

Ces Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Ce mois-ci, nous avons le plaisir d'avoir comme contributeur le professeur Jack Mangala. Jack Mangala est professeur à la Grand Valley State University (Michigan, Etats-Unis) où il enseigne notamment le droit international et le droit de l'immigration. Il est invité à l'UCL pour une période de trois mois dans le cadre du Louvain Global College of Law.

Pour information, la demande de renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, introduite par les demandeurs dans l'affaire *J.R. and others v. Greece* du 25 janvier 2018, commentée dans les Cahiers de l'EDEM de mars dernier, a été rejetée par le Collège la Grande Chambre qui s'est réuni le 28 mai dernier.

## Sommaire

### 1. C.J.U.E., 8 mai 2018, *K.A. et autres*, aff. C-82/16, EU:C:2018:308. Une interdiction d'entrée n'implique pas le rejet systématique de toute demande de regroupement familial ultérieure ..... 3

Les autorités nationales ne peuvent pas refuser systématiquement de prendre en considération une demande de regroupement familial, au motif que le regroupé fait l'objet d'une interdiction d'entrée encore en vigueur, sans examen préalable des circonstances propres à l'espèce. L'arrêt *K.A. et autres* concerne l'hypothèse particulière où le regroupement familial est sollicité avec un citoyen européen dit « statique », n'ayant pas exercé sa liberté de circulation, en application de l'article 20 T.F.U.E. tel qu'interprété par la jurisprudence *Zambrano*. Ses enseignements pourraient toutefois être étendus, nous semble-t-il, aux affaires où un étranger sollicite un titre de séjour sur le fondement du droit de l'Union.

**Art. 20 T.F.U.E. – Art. 7 et 24 de la Charte – Art. 8 C.E.D.H. – Art. 5 et 11 de la directive 2008/115/CE dite « directive retour » – Art. 40bis, 40ter, 74/11, 74/12 et 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 – Interdiction d'entrée – Citoyenneté européenne – Intérêt supérieur de l'enfant – Droit à la vie familiale – Autonomie procédurale – Examen individualisé.**

### 2. C.J.U.E., 12 avril 2018, *A S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248 : La minorité « prolongée » des MENA reconnus réfugiés pour favoriser le regroupement familial. .... 12

Pour déterminer le droit au regroupement familial pour un mineur non accompagné reconnu réfugié, il est tenu compte de la date d'introduction de la demande d'asile. Même si celui-ci devient majeur en cours de procédure d'asile, le droit au regroupement familial avec ses parents est

*maintenu, sans conditions matérielles, s'il introduit cette demande dans un délai de trois mois à partir de la reconnaissance de son statut de réfugié.*

**Directive 2003/86 – Droit au regroupement familial – Définition du mineur non accompagné – Article 2, ab initio et sous f), de la directive 2003/86/CE – Mineur non accompagné devenu majeur – Effet déclaratif de la reconnaissance de statut - Date d'entrée sur le territoire déterminante pour apprécier la qualité de mineur non accompagné.**

**3. Cass., 27 décembre 2017, n° P.17.1244.F/1 : La Cour de Cassation ne valide pas la détention systématique des demandeurs d'asile aux frontières .....19**

*La Cour de cassation précise qu'un étranger ayant introduit une demande d'asile à la frontière ne peut être détenu par application de l'article 74-5, §1<sup>er</sup> de la loi du 15 décembre 1980 qu'à la condition que l'administration se soit livrée à une appréciation individualisée de sa situation, démontrant la nécessité de la mesure de maintien en un lieu déterminé dont il fait l'objet. En décidant du contraire, la Chambre des mises en accusation n'a pas légalement motivé sa décision.*

**Détention d'un demandeur d'asile aux frontières – Absence d'un examen individualisé - Exigence de motivation légale non rencontrée.**

**4. United States District Court, Northern District of California, County of Santa Clara v. Donald Trump, et. al. (Case No. 17-cv-00574-WHO) and City and County of San Francisco v. Donald Trump, et al. (Case No. 17-cv-00485-WHO), November 20, 2017 : Eligibility of Sanctuary Jurisdictions to Federal Grants; Constitutionality of Section 9 (a) of Executive Order 13768 .....26**

*On November 22, 2017, United States District Judge William H. Orrick of the Northern District of California issued a nationwide permanent injunction against the Trump administration for enforcing Section 9 (a) of the Executive Order 13768 of January 25, 2017 against entities deemed sanctuary jurisdictions by the Administration. Instead of confining its ruling to enforcement actions by the Administration against the plaintiffs (the county of Santa Clara and the city and county of San Francisco), Judge Orrick issued instead a nationwide injunction because he found Section 9 (a), which seeks principally to deprive sanctuary jurisdictions of federal grants, to be unconstitutional on its face. In so ordering, judge Orrick sided with the plaintiffs whose motions seeking summary judgment had argued the facial unconstitutionality of Section 9 (a) on four grounds: non-respect of the principle of separation of powers, excessive powers, violation of prohibitions against commandeering, and lack of due process. Besides the question of funding, Judge Orrick also addressed, albeit tangentially, the legality of civil detainer requests, which is at the heart of the Trump administration's policy toward sanctuary jurisdictions.*

**Sanctuary jurisdictions – Executive Order 13768 – Conditions attached to federal grants – Civil detainer requests – Prohibitions against commandeering.**

## 1. C.J.U.E., 8 MAI 2018, K.A. ET AUTRES, AFF. C-82/16, EU:C:2018:308

***Une interdiction d'entrée n'implique pas le rejet systématique de toute demande de regroupement familial ultérieure.***

### A. L'arrêt

L'arrêt *K.A. et autres* a été rendu suite aux questions préjudicielles adressées à la Cour de justice par le Conseil du contentieux des étrangers de Belgique, dans diverses affaires où l'Office des étrangers a refusé de prendre en considération des demandes de regroupement familial au motif que le regroupé fait l'objet d'une interdiction d'entrée encore en vigueur. Dans chacune des affaires concernées, il s'agit de membres de la famille d'un citoyen belge dit « statique », c'est-à-dire n'ayant pas exercé sa liberté de circulation.

Les questions du Conseil visent à déterminer si une interdiction d'entrée peut impliquer l'irrecevabilité automatique de toute demande de regroupement familial. Elles visent, également, à identifier les situations dites « purement internes » qui relèvent l'article 20 T.F.U.E., conformément à la jurisprudence *Zambrano*.

Dans son arrêt, la Cour opère une distinction entre (1) les décisions de refus de prise en considération des demandes de regroupement familial et (2) les décisions d'éloignement qui les accompagnent. Les premières doivent être compatibles avec les garanties générales que la Cour a déduites de l'article 20 T.F.U.E., tandis que les secondes mettent en œuvre la directive retour et sont donc soumises au respect des garanties spécifiques qu'elle consacre.

#### 1. *Sur les décisions de refus de prise en considération des demandes de regroupement familial et l'article 20 T.F.U.E.*

En ce qui concerne les décisions de refus de prise en considération, la Cour rappelle la jurisprudence *Zambrano* fondée sur l'effet utile de l'article 20 T.F.U.E., qui consacre la citoyenneté européenne<sup>1</sup>. Elle a jugé à diverses reprises qu'un ressortissant de pays tiers bénéficie d'un droit au séjour dérivé dans les « situations très particulières » où le refus de pareil droit implique qu'un citoyen européen se voit contraint de quitter le territoire de l'Union, ce qui a pour effet de le priver de « l'essentiel des droits » conférés par la citoyenneté européenne. Ces « situations très particulières » sont celles où il existe un lien de dépendance particulièrement fort entre un ressortissant de pays tiers et un citoyen européen, par exemple, mais non exclusivement, lorsque ce dernier est mineur et à charge du premier<sup>2</sup>.

Ce préalable posé, la Cour s'attelle à (i) évaluer la conformité de la procédure de non prise en considération telle qu'appliquée par les autorités belges et (ii) à préciser les conditions dans lesquelles un ressortissant de pays tiers peut bénéficier d'un droit de séjour dérivé en vertu de l'article 20 T.F.U.E.

#### i. La procédure

La Cour rappelle que les États membres sont libres de mettre en œuvre les modalités procédurales visant à évaluer l'existence d'un lien de dépendance pertinent au sens de l'article 20 T.F.U.E., pour autant que ces modalités n'aient pas pour effet de le priver de son effet utile. Elle constate qu'un refus

<sup>1</sup> C.J.U.E., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124.

<sup>2</sup> C.J.U.E., 8 mai 2018, *K.A. et autres*, aff. C-82/16, §51.

systématique de prendre en considération une demande de regroupement familial avec un citoyen européen, sans examen de la situation particulière des demandeurs, aboutit précisément à ce résultat.

La Cour souligne : il incombe à l'autorité nationale « d'apprécier s'il existe, entre le ressortissant d'un pays tiers et le citoyen de l'Union concernés, une relation de dépendance telle qu'un droit de séjour dérivé doit, en principe, être accordé à ce ressortissant, au titre de l'article 20 TFUE, sous peine de contraindre, de fait, ledit citoyen à quitter le territoire de l'Union dans son ensemble et, partant, de le priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits que lui confère son statut »<sup>3</sup>. Un ressortissant de pays tiers ne peut pas se voir opposer une décision de refus de prise en considération de sa demande de regroupement familial avec un citoyen européen, au seul motif qu'il fait l'objet d'une interdiction d'entrée.

Contrairement à ce qu'argumentaient les autorités belges, la Cour n'y voit pas de conflit avec la possibilité, consacrée par l'article 11, §3, de la directive retour, de solliciter la levée ou la suspension de l'interdiction d'entrée<sup>4</sup>. Elle ne partage pas l'interprétation des autorités belges, selon laquelle cette possibilité ne serait ouverte qu'au ressortissant de pays tiers qui a quitté le territoire de l'Union. L'exigence que le ressortissant de pays tiers soit au préalable retourné dans son pays d'origine n'est en effet mentionnée que par le premier alinéa de cette disposition, et non par les alinéas suivants relatifs à la possibilité qu'ont les États membres de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée « pour des raisons humanitaires » ou « dans des cas particuliers (...) pour d'autres raisons »<sup>5</sup>.

#### ii. Le fond

La Cour clarifie les situations dans lesquelles la dépendance d'un citoyen européen à un ressortissant de pays tiers relève de l'article 20 T.F.U.E. Elle souligne, d'abord, que lorsque le citoyen européen est un adulte, l'existence d'un lien de dépendance pertinent n'est envisageable que « dans des cas exceptionnels »<sup>6</sup>. Aucune des relations dans les affaires en cause au principal ne semblent relever de pareils cas exceptionnels, la Cour précisant qu'une dépendance de nature financière ne suffit pas. Lorsque le citoyen européen est mineur, il convient d'opérer une évaluation au cas par cas compte tenu de son intérêt supérieur, conformément à l'arrêt *Chavez-Vilchez*<sup>7</sup>. La Cour ajoute qu'il importe peu que la relation de dépendance soit née alors que le ressortissant de pays tiers a déjà fait l'objet d'une interdiction d'entrée, ou après que cette dernière soit devenue définitive.

