire⁸.

- ***Par quel(s) motif(s) le législateur justifie-t-il l'adoption de ces dispositions ?***

Le législateur entend éviter que ces modalités d'exécution de la peine ne soient accordées « à des condamnés qui sont dans le royaume illégalement et qui ne peuvent donc pas demeurer dans la société libre ». Il part du postulat selon lequel « ces modalités visent à préparer ou à développer une réinsertion en Belgique après la libération, ce qui n'est pas possible pour cette catégorie de personnes⁹ ».

⁵ Art. 148, 153 et 163 de la L. du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice.

⁶ Par application de l'art. 4§2 de la L. du 17 mai 2006. Cette possibilité de bénéficier de permissions de sortie avait initialement été supprimée. Elle a été réintroduite à la suite des critiques émises par le Conseil d'Etat dans son avis sur l'avant-projet de loi (Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2015-2016, n°54-1418/001, pp.282-285 ci- après « Avis du Conseil d'Etat »).

⁷ Art. 72 à 74 de la L. du 17 mai 2006.

⁸ Art. 25/3, §1^{er} de la L. du 17 mai 2006 : « *La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume, subit sa peine en dehors de la prison dans un autre pays que la Belgique, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé* ».

⁹ Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. Parl.* Ch.repr., sess.ord. 2015-2016, n°54 -1418/001, pp.131-132.

L'objectif est clair. Il avait déjà été annoncé par le Ministre Geens dans son Plan justice 2015. Il y précisait que si la réhabilitation et la réinsertion sociale devaient à nouveau recevoir la priorité dans l'exécution des peines d'emprisonnement, cela n'était pas valable pour les détenus sans titre de séjour qui doivent, quant à eux, impérativement quitter la Belgique¹⁰. Il y annonçait l'exclusion des étrangers sans titre de séjour des modalités d'exécution de la peine précisant : « l'objectif est de réformer la législation de manière à dégager autant que possible une complémentarité avec la politique migratoire et de retour et les décisions de l'office des étrangers »¹¹.

Le Conseil d'Etat, s'interrogeait, dans son avis sur l'avant-projet de loi, sur la pertinence des mesures adoptées eu égard à l'objectif qu'elles poursuivent dès lors que les modalités d'exécution de la peine visées peuvent déjà, en l'état actuel du droit, être refusées en présence de contre-indications¹², comme le risque que la personne ne se soustraie à l'exécution de la peine, le risque de fuite ou de clandestinité constituant, par conséquent, d'emblée, une contre-indication à l'octroi de ces modalités¹³.

Il invitait, dès lors, le législateur, à « mieux justifier, en ce qui concerne chaque type de modalité d'exécution de la peine pris séparément, en quoi une différence de traitement est pertinente et proportionnelle au regard de l'objectif poursuivi et en quoi il est nécessaire d'instaurer une impossibilité absolue d'octroi de modalités d'exécution de la peine. Ce faisant, on examinera si les possibilités actuelles de ne pas accorder, dans des cas individuels, une modalité d'exécution de la peine en présence de contre-indications ou de l'assortir de certaines conditions, ne sont pas suffisantes ou si l'instauration d'aménagements ou de conditions spécifiques peut malgré tout permettre l'accès à certaines modalités d'exécution de la peine »¹⁴. Celui-ci n'a pas répondu à l'invitation, faisant fi de ces recommandations.

- ***Quelles conséquences pour les détenus condamnés en séjour irrégulier ?***

Ces dispositions privent, de manière absolue, les détenus condamnés non autorisés au séjour de modalités d'exécution de la peine pourtant essentielles à la prise en compte de circonstances propres à leur situation personnelle. Les conséquences en terme de respect des droits fondamentaux de ces détenus sont lourdes.

Premièrement, parce qu'un certain nombre de ces modalités protègent les droits fondamentaux des détenus condamnés tels que le droit à la santé et le droit à la vie privée et familiale. L'exclusion des détenus non autorisés au séjour du bénéfice de la plupart de ces modalités a dès lors, pour inévitable conséquence, de les priver de l'exercice effectif de ces droits¹⁵.

¹⁰ Plan Justice du ministre de la Justice (p.37), *Doc. Parl*, Ch. Repr., sess.ord. 2014-2015, n°54- 1019/001, p. 231.

¹¹ Plan Justice du ministre de la Justice (p.50), *Doc. Parl*, Ch. Repr., sess.ord. 2014-2015, n°54- 1019/001, p. 244.

¹² Avis du conseil d'état, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord., 2015-2016, n°54 -1418/001, p.284.

¹³ Art. 5, 2°, 7, 2° et 16 de la L. du 17 mai 2006.

¹⁴ Avis du conseil d'état, p.284.

¹⁵ O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines : peut-on conditionner la réinsertion à l'existence d'un titre de séjour ? », *J.T.*, 2016, p. 436 citant l'avis de Paul Martens, Rapport fait au nom de la Commission Justice, p. 218.

Elles le privent, par ailleurs, de toute préparation d'une réinsertion qui devra pourtant nécessairement avoir lieu que cela soit en Belgique ou à l'étranger.

D'une part, les étrangers dépourvus de titre de séjour mais néanmoins susceptibles d'être régularisés sont empêchés de manière absolue de préparer une réinsertion sur le territoire belge. Or, contrairement à ce qu'affirme le législateur, ils pourraient, en cas de régularisation, être effectivement amenés à se réinsérer durablement au sein de la société belge. De nombreux auteurs ont ainsi dénoncé le caractère disproportionné de ces dispositions, celles-ci ne tenant nullement compte de la diversité des situations dans lesquelles peuvent se trouver les étrangers non autorisés au séjour, laissant nombre d'entre eux « en situation de séjour grise » dans l'impasse¹⁶.

D'autre part, elles privent *de facto* tout détenu condamné non autorisé au séjour de toute possibilité de préparer une réinsertion qui aura pourtant nécessairement lieu, même si celui-ci est *in fine* amené à se réinsérer à l'étranger. Or, le plan de reclassement ne doit pas nécessairement préparer une réinsertion en Belgique mais peut également avoir pour objectif de préparer une réinsertion à l'étranger. Ainsi des congés ou une détention limitée pourraient permettre au condamné non autorisé au séjour de suivre un traitement ou une formation destinés à préparer une réinsertion à l'étranger¹⁷.

Ces dispositions portent, ainsi, atteinte au « droit à la réinsertion »¹⁸ de cette catégorie de condamnés. Or, comme souligné par le tribunal de l'application des peines de Bruxelles dans la décision commentée, « il est admis que tout détenu doit se voir offrir la possibilité de s'amender ainsi que la perspective d'être mis en liberté et de réintégrer la société »¹⁹. Le tribunal renvoie aux Recommandations du comité des Ministres du Conseil de l'Europe soulignant l'impératif de réinsertion nécessairement sous-jacent à toute peine de privation de liberté²⁰.

La situation soumise au tribunal de l'application des peines de Bruxelles est symptomatique des difficultés que soulèvent cette nouvelle législation dans le chef des détenus sans droit au séjour.

Un détenu, certes dépourvu de titre de séjour, mais néanmoins susceptible d'être régularisé, vivant en Belgique depuis l'âge de deux ans, ayant fondé une famille en Belgique dont les membres vivent sur le territoire belge et, qui plus est, sont tous de nationalité belge, se trouve contraint d'aller à fond de peine sans possibilité aucune de préparer une réinsertion...à moins qu'il ne soit libéré anticipativement afin d'être éloigné vers un pays qui lui est totalement « étranger ». Ceci se justifierait, d'après le législateur, par la nécessité d'éviter qu'il ne demeure sur le territoire belge vu l'impossibilité totale qu'il y aurait d'envisager sa réinsertion au sein de la société belge.

¹⁶ M-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? » in M. CADELLI et T. MOREAU (dir.), *La loi pot-pourri II : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, p. 271 ; F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », in *Actualités de droit pénal, Hommage à Ann Jacobs*, coll. C.U.P., vol. 160, Bruxelles, Larcier, pp. 141-144.

¹⁷ M-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? », *opcit.*, p. 193.

¹⁸ Certains auteurs voient, dans la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la reconnaissance implicite du droit à la réinsertion des détenus. Voy. F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, *opcit.*, pp.145 à 151.

¹⁹ Pt 5, p.6 de la décision commentée.

²⁰ Le T.A.P. renvoie aux Recommandations (2003) 22 et (2003) 23 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Un objectif raisonnable ? Un dispositif législatif proportionné ? Vu les lourdes conséquences que cette législation entraîne dans le chef des concernés, le tribunal de l'application des peines de Bruxelles se permet d'en douter et interroge la Cour Constitutionnelle sur la conformité de ces dispositions avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Il n'est pas seul à s'interroger. Il emboîte, de ce fait, le pas au tribunal de l'application des peines de Mons qui, par jugement du 29 juin 2016, avait déjà saisi la Cour Constitutionnelle d'une question semblable²¹. La Cour de Cassation a, par ailleurs, également saisi la Cour Constitutionnelle d'une question similaire²². Ajoutons qu'un recours en annulation partielle de la loi du 5 février 2016, sollicitant l'annulation de ces dispositions, est actuellement pendant devant cette même juridiction²³.

En 2015, critiquant les dispositions étudiées, F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH appelaient de tous leurs vœux les juridictions nationales à assumer leur tâche unique et irremplaçable de faire respecter les droits de l'homme²⁴. A suivre...

C.M.

C. Pour aller plus loin

Lire le jugement : T.A.P Bruxelles (80^e ch.), 27 mars 2017, RG n°16/697/LC

Législation:

- Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006.
- Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016.
- Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. Parl. Ch.repr.*, sess.ord. 2015-2016, n°54 -1418/001.

²¹ T.A.P. Mons (37^e ch.), 29 juin 2016, R.G. n°16/00052-SE3, inédit. Le tribunal interroge la Cour Constitutionnelle sur la conformité de l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006 avec les articles 10 et 11 de la Constitution dès lors qu'il prive le condamné non autorisé ou habilité à séjourner sur le territoire du Royaume du bénéfice de la surveillance électronique alors que les condamnés en ordre de séjour peuvent en bénéficier. L'affaire est pendante sous le numéro 6471.Voy. O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines en proie aux réformes : La réinsertion un horizon toujours plus lointain ? », *R.D.P.C.*, 2016, p.1045.

²² Ces affaires sont jointes et pendantes sous les numéros 6644 et 6645. Précisons que la Cour de Cassation a, en outre, récemment livré une interprétation pour le moins intéressante de ces dispositions. Voy Cass., 26 avril 2017, n° P.17.0375.F/1, décision commentée dans cette revue sous le titre « L'annexe 35 revisitée ? ».