La Cour précise, enfin, que la circonstance que l'interdiction d'entrée ait été adoptée pour des motifs d'ordre public n'est pas de nature à justifier une conclusion différente. Les États membres peuvent déroger à l'article 20 T.F.U.E. pour des motifs d'ordre public et de sécurité publique, mais ils doivent le faire en respectant la Charte des droits fondamentaux, en particulier le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela implique que la seule existence d'antécédents pénaux ne suffit pas pour rejeter automatiquement la demande de regroupement familial. Une « appréciation concrète » doit toujours être réalisée<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, §57.

<sup>4</sup> *Ibid.*, §61.

<sup>5</sup> Art. 11, §3, al. 3 et 4.

<sup>6</sup> C.J.U.E., *K.A. et autres*, *op. cit.*, §65.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, *aff. C-133/15*, *EU:C:2017:354*.

<sup>8</sup> C.J.U.E., *K.A. et autres*, *op. cit.*, §96.

## 2. Sur les décisions d'éloignement et la directive retour

En ce qui concerne les décisions d'éloignement, adoptées suites aux refus de prendre en considération les demandes de regroupement familial, la Cour rappelle qu'elles sont soumises au respect de la directive retour, qui exige qu'il soit tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à la vie familiale notamment<sup>9</sup>. Aucune décision de retour ne peut être adoptée « sans prendre en compte les éléments pertinents de la vie familiale du ressortissant d'un pays tiers concerné »<sup>10</sup>.

La Cour rappelle, toutefois, que le ressortissant de pays tiers est soumis à un « devoir de coopération loyale » avec les autorités. Il ne peut donc pas invoquer, au stade de l'adoption d'une décision de retour, les éléments qu'ils pouvait invoquer à un stade antérieur, lors de l'examen de sa demande de regroupement familial.

La Cour souligne : « pour autant que, au cours de cette première procédure, il a pu faire valoir les éléments de sa vie familiale, qui existaient déjà à cette époque et qui fondent sa demande de séjour aux fins d'un regroupement familial, il ne saurait être reproché à l'autorité nationale compétente de ne pas tenir compte, au cours de la procédure de retour entamée ultérieurement, desdits éléments, lesquels auraient dû être invoqués par l'intéressé à un stade antérieur de la procédure »<sup>11</sup>.

### B. Éclairage

Par l'arrêt commenté, la Cour de justice poursuit sa construction du régime de l'interdiction d'entrée, qu'elle avait déjà été amenée à préciser par divers arrêts antérieurs. Elle cherche, ce faisant, à atteindre le délicat équilibre entre l'efficacité de la procédure de retour, dont l'interdiction d'entrée se veut l'un des ultimes garants, et l'effectivité des droits fondamentaux. Elle suit en cela la volonté du législateur européen, qui annonce souhaiter des « règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace »<sup>12</sup>.

Nous revenons ci-après sur les dispositions de la directive retour règlementant l'interdiction d'entrée, telles qu'interprétées par la Cour de justice dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *K.A. et autres* (1). Nous abordons ensuite les controverses nées des suites réservées aux interdictions d'entrées, en particulier dans le prétoire du Conseil du contentieux des étrangers et du Conseil d'État, ainsi que les réponses partielles apportées par l'arrêt *K.A. et autres* (2). Les précisions apportées à la jurisprudence *Zambrano* ne sont pas détaillées, dans la mesure où elles reviennent essentiellement à confirmer l'exigence d'un examen au cas par cas, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant notamment, telle qu'elle ressortait de la jurisprudence antérieure et de l'arrêt *Chavez-Vilchez* en particulier.

#### 1. L'interdiction d'entrée, garante de l'efficacité de la procédure de retour

L'interdiction d'entrée est définie par la directive retour comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres pendant une durée déterminée, qui accompagne une décision de retour »<sup>13</sup>. Elle constitue une mesure accessoire à une décision de retour, que les États membres peuvent infliger à un étranger dans deux

<sup>9</sup> Art. 5 de la directive retour.

<sup>10</sup> C.J.U.E., *K.A. et autres*, *op. cit.*, §104.

<sup>11</sup> *Ibid.*, §106.

<sup>12</sup> Voy. le considérant 4 de la directive retour.

<sup>13</sup> Art. 3, §6, de la directive retour.

hypothèses : soit la décision de retour ne prévoit pas de délai de départ volontaire, soit la décision de retour fait suite à une décision précédente qui n'a pas été exécutée<sup>14</sup>. Les hypothèses dans lesquelles les États membres peuvent s'abstenir de prévoir un délai de départ volontaire recouvrent le risque de fuite, la fraude et le danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale<sup>15</sup>.

Le délai de l'interdiction d'entrée est à fixer au cas par cas, moyennant une évaluation de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il ne peut dépasser cinq ans, sauf menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale<sup>16</sup>. En droit belge, la loi du 15 décembre 1980 prévoit que l'interdiction d'entrée soit d'une durée maximale de trois ans, portés à cinq ans en cas de fraude<sup>17</sup>. Aucun délai maximal n'est prévu en cas de menace grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Le caractère « grave » de la menace doit lui aussi être déterminé eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce<sup>18</sup>. L'Office des étrangers peut s'abstenir d'infliger une interdiction d'entrée « dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires »<sup>19</sup>.

La directive retour permet également aux États membres de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée<sup>20</sup>. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *K.A. et autres*, l'étranger concerné peut introduire une demande en ce sens alors même qu'il n'a pas quitté le territoire européen « dans des cas particuliers », « pour des raisons humanitaires » ou « pour d'autres raisons »<sup>21</sup>.

L'interdiction d'entrée a pour objectif de sanctionner les étrangers qui ne coopèrent pas avec les autorités dans le cadre de la procédure de retour, en s'abstenant de s'y soumettre volontairement, ou qui commettent des fraudes et des actes contraires à l'ordre public. Il s'agit, pour les administrations nationales, d'un outil important permettant d'assurer l'effectivité de la politique d'éloignement tout en incitant les retours volontaires.

Dans sa jurisprudence antérieure à l'arrêt *K.A. et autres*, la Cour de justice a donc veillé à garantir l'effectivité des interdictions d'entrée. Dans l'arrêt *Celaj*, elle a jugé que lorsqu'un étranger retourne sur le territoire d'un État membre en violation d'une interdiction d'entrée, il peut être sanctionné par une peine de prison<sup>22</sup>. Au nom de l'effet utile des interdictions d'entrées, l'arrêt *Celaj* consacre une limite au principe énoncé par la jurisprudence *El Dridi*, selon laquelle un étranger en séjour irrégulier ne peut pas se voir infliger une peine d'emprisonnement mais doit être éloigné du territoire européen en application de la procédure d'éloignement consacrée par la directive retour, laquelle prévoit un usage graduel et proportionné des moyens de coercition<sup>23</sup>. La Cour justifie cette limite au motif que la

<sup>14</sup> Art. 11, §1<sup>er</sup>, de la directive retour.

<sup>15</sup> Art. 7, §4, de la directive retour.

<sup>16</sup> Art. 11, §2, de la directive retour.

<sup>17</sup> Art. 74/11 de la loi du 15 décembre 1980. Notez que les membres de la famille de citoyens européens ne relèvent pas du champ d'application de la directive retour. Ils se voient donc soumis à un régime d'interdiction d'entrée différent, quoique similaire, consacré par l'article 44<sup>nonies</sup> de la loi du 15 décembre 1980. Ce dernier prévoit que, sauf « menace grave » à l'ordre public, la durée de l'interdiction d'entrée est de maximum cinq ans.

<sup>18</sup> C.C.E., 27 novembre 2017, n° 195.580 ; C.C.E., 27 octobre 2016, n° 176.971, *R.D.E.*, 2016, p. 599. Sur cette question, voy. aussi J. WASSDORP, « De Unierechtelijke context van het openbareordebegrip bij inreisverboden », *T. Vreemd.*, 2017, p. 147.

<sup>19</sup> Art. 74/11, §2, de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>20</sup> Art. 11, §3, al. 3 et 4 de la directive retour. Voy. aussi l'article 74/12 de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>21</sup> C.J.U.E., *K.A. et autres*, *op. cit.*, §61.

<sup>22</sup> C.J.U.E., 1<sup>er</sup> octobre 2015, *Celaj*, aff. C-290/14, *EU:C:2015:640*.

<sup>23</sup> C.J.U.E., 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, *Rec.*, 2011, p. I-3015.

procédure prévue par la directive retour a fait l'objet d'une application préalable, sans aboutir au résultat escompté<sup>24</sup>.

De même, dans l'arrêt *Ouhrami*, la Cour de justice a eu égard à l'effet utile de l'interdiction d'entrée pour considérer que le délai qu'elle fixe ne commence à courir que lorsque l'étranger a effectivement quitté le territoire de l'État membre<sup>25</sup>. Elle y souligne, notamment, qu'une interdiction d'entrée « constitue (...) un moyen destiné à accroître l'efficacité de la politique de l'Union en matière de retour, en garantissant que, pendant une certaine période après l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers dont le séjour est irrégulier, celui-ci ne pourra plus légalement revenir sur le territoire des États membres »<sup>26</sup>. Une autre solution aurait eu pour effet d'atténuer les effets d'une interdiction d'entrée au bénéfice de l'étranger qui se maintient irrégulièrement sur le territoire européen, puisqu'il aurait pu se prévaloir de l'écoulement du délai sans avoir exécuté la décision d'éloignement dont l'interdiction d'entrée constitue l'accessoire.

La nature des questions soulevées dans les affaires *K.A. et autres* a cependant conduit la Cour à s'écarter d'un raisonnement essentiellement focalisé sur l'effet utile des interdictions d'entrée, pour inclure des considérations de respect des droits fondamentaux.

## 2. L'interdiction d'entrée et le respect des droits fondamentaux

Dans l'arrêt *K.A. et autres*, la Cour de justice est amenée à préciser les effets d'une interdiction d'entrée sur l'introduction ultérieure d'une demande d'autorisation au séjour. Les questions préjudicielles résultent de la pratique de l'Office des étrangers, qui refuse de prendre en considération les demandes d'autorisation au séjour tant que le demandeur fait l'objet d'une interdiction d'entrée encore en vigueur. Nous revenons brièvement sur cette pratique et les controverses qu'elle a généré en Belgique (i), avant de souligner les réponses apportées par l'arrêt *K.A. et autres* et les zones d'ombre qui subsistent (ii).

- i. La non-prise en considération par l'Office des étrangers des demandes d'autorisation au séjour introduites par un étranger sous l'effet d'une interdiction d'entrée

L'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980 précise qu'une interdiction d'entrée ne peut pas faire obstacle à l'introduction d'une demande d'asile ou d'une demande de régularisation pour motifs médicaux (« 9ter »). L'Office des étrangers en déduit l'irrecevabilité de tout autre demande d'autorisation au séjour, tant que l'interdiction d'entrée est encore en vigueur. Cela a, toutefois, suscité des controverses en ce qui concerne les demandes de regroupement familial, d'une part, et les demandes de régularisation pour circonstances exceptionnelles (« 9bis »), d'autre part.

Dans son rapport de 2015, le Médiateur fédéral s'est ému de la pratique de l'Office des étrangers de déclarer irrecevables les demandes de regroupement familial introduites par les ascendants d'un enfant mineur belge, lorsqu'ils font l'objet d'une interdiction d'entrée. Il y voit un « montage juridique dépourvu de fondement légal, disproportionné au regard du droit au respect de la vie familiale et source d'insécurité juridique »<sup>27</sup>. De même, le Conseil du contentieux des étrangers a annulé à de

<sup>24</sup> C.J.U.E., *Celaj*, *op. cit.*, §§29 et 30.

<sup>25</sup> C.J.U.E., 26 juillet 2017, *Ouhrami*, aff. C-225/16, EU:C:2017:590.

<sup>26</sup> *Ibid.*, §51.

<sup>27</sup> Médiateur fédéral, *Rapport annuel 2015, Recommandation RO 15/5*. Le rapport de 2017 fait état d'une pratique inchangée.

multiples reprises les décisions de refus de prises en considération de demandes de regroupement familial, aux motifs essentiellement que la réglementation applicable n'octroie pas cette compétence à l'Office des étrangers et que ce dernier viole son obligation de motivation en n'ayant pas égard au droit à la vie familiale des personnes concernées<sup>28</sup>. Le Conseil d'État a généralement, mais pas systématiquement, confirmé cette jurisprudence<sup>29</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est, quant à elle, pas encore prononcée sur la question de la compatibilité de pareille pratique avec la Convention. Elle avait été invitée à le faire dans une affaire néerlandaise, *Ismail c. Pays-Bas*, relative à l'« ongewenstverklaring », une décision de droit néerlandais similaire à l'interdiction d'entrée en ce qu'elle vise à interdire à des ressortissants d'autres États membres de séjourner sur le territoire des Pays-Bas<sup>30</sup>. L'affaire a toutefois été rayée du rôle lorsque les autorités néerlandaises ont accordé un titre de séjour au requérant.

En ce qui concerne les demandes de régularisation « 9bis », la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers est plus divisée. Divers arrêts se fondent sur l'arrêt *Ouhrami* de la Cour de justice pour considérer que l'interdiction d'entrée ne commence à sortir ses effets que lorsque le ressortissant de pays tiers a quitté le territoire européen, de sorte qu'elle ne peut pas lui être opposée dans le cadre de l'introduction en Belgique de demandes d'autorisation au séjour ultérieures, sans qu'il n'ait respecté la décision de retour accompagnant l'interdiction d'entrée<sup>31</sup>. D'autres arrêts sursoient à statuer en attendant le prononcé de l'arrêt *K.A. et autres*<sup>32</sup>.

Le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé sur cette jurisprudence. Il a, toutefois, jugé par un arrêt du 11 janvier 2018, rendu dans un autre contexte, que « l'interdiction d'entrée qui 'complète' une décision de retour existe et a force obligatoire dès le jour de la notification de la décision d'interdiction d'entrée mais que le délai pour lequel l'interdiction d'entrée a été fixée ne commence à courir qu'après que l'intéressé a effectivement quitté le territoire »<sup>33</sup>. Cet arrêt pourrait laisser à penser que le Conseil d'État interprète l'arrêt *Ouhrami* comme n'empêchant pas une interdiction d'entrée de sortir ses effets sur le territoire européen. D'un côté, il est vrai que le dispositif de l'arrêt *Ouhrami* ne mentionne que le moment à partir duquel le délai de l'interdiction d'entrée doit être calculé. D'un autre côté, les motifs de l'arrêt *Ouhrami* évoquent le moment où l'interdiction d'entrée « commence à produire ses effets et à partir duquel la durée de cette interdiction doit être calculée »<sup>34</sup>. Il restera finalement au Conseil d'État à trancher, à la lumière le cas échéant des enseignements de l'arrêt *K.A. et autres* qui

<sup>28</sup> Voy. notamment C.C.E., 6 octobre 2015, n° 153.975 ; C.C.E., 16 septembre 2015, n° 152.574 ; C.C.E., 28 juillet 2015, n° 150.96 ; C.C.E., 2 avril 2015, n° 142.682 ; C.C.E., 26 février 2015, n° 139.567 ; C.C.E., 19 décembre 2014, n° 135.627. Sur cette jurisprudence, voy. G. AUSSEMS, « Le droit des Belges à vivre en famille face au mécanisme d'interdiction d'entrée », *R.D.E.*, 2016, pp. 13 et s.

<sup>29</sup> C.E., 9 août 2016, n° 235.598 ; C.E., 12 mai 2016, n° 234.719, *R.D.E.*, 2016, p. 198 (confirment des arrêts d'annulation du C.C.E.) *contra* C.E., 9 août 2016, n° 235.596, *R.D.E.*, 2016, p. 401 (casse un arrêt d'annulation du C.C.E.). Sur l'arrêt n° 235.596, voy. notamment les critiques de S. WOOG, « Le regroupement familial en qualité d'ascendant d'un enfant mineur belge 'sédentaire' : aperçu des principes et de la jurisprudence récente », *R.D.E.*, 2016, p. 367.

<sup>30</sup> Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Ismail c. Pays-Bas*, app. n° 67295/10.

<sup>31</sup> Voy. notamment C.C.E., 11 janvier 2018, n° 197.804 ; C.C.E., 23 octobre 2017, n° 194.066 ; C.C.E., 13 décembre 2017, n° 196.506 ; C.C.E., 21 décembre 2017, n° 197.119 ; *comp.* avec C.C.E., 31 mars 2017, n° 185.030, où le Conseil confirme la décision de refus de prise en considération adoptée par l'Office des étrangers (antérieur au prononcé de l'arrêt *Ouhrami*).

<sup>32</sup> C.C.E., 30 mars 2018, n° 201.998.

<sup>33</sup> C.E., 11 janvier 2018, n° 240.394 (notre emphase). En l'espèce, le Conseil d'État casse un arrêt du Conseil du contentieux des étrangers, antérieur à l'arrêt *Ouhrami*, qui considérait que le délai de l'interdiction d'entrée était écoulé quand bien même l'étranger concerné n'avait pas quitté le territoire de l'Union.

<sup>34</sup> C.J.U.E., *Ouhrami*, *op. cit.*, §42 (notre emphase).



atténuent les effets d'une interdiction d'entrée et consacre la possibilité d'en solliciter la levée à partir du territoire européen.

ii. L'exigence d'un examen individualisé en cas d'application potentielle du droit de l'Union

Par l'arrêt *K.A. et autres*, la Cour tranche la question de l'effet d'une interdiction d'entrée sur l'introduction d'une demande d'autorisation au séjour ultérieure, relativement au membre de la famille d'un citoyen européen statique. Elle appelle à un examen au cas par cas de la spécificité de chaque cas d'espèce, eu égard à l'article 20 T.F.U.E. et à l'intérêt supérieur de l'enfant notamment.

Au vu du raisonnement adopté par la Cour, il nous semble toutefois que les enseignements de l'arrêt *K.A. et autres* peuvent être étendus à d'autres demandes d'autorisation au séjour relevant du droit de l'Union. La Cour a longuement égard à l'effet utile de l'article 20 T.F.U.E., qu'elle interprète à la lumière des droits fondamentaux tels que consacrés par la Charte, en particulier l'intérêt supérieur de l'enfant. Il nous semble donc que ce raisonnement pourrait s'appliquer, par analogie, aux demandes de regroupement familiales introduites sur le fondement des dispositions nationales transposant les directives 2004/38, relativement aux membres de la famille de citoyens européens ayant exercé leur liberté de circulation, et 2003/86, relativement aux membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers autorisé au séjour. Cette interprétation nous paraît d'autant plus défendable que ces directives mettent en œuvre le droit à la vie familiale, tel que consacré par la Charte, laquelle revêt une valeur équivalente au Traité au sein de l'ordre juridique de l'Union.

L'arrêt *K.A. et autres* laisse toutefois diverses questions en suspens. Il ne règle pas, en particulier, l'hypothèse dans laquelle le titre de séjour est sollicité en application du droit national, comme par exemple une régularisation pour motifs humanitaires. La Cour n'a pas compétence pour juger de pareilles procédures, qui échappent au champ d'application du droit de l'Union.

Pour autant, la pertinence des enseignements de l'arrêt *K.A. et autres* ne se limite pas aux hypothèses où un titre de séjour est sollicité en application du droit de l'Union. La Cour y affirme clairement qu'il doit être possible de solliciter la levée d'une interdiction d'entrée sans avoir quitté le territoire européen au préalable, « dans des cas particuliers » et/ou en raison de « circonstances humanitaires ». Il reviendra au juge national de trancher cette question. Tout au plus est-il intéressant de souligner que l'arrêt *K.A. et autres* interprète la directive retour comme autorisant la levée ou la suspension d'une interdiction d'entrée alors même que l'étranger concerné n'a pas quitté le territoire de l'Union. Il atténue les effets de l'interdiction d'entrée, laquelle relève du droit de l'Union, ce qui revêt des conséquences sur la possibilité pour un étranger de solliciter un titre de séjour ne relevant pas du droit de l'Union.

### 3. Conclusion. Individualisation et autonomie procédurale

Par l'arrêt *K.A. et autres*, la Cour de justice aborde de front les controverses relatives à la compatibilité des effets d'une interdiction d'entrée avec les droits fondamentaux. Elle y répond en conciliant l'effet utile de l'interdiction d'entrée et l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Elle use, pour cela, de deux principes : l'exigence d'un examen individuel et l'autonomie procédurale.

L'exigence d'un examen individuel transparait de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit au regroupement familial<sup>35</sup>. En matière de regroupement familial, et d'asile et d'immigration plus généralement, la Cour de justice semble abhorrer les décisions adoptées automatiquement, sans examen des circonstances propres à l'espèce. Cela permet de garantir l'équivalence des protections avec la Convention européenne des droits de l'homme, au vu du caractère essentiellement casuistique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 C.E.D.H. Un examen au cas par cas doit toujours être réalisé compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en ce compris l'intensité du lien familial en cause et l'intérêt supérieur des enfants éventuellement concernés<sup>36</sup>.

Il est vrai que pareille exigence engendre une charge administrative importante pour les autorités nationales, qui ne peuvent faire l'économie d'un examen rigoureux des spécificités des situations individuelles en cause. La Cour use toutefois d'un autre principe, celui de l'autonomie procédurale, pour laisser aux États membres une relative marge de manœuvre leur permettant de sauvegarder l'efficacité des interdictions d'entrée en mettant en place, si elles le souhaitent, une procédure d'irrecevabilité. Elle rappelle, en outre, que les étrangers ont une obligation de coopération avec les autorités. Ils ne peuvent pas se prévaloir d'éléments qu'ils ont eu l'occasion d'invoquer dans la procédure antérieure ayant mené à l'adoption d'une décision de retour avec interdiction d'entrée. Seuls les éléments nouveaux sont pertinents et doivent faire l'objet d'un examen approprié.