²³ Un recours en annulation partielle de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (en particulier, ses articles 63, 83, §6, 1^o, 89, 121, 127, 137, 148, 153 et 163), introduit par l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » et l'ASBL « Association Syndicale des Magistrats, est actuellement pendant sous le numéro 6497.

²⁴ F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, *opcit.*, pp.155-156.

Doctrine :

-F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », in *Actualités de droit pénal, Hommage à Ann Jacobs*, Larcier, coll. C.U.P., vol. 160, Bruxelles, 2015, pp.123-156.

-M-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? » in M. CADELLI et T. MOREAU (dir.), *La loi pot-pourri II : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, pp.1022-1066.

-O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines en proie aux réformes : La réinsertion un horizon toujours plus lointain ? », *R.D.P.C.*, 2016, pp.1022-1068.

-O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines : peut-on conditionner la réinsertion à l'existence d'un titre de séjour ? », *J.T.*, 2016, pp.434-437

Pour citer cette note : C. MACQ, « « Pas de mesures d'aménagement de peine pour les détenus condamnés en séjour irrégulier : une législation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ? », Note sous T.A.P Bruxelles (80^e ch.), 27 mars 2017, RG n°16/697/LC », *Newsletter EDEM*, mai 2017.

3. COUR EUR. D.H., 14 FEVRIER 2017, S.K. V. RUSSIE, REQ. N° 52722/15

Recours internes et détention en Russie : des lacunes (à nouveau) condamnées à Strasbourg.

A. Arrêts

- Faits et procédure interne

Le requérant est un ressortissant syrien né en 1986. Il est arrivé en Russie en octobre 2011, muni d'un visa d'affaires temporaire. Après l'expiration de celui-ci, le requérant est resté en Russie, a épousé une ressortissante turque avec laquelle il a eu un enfant.

En février 2015, le requérant a été déclaré coupable d'une infraction administrative pour être resté en Russie après l'expiration de son visa. L'autorité compétente le condamna à une amende et prononça son expulsion administrative. Il a été placé dans un centre de rétention pour ressortissants étrangers jusqu'à la date de son expulsion.

En mai 2015, le requérant a introduit une demande d'asile temporaire, invoquant les intenses opérations militaires en cours en Syrie et l'obligation qu'il aurait de faire son service militaire vu son jeune âge. Sa demande fût rejetée et il fût débouté en appel.

Le requérant allègue la violation de plusieurs articles de la CEDH.

- La violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) en cas de renvoi en Syrie. Il soutient, du fait de la situation à l'heure actuelle comme en 2015, qu'il y serait exposé à un risque sérieux d'être blessé ou tué.
- La violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné aux articles 2 et 3, soutenant avoir été privé d'un recours effectif.
- La violation de l'article 5 (droit à la liberté), estimant que son maintien en détention était arbitraire dans la mesure où il ne pouvait pas être renvoyé en Syrie et où il n'avait disposé d'aucune voie de droit interne pour demander le contrôle de sa détention.
- La violation des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 13 dès lors que son expulsion porterait une atteinte disproportionnée à sa vie familiale.

En vertu de l'article 39 de son règlement, la Cour a indiqué une mesure provisoire, demandant à ce que le requérant ne soit pas expulsé pendant la durée de la procédure.

- Raisonnement de la Cour

Articles 2 et 3 (pts 55-63) – La Cour rappelle les principes généraux qu'elle a résumés dans l'arrêt *L.M. et autres c. Russie*¹ concernant la question de risques pour la vie et l'intégrité physique en cas d'éloignement vers la Syrie (pts 55-56). En l'espèce, après avoir pris connaissance de rapports récents pertinents (pt 47), elle observe que la situation sur le plan humanitaire et de la sécurité ainsi que la nature et l'ampleur des hostilités en Syrie se sont considérablement détériorées entre le moment où le requérant est arrivé en Russie (octobre 2011) et celui où la décision d'éloignement

¹ Cour eur. D.H., 15 octobre 2015, *L.M. et autres c. Russie*, req. n°s 40081/14, 40088/14 et 40127/14, pts 119-122.

fut prise (février 2015) et ont continué de se dégrader par la suite (pt 60). Malgré l'accord de cessez-le-feu signé en février 2016, les différentes parties belligérantes recourent à des moyens et à des tactiques de guerre qui exposent les civils à des risques accrus. Les civils sont confrontés à un usage systématique de la force et sont visés par des offensives aveugles et des attaques.

La Cour estime que le Gouvernement n'a pas étayé sa thèse suivant laquelle la sécurité du requérant pouvait être assurée car il serait expulsé vers Damas ; qu'il n'a pas non plus démontré que la sécurité du requérant serait assurée pendant son trajet ni une fois de retour à Alep, sa ville d'origine, ou dans une autre région ; qu'il n'a produit aucun élément montrant que la situation à Damas était suffisamment sûre pour le requérant (qui soutenait qu'il serait mobilisé pour le service militaire actif) ou qu'il pourrait rejoindre un lieu sûr en Syrie depuis Damas.

La Cour conclut que l'expulsion du requérant emporterait violation des articles 2 et 3.

Article 13 combiné aux articles 2 et 3 (pts 69-99) – La Cour examine deux catégories de voies de recours s'agissant de l'expulsion administrative : la procédure relative aux infractions administratives et la procédure de demande d'asile temporaire. Elle estime que ni l'un ni l'autre n'ont offert au requérant un recours effectif face au risque pour sa vie et son intégrité physique que lui aurait fait courir une mise en œuvre de l'expulsion administrative qui avait été prononcée en vertu du code des infractions administratives.

Concernant la *procédure relative aux infractions administratives*, la Cour note que l'introduction d'un recours contre le jugement ordonnant l'expulsion administrative en suspend automatiquement l'exécution. Toutefois, le Gouvernement n'a pas démontré de manière convaincante, en s'appuyant sur des dispositions précises du droit interne et/ou sur la pratique judiciaire établie, que dans ce type de procédure les juridictions nationales pouvaient se livrer à l'examen requis des risques pour la vie ou l'intégrité de l'intéressé découlant d'une sanction d'expulsion. La Cour n'exclut pas que l'on puisse en théorie envisager la prise en compte de tels risques dans cette procédure. Cependant, elle n'est pas convaincue que les juridictions nationales puissent ne pas prononcer la sanction d'expulsion dès lors qu'il s'agit d'une peine obligatoire face à un étranger en séjour illégal.

Concernant la *procédure de demande d'asile temporaire*, la Cour est d'avis que cette forme de protection temporaire peut constituer une solution effective dans les situations comparables à celle du requérant (risques pour la vie ou l'intégrité de l'intéressé découlant d'hostilités intenses en cours dans le pays d'origine de l'intéressé). Dans le droit russe, l'octroi de l'asile temporaire empêche l'expulsion pendant un certain temps. Toutefois, elle n'est pas convaincue que la procédure de demande d'asile temporaire en cours (pendant la phase administrative et, le cas échéant, le contrôle juridictionnel), suspende de manière automatique une décision définitive d'expulsion prononcée en vertu du code des infractions administratives. À cet égard, la Cour rappelle que pour qu'une voie de recours soit effective au sens de l'article 13, le droit national doit prévoir clairement que ledit recours produira un effet suspensif sur la mesure ou la décision litigieuse. En outre, les autorités compétentes et les juridictions nationales n'ont pas procédé à un examen rigoureux du dossier du requérant. Elles ont considéré que la situation en Syrie ne justifiait pas l'attribution de l'asile temporaire

et ont rejeté la demande en se référant notamment à des facteurs qui n'avaient aucun lien avec le risque éventuel pour la vie et l'intégrité physique du requérant.

Compte tenu de ces lacunes qui affectent tant le droit que la pratique interne et sa mise en œuvre dans le cas d'espèce, le requérant n'a pas bénéficié d'un recours effectif. La Cour conclut à la violation de l'article 13 combiné aux articles 2 et 3.

Articles 5 (pts 104-117) – D'une part, l'article 5, § 4, prescrit que lorsqu'une personne est détenue, elle puisse introduire un recours devant un tribunal afin qu'il détermine, à brefs délais, entre autres, s'il est apparu de nouveaux facteurs susceptibles d'entacher d'illégalité ou d'arbitraire le maintien en détention de l'intéressé. Toutefois, ni le code des infractions administratives ni aucune autre législation applicable ne prévoyait de procédure susceptible de permettre au requérant de faire contrôler sa détention et d'obtenir une remise en liberté. Il n'existait pas non plus de disposition imposant un contrôle automatique de sa détention à intervalles réguliers.

D'autre part, la détention en vue d'une expulsion n'est compatible avec l'article 5 § 1^{er}, que si la procédure relative à l'expulsion est en cours et menée avec la diligence requise, et si la détention est légale et ne présente aucun caractère arbitraire. En l'espèce, les autorités russes auraient dû se rendre compte que le renvoi du requérant en Syrie ne pouvait pas être mis en œuvre et resterait peu probable étant donné l'aggravation du conflit. Il leur incombait d'envisager d'autres solutions pour le requérant. Après la décision du placement en détention, celle-ci n'a jamais été réappréciée (comme indiqué ci-dessus, il n'existait aucune procédure permettant un tel examen).

La Cour conclut à la violation de l'article 5, §§ 1^{er} et 4.

Articles 8 et 13 (pts 118-119) – À la lumière des conclusions relatives aux articles 2 et 3, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief formulé par le requérant sur le terrain de l'article 8, ni celui qui y est lié et introduit sous l'angle de l'article 13

B. Éclairage

Les trois violations jugées par la juridiction strasbourgeoise s'inscrivent dans la parfaite lignée de la jurisprudence antérieure. Chacune pourrait donner lieu au rappel des principes généraux en la matière et des arrêts condamnant la Russie sous l'angle de l'article 5². Nous limitons le commentaire de la décision de la Cour relative à la violation de l'article 13 en son volet « effet suspensif ». L'arrêt permet également de questionner l'impact d'une demande d'asile sur une procédure d'éloignement en cours.

- *L'article 13 et le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants*

La Cour considère qu'il n'a pas été démontré de manière convaincante que les voies de recours disponibles en interne satisfaisaient pleinement aux exigences de l'effectivité pour ce type d'affaire, à savoir, d'une part, la conduite d'un examen indépendant et rigoureux des risques et la possibilité

² Cour eur. D.H., 15 octobre 2015, *L.M. et autres c. Russie*, req. nos 40081/14, 40088/14 et 40127/14, pts 119-141 ; 17 juillet 2014, *Kim c. Russie*, req. n° 44260/13, pts 39-43 ; 10 juillet 2014, *Rakhimov c. Russie*, req. n° 50552/13, pts 148-150 ; 28 mai 2014, *Akram Karimov*, req. n° 62892/12, pts 199-204 ; 18 avril 2013, *Azimov c. Russie*, req. n° 67474/11.

d'empêcher l'expulsion s'il était démontré que les craintes que les risques se concrétisent étaient justifiées et, d'autre part, un effet suspensif automatique.