Toutefois, en raison de la nature des questions posées et des limites du champ d'application du droit de l'Union, l'arrêt *K.A. et autres* n'a pas vocation à résoudre l'ensemble des questions relatives aux conséquences d'une interdiction d'entrée sur les demandes d'autorisation au séjour ultérieures. Il ne règle pas, en particulier, la situation spécifique où la demande d'autorisation au séjour est fondée sur le droit national, comme en matière de régularisation pour motifs humanitaires. La Cour de justice y fournit toutefois diverses directives utiles, auxquelles le juge national pourrait se référer par analogie, dans un esprit de conciliation de l'efficacité de la politique de retour avec l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

L.L.

### C. Pour aller plus loin

#### Pour consulter l'arrêt :

[C.J.U.E., 8 mai 2018, \*K.A. et autres\*, aff. C-82/16, EU:C:2018:308.](#)

#### Doctrine :

G. AUSSEMS, « Le droit des Belges à vivre en famille face au mécanisme d'interdiction d'entrée », *R.D.E.*, 2016, p. 5 ;

S. WOOG, « Le regroupement familial en qualité d'ascendant d'un enfant mineur belge 'sédentaire' : aperçu des principes et de la jurisprudence récente », *R.D.E.*, 2016, p. 351.

<sup>35</sup> Voy. notamment C.J.U.E., 4 mars 2010, *Chakroun*, aff. C-578/08, *Rec.*, 2010, p. I-1839, §48 ; C.J.U.E., 9 juillet 2015, *K. et A.*, aff. C-153/14, *EU:C:2015:453*, §58.

<sup>36</sup> Voy. notamment *Cour eur. D.H.*, 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, app. n° 12738/10, en particulier les §§106 et s.

**Pour citer cette note:** L. LEBOEUF, « Une interdiction d'entrée n'implique pas le rejet systématique de toute demande de regroupement familial ultérieure », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2018.

## 2. C.J.U.E., 12 AVRIL 2018, A S C. STAATSSECRETARIS VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE, C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248

*La minorité « prolongée » des MENA reconnus réfugiés pour favoriser le regroupement familial.*

### A. Faits et décision de la Cour

La fille d'A et de S, de nationalité Erythréenne, est arrivée aux Pays Bas à l'âge de 17 ans. Elle y introduit une demande d'asile comme mineur non accompagnée (MENA) en février 2014. En juin 2014, elle devient majeure. Le statut de réfugié lui est reconnu en octobre 2014. Un permis de séjour lui est octroyé sur cette base. Elle introduit une demande de regroupement familial en décembre de cette même année afin que ses parents et ses frères mineurs puissent la rejoindre aux Pays-Bas. Cette demande est rejetée au motif que la fille d'A et S était majeure au moment de l'introduction de la demande de regroupement familial. A et S contestent cette décision devant le tribunal de la Haye, en soutenant que, pour déterminer si une personne est mineure non accompagnée au sens de l'article 2 de la directive 2003/86, il faut tenir compte de sa date d'entrée sur le territoire. Le secrétaire d'Etat soutient, quant à lui, qu'il faut tenir compte de la date d'introduction de la demande de regroupement familial. Comme la fille d'A et S était majeure au moment de la demande de regroupement familial, elle ne peut plus bénéficier des dispositions favorables en matière de regroupement familial. Le tribunal décide de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice pour obtenir un éclairage à ce sujet.

La Cour considère qu'il y a lieu de tenir compte de la date d'introduction de la demande d'asile en tant que MENA comme point de départ pour déterminer le droit au regroupement familial. La Cour juge en effet que « l'article 2, *ab initio* et sous f), de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, lu en combinaison avec l'article 10, paragraphe 3, sous a), de celle-ci, doit être interprété en ce sens que doit être qualifié de « mineur », au sens de cette disposition, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui était âgé de moins de 18 ans au moment de son entrée sur le territoire d'un État membre et de l'introduction de sa demande d'asile dans cet État, mais qui, au cours de la procédure d'asile, atteint l'âge de la majorité et se voit par la suite reconnaître le statut de réfugié. »

La Cour estime toutefois que, dans ce cas, la demande de regroupement familial doit être introduite dans un délai rapide après la reconnaissance de statut, soit un délai de trois mois. Ce délai est repris de manière indicative par la Directive 2003/86 pour les réfugiés souhaitant faire venir les membres de leur famille.

### B. L'éclairage

La question préjudicielle posée à la Cour par le tribunal de La Haye était de savoir si un ressortissant de pays tiers, arrivé mineur sur le territoire d'un État membre et qui n'obtient le statut de réfugié qu'après avoir atteint l'âge de 18 ans, pouvait bénéficier d'un droit au regroupement familial en tant que mineur non accompagné. Cette question se pose régulièrement dans les faits car de nombreux

MENA sollicitent le statut de réfugié alors qu'ils sont encore mineurs et atteignent l'âge de la majorité en cours de procédure d'asile<sup>1</sup>.

L'enjeu était de taille au vu des conséquences pour le mineur non accompagné reconnu réfugié. En effet, il bénéficie, en vertu de la directive 2003/86, de conditions privilégiées dans le cadre du regroupement familial<sup>2</sup>. Ainsi, celui-ci peut solliciter le regroupement familial avec ses ascendants directs jusqu'à l'âge de 18 ans et bénéficie de l'exemption des conditions matérielles normalement imposées dans le cadre du regroupement familial.

D'où l'intérêt de cet arrêt, très clair, suivant les conclusions de l'avocat général, qui invitait la Cour à adopter la lecture la plus protectrice possible, s'agissant de la question combinée de réfugiés considérés comme « vulnérables » et de leur droit au regroupement familial.

Cet arrêt soulève des questions en lien avec plusieurs thématiques que la Cour approfondit : le traitement favorable des MENA reconnus réfugiés dans le cadre du regroupement familial, l'effet déclaratif de la reconnaissance de statut, l'effet utile du regroupement familial, la question transversale des droits de l'enfant, en particulier l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit de vivre en famille, ainsi que la question des délais dans lesquels la demande doit être introduite par le jeune majeur.

#### 1. Le traitement favorable en matière de regroupement familial pour les réfugiés MENA

Les réfugiés font l'objet d'un traitement privilégié dans le cadre des dispositions relatives au regroupement familial. Ainsi, la Directive 2003/86 prévoit des dispositions dérogatoires au régime mis en place pour les ressortissants d'Etat tiers. Les réfugiés sont exonérés des conditions matérielles imposées aux autres ressortissants de pays tiers s'ils introduisent la demande de regroupement familial dans un délai prévu par l'Etat membre. Si la Directive prévoit une durée de trois mois, la Belgique a, quant à elle, fixé un délai d'un an pour permettre au réfugié d'introduire la demande de regroupement familial. En outre, le réfugié ne peut se voir opposer un refus même s'il ne peut soumettre de pièces justificatives<sup>3</sup>.

Le MENA, reconnu réfugié, se voit accorder davantage de facilités dans le cadre du regroupement familial<sup>4</sup>. En effet, contrairement aux autres réfugiés, il est autorisé à faire venir ses ascendants directs et est exempté de toute condition matérielle. La seule condition à laquelle il est soumis est d'être âgé de moins de 18 ans. En adoptant ces dispositions, la directive 2003/86 prend en compte la vulnérabilité des personnes concernées. En jugeant que le MENA, devenu majeur pendant la procédure d'asile, continue à bénéficier de ces avantages, la Cour prolonge la prise en compte de cette vulnérabilité au-delà de la minorité.

Ce régime dérogatoire se justifie par la nature même du statut de réfugié et est explicité dans le considérant 8 de la Directive : « La situation des réfugiés devrait demander une attention particulière, à cause des raisons qui les ont contraints à fuir leur pays et qui les empêchent d'y mener une vie en

<sup>1</sup> Selon les chiffres d'Eurostat, en 2017, 31 400 MENA ont introduit une demande d'asile dans l'Union Européenne. Cet arrêt n'est donc pas sans conséquences pour les Etats membres.

<sup>2</sup> Directive 2003/86/CE du Conseil relative au regroupement familial, 22 septembre 2003, JO 2003, L 251, p. 12, art. 10.3.

<sup>3</sup> Directive 2003/86/CE, *op.cit.*, art.11.

<sup>4</sup> En Belgique, c'est l'art. 10§1, 7° de la loi du 15 décembre 1980 qui stipule ce droit.

famille normale. À ce titre, il convient de prévoir des conditions plus favorables pour l'exercice de leur droit au regroupement familial ».

La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu la vulnérabilité spécifique des réfugiés<sup>5</sup> et l'importance de l'unité familiale les concernant. Dans l'arrêt *Mungezi*<sup>6</sup>, elle rappelle que « l'unité familiale est un droit essentiel du réfugié et que le regroupement familial est un élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale ». Elle souligne également que « la nécessité pour les réfugiés de bénéficier d'une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers fait l'objet d'un consensus à l'échelle internationale et européenne comme il ressort du mandat et des activités du HCR ainsi que les normes figurant dans la directive 2003/86/UE ». La Cour de Justice abonde dans ce sens par cet arrêt, qui rend effectif le droit au regroupement familial même si le MENA est devenu majeur en cours de procédure.

## 2. L'effet déclaratif de la reconnaissance de statut et l'égalité de traitement

A quel moment faut-il se référer pour apprécier l'âge d'un réfugié ? L'article 2, *ab initio* et sous f), de la Directive 2003/86 stipule que le demandeur d'asile doit être « âgé de moins de 18 ans », sans préciser à quel moment il doit être satisfait à cette condition.

Le juge et l'avocat général ont tranché cette question en mettant en avant l'effet déclaratif de la reconnaissance de statut du réfugié ; estimant qu'une fois reconnu comme réfugié, le bénéficiaire est censé être réfugié depuis la date d'introduction de sa demande d'asile. Dès lors, s'il est mineur à l'arrivée sur le territoire, les règles en matière de reconnaissance de statut lui sont rétroactivement applicables à la date du dépôt de sa demande d'asile. C'est donc logiquement que cette date d'entrée est prise en compte pour apprécier la qualité de mineur non accompagné. Cet arrêt conforte et renforce l'effet déclaratif du statut de réfugié, qui permet de faire rétroagir les effets de la reconnaissance de statut à la date de l'introduction de la demande. Si ce principe se retrouve uniquement dans le considérant de la Directive qualification<sup>7</sup>, son accentuation par la Cour mérite d'être soulignée.

La Cour estime que cela est d'autant plus pertinent eu égard à l'insertion de ce principe dans la loi néerlandaise et du fait que cette rétroactivité vaut pour tous les droits ou avantages que le statut de réfugié induit, en ce compris le droit au regroupement familial. Elle estime à cet égard que « la rétroactivité d'une mesure ne peut s'accompagner d'un caractère distributif de la force de ses effets ».