Ce faisant, la Cour se prononce une fois de plus sur ce que signifie un recours effectif en matière d'asile et d'immigration au sens de l'article 13 de la CEDH et confirme sa jurisprudence désormais constante quant à l'exigence d'un effet suspensif en cas de risque de violation des articles 2 et 3.

Le caractère suspensif des recours est l'un des deux piliers de leur effectivité, l'autre étant la qualité du contrôle opéré³. La Cour souligne que l'article 3 combiné à l'article 13 implique « d'une part, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 et, d'autre part, la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse »⁴.

L'invitation faite aux états de prévoir des recours avec effet suspensif en matière d'asile apparaît dès 1994 dans les déclarations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁵. Cette invitation trouve un écho dans la jurisprudence de la Cour à partir de l'arrêt *Jabari c. Turquie*. Elle juge qu'un recours effectif doit empêcher que ne se réalisent des conséquences irréversibles, ce qui ne peut être assuré que par un recours suspensif⁶. Cette exigence a été réitérée dans de nombreux arrêts ultérieurs⁷.

La Cour a précisé ne pas se satisfaire de la pratique d'un état consistant à ne pas procéder à l'expulsion tant que le recours contre la décision d'expulsion est pendant⁸. Elle exige que l'effet suspensif soit garanti par la législation applicable. Autrement dit, la suspension de l'exécution de la mesure litigieuse doit découler automatiquement de l'invocation d'un grief défendable à son encontre. Il doit suffire que le requérant introduise son recours, dans lequel il invoque un grief défendable, pour que la décision soit suspendue. Comme la Cour le souligne dans l'arrêt *M.S.S.*, « l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire »⁹. Elle constitue au contraire une exigence inhérente à la notion de recours effectif, sans laquelle il ne peut être conclu au respect de l'article 13 de la CEDH¹⁰.

En l'espèce, la Cour constate que les deux procédures auxquelles est soumis le requérant ne rencontrent pas l'exigence du caractère suspensif du recours (voy. *supra*).

³ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 122.

⁴ Cour eur. D.H., 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, req. n° 40035/98, pt 50.

⁵ Art. 8, ii), d), de la recommandation n° 1236(1994) du 12 avril 1994 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au droit d'asile ; art. 8, vii), f), de la recommandation n° 1327(1997) du 24 avril 1997 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe.

⁶ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 602.

⁷ Voy. not. : Cour eur. D.H., 22 septembre 2009, *Abdolkhani et Karimnia*, req. n° 30471/08, pt 116 ; 15 novembre 2011, *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 48205/09, pt 33 ; 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 ; 23 juin 2011, *Diallo c. République tchèque*, req. n° 20493/07, pt 83 ; 11 octobre 2011, *Auad c. Bulgarie*, req. n° 46390/10, pt 121 ; 18 février 2010, *Baysakov c. Ukraine*, req. n° 54131/08, pt 75.

⁸ Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99, pt 83 ; 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, req. n° 25389/05, pt 47 ; 23 juillet 2013, *M.A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, pt 137.

⁹ Cour eur. D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, pt 388.

¹⁰ L. LEBOEUF, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 404-407.

Il convient de rappeler la transversalité du principe de non-refoulement prescrit par l'article 33 de la Convention de Genève¹¹ qui se lit en filigrane de toute décision de la Cour concluant à la violation des articles 2 et/ou 3 de la CEDH. Dans sa *Note sur la protection internationale*, le HCR indique ceci quant au principe de non-refoulement¹² :

« L'obligation des états de ne pas expulser, renvoyer ou refouler les réfugiés vers des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée est un principe de protection cardinal [...] ne tolérant aucune réserve. À bien des égards, ce principe est le complément logique du droit de chercher asile reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce droit en est venu à être considéré comme une règle de droit international coutumier liant tous les états. En outre, le droit international des droits de l'homme a établi le non-refoulement comme un élément fondamental de l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'obligation de ne pas refouler est également reconnue comme s'appliquant aux réfugiés indépendamment de leur reconnaissance officielle, ce qui inclut de toute évidence les demandeurs d'asile dont le statut n'a pas encore été déterminé. Elle couvre toute mesure attribuable à un état qui pourrait avoir pour effet de renvoyer un demandeur d'asile ou un réfugié vers les frontières d'un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée, et où il risquerait une persécution. Cela inclut le rejet aux frontières, l'interception et le refoulement indirect, qu'il s'agisse d'un individu en quête d'asile ou d'un afflux massif. »

- *L'article 13 et le droit au respect de la vie privée et familiale*

Si l'exigence d'un recours suspensif est claire lorsque l'article 13 est combiné à l'article 3 de la CEDH, elle reste discutée lorsqu'il est combiné à l'article 8¹³. En l'espèce, au vu des conclusions relatives aux articles 2 et 3, la Cour ne se prononce pas sous l'angle de l'article 8. L'occasion est toutefois saisie de rappeler la jurisprudence concernant l'expulsion de requérants invoquant un grief défendable tiré d'un risque de violation de l'article 8.

L'exigence d'un recours suspensif est conditionnée par l'existence de dommages irréversibles. La jurisprudence hésite à l'étendre aux droits relatifs, dont la protection est sujette à des restrictions légitimes, tels l'article 8¹⁴. La décision de principe est l'arrêt *De Souza Ribeiro c. France*. Cette affaire concernait l'éloignement d'un ressortissant brésilien résidant en Guyane française et l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de contester la mesure de reconduite à la frontière avant qu'elle ne soit exécutée. La Grande Chambre a conclu à la violation de l'article 13 combiné à l'article 8, sans pour autant poser le principe de l'exigence d'un recours suspensif. Elle souligne que « s'agissant d'éloignements d'étrangers, contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit

¹¹ Le principe du non-refoulement est aussi prescrit par l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹² HCR, *Note sur la protection internationale*, 13 septembre 2001, A/AC.96/951, pt 16.

¹³ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 602.

¹⁴ *Ibid.*, p. 123.

suspensif »¹⁵. La Cour évite de condamner en des termes généraux la procédure en cause, qui ne revêt pas d'effet suspensif automatique et préfère adopter une approche plus casuistique en reprochant le laps de temps très court entre l'introduction du recours et l'expulsion du requérant, lequel a empêché le juge de se prononcer sur l'éventuelle suspension de la décision d'expulsion¹⁶.

Selon Luc Leboeuf, dont nous partageons l'analyse, il ne semble pas pouvoir être déduit de l'arrêt que la Cour interprète différemment la substance du droit à un recours effectif lorsqu'il repose sur l'invocation d'un grief défendable tiré du droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour ne consacre pas des critères différents de ceux développés dans les affaires relatives à l'article 13 combiné à l'article 3 de la CEDH. Luc LEBOEUF estime que la Cour ne fait que se montrer plus souple dans l'appréciation du respect de ces critères. Plus qu'une différence de fond, l'arrêt illustre à son sens une différence de mentalité jurisprudentielle¹⁷.

- Asile et éloignement

L'arrêt commenté, par extension, permet de revenir sur l'impact de l'introduction d'une demande d'asile lorsque le demandeur fait l'objet d'une procédure d'éloignement, qu'il soit détenu à cette fin ou non. Le droit de l'Union européenne répond à certaines questions à cet égard.

L'arrêt *Arslan*¹⁸ de la Cour de justice de l'Union européenne fait le lien entre l'asile et le retour. Il en ressort que la directive retour n'est plus applicable à un étranger en séjour irrégulier détenu en vue de son éloignement à partir de son introduction d'une demande d'asile jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur cette demande ou, le cas échéant, jusqu'à l'issue du recours qui aurait été introduit contre ladite décision. Dans une telle hypothèse, l'étranger doit bénéficier de l'ensemble des garanties procédurales prescrites par la directive procédures pour les demandeurs d'asile, dont le droit à un recours effectif.

Le droit à un recours effectif est prescrit par l'article 46 de la directive procédures (§ 1^{er}). Un tel recours comprend notamment un examen complet et *ex nunc* tant des faits que du droit (§ 3) et le droit pour l'intéressé de rester sur le territoire jusqu'à l'expiration du délai prévu pour l'exercice de son droit à un recours effectif et, si ce droit a été exercé dans le délai prévu, dans l'attente de l'issue du recours (§ 5). Autrement dit, le caractère suspensif du recours est garanti. Des exceptions y sont toutefois prévues : il n'y a pas de droit automatique de se maintenir sur le territoire si la demande est réputée infondée ou irrecevable (§ 6). Dans ces cas, la règle suivante s'applique si les états membres ont prévu un recours non-suspensif dans leur droit national : « une juridiction est compétente pour décider si le demandeur peut rester sur le territoire de l'état membre, soit à la demande du demandeur ou de sa propre initiative, si cette décision a pour conséquence de mettre un terme au droit du demandeur de rester dans l'état membre [...] ».

¹⁵ Cour eur. D.H., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, pt 83. Voy. dans le même sens : Cour eur. D.H., 15 avril 2014, *Asalya c. Turquie*, req. n° 43875/09, pt 155.

¹⁶ L. LEBOEUF, *Le droit européen de l'asile au défit de la confiance mutuelle*, Limal, Anthémis, 2016, p. 406.

¹⁷ *Ibid.*, p. 407.

¹⁸ Arrêt *Arslan*, C-534/11, EU:C:2013:343. Sur cet arrêt, voy. : P. D'HUART, « Détention aux fins d'éloignement et demande d'asile », *Newsletter EDEM*, juin 2013, pp. 14-17.

La Cour a précisé le caractère suspensif des recours dans l'arrêt *Abdida*¹⁹. Dans cette affaire, le requérant se trouvait en dehors du champ d'application des directives procédures et accueil, étant demandeur de régularisation médicale qui, selon la Cour, ne relevait pas du champ d'application de l'acquis européen de l'asile. La Cour y a cependant conclu que les dispositions de la directive retour, lues en combinaison avec les articles 19, § 2 (principe de non refoulement) et 47 (recours effectif) de la Charte des droits fondamentaux s'opposent à une procédure nationale qui instaure un recours non-suspensif (et ne prévoit pas la prise en charge, dans la mesure du possible, des besoins de base des requérants pendant l'examen de ce recours). Le respect des exigences de la Charte est donc assuré par un recours revêtant nécessairement un effet suspensif lorsqu'il est exercé contre une décision de retour dont l'exécution est susceptible d'exposer le ressortissant en cause de pays tiers à un risque sérieux d'être soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. La Cour a rappelé ce principe dans l'arrêt *Tall*²⁰, concernant les demandes d'asile ultérieures. Elle rejoint ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière combine le recours effectif, et l'exigence du caractère suspensif, avec les articles 2 et 3 de la CEDH (et indirectement à l'article 33 de la Convention de Genève) alors que la Cour de justice le combine avec les articles 2, 4 et 19 de la Charte.

Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme est renforcé et précisé par celui de la Cour de justice. Si un étranger introduit une demande d'asile, pendant qu'une procédure d'éloignement est en cours à son égard, et qu'il allègue un risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants (préjudice irréparable, irréversible), le recours auquel il a droit en cas de décision négative doit être suspensif. Ce principe est assorti, en droit de l'Union européenne, d'une exception lorsque la demande d'asile est abusive ou infondée (justifiée par la légitimité des états membres de « lutter » contre les recours dilatoires). Dans ce cas, la charge de la preuve du caractère abusif ou infondé incombe à l'administration. Cette obligation est essentielle pour garantir l'exigence du caractère suspensif du recours, qui doit tendre à devenir la règle générale²¹.

H.G.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Cour eur. D.H., 14 février 2017, S.K. v. Russie, req. n° 52722/15.](#)

Pour citer cette note : H. GRIBOMONT, « Recours internes et détention en Russie : des lacunes (à nouveau) condamnées à Strasbourg », *Newsletter EDEM*, mai 2017.

¹⁹ Arrêt *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, pts 52-53. Sur cet arrêt, voy. : L. TSOURDI, « Le régime belge de la régularisation médicale face au juge de l'Union européenne », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014, pp. 15-22.

²⁰ Arrêt *Tall*, C-239/14, EU:C:2015:824, pt 58. Sur cet arrêt, voy. : L. TSOURDI, « Demandes d'asile ultérieures et droits européen et belge : un regard critique », *Newsletter EDEM*, janvier 2016, pp. 3-10.

²¹ Pour les exceptions au recours suspensif en droit belge, voy. : J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, pp. 696-700.

4. COUR EUR. D.H., 4 AVRIL 2017, THIMOTHAWES C. BELGIQUE, REQ. N° 29061/11

Rétention des demandeurs d'asile. De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois

A. L'arrêt

Le requérant, de nationalité égyptienne, est placé en rétention lorsqu'il se présente à la frontière à l'aéroport de Zaventem pour introduire une demande d'asile. Il introduit une requête de mise en liberté auprès des juridictions nationales compétentes, la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation. Selon le requérant, sa rétention aurait été automatiquement décidée au motif qu'il ne possédait pas les autorisations nécessaires pour pénétrer sur le territoire belge, sans examen approprié de sa situation individuelle et de sa santé mentale.

Cette requête est rejetée en première instance par la chambre du conseil, de même qu'en appel par la chambre des mises en accusations. Il en va de même des requêtes ultérieures, introduites contre les décisions de rétention adoptées par l'Office des étrangers après le rejet de la première demande d'asile du requérant et l'échec d'une première tentative d'expulsion, ainsi qu'après le rejet de la seconde demande d'asile du requérant.

Dans sa requête, le requérant se plaint d'une violation du droit à la liberté, tel que consacré par l'article 5 de la Convention (ci-après CEDH). Il reproche, en particulier, aux autorités belges de détenir systématiquement les demandeurs d'asile qui se présentent à la frontière, sans examen de leur situation particulière. Il se plaint également du caractère inadéquat de ses conditions de détention, qui n'auraient pas suffisamment tenu compte de sa santé mentale.

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour eur. D.H.) écarte, d'abord, les arguments du requérant en ce qu'ils reprochent à la Belgique une mauvaise transposition de la directive accueil, laquelle enjoint d'évaluer si la privation de liberté d'un demandeur d'asile est nécessaire compte tenu de sa situation individuelle. La Cour estime qu'il s'agit là d'une question relevant du droit de l'Union européenne, échappant à sa compétence.

Ce préalable posé, la Cour rappelle qu'en vertu de sa jurisprudence antérieure, l'article 5 C.E.D.H. impose l'obligation, pour les autorités, de « rechercher s'il était possible de (...) substituer (à la privation de liberté) une autre mesure moins radicale »¹. Elle poursuit en constatant que les décisions adoptées par l'Office des étrangers ne semblent accorder aucun égard à la situation spécifique du requérant : « les décisions successives de privation de liberté sont (...) formulées de manière laconique et stéréotypée, et ne permettaient pas au requérant de connaître les raisons justifiant concrètement sa détention »².

¹ Cour eur. D.H., 4 avril 2017, *Thimothawes c. Belgique*, req. n° 29061/11, §73

² *Ibidem*, §77.

Toutefois, à suivre la Cour, le contrôle exercé par la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation a permis de remédier à cette lacune. Les juridictions nationales ont procédé à un examen de la nécessité de priver le requérant de liberté, compte tenu de sa situation spécifique. Il n'est donc pas question d'une rétention automatique, aveugle aux circonstances particulières de l'espèce.

Quant à la santé mentale du requérant, la Cour estime qu'elle a été suffisamment prise en charge par les autorités, qui ont organisé un soutien psychologique dans le centre fermé. On ne peut donc déduire des problèmes psychologiques du requérant que ses conditions de privation de liberté n'ont pas respecté la Convention. Pour le surplus, la Cour souligne que la durée de la détention, de cinq mois, n'était pas excessive compte tenu des deux demandes d'asile introduites par le requérant et de son opposition à son expulsion.

B. L'éclairage

L'arrêt *Thimothawes c. Belgique* se lit d'abord et avant tout, nous semble-t-il, comme une confirmation de la jurisprudence antérieure de la Cour eur. D.H. relative à la subsidiarité de la rétention des demandeurs d'asile. Tout comme le droit de l'Union européenne, la CEDH s'oppose à une politique généralisée de privation de liberté des demandeurs d'asile, sans prise en considération de leur situation spécifique. La rétention d'un demandeur d'asile ne s'envisage qu'en tant que mesure de dernier ressort (1).

Au-delà de cette confirmation sans surprise, l'arrêt *Thimothawes c. Belgique* offre également une illustration de la subsidiarité du contrôle opéré par la Cour eur. D.H. en matière migratoire. Comme l'a récemment exposé la grande chambre de la Cour dans l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*, relatif à l'article 3 C.E.D.H., il revient en premier lieu aux autorités nationales d'apprécier les faits propres à l'espèce³. Le contrôle de la Cour porte davantage sur la qualité de l'évaluation des faits menée par les Etats, que sur l'évaluation en elle-même. Il s'agit essentiellement, pour la Cour, de vérifier si tous les éléments factuels pertinents ont été analysés conformément aux principes qui se dégagent de sa jurisprudence. Il nous semble, toutefois, regrettable que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de l'affaire *Thimothawes* pour préciser davantage les pourtours de pareille évaluation en ce qui concerne l'article 5 C.E.D.H. (2).

(1) La subsidiarité de la rétention des demandeurs d'asile. Dans l'arrêt commenté, la Cour eur. D.H. rappelle qu'un demandeur d'asile ne peut pas être privé de liberté automatiquement, sans prise en considération de sa situation individuelle. Elle souligne l'obligation des Etats d'évaluer les vulnérabilités spécifiques à chaque demandeur d'asile, lesquelles peuvent impliquer qu'une rétention violerait la CEDH. Selon la Cour, « des décisions généralisées ou automatiques de placement en détention des demandeurs d'asile sans appréciation individuelle des besoins particuliers des intéressés (...) (posent) problème au regard de l'article 5 »⁴.

³ Cour eur. D.H., 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, req. n° 41738/10, §184. Voy. également l'opinion concordante du juge Lemmens.

⁴ Cour eur. D.H., *Thimothawes*, *op. cit.*, §73

Il est, en effet, de jurisprudence constante, depuis l'arrêt de grande chambre *Saadi c. Royaume-Uni*, que si un Etat peut priver de liberté un demandeur d'asile sur le fondement de l'article 5, §1^{er}, f), de la Convention, afin de prévenir une entrée irrégulière sur son territoire, il doit être tenu compte des vulnérabilités spécifiques de ce demandeur d'asile, comme par exemple sa minorité ou son état de santé.

La Cour ajoute, également, qu'il revient aux autorités nationales de rechercher si une « autre mesure moins radicale » que la privation de liberté ne pourrait pas être appliquée. Ce faisant, elle rejoint les garanties consacrées par le droit de l'Union européenne, en particulier la directive accueil, laquelle impose aux Etats membres de ne recourir à la rétention des demandeurs d'asile qu'en dernier ressort, lorsqu'aucune autre mesure n'est envisageable. Si cette obligation pouvait se déduire de la jurisprudence antérieure de la Cour⁵, l'arrêt *Thimothawes c. Belgique* a le mérite de l'énoncer clairement.

L'alignement de la protection conventionnelle sur celle du droit de l'Union européenne n'est, toutefois, pas total. L'article 8 de la refonte de la directive accueil, non entrée en vigueur lors de la survenance du litige, consacre désormais des motifs spécifiques pour lesquels un demandeur d'asile peut être privé de liberté. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne exige que pareils motifs soient explicitement consacrés par le droit national⁶. Dans l'affaire *Thimothawes*, le requérant reprochait également à la législation belge d'autoriser la privation de liberté de tout demandeur d'asile introduisant sa demande à la frontière, sans examen de sa situation spécifique, en violation de la CEDH et du droit de l'Union européenne⁷. La Cour eur. D.H. s'estime, toutefois, non compétente pour émettre un jugement général relatif à la qualité de la

⁵ A l'occasion de divers arrêts relatifs à Malte, par exemple, la Cour a considéré que les autorités nationales n'avaient pas agi de bonne foi en développant une politique systématique de rétention des demandeurs d'asile (voy. notamment Cour eur. D.H., 23 juillet 2013, *Suso Musa c. Malte*, req. n° 42337/12, §100 ; Cour eur. D.H., 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, req. nos 25794/13 et 28151/13, §146 : « at no stage did the authorities ascertain whether the placement in immigration detention of the applicants was a measure of last resort for which no alternative was available). Hors du contexte maltais et relativement à un étranger en séjour irrégulier, voy. également Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Rusu c. Autriche*, req. n° 34082/02, §57: The Court reiterates that detention of an individual is such a serious measure that – in a context in which the necessity of the detention to achieve the stated aim is required – it will be arbitrary unless it is justified as a last resort where other less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained ».

⁶ C.J.U.E., 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15, note de J.-B. FARCY, « L'appréciation du risque de fuite d'un demandeur d'asile faisant l'objet d'une procédure de transfert Dublin doit être encadrée par des critères légaux : quelles conséquences en droit belge et en matière de retour ? », *Newsletter EDEM*, avril 2017. L'arrêt *Al Chodor* a été prononcé dans le cadre spécifique du règlement Dublin, lequel fixe notamment la procédure à suivre pour transférer un demandeur d'asile vers l'Etat membre responsable de l'examen de sa demande. Il n'en demeure pas moins que ses enseignements sont transposables par analogie à la procédure d'asile, en ce qu'ils concernent des demandeurs d'asile.

⁷ L'article 74/5, §1^{er}, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit en effet que l'Office des étrangers « peut » priver de liberté l'étranger qui tente de franchir irrégulièrement la frontière et qui introduit une demande d'asile, sans énoncer d'autres conditions. Il est à noter, toutefois, que l'article 74/6 énonce précisément les hypothèses dans lesquelles un demandeur d'asile peut être privé de liberté. L'article 74/6 précisant ne s'applique qu'aux demandeurs d'asile « entrés dans le Royaume », son champ d'application pourrait s'interpréter comme excluant les demandeurs d'asile interceptés à la frontière, tels que visés par l'article 74/5, §1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980. Pareille interprétation nous semble, toutefois, incompatible avec l'article 8 de la directive accueil 2013/33/UE, lequel s'applique également aux demandes introduites à la frontière conformément à l'article 3 de la même directive. Une interprétation du droit belge conforme au droit de l'Union devrait donc conduire à imposer aux autorités nationales de motiver la privation de liberté d'un demandeur d'asile au regard des motifs consacrés par l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, quand bien même elles souhaitent faire usage de la possibilité qui leur est offerte par l'article 74/5, §1^{er}, 2°.

législation belge et pour évaluer la conformité du droit belge avec le droit de l'Union. Elle se satisfait de ce qu'un examen individualisé ait été réalisé, dans le cas d'espèce, par les juridictions nationales. Comme nous l'exposons ci-après, les raisons qui amènent la Cour à considérer que cet examen a bien été réalisé par le juge national manquent, toutefois, de clarté.

(2) La subsidiarité du contrôle strasbourgeois. A l'occasion de l'arrêt *Thimothawes c. Belgique*, la Cour insiste une nouvelle fois sur la subsidiarité de son contrôle. Elle admet que l'Office des étrangers semble avoir décidé de priver le requérant de sa liberté sans examen de sa situation particulière. Cependant, le contrôle individualisé opéré par le juge national a permis de remédier à cette lacune.

La Cour note que « les décisions successives de privation de liberté sont ainsi formulées de manière laconique et stéréotypée, et ne permettaient pas au requérant de connaître les raisons justifiant concrètement sa détention »⁸. Toutefois, selon la Cour, cette lacune de l'administration nationale a été corrigée à l'occasion du contrôle effectué par le juge national. Elle juge que « cette circonstance n'a pas empêché les juridictions compétentes – la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation –, d'exercer leur contrôle, fût-il limité à un contrôle de légalité, en tenant compte des exigences de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 § 1 f) rappelées ci-dessus et des circonstances particulières du requérant »⁹.

Cette approche de la Cour ne surprend pas au regard, notamment, du récent arrêt *Paposhvili c. Belgique*. Dans cet arrêt relatif à l'expulsion d'un étranger gravement malade, la grande chambre avait condamné la Belgique pour violation de l'article 3 C.E.D.H., au motif essentiellement que ni l'administration ni le juge n'avaient réalisé un examen approprié des arguments du requérant tirés de l'article 3 C.E.D.H. Dans son opinion concordante, le juge Lemmens y voyait une « nouvelle optique », selon laquelle l'évaluation des arguments tirés de l'article 3 C.E.D.H. relève de la « responsabilité première » des instances nationales. L'arrêt *Thimothawes c. Belgique* suit une approche similaire en ce qui concerne l'article 5 C.E.D.H. Les griefs ont été examinés par le juge national, qui les a jugés non fondés. La Cour se satisfait de cet examen.

L'arrêt *Thimothawes c. Belgique* nous paraît toutefois manquer de pédagogie. La Cour demeure silencieuse sur les raisons qui l'ont amenée à considérer que le contrôle exercé par le juge national était, en l'espèce, suffisant. Elle n'explique pas en quoi le juge national aurait effectivement pris en considération la situation spécifique du requérant.

Cela nous paraît d'autant plus regrettable que, à suivre les juges Karakas et Turkovic dans leur opinion dissidente, « les décisions (du juge national) étaient rédigées en des termes stéréotypés et étaient dépourvues d'une analyse de la situation personnelle du requérant ». Selon les juges dissidents, la Cour aurait dû suivre sa jurisprudence antérieure par laquelle elle « a conclu à la violation dans les affaires où les tribunaux internes avaient maintenu le requérant en détention en recourant à des formules stéréotypées sans évoquer des faits précis ou sans envisager d'autres mesures préventives ». Il eut été utile que la Cour dissipe les doutes en exposant les raisons pour

⁸ Cour eur. D.H., *Thimothawes*, op. cit., §77.

⁹ *Ibidem*, §78.

lesquelles le contrôle mené par le juge belge a satisfait aux garanties de l'article 5 C.E.D.H.¹⁰ L'effectivité du contrôle strasbourgeois serait mise à mal s'il suffisait, pour une autorité nationale, de se référer abstraitement aux garanties de la Convention pour échapper à toute condamnation.

L.L.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Cour eur. D.H., 4 avril 2017, *Thimothawes c. Belgique*, req. n° 29061/11](#)

Pour citer cette note : L. LEBOEUF, « Rétention des demandeurs d'asile. De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois », *Newsletter EDEM*, mai 2017.

¹⁰ Comp. avec la décision d'irrecevabilité rendue le 4 avril 2017 dans l'affaire *Muzamba Oyam c. Belgique*, req. n° 23707/15, relatif à un étranger appréhendé en séjour irrégulier, où la Cour fait état de la motivation de l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, où la situation personnelle du requérant a fait l'objet d'un examen approfondi comprenant une analyse de son droit à la vie familiale et du risque de fuite (§41).

5. DU CONSEIL D'ETAT AU CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, LE DROIT D'ACCÈS AU JUGE ADMINISTRATIF JAUGÉ PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE¹

Bernadette Renauld

Référéndaire à la Cour constitutionnelle

Maître de conférences à l'UCL-Mons

Le droit d'accès au juge, garantie des droits fondamentaux

C'est sans doute un euphémisme d'affirmer que le droit au procès équitable figure en bonne place parmi les droits et libertés fondamentaux les plus régulièrement invoqués devant la Cour constitutionnelle. C'est le cas dans toutes les matières, et l'on sait que la Cour est amenée à s'occuper d'énormément de choses différentes.

Il en va ainsi, d'abord, lorsqu'est infligée une sanction, pénale ou administrative, au justiciable. La Cour examine soigneusement si la personne à qui est infligée la sanction dispose d'un recours auprès d'une juridiction et si elle a eu le droit de se défendre équitablement devant celle-ci. Ainsi, le juge constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le respect du droit au procès équitable à propos de toutes sortes de sanctions : amendes administratives infligées pour des faits de fraudes sociales² ou fiscales³, de TVA⁴, de fiscalité communale⁵; amendes administratives infligées pour atteintes à l'environnement⁶; sanctions administratives communales⁷; sanctions disciplinaires pour les magistrats⁸, les receveurs de CPAS⁹, les membres de l'ancien corps de gendarmerie¹⁰ ou les militaires¹¹; sanctions pénales sensu stricto, notamment de procédure de comparution immédiate ou de sanctions pour des faits commis lors de matches de foot¹², de mesures prises à l'encontre de mineurs délinquants¹³, de retrait de permis de conduire¹⁴, ...

Le droit au procès équitable dépasse de loin le seul phénomène des sanctions. Tout acte de l'autorité, toute décision prise par l'administration doit ainsi pouvoir faire l'objet d'un contrôle par une juridiction. La Cour contrôle très régulièrement le respect de ce principe en matière

¹ Le présent texte est celui de la présentation, légèrement remaniée, que l'auteur a faite lors du colloque organisé à l'occasion des 10 ans du CCE, le 18 mai 2017.

² E.a., arrêt n°157/2002

³ E.a., arrêts n°22/99, n°96/2002

⁴ E.a., arrêt n°16/2002, n°79/2008, n°105/2009, n°159/2009, n°4/2013

⁵ E.a., arrêt n°134/2004

⁶ E.a., arrêt n°44/2011

⁷ E.a., arrêts n°28/2008, n°44/2015, n°45/2015

⁸ E.a., arrêt n°54/2001

⁹ E.a., arrêt n°141/2003

¹⁰ E.a., arrêts n°66/2002, n°164/2002

¹¹ E.a., arrêt n°76/2010

¹² E.a., arrêt n°56/2002

¹³ E.a., arrêt n°6/2006

¹⁴ E.a., arrêt n°154/2004, n°156/2004

d'urbanisme et d'aménagement du territoire¹⁵, mais également en matière de saisies¹⁶, en matière d'expertise et d'évaluations lors de la fixation de droits de succession¹⁷, en matière de protection de la jeunesse¹⁸, en matière d'accès à des professions ou à des postes déterminés¹⁹, en matière d'accès au logement social²⁰, d'attribution de marchés publics²¹, de licence d'exportations d'armes²² ... et, en matière de recours offerts contre les décisions prises relativement à l'accès au territoire, au droit de séjour et d'établissement et à l'éloignement des personnes de nationalité étrangère.

Chaque fois qu'elles sont convoquées, les garanties procédurales viennent au secours d'autres droits fondamentaux, que l'on peut qualifier de matériels. Ainsi, le recours auprès d'un juge contre les sanctions pénales ou administratives garantit-il que l'atteinte occasionnée par la sanction, selon le cas, à la liberté individuelle ou au droit de propriété, est justifiée. De même, toute atteinte au droit à la vie privée et familiale²³ doit faire l'objet d'un contrôle par un juge.

Les droits fondamentaux procéduraux découlent du droit à un procès équitable, dont le droit d'accès au juge et le droit à un recours juridictionnel effectif constituent un des aspects²⁴. Ce droit fondamental au procès équitable comprend également le droit à ce que le juge soit indépendant et impartial ainsi que les droits de la défense, parmi lesquels le droit au silence, le droit à l'égalité des armes, le droit à l'accès au dossier, le droit à l'assistance, le cas échéant gratuite, d'un avocat.