C'est en retenant l'effet déclaratif du statut de réfugié que peuvent aussi être assurées l'égalité de traitement et la sécurité juridique. En effet, les délais d'une procédure de regroupement familial varient fortement d'une demande à l'autre, dépendant de la complexité du cas et/ou de la charge de travail de l'administration. Deux demandes introduites par des MENA pourraient ainsi se voir traitées

<sup>5</sup> Cour Eur.D.H., *Singh c. Belgique*, requête n°33210/11, 12 octobre 2012.

<sup>6</sup> Cour Eur.D.H., *Mungezi c. France*, requête n°52701/09, 10 juillet 2014, §54. Dans cette affaire, la Cour a condamné la France parce qu'elle estime que les autorités nationales n'ont pas dûment tenu compte de la situation spécifique du requérant, et conclut que la procédure de regroupement familial n'a pas présenté les garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité requises pour faire respecter le droit du requérant au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

<sup>7</sup> Le considérant 21 de la Directive 2011/95/UE stipule que la reconnaissance du statut de réfugié est un acte déclaratif.

de manière différente, avec un impact direct sur leur droit au regroupement familial ensuite. Retenir la date d'introduction de la demande pour qualifier le MENA comme tel permet donc de garantir un traitement identique et prévisible à tous les demandeurs d'asile se trouvant chronologiquement dans la même situation.

Si la Cour avait raisonné différemment et avait fait dépendre le droit au regroupement familial du moment de la prise de décision par l'autorité nationale compétente et de la plus ou moins grande célérité avec laquelle la demande de protection internationale est traitée par cette autorité, cela aurait remis en cause l'effet utile du regroupement familial. Dans cette hypothèse, l'Etat n'aurait pas permis à ce jeune de se regrouper avec sa famille, étant entretemps devenu majeur.

### 3. Favoriser le regroupement familial des MENA

Par cet arrêt, la Cour de Justice juge que tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et l'unité familiale ou « reconstituer » la famille du MENA réfugié. Ce faisant, elle vise l'effet utile du regroupement familial et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### a) L'effet utile du regroupement familial

Par cet arrêt, la Cour favorise le regroupement familial et lui accorde un effet utile. Elle avait déjà affirmé qu'il y a un droit subjectif au regroupement familial dès lors que les conditions étaient remplies<sup>8</sup>. Elle rappelle que la Directive 2003/86 fait obligation à l'Etat d'autoriser le regroupement familial des ascendants directs au premier degré du MENA reconnu réfugié sans disposer d'une marge d'appréciation. Cette possibilité est réservée aux MENA, pour leur garantir une protection accrue. La finalité de cette procédure est de permettre à la famille de se réunir et au mineur de se reconstruire<sup>9</sup>. En prolongeant la minorité du MENA devenu majeur, il favorise davantage cette possibilité.

L'arrêt rappelle également que si l'autorisation du regroupement familial est la règle générale, toute exception à la directive doit être interprétée de manière stricte.

#### b) Respect de la vie familiale et intérêt de l'enfant

Cet arrêt confirme également l'importance que la Cour porte au respect de la vie familiale et à l'intérêt de l'enfant.

La directive 2003/86, dans le 2<sup>e</sup> considérant, réfère au respect des droits fondamentaux, en particulier l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, qui reconnaît le droit au respect de la vie privée et familiale et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux.

La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, indiqué que l'obligation de respecter la vie familiale n'implique pas un droit subjectif au regroupement familial ni le devoir pour

---

<sup>8</sup> C.J.U.E, 4 mars 2010, *Chakroun*, C-578/08. Elle indique que la marge de manœuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement familial, et à l'effet utile de celle-ci (il s'agissait en l'occurrence de la prise en compte par les Etats du montant des moyens de subsistance).

<sup>9</sup> C.J.U.E., 12 avril 2018, *op.cit*, par. 44.

l'Etat membre de respecter le choix des familles de résider dans un Etat déterminé. Toutefois, il peut impliquer une obligation positive inhérente à un 'respect' effectif de la vie familiale<sup>10</sup>.

La Cour européenne tient compte de la souveraineté de l'Etat mais considère que l'Etat ne peut interférer de manière disproportionnée dans la vie familiale. L'ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. La nécessité de l'ingérence dans la vie familiale exige que les ingérences soient proportionnées au but recherché.

L'Etat doit ménager un juste équilibre entre son intérêt à contrôler l'immigration et l'intérêt du requérant à maintenir ses relations familiales. La Cour estime également que les ingérences litigieuses doivent être examinées par rapport à l'intérêt réciproque des requérants à continuer leurs relations<sup>11</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus vigilante s'agissant de réfugiés pour qui la procédure de regroupement familial va permettre à l'ensemble de la famille de se reconstituer<sup>12</sup>.

L'avocat général fait référence à cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour estimer que ces principes sont aussi applicables aux jeunes majeurs ; les liens entre l'enfant et sa famille doivent être maintenus et seules des circonstances exceptionnelles peuvent conduire à une rupture du lien familial. Il en déduit que « tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et l'unité familiale ou « reconstituer » la famille »<sup>13</sup>. Dans l'arrêt commenté, la Cour de Justice suit le raisonnement de l'avocat général en insistant sur le fait de favoriser le droit au respect de la vie privée et familiale de l'ensemble de ses membres et ce, indépendamment du fait que la jeune fille en question, arrivée mineure, soit devenue majeure, car cela permettra à l'ensemble de la famille de se reconstituer.

En outre, rappelons que l'article 7 de la Charte doit être lu en combinaison avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant et la nécessité pour un enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents, stipulées à l'article 24, paragraphes 2 et 3 de la Charte<sup>14</sup>. Ces articles imposent aux Etats membres d'examiner les demandes de regroupement familial dans l'intérêt des enfants concernés, dans le souci également de favoriser la vie familiale, et en évitant de porter atteinte tant à l'objectif de cette directive qu'à son effet utile<sup>15</sup>. L'article 5 de la Directive stipule expressément que les Etats doivent prendre dûment en considération le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de l'examen des demandes de regroupement familial<sup>16</sup>.

Enfin, la Convention relative aux droits de l'enfant à laquelle l'avocat général fait référence, prévoit que les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré et

<sup>10</sup> Cour Eur. D.H., 21 décembre 2001, *Sen c. Pays Bas*, requête n°31465/96.

<sup>11</sup> Cour Eur. D.H., 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays Bas*, requête n° 10730/84, §28. Il s'agissait d'une question de retrait de séjour en raison de l'absence d'installation commune.

<sup>12</sup> Cour Eur.D.H., 10.7.2014, *Tanda-Muzinga c. France*, requête n° 2260/10; Cour Eur.D.H., *Mugenzi c. France*, *op.cit.*, §62.

<sup>13</sup> Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot, C-550/16, A, S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 26 octobre 2017.

<sup>14</sup> C.J.U.E, 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, § 58.

<sup>15</sup> C.J.U.E, 6 décembre 2012, *O.et S. c. Maahanmuuttovirasto*, C-356/11.

<sup>16</sup> Voir également l'obligation pour les Etats de prendre en compte l'intérêt de l'enfant comme une question de fond et de procédure, également dans le cadre de la procédure d'asile : Comité des droits de l'enfant : Observation générale n°14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 29 mai 2013. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en)



que « toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence »<sup>17</sup>.

La Cour avait déjà jugé qu'il incombe aux autorités nationales compétentes, dans la mise en œuvre de la directive 2003/86 et lors de l'examen des demandes de regroupement familial, « de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, en tenant particulièrement compte de ceux des enfants concernés »<sup>18</sup>.

#### 4. La question des délais

Aucun délai n'est imposé au MENA reconnu réfugié pour solliciter le regroupement familial avec ses ascendants directs. Le délai implicite de la Directive est l'âge de 18 ans.

Un délai de trois mois est toutefois proposé par la Cour, qui va ainsi au bout de sa logique ; puisqu'elle admet que le MENA peut continuer à bénéficier des privilèges de la Directive bien qu'il soit majeur au moment de sa reconnaissance de statut, le délai pendant lequel il continue à bénéficier du traitement favorable ne peut être prolongé indéfiniment. La Cour estime donc qu'un délai de trois mois peut être imposé pour introduire la demande de regroupement familial. Ce délai correspond à celui fixé de manière indicative par la Directive 2003/86 pour les réfugiés souhaitant faire venir les membres de leur famille<sup>19</sup>.

#### Conclusion

Cet arrêt conforte le droit subjectif au regroupement familial et l'importance de la protection de l'unité familiale s'agissant de réfugiés. La Cour adopte une interprétation souple de la disposition en question afin d'assurer l'effectivité du regroupement familial pour le mineur étranger non accompagné, quand bien même il devient majeur en cours de procédure. Elle opte pour une attitude résolument protectrice du jeune réfugié et met l'accent sur la nécessité de la famille de pouvoir se reconstituer et au réfugié de se reconstruire, souvent après des années d'errances.

Elle insiste sur le respect des droits fondamentaux que sont le droit à la vie familiale et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, ainsi que la sécurité juridique et l'égalité de traitement pour les MENA en particulier.

C.F.

#### C. Pour en savoir plus

##### Pour lire l'arrêt :

C.J.U.E., 12 avril 2018, A S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248

##### Jurisprudence :

<sup>17</sup> Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à New-York le 20 novembre 1989, M.B., 5 septembre 1991, article 9 et 10 ainsi que Comité des droits de l'enfant : observation générale n°6 (2005) : traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2005%2f6&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2005%2f6&Lang=en) , §83.

<sup>18</sup> C.J.U.E, C-356/11, *op.cit.*, point 81.

<sup>19</sup> Directive 86/2003, *op.cit.*, art. 12.1.

C.J.U.E., 6 décembre 2012, O e.a.O e.a.O e.a., C-356/11 et C-357/11, ECLI :EU:C:2012:776

Cour Eur. D.H., Tanda-Muzinga c. France, Req. n° 2260/10, 10 juillet 2014.

Cour Eur.D.H., Mungezi c. France, requête n°52701/09, 10 juillet 2014.

### Doctrine

LEFRANC, C : « Souplesse, célérité et effectivité doivent être garanties par les Etats dans le cadre des procédures de regroupement familial. », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2014

**Pour citer cette note** : C. FLAMAND : « La minorité « prolongée » du MENA reconnu réfugié pour favoriser le regroupement familial. », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2018.

### 3. CASS., 27 DECEMBRE 2017, N° P.17.1244.F/1

***La Cour de Cassation ne valide pas la détention systématique des demandeurs d'asile aux frontières.***

#### **A. Arrêt**

Le pourvoi devant la Cour de cassation est dirigé contre un arrêt rendu le 28 novembre 2017 par la Cour d'appel de Bruxelles, Chambre des mises en accusation.

Aux termes de cet arrêt, la Chambre des mises juge la décision de placer un demandeur d'asile en détention légalement motivée, dès lors qu'elle se fonde, d'une part, sur la constatation que le demandeur a tenté de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions de la loi avant de se déclarer réfugié à la frontière et, d'autre part, sur la nécessité de son maintien dans un lieu déterminé à la frontière afin de garantir son éventuel refoulement.

L'arrêt fait application de l'article 74-5 §1<sup>er</sup>, 2) de la loi du 15 décembre 1980, précédente mouture, autorisant « le maintien en un lieu déterminé aux frontières en attendant l'autorisation d'entrer dans le Royaume ou son refoulement du territoire de l'étranger qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2 et qui introduit une demande d'asile à la frontière ».

Le pourvoi invoque la violation de l'article 8 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale<sup>1</sup> (ci-après « directive accueil ») ainsi que de l'article 74-5§1<sup>er</sup>, 2° de la loi du 15 décembre 1980. L'article 8 de la directive accueil précise qu'un demandeur de protection internationale ne peut être placé en rétention que « lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées ».

Le demandeur relève qu'il résulte de la combinaison de ces articles que le maintien en un lieu déterminé d'un demandeur d'asile aux frontières est non seulement soumis aux conditions prévues à l'article 74-5§1<sup>er</sup>, 2° mais doit également répondre aux conditions fixées par l'article 8.2 de la directive accueil.

Le pourvoi invoque la violation de ces articles dès lors que la décision de placer en détention le demandeur d'asile a été prise sans que sa situation n'ait préalablement fait l'objet d'une appréciation individualisée démontrant la nécessité de cette mesure conformément à l'article 8.2 de la directive accueil.

La Cour de cassation constate, de manière succincte, qu'il n'apparaît pas, après examen des motifs visés dans la décision attaquée, que l'administration se soit livrée à une appréciation individualisée de la situation du demandeur, rendant nécessaire la mesure de détention dont il fait l'objet. Dès lors, en décidant du contraire, la chambre des mises en accusation n'a pas légalement justifié sa décision.

---

<sup>1</sup> Directive 2013/33/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JOUE, L 180/96, 29 juin 2013.

Sur ces considérations, elle casse l'acte attaqué, précisant ne pas examiner le moyen invoqué par le demandeur, celui-ci n'entraînant pas une cassation dans des termes différents du dispositif.

## B. Éclairage

Cet arrêt est l'occasion de nous pencher plus avant sur les conditions entourant la détention administrative d'un demandeur d'asile aux frontières (A). Nous nous interrogerons ensuite brièvement sur la compatibilité de la détention des demandeurs d'asile aux frontières telle qu'autorisée par le droit belge avec les engagements pris par la Belgique en termes de respect des droits fondamentaux (B). Nous proposons ensuite de commenter les conditions entourant cette mesure privative de liberté au travers d'une comparaison de celles-ci avec les conditions entourant la détention préventive (C).

### A. A quelles conditions un demandeur de protection internationale peut-il être détenu aux frontières ?

L'article 74/5 de loi du 15 décembre 1980 autorise la détention administrative aux frontières de tout étranger qui ne dispose pas d'un visa ou d'un passeport en règle<sup>2</sup> ou plus généralement qui fait l'objet d'un refus d'entrée conformément au Code frontières Schengen. Cet article, tout juste modifié par une loi du 21 novembre 2017, entrée en vigueur ce 22 mars 2018<sup>3</sup>, prévoit que « peut être maintenu dans un lieu déterminé, situé aux frontières, en attendant l'autorisation d'entrer dans le royaume ou son refoulement du territoire, l'étranger qui, en application des dispositions de la présente loi, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières ou l'étranger qui tente d'entrer dans le Royaume sans remplir les conditions fixées aux articles 2 et 3, et qui présente une demande de protection internationale à la frontière ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2017, cette disposition précise, en outre, qu'« aucun étranger ne peut être maintenu au seul motif qu'il a présenté une demande de protection internationale ». Aux termes des travaux préparatoires de la loi du 21 décembre 2017, le législateur annonce ajouter cette condition à l'article 74/5 afin d'assurer la conformité de ce texte avec les exigences européennes. Il renvoie à l'article 8.2 de la directive 2013/33/UE<sup>4</sup> ainsi qu'à l'article 26, § 1er, première phrase, de la directive 2013/32/UE<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> De même que s'il ne dispose pas des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un Etat tiers dans lequel son admission est garantie, et n'est pas en mesure d'acquiescer légalement ces moyens; s'il est signalé aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans le système d'information Schengen ou dans la Banque de données Nationale Générale; s'il est considéré comme pouvant compromettre les relations internationales de la Belgique ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique ; s'il est considéré comme pouvant compromettre la tranquillité publique, l'ordre public ou la sécurité nationale; s'il a été renvoyé ou expulsé du Royaume depuis moins de dix ans, lorsque la mesure n'a pas été suspendue ou rapportée; ou encore s'il fait l'objet d'une interdiction d'entrée ni levée ni suspendue. Voy. art. 74/5, 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.

<sup>3</sup> L. du 21 décembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 12 mars 2018, p. 19712.

<sup>4</sup> Directive 2013/33/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE*, L 180/96, 29 juin 2013- directive accueil.

<sup>5</sup> Directive 2013/32/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), *JOUE*, L180/60, 29 juin 2013. L'article 26§1er de cette directive précise clairement que « Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur ».

interdisant clairement aux États membres de placer une personne en rétention au seul motif qu'elle a introduit une demande de protection internationale<sup>6</sup>.

Si l'introduction de cette condition dans la loi est certes à saluer, force est de constater que le législateur n'a pas inscrit dans l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980 toutes les exigences<sup>7</sup> dont les textes européens entourent la détention administrative d'un demandeur de protection internationale aux frontières.

L'article 8.2 de la directive accueil, outre d'interdire la détention d'un demandeur d'asile aux frontières aux seuls motifs qu'il a introduit une demande de protection internationale, précise encore que celui-ci ne peut être détenu que « si cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas ». Par ailleurs, une telle mesure de détention ne peut être ordonnée « que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être adoptées ». Enfin, l'article 8.4 de cette même directive exige que « les Etats membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles alternatives au placement en rétention telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé ». Précisons que la Cour de Justice prescrit également un examen au cas par cas de l'ensemble des circonstances pertinentes justifiant le recours à une mesure de détention administrative à l'égard d'un demandeur de la protection internationale<sup>8</sup>.

Ces exigences, découlant des textes ainsi que de la jurisprudence européenne, ont été inscrites par le législateur dans le texte de l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980 qui fixe les conditions entourant la détention d'un demandeur de protection internationale sur le territoire du Royaume. A l'inverse et de manière, *a priori*, assez surprenante, ces exigences n'ont pas été inscrites dans le texte de l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980 entourant la détention d'un demandeur de protection internationale aux frontières.

Ce qui pourrait apparaître, à première vue, comme constituant un simple oubli du législateur semble, après lecture des travaux préparatoires de la loi, résulter d'un choix délibéré de ce dernier. Ainsi, il précise, aux termes de ces travaux préparatoires, estimer « dans tous les cas, indispensable à une surveillance effective des frontières d'imposer une mesure privative de liberté à l'égard de l'étranger qui tente d'entrer sur le territoire belge dépourvu des documents nécessaires à cet effet et qui a introduit à la frontière une demande de protection internationale ». Il ajoute : « la surveillance des frontières est en effet effective uniquement lorsqu'une mesure privative de liberté est imposée dans ce cadre »<sup>9</sup>.

Le législateur se positionne ainsi clairement en faveur d'une détention quasi-systématique des demandeurs de protection internationale aux frontières, ce qui est pourtant manifestement

---

<sup>6</sup> Projet de loi du 22 juin 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *Doc. Parl., Chr. Repr., sess. ord.*, 2016-2017, p.150.

<sup>7</sup> Mon soulignement.

<sup>8</sup> Voy. CJUE, *J.N.*, 15 février 2016, aff C-601/15, §61 et son commentaire : L. Tsourdi, « Rétention des demandeurs d'asile en droit européen : vers la « primauté » de l'effectivité de retour ? », *Newsletter EDEM*, mars 2016 ainsi que l'arrêt CJUE, *Arslan*, 30 mai 2013, aff. C-534/11, §§63 et 64.

<sup>9</sup> Projet de loi du 22 juin 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *Doc. Parl., Chr. Repr., sess. ord.*, 2016-2017, p.150.

contraire à l'exigence d'une appréciation individualisée du caractère nécessaire de la mesure prescrite par les textes européens ainsi que par la jurisprudence de la cour de Cassation ici commentée.

**B. Quid de la conformité d'une détention quasi-systématique des demandeurs d'asile aux frontières avec les engagements pris par la Belgique en terme de respect des droits fondamentaux ?**

La détention quasi-systématique des demandeurs de protection internationale aux frontières pose la question de sa conformité avec les engagements pris par la Belgique en termes de respect des droits fondamentaux. Elle pose notamment la question de sa conformité avec le droit à la liberté, garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article interdit toute forme de détention arbitraire. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie de la conformité de la détention aux frontières d'un demandeur d'asile avec l'article 5 de la Convention a rappelé « qu'une mesure de privation de liberté est d'une telle gravité qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention »<sup>10</sup>. Dès lors, toute mesure de privation de liberté ordonnée sans un examen préalable et individualisé de nécessité apparaît contraire aux exigences découlant de l'article 5 de la Convention.

Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur la conformité de ce type de mesures avec l'article 31 de la Convention de Genève<sup>11</sup>. Celui-ci stipule clairement que « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés » et qu'ils « n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ». La pratique consistant à détenir les demandeurs de protection internationale aux frontières sans qu'il ne soit préalablement procédé à une appréciation individualisée de la nécessité de cette détention au regard des circonstances particulières de l'espèce ne peut être vue comme une mesure de dernier ressort. Elle nous paraît, dès lors, contraire au prescrit de l'article 31 de la Convention de Genève<sup>12</sup>.

Notons enfin que la pratique consistant à détenir de manière quasi-systématique les demandeurs d'asile aux frontières a, à plusieurs reprises, été condamnée par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>13</sup>. Aux termes du rapport rédigé consécutivement à la visite effectuée en Belgique au mois de septembre 2015, celui-ci se disait particulièrement préoccupé par le fait que les demandeurs d'asile n'ayant pas de documents de voyage en cours de validité soient systématiquement détenus à la frontière. A cet égard, il notait « avec préoccupation que les demandeurs d'asile continuent souvent d'être détenus au titre du règlement de Dublin au seul motif qu'une procédure destinée à déterminer le premier pays d'asile est en cours, apparemment sans

---

<sup>10</sup> Voy. not. Cour eur. dr. h. (GC), *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, §70 ; Cour eur. dr. h., *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 14 mars 2017, §64.

<sup>11</sup> Convention internationale relative au statut des réfugiés, signée à Genève, le 28 juillet 1951 (Loi de 26 juin 1953 - *M.B.*, 4 octobre 1953).

<sup>12</sup> Voy. en ce sens le considérant 15 de la directive accueil.