Les multiples sources du droit d'accès au juge et leur usage combiné avec le principe d'égalité

La Constitution, lacunaire à ce sujet, ne garantit pas formellement le droit à un procès équitable. La seule disposition constitutionnelle pouvant être mobilisée en cette matière est l'article 13, qui garantit à tout justiciable qu'il sera jugé par le juge que la loi lui assigne. Pour exercer un contrôle approfondi du respect des garanties juridictionnelles, la Cour constitutionnelle puise sa compétence dans cet article 13, ainsi que dans les articles 10 et 11 de la Constitution, qui proclament de manière générale le principe d'égalité et, lorsque c'est pertinent, dans l'article 191 de la Constitution, qui établit le principe de la jouissance égale des droits et libertés par les étrangers en Belgique, combinés avec les dispositions de droit international des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable. Parmi ces dispositions, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est le plus souvent cité, mais également, et spécialement dans le contentieux du droit des étrangers, l'article 13 de la même Convention et l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

¹⁵ E.a., arrêt n°116/2002, n°94/2003, n°56/2006, n°144/2012, n°29/2014

¹⁶ E.a., arrêt n°149/2002

¹⁷ E.a., arrêt n°141/2004, n°6/2007

¹⁸ E.a., arrêt n°6/2006

¹⁹ E.a., arrêt n°161/2011

²⁰ E.a., arrêt n°101/2008

²¹ E.a., arrêt n°13/2012

²² E.a., arrêt n°169/2013

²³ E.a., arrêts n°171/2008, n°10/2011, n°105/2012, n°6/2013, n°39/2013, n°179/2014, n°132/2015

²⁴ Arrêt n°98/2014

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que le droit d'accès au juge découle d'un principe général de droit qui peut, à l'instar des dispositions internationales, être combiné avec le principe d'égalité pour assurer la compétence de la Cour constitutionnelle pour contrôler son respect²⁵. En réponse à une exception du Conseil des ministres dans un recours contre la loi créant le Conseil du contentieux, Conseil des ministres qui soutenait que le principe général de droit du « droit à un recours juridictionnel effectif » n'existait pas, la Cour a considéré au contraire qu'il s'agissait bien d'un principe général de droit dont la violation pouvait être invoquée en combinaison avec les dispositions constitutionnelles pour lesquelles elle est compétente.²⁶

La combinaison avec le principe d'égalité est indispensable pour s'assurer l'accès à la Cour constitutionnelle, dont la compétence est strictement limitée au contrôle du respect, par les différents législateurs belges, des droits et libertés garantis par la Constitution. En principe, il est donc nécessaire de toujours soumettre à la Cour, lorsqu'est invoquée une violation des garanties juridictionnelles établies par les articles 6 ou 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ou par une autre disposition de droit international, ou encore par un principe général de droit, une comparaison établie entre deux catégories de personnes.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour a fortement assoupli cette obligation, dans la mesure où elle considère que la violation d'un droit fondamental quel qu'il soit entraîne ipso facto la violation du principe d'égalité et de non-discrimination à l'égard du groupe de personnes, en l'occurrence du groupe de justiciables, à qui est dénié le droit fondamental concerné, par rapport à tous les autres groupes de justiciables à l'égard de qui le même droit est garanti. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé, au sujet de l'impossibilité pour les candidats à une fonction dans la magistrature de contester les décisions prises par le Conseil supérieur de la Justice à l'issue des examens, que : « Lorsque l'accès à un juge est entravé pour une catégorie de personnes, cette catégorie de personnes peut être comparée à toute catégorie de personnes pour lesquelles l'accès à un juge n'est pas entravé »²⁷. En l'espèce, ces candidats magistrats comparaient la procédure mise en place au Conseil supérieur de la Justice avec la procédure applicable aux examens présentés par les candidats à une fonction publique au SELOR.

L'affirmation que le droit d'accès au juge découle d'un principe général de droit qui doit être garanti à chacun dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination permet par ailleurs à la Cour d'accueillir largement les recours et questions dénonçant une violation de ce principe, même lorsque l'on pourrait douter de l'applicabilité à certains contentieux, et particulièrement au contentieux de l'accès au territoire, de dispositions des Traités. Ainsi, au Conseil des ministres qui soutient que l'article 13 de la Constitution, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne s'appliquent pas au contentieux dont connaît le Conseil du contentieux des étrangers, la Cour répond qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question, puisque : « il suffit de constater que le droit d'accès au

²⁵ E.a., arrêt n°88/2012, B.15.

²⁶ Arrêt n°81/2008, B.40.2.

²⁷ Arrêts n°161/2011, B.7 et n°4/2014, B4

juge garanti par ces dispositions découle en outre d'un principe général de droit qui doit être garanti à chacun dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution ». ²⁸

Le recours au principe d'égalité et de non-discrimination permet également d'augmenter la portée d'une argumentation, de conférer une valeur ajoutée à une disposition garantissant un droit fondamental. Ainsi, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas, en principe, au législateur d'organiser un référé contre les actes administratifs, ni d'attacher un effet suspensif à un recours exercé contre une décision administrative, sauf si un tel effet suspensif est nécessaire pour empêcher la violation potentiellement irréversible d'une autre disposition de la Convention. L'intérêt d'articuler une argumentation en combinaison avec le principe d'égalité est que si le législateur institue un référé administratif ou un effet suspensif attaché à un recours pour une catégorie de justiciable, il ne peut refuser la même voie de recours ou le même effet suspensif à une autre catégorie de justiciables sans justification raisonnable. ²⁹

Le droit d'accès au juge dans la jurisprudence constitutionnelle, de manière générale

Le droit d'accès au juge, garanti par l'article 13 de la Constitution, par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et par un principe général de droit implique, de manière générale, que toute décision d'une autorité administrative puisse être soumise au contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel disposant d'une compétence de pleine juridiction³⁰. En ce qui concerne les sanctions, qu'il s'agisse d'amendes administratives, d'accroissements d'impôts ou de récupération de cotisations sociales, la Cour considère de manière constante que tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation de l'administration relève également du contrôle du juge : « Le droit à un contrôle de pleine juridiction implique que le juge peut vérifier si la décision de [l'administration, en l'espèce, il s'agissait de l'organisme percepteur] est justifiée en droit et en fait et si les dispositions légales et les principes généraux qu'il doit observer, parmi lesquels le principe de proportionnalité, sont respectés. Ce droit implique au moins que ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration relève également du contrôle du juge. Dans le cadre de son contrôle, le juge ne peut toutefois se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions. »³¹ La Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer ces principes à de nombreuses reprises. Ainsi, il est de jurisprudence constante que « si le législateur estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge »³². Le juge doit pouvoir contrôler si la décision administrative à caractère répressif est justifiée en fait et en droit et si elle respecte l'ensemble des dispositions législatives et des principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité³³.

²⁸ Arrêt n°49/2015, B.10.2

²⁹ Arrêts n°61/94, B.5.7.; n°81/2008, B.36.3

³⁰ Arrêts n°14/2006, B.7. ; n°67/2014, B.7.1

³¹ Arrêt n°79/2016, B.4.

³² Arrêts n°22/99, B.13 ; n°32/99, B.10 ;

³³ Arrêt n°22/99, B.12.

A plusieurs reprises, la Cour a été confrontée à des plaideurs qui soutenaient devant elle que les caractéristiques du recours au Conseil d'Etat interdisaient de le considérer comme un recours de pleine juridiction et donc comme un recours effectif. Elle a invariablement conclu de son examen que le contrôle exercé par la haute juridiction administrative est un contrôle de pleine juridiction, moyennant le respect du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité, tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit, en ce compris le principe de bonne administration³⁴ et le principe de proportionnalité. La Cour considère que la limitation de la compétence du Conseil d'Etat à l'annulation de l'acte attaqué n'empêche pas qu'il exerce un contrôle de pleine juridiction : en effet, le Conseil d'Etat ne peut substituer une nouvelle décision à celle de l'autorité concernée, mais lorsqu'il annule la décision, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'Etat : lorsqu'elle prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision ; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte annulé disparaît rétroactivement. Ainsi, par exemple, l'intéressé est réputé ne pas avoir fait l'objet d'une sanction disciplinaire³⁵. Il en va ainsi du recours contre diverses sanctions administratives³⁶ ou disciplinaires³⁷, du recours ouvert contre la suspension ou le retrait d'autorisation d'exploitation d'un établissement³⁸, du recours contre les sanctions infligées par le régulateur flamand des médias³⁹, des décisions de cooptation des membres du conseil de police⁴⁰, du recours contre les évaluations des membres du personnel de l'inspection des services de police⁴¹ ... La Cour a également eu l'occasion de préciser que la procédure par laquelle le Conseil d'Etat peut infliger des astreintes, qui diffère de celle qui est suivie pour le même objet devant les Cours et tribunaux, présente également les garanties d'un contrôle juridictionnel approfondi⁴². La Cour attache en outre de l'importance, pour conclure que les justiciables disposent d'un recours effectif, à la circonstance que le Conseil d'Etat a le pouvoir d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision querellée, le cas échéant en statuant en extrême urgence⁴³.

Le droit d'accès au juge devant le Conseil du contentieux des étrangers

La Cour constitutionnelle connaît d'un important contentieux en droit des étrangers. Exactement comme dans les autres contentieux, on peut distinguer ici le contrôle des droits fondamentaux matériels des étrangers (le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté, le droit à l'égalité, le droit à la dignité humaine ...) et le contrôle des droits fondamentaux procéduraux des étrangers, droits procéduraux qui n'ont d'autre finalité que de permettre un contrôle effectif du respect des autres droits fondamentaux.

³⁴ Arrêt n°4/2001, B.8.4.7.1.

³⁵ Arrêt n°54/2001, B.10.3.

³⁶ Arrêts n°44/2011, n°100/2011, n°25/2016

³⁷ Arrêts n°54/2001, n°78/2011

³⁸ Arrêt n°6/2006

³⁹ Arrêt n°14/2007

⁴⁰ Arrêt n°168/2008

⁴¹ Arrêt n°181/2008

⁴² Arrêt n°56/2014

⁴³ Arrêt n°6/2006

L'accès à la juridiction constitutionnelle elle-même est ouvert de façon assez large dès lors qu'elle a élaboré en cette matière comme en toutes les autres une politique jurisprudentielle accueillante au niveau de l'intérêt. Ainsi, les recours en droit des étrangers sont très souvent introduits par des associations de défense des droits fondamentaux, ainsi que, et il faut le souligner, par les barreaux, agissant en vue de défendre les droits des justiciables étrangers mais aussi les conditions de travail des avocats pratiquant ce contentieux. Ceci favorise la protection des droits procéduraux des étrangers, y compris les étrangers en séjour irrégulier, voire les étrangers ne résidant pas en Belgique. Par ailleurs, le contentieux préjudiciel est, par nature, ouvert à tous les justiciables dès lors qu'ils sont en procédure devant n'importe quelle juridiction et qu'ils sollicitent de celle-ci que soit posée une question de constitutionnalité.