<sup>13</sup> Voy. not. Rapport du commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008 ; Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils Muiznieks faisant suite à sa visite en Belgique du 14 au 18 septembre 2015.

qu'il y ait eu une évaluation suffisante du risque de fuite et un examen d'autres solutions moins contraignantes »<sup>14</sup>.

**C. Quelles différences avec les conditions entourant la détention préventive ordonnée à l'égard d'une personne contre laquelle il existe des indices sérieux de culpabilité ?**

La détention préventive, mesure de privation de liberté prise à l'égard d'une personne présumée innocente et suspectée d'avoir commis une infraction, est soumise au respect de conditions strictes<sup>15</sup>.

Celles-ci, énoncées à l'article 16§1er de la loi relative à la détention préventive, consistent en l'interdiction d'utiliser la détention préventive comme une peine anticipée ou un moyen de contrainte ; l'existence d'indices sérieux de culpabilité ; le seuil minimum de la peine susceptible d'être encourue ; l'absolue nécessité pour la sécurité publique ; et, pour les faits passibles d'une peine ne dépassant pas quinze ans de réclusion, le risque de récidive, le risque de fuite ou le risque de collusion ou de disparition des preuves. Ces conditions doivent nécessairement faire l'objet d'un examen individualisé à la lumière des circonstances de la cause de même que celles liées à la personnalité de l'inculpé<sup>16</sup>. Par ailleurs, il appartient au juge d'instruction chargé de la délivrance du mandat d'arrêt de préférer une mesure alternative à la détention préventive s'il est possible de réaliser ainsi le but poursuivi par la détention préventive<sup>17</sup>.

Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin dans l'examen du régime de la détention préventive pour constater que les conditions entourant la privation de liberté d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction sont autrement plus strictes que celles entourant la détention administrative d'un demandeur d'asile détenu aux frontières énoncées ci-dessus.

A ceci s'ajoute un contrôle plus strict des conditions susceptibles de justifier un maintien de la détention préventive. Ainsi, la nécessité du maintien en détention préventive fait l'objet d'un contrôle régulier par les juridictions d'instruction habilitées à se prononcer tant sur sa légalité que son opportunité<sup>18</sup> alors que la tâche des juridictions d'instruction saisie d'un recours contre une décision ordonnant une détention administrative se limite à un contrôle de légalité<sup>19</sup>, insuffisant à garantir l'absence de toute forme d'abus de pouvoir ou d'arbitraire<sup>20</sup>.

Outre les difficultés que le manque de garanties entourant la détention des demandeurs d'asile aux frontières soulève en terme de respect des droits fondamentaux, la différence de traitement instaurée entre les personnes qui font l'objet d'une détention administrative et celles qui font l'objet

---

<sup>14</sup> Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils Muiznieks faisant suite à sa visite en Belgique du 14 au 18 septembre 2015, p.8.

<sup>15</sup> L. du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990, p. 15779.

<sup>16</sup> Voy. les exigences de motivation du mandat d'arrêt prescrites à l'article 16, §5 de la L. du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

<sup>17</sup> Telle que la libération sous conditions ou sous caution.

<sup>18</sup> Voy art.21 à 24 et 30 de la loi relative à la détention préventive.

<sup>19</sup> Voy. art.72 al.2 de la L. du 15 décembre 1980.

<sup>20</sup> Voy. D. Vandermeersch, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *Rev. dr. pén.*, 2015, p.618 ainsi que S. Saroléa, « Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive », *Newsletter EDEM*, août 2016 et J.-B. Farcy, « Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger demeure soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive : un formalisme excessif ? », *Cahiers EDEM*, octobre 2017.

d'une détention préventive apparaît difficilement justifiable, dès lors qu'une mesure de privation de liberté, qu'elle soit ordonnée dans le cadre d'une procédure administrative à l'égard de personnes ayant fui leur pays par peur de persécutions ou à l'égard d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction, atteint inévitablement celui qui la subit dans ce qu'il a de plus fondamental, sa liberté<sup>21</sup>. Une privation de liberté entraîne, par ailleurs, dans tous les cas, le même lot de conséquences psychologiques et sociales, bien souvent dramatiques. Il paraît dès lors évident qu'il convient de n'y recourir qu'avec parcimonie ainsi que de l'entourer des garanties les plus strictes. L'exigence d'une appréciation individualisée du caractère nécessaire d'une mesure de privation de liberté ordonnée à l'égard d'un demandeur de protection internationale aux frontières constitue un premier pas dans cette direction.

C.M.

### C. Pour aller plus loin

#### Lire l'arrêt :

[Cass., 27 décembre 2017, n° P.17.1244.F/1.](#)

#### Législation :

Directive 2013/33/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE*, L 180/96, 29 juin 2013.

Directive 2013/32/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), *JOUE*, L180/60, 29 juin 2013.

Loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 12 mars 2018, p. 19712.

Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990, p. 15779.

#### Doctrine :

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

L. TSOURDI, « Rétention des demandeurs d'asile en droit européen : vers la « primauté » de l'effectivité de retour ? », *Newsletter EDEM*, mars 2016.

S. SAROLEA, « Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive », *Newsletter EDEM*, août 2016.

J.-B. FARCY, « Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger demeure soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive : un formalisme excessif ? », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017.

<sup>21</sup> Voy. D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 602.



**Voir également :**

Rapport du commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'Europe, Thomas HAMMARBERG, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008.

Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils MUIZNIEKS, faisant suite à sa visite en Belgique du 14 au 18 septembre 2015.

**Pour citer cette note** : C. MACQ « La Cour de Cassation ne valide pas la détention systématique des demandeurs d'asile aux frontières », Note sous Cass., 27 décembre 2017, n° P.17.1244.F/1, *Cahiers de l'Edem*, mai 2018.

#### 4. UNITED STATES DISTRICT COURT, NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, COUNTY OF SANTA CLARA V. DONALD TRUMP, ET. AL. (CASE NO. 17-CV-00574-WHO) AND CITY AND COUNTY OF SAN FRANCISCO V. DONALD TRUMP, ET AL. (CASE NO. 17-CV-00485-WHO), NOVEMBER 20, 2017

##### *Eligibility of Sanctuary Jurisdictions to Federal Grants ; Constitutionality of Section 9 (a) of Executive Order 13768.*

##### **A. Facts and Ruling**

During the 2016 presidential campaign, then candidate Trump had promised to crack down on sanctuary cities.<sup>i</sup> In particular, he vowed to use federal funding as a weapon in order to bring them in line. Once in office, Mr. Trump would act on his threats and campaign promises with the signing, on January 27, 2017, of the Executive Order 13768, "Enhancing Public Safety in the Interior of the United States."<sup>ii</sup> This is one of three Executive Orders on immigration issued by Mr. Trump. In its section 9, the Executive Order outlines the Trump Administration's policy toward "Sanctuary Jurisdictions." It is worth restating because it sits at the heart of the two cases analyzed in this note:

Sec. 9. Sanctuary Jurisdictions. It is the policy of the executive branch to ensure, to the fullest extent of the law, that a State, or a political subdivision of a State, shall comply with 8 U.S.C. 1373.<sup>iii</sup>

(a) In the furtherance of this policy, the Attorney General and the Secretary [of Homeland Security, our addition] in their discretion and to the extent consistent with law, shall ensure that jurisdictions that willfully refuse to comply with 8 U.S.C. 1378 (sanctuary cities) are not eligible to receive Federal grants, except as deemed necessary for law enforcement purposes by the Attorney General or the Secretary. The Secretary has authority to designate, in his discretion and to the extent consistent with the law, a jurisdiction as a sanctuary jurisdiction. The Attorney General shall take appropriate enforcement action against any entity that violates 8 U.S.C. 1373, or which has in effect a statute, policy, or practice that prevents or hinders the enforcement of Federal Law.

(b) To better inform the public regarding the public safety threats associated with sanctuary jurisdictions, the Secretary shall utilize the Decliner Detainer Outcome Report or its equivalent and, on a weekly basis, make public a comprehensive list of criminal actions committed by aliens and any jurisdiction that ignored or otherwise failed to honor any detainers with respect to such aliens.

(c) The Director of the Office of Management and Budget is directed to obtain and provide relevant and responsive information on all Federal grant money that currently is received by any sanctuary jurisdiction.

Facing significant financial injury from this executive order and seeking to protect hundreds of millions of dollars of federal grants<sup>iv</sup>, the County of Santa Clara and the City and County of San Francisco sought a court injunction aimed at blocking its application in two separate cases that will be jointly adjudicated by Honorable Judge William Orrick. At the preliminary hearing, the plaintiffs argued that they had already suffered sufficient injury as a result of the uncertainty created by the

Executive Order and would suffer irreparable financial harm if the Executive Order were to be enforced. They contended that the Order was unconstitutional on its face for its flagrant violation of the principle of separation of powers as well as their rights under the Fifth and Ten Amendments to the Constitution. The defendants, on the other hand, responded that the Executive Order was a mere directive to the Attorney General and the Secretary of Homeland Security that did not seek to place any new conditions on the allocation of federal funds. Moreover, they argued that the plaintiffs lacked standing because no individualized actions had been taken against them.

Concluding that the plaintiffs had pre-enforcement standing to protect the millions of dollars of federal grants from “the unconstitutionally broad sweep of the Executive Order”<sup>v</sup>, Judge Orrick granted, in April 2017, a preliminary injunction order blocking the Executive Order from being implemented. On May 22, 2017, Attorney General Jeff Sessions issued a Memorandum seeking to narrowly interpret the President Executive Order while attempting to correct the constitutional shortcomings identified in Judge Orrick’s preliminary injunction order. On the basis of this Memorandum, the Attorney General would seek reconsideration of the preliminary injunction order. The defendants’ motion to reconsider was denied on July 20, 2017 on the ground that the AG Memorandum amounted to “nothing more than an illusory promise to enforce the Executive Order narrowly.” The judge noted that the Memorandum represented “an implausible interpretation of Section 9 (a)” of the Executive Order, which it did neither amend nor was it binding on the Executive Branch<sup>vi</sup>.

The key legal issues brought by these cases were twofold: 1) Can the Executive branch impose conditions on federal grants when Congress did not do so when it allocated the funds? 2) Assuming the Administration had such authority, what are the requirements that must be met for conditions imposed on federal grants to pass the constitutionality test? These questions indicate that the center of gravity of the cases herein discussed was on federal spending powers and its constitutional exercise with reference to sanctuary jurisdictions. Even though the city of San Francisco had asked the judge to rule on the legality of its sanctuary policies (conformity with 8 U.S.C. 1378), judge Orrick decided not to take up this question, which is to be addressed in other litigations making their way through the courts<sup>vii</sup>.

In his ruling of November 20, 2017, Judge Orrick concluded that

The counties have demonstrated that the Executive Order has caused and will cause them constitutional injuries by violating the separation of powers doctrine and depriving them of their Tenth and Fifth Amendment rights. Accordingly, the Counties’ motions for summary judgment are GRANTED regarding section 9 (a). The defendants are permanently enjoined from enforcing Section 9(a) of the executive Order against jurisdictions they deem as sanctuary jurisdictions. Because Section 9 (a) is unconstitutional on its face, and not simply in its application to the plaintiffs here, a nationwide injunction against the defendants other than President Trump is appropriate.