Ainsi, lors de la création du Conseil du contentieux des étrangers, il y a 10 ans, le recours en annulation de la loi fondatrice fut introduit par plusieurs associations actives en droit des étrangers et par l'OBFG et l'OVB. Ces parties contestaient, d'une part, les compétences du Conseil du contentieux et, d'autre part, certains aspects de la procédure mise en place devant lui. L'ensemble des moyens dénonçaient une violation, notamment et en combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, du droit au recours effectif, droit qui suppose, d'après l'argumentation des parties requérantes, la possibilité de contester toutes les décisions relevant du Conseil du contentieux devant un juge possédant la plénitude de juridiction en droit et en fait. La Cour constitutionnelle était donc invitée à examiner l'amplitude de juridiction du Conseil. La Cour est saisie d'un contentieux objectif, surtout lorsqu'il s'agit d'un recours en annulation. L'arrêt n°81/2008, rendu sur ces recours, examine donc les dispositions de la loi du 15 septembre 2006 dans cette perspective.

La Cour commence par confirmer la nature juridictionnelle du CCE. Ceci se déduit de son organisation, de la désignation de ses membres, de l'indépendance de ceux-ci par rapport à l'administration, de la réglementation de la procédure et du recours en cassation administrative qui peut être exercé contre ses décisions définitives. (B.18.3). La Cour relève ensuite qu'en principe, lorsqu'il agit au contentieux de l'asile, le Conseil du contentieux dispose d'une compétence de pleine juridiction. Elle relève à ce sujet, comme éléments déterminants, le fait que le recours contre la décision du commissaire général aux réfugiés et aux apatrides a un effet dévolutif, que le Conseil a un pouvoir de réformation de la décision attaquée, de sorte qu'il peut lui-même accorder la protection internationale et que le recours a, sauf exceptions, un effet suspensif de plein droit. Elle souligne aussi que lorsque le Conseil annule et renvoie le dossier au Commissaire général, la décision de ce dernier peut à nouveau faire l'objet d'un recours devant le CCE, et qu'un recours en cassation administrative est ouvert au Conseil d'Etat. Dès lors que le CCE dispose d'une compétence de pleine juridiction en matière d'asile, la Cour en déduit qu'il doit prendre en compte tout élément nouveau présenté par le requérant et qui démontre le caractère fondé de sa demande d'asile et impose donc cette interprétation de l'article 39/76, § 1er, al. 2 et 3 de la loi, qui utilisait le verbe « peut » et non le verbe « doit ». (B.29.5. et B.30).

La Cour constate qu'au contentieux de l'annulation, le Conseil du contentieux exerce une compétence similaire à celle que le Conseil d'Etat exerçait en matière de droit des étrangers avant sa création, compétence dont il a « héritée ». La Cour transpose dès lors au CCE sa jurisprudence

relative aux compétences du Conseil d'Etat et en déduit que le Conseil exerce un contrôle juridictionnel tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit, qu'il examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée aux faits établis. Elle tient pour acquis que lorsque la mesure est annulée, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil du contentieux des étrangers : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé (B.16.3). Elle relève encore que le Conseil du contentieux peut suspendre la mesure, le cas échéant en extrême urgence, et qu'il peut aussi ordonner des mesures provisoires. Elle en conclut que les justiciables étrangers disposent d'une garantie juridictionnelle effective, devant une juridiction indépendante et impartiale, contre les décisions administratives qui les concernent (B.55.3). Bien que les voies de droit prévues pour agir contre une mesure de refoulement ou d'éloignement, à savoir la demande de suspension en extrême urgence ou la demande de mesures provisoires constituent un recours effectif au justiciable (B.65), un délai de 24 h. pour introduire ces recours n'est toutefois pas raisonnable (B.68.2), il faut au moins 3 jours. Ce délai doit correspondre au délai de suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement ou de refoulement. Par ailleurs, prévoir que si le Conseil du contentieux ne s'est pas prononcé dans un certain délai, en l'occurrence 72 h., la mesure redevient exécutable, est incompatible avec l'exigence d'un recours effectif et avec la nature même d'un acte juridictionnel (B.73.1).

La Cour estime encore que le caractère principalement écrit de la procédure ne porte pas atteinte au droit à un recours effectif (B.28.1) mais juge qu'un délai de recours de 15 jours au contentieux de l'asile, alors qu'il est de 30 jours au contentieux de l'annulation, est trop court par rapport au droit au recours effectif combiné avec le principe d'égalité (B.45).

La Cour a ensuite eu à se prononcer à diverses reprises sur la procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers, à la faveur, soit de recours en annulation visant des lois modificatives, soit de questions préjudicielles posées par le Conseil lui-même ou par le Conseil d'Etat⁴⁴.

Au fil de ces arrêts, la Cour cherche manifestement à préserver ou, le cas échéant, à rétablir un équilibre entre souveraineté nationale et droits fondamentaux des étrangers, entre l'objectif de maintenir le contentieux né de l'application de la loi du 15 décembre 1980 dans des proportions raisonnables et gérables et la préservation des garanties juridictionnelles bénéficiant à tous les justiciables devant les juridictions belges, fussent-ils étrangers. Cette recherche se traduit par la formule suivante, revenant à plusieurs reprises dans la jurisprudence : « L'accroissement et l'urgence du contentieux né de l'application de la loi du 15 décembre 1980 justifient l'adoption de règles particulières, propres à accélérer le traitement des recours auprès du Conseil du Contentieux des étrangers. Les mesures destinées à accélérer et à simplifier la procédure ne sont toutefois

⁴⁴ Arrêts n°95/2008 ; n°148/2008 ; n°1/2009 ; n°36/2009 ; n°67/2009 ; n°45/2010 ; n°65/2012 ; n°82/2012 ; n°88/2012 ; n°43/2013 ; n°64/2013 ; n°84/2013 ; n°106/2013 ; n°1/2014 ; n°95/2014 ; n°110/2014 ; n°49/2015 ; n°56/2015 ; n°89/2015 ; n°111/2015 ; n°13/2016 ; R.6451 e.a. ; R.6559.

admissibles qu'à la condition qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit des requérants de jouir des garanties juridictionnelles leur permettant de faire examiner par un juge, dans le cadre d'un recours effectif, leurs griefs tirés de la violation de leurs droits. »⁴⁵

En ce qui concerne les aménagements procéduraux, la Cour juge que « les mesures destinées à accélérer et à simplifier la procédure ne sont toutefois admissibles qu'à la condition qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit des requérants de jouir des garanties juridictionnelles leur permettant de faire examiner par un juge, dans le cadre d'un recours effectif, leurs griefs tirés notamment de la violation des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. »⁴⁶ De même, le fait que les demandes devant le Conseil soient soumises à des conditions de recevabilité ne conduit pas, en soi, à une situation incompatible avec le droit d'accès à un juge⁴⁷. La Cour fait sienne à cet égard la formule de la Cour européenne des droits de l'homme : « Les conditions de recevabilité ne peuvent toutefois avoir pour effet de limiter le droit d'accès au juge d'une manière telle que le cœur de ce droit serait affecté; en outre, les tribunaux ne peuvent appliquer les règles de procédure d'une manière trop formaliste »⁴⁸

En ce qui concerne les conditions de recevabilité des recours devant le CCE et les caractéristiques formelles de la procédure, la Cour a reconnu qu'en soi, l'instauration d'un droit de rôle ne porte pas atteinte au droit à l'accès au juge⁴⁹. Elle a toutefois considéré que dans la mesure où la législation prévoyait la multiplication du droit de rôle par décisions attaquées, il pouvait devenir un obstacle à l'accès à un recours effectif (B.16.2). Elle confirme également que le caractère écrit de la procédure n'est pas, en soi, un élément portant atteinte au droit à l'accès à un juge (B.28). La Cour annule encore la disposition qui supprime la possibilité pour les requérants au contentieux de l'annulation de déposer un mémoire en réplique après avoir pris connaissance du dossier administratif et des arguments développés par la partie adverse dans sa note (B.37). Elle considère que la disposition qui fait courir le délai pour demander la tenue d'une audience à la date d'envoi de l'ordonnance par laquelle le président de chambre fait savoir qu'il estime qu'une telle audience n'est pas nécessaire ne porte pas atteinte à ce droit. Par ailleurs, elle juge que la disposition qui ne laisse au requérant qu'un délai de huit jours pour décider en connaissance de cause de l'opportunité de déposer un mémoire de synthèse répondant aux arguments de la partie adverse et pour informer le greffe de cette décision ne porte pas atteinte à l'effectivité du recours en annulation⁵⁰.

De 2008 à 2014 : Evolution des exigences du recours effectif

La fameuse question des pays sûrs est l'occasion pour la Cour, dans le premier arrêt de l'année 2014⁵¹, de se pencher sur les exigences du droit au recours effectif et de comparer, à l'aune de ce

⁴⁵ Arrêt n°49/2015, B.12.1

⁴⁶ Arrêt n°84/2013, B.6.1.

⁴⁷ Arrêt n°13/2016, B.17.3

⁴⁸ Arrêt n°13/2016, B.17.4.

⁴⁹ Arrêt n°88/2012.

⁵⁰ Arrêt n°110/2014

⁵¹ Arrêt n°1/2014

droit, les procédures de plein contentieux et de l'annulation, assortie du recours en suspension d'extrême urgence.

Or, depuis le premier arrêt concernant le Conseil de 2008, l'eau a coulé sous les ponts, et notamment dans la jolie ville de Strasbourg. Alors que les arrêts M.S.S. et Yoh Ekalé condamnent en 2011 les insuffisances, en termes de garanties de recours effectif, de certains des recours ouverts aux étrangers en Belgique, par une loi du 15 mars 2012, le législateur fait « glisser » les recours contre les décisions de non prise en considération d'une demande d'asile introduite par une personne provenant d'un pays repris sur la liste des pays d'origine dits « sûrs » du plein contentieux vers le contentieux de l'annulation. Saisie d'un recours en annulation des dispositions réalisant ce « glissement », la Cour adosse son raisonnement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et rappelle que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que le requérant qui invoque un grief défendable tiré de la violation de l'article 3 de la même Convention ait accès à une juridiction qui soit compétente pour examiner le contenu du grief et pour offrir le redressement approprié et à un recours de plein droit suspensif (B.5.1.). Elle rappelle également que la Cour européenne considère que « pour être effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, le recours ouvert à la personne se plaignant d'une violation de l'article 3 doit permettre un contrôle « attentif », « complet » et « rigoureux » de la situation du requérant par l'organe compétent » (B.5.2.).

Par rapport à ces exigences, le recours en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers présente deux défauts majeurs. Premièrement, il n'est pas suspensif de l'exécution de la décision attaquée, deuxièmement, il n'impose au Conseil ni de prendre en considération les éventuels éléments nouveaux de preuve présentés par le requérant, ni d'examiner sa situation actuelle par rapport à la situation prévalant dans le pays d'origine au moment où il statue. La conclusion est logique : le recours en annulation ouvert contre une décision de refus de prendre en considération une demande d'asile n'est pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (B.6.3). Toutefois, toujours conformément à la jurisprudence strasbourgeoise, l'examen ne peut s'arrêter à ce constat. Tous les recours ouverts aux demandeurs d'asile doivent être pris en considération, ce qui impose d'examiner la demande de suspension en extrême urgence et la demande de mesures provisoires. Or, la loi ne prévoit pas, à ce moment, d'effet suspensif automatique attaché à l'exercice du recours en extrême urgence. Le Conseil du contentieux avait bien lui-même imposé cet effet, par plusieurs arrêts rendus en assemblée générale⁵², en vue de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt MSS. Si elle a connaissance de cette jurisprudence, la Cour ne peut y puiser un motif suffisant d'absolution du législateur. En effet, elle juge la loi, non la jurisprudence. Et les juges strasbourgeois ont déjà eu l'occasion de répéter à plusieurs reprises que les exigences de l'article 13 sont de l'ordre de la garantie et non du bon-vouloir ou de l'arrangement pratique. Pour le même motif, la Cour rejette l'argument du Conseil des ministres selon lequel le Conseil du contentieux « peut » lorsqu'il statue en extrême urgence, prendre en considération les éléments nouveaux présentés par le requérant. La Cour en conclut que le recours en suspension d'extrême

⁵² Arrêts du 17 février 2011

urgence, tel qu'il est organisé à ce moment par la législation, n'est pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Cour européenne des droits de l'homme.

La loi du 8 mai 2013 modifiant les lois du 15 décembre 1980 et 27 décembre 2006 fait elle aussi l'objet de plusieurs recours en annulation. Les recours introduits entre autres par l'OVB, rejoint par l'OBFG donne lieu à l'arrêt 49/2015. Plusieurs aspects de la procédure sont examinés à cette occasion. Premièrement, la procédure électronique : la Cour admet l'exigence de l'envoi d'une copie électronique de la requête lorsque le requérant est assisté d'un avocat, dès lors qu'une possibilité de régularisation d'un oubli est prévue. Logiquement, parce que cette possibilité de régularisation n'a pas été prévue pour l'envoi d'une copie électronique du mémoire de synthèse, la Cour estime que la sanction d'irrecevabilité dudit mémoire est disproportionnée. La Cour indique que ce n'est pas la sanction de l'irrecevabilité elle-même qui pose problème, d'autant plus qu'elle l'interprète comme ne touchant que le mémoire en question et non comme entraînant la présomption de perte de l'intérêt, mais que c'est le fait qu'il n'y a pas de possibilité de régularisation : « Les dispositions attaquées ont dès lors des effets disproportionnés, non en ce qu'elles prévoient la sanction d'irrecevabilité du mémoire de synthèse, mais en ce qu'elles n'instaurent aucune possibilité de régularisation pour le défaut d'envoi d'une copie électronique de ce mémoire. » (B.21.4)

Le recours visant les dispositions de la même loi concernant les recours ouverts à certaines catégories de demandeurs d'asile, introduits par plusieurs asbl, fait l'objet de l'arrêt n°111/2015. Or, on assiste en cette matière, encore plus que dans d'autres, à une effervescence législative peu compatible avec les délais pratiqués devant la Cour constitutionnelle, de sorte qu'il n'est pas rare qu'au moment où la Cour statue sur un recours en annulation, la disposition qui en fait l'objet ait déjà été remplacée par le législateur. Ainsi, la loi du 8 mai 2013 est promulguée avant la publication de l'arrêt n°1/2014 qui annule l'article 2 de la loi du 15 mars 2012. Lorsque la Cour se prononce sur les recours visant la loi du 8 mai 2013, la loi du 10 avril 2014 a, entretemps, à nouveau modifié les dispositions visées. Ce genre de situation oblige la Cour à se poser la question du maintien de l'objet du recours et/ou de l'intérêt des parties requérantes à en demander l'annulation. Sur cette question, on retiendra de manière schématique que si la disposition attaquée, entretemps abrogée ou remplacée, a reçu application durant sa courte vie, la partie requérante conserve, en principe, un intérêt à en demander l'annulation⁵³. L'arrêt n°111/2015 fait toutefois figure d'exception par rapport à cette jurisprudence, dans la mesure où, eu égard au fait que les parties requérantes sont des asbl qui ne sont donc pas directement destinataires des dispositions qu'elles attaquent et où la Cour constate, en faisant un usage abondant des dispositions « réparatrices » de la loi du 10 avril 2014, que les griefs des requérantes sont rencontrés, elle considère que les griefs ont perdu leur objet : « La loi du 10 avril 2014 a été publiée au Moniteur belge du 21 mai 2014 et est entrée en vigueur le 31 mai 2014. Compte tenu notamment des dispositions transitoires mentionnées, les griefs des parties requérantes qui sont des associations ont depuis cette date perdu leur objet, de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur ceux-ci dans le contexte du présent recours. » (B.18).

Les dispositions réparatrices de la loi du 10 avril 2014 : lacunaires et sujettes à interprétation ?

⁵³ E.a., arrêt n°115/2015.

La loi du 10 avril 2014 fait, à son tour, l'objet de plusieurs recours, introduits par les ordres des barreaux et par plusieurs associations, qui donnent lieu à l'arrêt n°13/2016, lequel, à nouveau, est prononcé après la publication de la loi du 18 décembre 2015 qui modifie encore la procédure devant le Conseil. Plusieurs raisonnements tenus par la Cour dans cet arrêt s'expliquent par les règles propres au contentieux constitutionnel. Ainsi, puisque le recours en annulation doit être introduit dans les six mois de la publication de la norme attaquée, les parties requérantes ne peuvent pas, par le biais d'un recours introduit contre une loi en modifiant une autre, demander l'annulation de dispositions figurant dans la loi de base et inchangées par la loi nouvelle. Il en va de même s'il s'agit d'une lacune située dans la loi de base qui est dénoncée. C'est pour cette raison que la Cour estime qu'elle ne peut pas examiner les moyens relatifs à la procédure de suspension ordinaire (B.11), même si c'est l'introduction de nouvelles dispositions dans la procédure de suspension d'extrême urgence qui fait apparaître la lacune éventuellement discriminatoire dans la procédure de suspension ordinaire. Concrètement, on pourrait en effet reprocher au législateur de s'être contenté d'envisager la question de éléments nouveaux (de l'examen ex nunc) dans la procédure de suspension d'extrême urgence et pas dans celle de suspension ordinaire ou d'annulation. La technique et la logique propres au recours en annulation ne permettent pas à la Cour d'examiner ce moyen. Toutefois, cela n'empêche pas que la problématique lui soit un jour représentée, par le biais d'une question préjudicielle posée, le cas échéant, par le Conseil du contentieux lui-même.

Un même constat peut être fait à propos du rejet des moyens qui critiquaient le fait que les aménagements de la procédure de suspension d'extrême urgence n'avaient pas été également prévus pour les recours contre le refus de séjour motivé par la situation médicale de l'intéressé introduit sur pied de l'article 9ter. La Cour considère que les moyens ne sont pas recevables car ils excèdent sa saisine : « Il n'en demeure pas moins que les étrangers visés par l'article 9ter doivent également disposer d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, en ce que la critique des parties requérantes vise les conditions d'exercice et les modalités du recours en annulation qui peut être exercé contre un refus d'autorisation de séjour pris sur la base de l'article 9ter, elle ne saurait concerner l'article 16 attaqué. En effet, l'objet de celui-ci se limite à rétablir un recours de pleine juridiction à l'égard de décisions prises par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à l'égard de personnes qui demandent l'asile ou la protection subsidiaire et ne concerne pas le recours en annulation qui peut être exercé contre les décisions prises par le ministre ou son délégué. Le grief excède la saisine de la Cour. » (B.37.3) A nouveau, rien n'interdit que la Cour soit, à l'avenir, interrogée par le biais d'une question préjudicielle sur la compatibilité du recours ouvert aux étrangers faisant l'objet d'un refus de séjour pour raisons médicales avec le droit au recours effectif, en comparaison avec le recours dont disposent les demandeurs d'asile⁵⁴.

Par ailleurs, la Cour refuse d'examiner un moyen dénonçant la complexité croissante de législation, parce qu'il manque de la précision minimale voulue pour que la partie adverse puisse se défendre

⁵⁴ L'arrêt n°43/2013 ne nous paraît pas, à cet égard, épuiser la question dans la mesure où, rendu sur question préjudicielle posée par une juridiction du travail, il ne l'aborde que par le biais du maintien du droit à l'aide sociale.

(le moyen visait « la plupart des mesures attaquées ». A nouveau, ce rejet pour motif de recevabilité sur la forme n'interdit pas que l'argument soit un jour soumis à nouveau à la Cour.

Enfin, la Cour confirme l'interprétation de certaines dispositions de procédure dans un sens qui les rende conformes à la Constitution. Ainsi, les dispositions qui concernent l'introduction d'une demande de suspension d'extrême urgence ou de mesures provisoires doivent être interprétées comme ne concernant pas uniquement l'étranger détenu, mais également celui qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement imminente, même s'il n'est pas détenu (B.13.2). Par la même technique, la Cour interprète les dispositions nouvelles concernant l'examen ex nunc comme ne limitant pas les moyens nouveaux qui doivent être examinés à ceux qui dénoncent une violation de droits indérogeables (B.15.2). La Cour verrouille aussi l'interprétation qu'il faut donner à l'expression « deuxième mesure d'éloignement ou de refoulement » qui a une importance sur le calcul du délai d'introduction de la demande de suspension d'extrême urgence contre la mesure : ne constituent pas une deuxième mesure, celle qui suit une première mesure qui a été annulée par le Conseil ou retirée par l'Office des étrangers, celle qui suit une première mesure lorsque l'étranger concerné a, entretemps, été admis au séjour, et celle qui suit une première mesure qui a été exécutée (B.28.2).

Dans le millefeuille juridictionnel composé des juridictions administratives, des juridictions judiciaires, des juridictions internationales, la Cour constitutionnelle peut jouer un rôle intéressant. Certains esprits chagrins considéreront que son intervention conduit souvent à complexifier encore plus une matière qui n'en a vraiment pas besoin. Je ne peux pas leur donner entièrement tort. Elle a cependant, je pense, le mérite de rappeler de temps en temps au législateur les principes souvent élaborés ailleurs, à Strasbourg et à Luxembourg principalement. Ces garanties, finalement, se ramènent à un principe de bon sens : Les règles procédurales, pensées dans le respect du droit d'accès au juge, doivent être conçues pour permettre un contrôle effectif du respect des droits fondamentaux.