We shall now discuss the legal rationale that led to such rebuke of the Administration and Section 9 (a) of the Executive Order 13768 as well as the social and political implications of this ruling.

## B. Discussion

### Background

Before addressing the central questions pertaining to the constitutionality of the Executive Order, the judge reviewed a number of items that form the background to the cases. Two of these items are central in understanding the Trump Administration's policy toward sanctuary jurisdictions and the legal challenges it has faced since its unveiling<sup>viii</sup>.

### **8 U.S.C. 1373**

Inspired by a set of House Republican policy proposals known as the Contract with America, Section 1373 was enacted in 1996 as part of the Illegal Immigration Reform and Immigration Responsibility Act (IIRIRA). In substance, Section 1373 states that no government entity or official can be prohibited from exchanging information with the Department of Homeland Security (DHS) regarding the immigration status of any individual. This is the legal tool the Administration intends to use against sanctuary jurisdictions. It is important to note that conditioning some federal grants on compliance with Section 1373 is nothing new. Under the Obama Administration, a number of federal grants administered by the U.S. Department of Justice were already conditioned on compliance with Section 1373<sup>ix</sup>.

While Judge Orrick's order simply restates the substance of Section 1373 and does not expand on the legal subtleties surrounding its interpretation, it is worth noting that no jurisdiction has ever been found explicitly in violation of Section 1373 which has been, however, challenged in court by states and various localities seeking to understand the contours of their obligations under law. In *Sturgeon v. Bratton*, the Court of Appeal of California, Second District found that prohibiting the collection of information did not violate Section 1373<sup>x</sup>. The dominant interpretation that has emerged from case law since the enactment of Section 1373 is that states are not obligated to share with federal officials information they do not already collect on immigration status. The question of state obligations under Section 1373 will certainly resurface in future legal battles regarding the Trump Administration's policy toward sanctuary jurisdictions.

### **Civil Detainer Requests**

A civil detainer request is a practice by which the Immigration and Custom Enforcement (ICE), a federal agency under the authority of the Department of Homeland Security, asks a local law enforcement to continue to hold an inmate who is in local jail because of actual or suspected violations of state criminal laws for up to 48 hours after his or her scheduled release so as to allow ICE the time to determine whether to take that individual into its custody. Section 9 (b) of the Executive Order 13768 specifically underscores "the public safety threats" associated with jurisdictions that ignore or otherwise fail to honor respond civil detainer requests<sup>xi</sup>. Unlike with the previous background item (8 U.S.C. 1373) where he simply restated the law, judge Orrick goes further here by highlighting two important points from the case law. First, civil detainer requests are voluntary and local governments are not required to honor them<sup>xii</sup>. Second, detaining suspected or actual removable aliens on the basis of civil detainer requests (which are not supported by an individualized determination of probable cause that a crime has been committed) represents a violation of the Fourth Amendment on the part of local jurisdictions<sup>xiii</sup>. As with 8 U.S.C. 1373, the

courts are likely to revisit the question of civil detainer requests in upcoming litigations about sanctuary jurisdictions.

### **Constitutionality of the Executive Order**

The plaintiffs asked the judge to enjoin the defendants from enforcing Section 9(a) of the Executive Order 13768, which they deemed to be unconstitutional on its face on four violation grounds. Judge Orrick extensively responds to their claims and the counter-arguments from the defendants.

#### ***Violation of the principle of separation of powers***

The first argument outlined by the plaintiffs centered on Art I of the Constitution granting Congress the federal spending powers. Settled constitutional law clearly affirms that this is an exclusive prerogative of the Congress which, as stated in *South Dakota v. Dole*, “may attach conditions on the receipt of federal funds (...) to further broad policy objectives...”<sup>xiv</sup> Unless Congress explicitly delegates some discretion to the President to decide how to spend appropriated funds, the President does have neither the power to withhold such funds nor the authority to place conditions. Doing so will be a violation of his duty to faithfully execute the laws duly enacted by Congress. And when the Congress has granted the President some discretion on the spending of allocated funds, this spending discretion must be exercised within the limits of constitutional boundaries delineated in several leading cases that stress, among other things, that “when the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb”<sup>xv</sup>.

Reading Section 9 (a) of the Executive Order in light of these basic constitutional principles, judge Orrick notes that it enjoins the Attorney General and the Secretary of Homeland Security to place new conditions on federal grants in order to ensure compliance with 8 U.S.C 1373, conditions non-authorized by Congress. In so doing, the President has usurped the latter’s exclusive spending power in flagrant violation of the principle of separation of powers enshrined in the Constitution. The rationale rests on solid legal ground.

#### ***Violation of the Tenth Amendment (excessive powers)***

The plaintiffs’ second line of arguments is on the limits of congressional spending power. Assuming the President had spending power (which they contend he lacks as discussed in the previous section), the plaintiffs argue that its exercise through the terms of the executive Order would be in violation of the Tenth Amendment because it exceeds those powers. If it is accepted that Congress is within its authority to encourage policy through its spending power by, for example, attaching certain conditions to federal funds, three governing US Supreme Courts cases (*South Dakota v. Dole*, *Printz v. United States*, and *National Federation of Independent Business v. Sebelius*) have articulated a number of requirements that must be met for those conditions to pass the constitutionality test. Three of these requirements were addressed in the two cases before Judge Orrick.

The first is the unambiguous requirement, which seeks to preserve the right of states to knowingly and voluntarily decide whether it would be in their best interests to adopt a federal program. This requirement postulates that conditions attached to federal funds be clear so that states know exactly what is expected from them and can consequently weigh their decision to participate or not<sup>xvi</sup>. The second is the nexus requirement, which postulates that conditions placed on federal funding be related to the purpose of the funding. For example, this requirement would not be met if conditions

were to be attached to transportation funding in order to encourage states to adopt a federal health program. The third is the non-coercive requirement, which prohibits the use of spending power in order to compel local jurisdictions to adopt certain policies. It is fundamentally about preserving the essence of the American federalism. States must have a genuine choice whether to accept federal conditions in exchange for federal funds. As stated in *South Dakota v. Dole*, financial inducement offered by Congress cannot be "... so coercive as to pass the point at which pressure turns to compulsion."<sup>xvii</sup> In other words, financial inducement by Congress cannot be like a "gun to the head" of states<sup>xviii</sup>.

After submitting Section 9 (a) of the Executive Order to the above constitutional test, Judge Orrick concludes that it fails to meet all three requirements because it 1) "does not make clear to states and local governments what funds are at issue and what conditions apply to those funds, making it impossible for them to 'voluntarily and knowingly accept the terms of the contract'"; 2) "expressly targets for defunding grants with no nexus to immigration enforcement at all"; and 3) "threatens to deny sanctuary jurisdictions all federal grants, hundreds of millions of dollars on which the Counties rely. The threat is unconstitutionally coercive"<sup>xix</sup>. A reading of Section 9 (a) clearly supports Judge's Orrick assessment. It is so vague and general in its language. It speaks, for example, of denying jurisdictions deemed sanctuary access to "federal grants" without any precision whatsoever. Such a poor wording amounts to legal malpractice and could not possibly pass constitutional scrutiny.

#### ***Violation of the Tenth Amendment (prohibitions against commandeering)***

The plaintiffs also argued that Section 9 (a) of the Executive Order violated the Tenth Amendment's prohibitions against commandeering. This claim is linked to the above claim about excessive powers in that both seek, in substance, to protect the federal nature of US political system. Simply understood, the Tenth Amendment prohibits the federal government from conscripting states and local jurisdictions into carrying out a federal program. The courts have shed abundant jurisprudential light into the meaning of prohibitions against commandeering. It is settled constitutional law that "The federal government may not compel the states to enact or administer a federal regulatory program"<sup>xx</sup>; that it can "neither issue directives requiring the states to address particular problems, nor command the states' officers, or those of their political subdivisions, to administer or enforce a federal regulatory program"<sup>xxi</sup>; and, moreover, "That is true whether Congress directly commands a state to regulate or indirectly coerces a state to adopt a federal regulatory system as its own"<sup>xxii</sup>.

Applying the constitutional boundaries delineated in leading court cases on prohibitions against conscription to the question of non-respect of civil detainer requests, which is at the heart of the Administration's policy against sanctuary jurisdictions, Judge Orrick dissects the element of coercion in terms that are worth restating, "To the extent the Executive Order seeks to condition ALL FEDERAL GRANTS (the emphasis is ours) on honoring civil detainer requests, it is likely unconstitutional under the Tenth Amendment because it seeks to compel the states and local jurisdictions to enforce a federal regulatory program through coercion." He goes further in exposing the government's use of coercive methods to achieve its policy objectives. Precisely because the government knows that under the Tenth Amendment it cannot command states and local jurisdictions to comply with civil detainer requests, which are "voluntary requests", notes the judge, it is using the threat to pull all federal grants from jurisdictions that refuse to honor detainer requests or to bring enforcement

action against them in an attempt to force them to honor those requests. This fits the definition of commandeering and represents the type of behaviors prohibited under the Tenth Amendment.

### ***Violation of the Fifth Amendment (Vagueness and lack of procedural due process)***

Finally yet importantly, Section 9 (a) of the Executive Order was blocked from being enforced on ground of violation of the plaintiffs' rights under the Fifth Amendment, namely its vagueness and lack of due process. As outlined in *Gaynard v. City of Rockford*, it is a settled constitutional question that a law that fails to make clear what conducts it prohibits and that fails to lay out clear standards of enforcement would be deemed unconstitutionally vague and therefore void under the due process clause of the Tenth Amendment<sup>xxiii</sup>. As rightly noted in *United States v. Williams*, a standardless language in the law "authorizes or encourages seriously discriminatory enforcement"<sup>xxiv</sup>.

As discussed in the previous sections about excessive power and prohibitions against commandeering, Section 9 (a) remains very vague in its wording. Besides targeting all federal grants, it does not clearly define "sanctuary jurisdictions" while threatening "appropriate enforcement action" against any jurisdiction that "hinders the enforcement of Federal law." Judge Orrick points out, rightly so, that "This expansive, standardless language creates huge potential for arbitrary and discriminatory enforcement..."<sup>xxv</sup> It leaves the Attorney General with unfettered enforcement discretion. *In fine*, notes judge Orrick in a restatement of *Gaynard v. City of Rockford*, the Executive Order does not "give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly."<sup>xxvi</sup>

Besides its vagueness, the plaintiffs also argued for the unconstitutionality of the Executive Order under the due process clause of the Fifth Amendment based on its "discretionary and undefined process." Even though the state and local jurisdictions have a legitimate property interest in millions of dollars in federal grants already allocated by Congress and which they are at risk of losing as a result of the Executive Order, the latter, notes judge Orrick, "does not set up any administrative or judicial procedure for states and local jurisdictions to be heard, to challenge enforcement action, or to appeal any action taken against them under the Executive Order."<sup>xxvii</sup> In light of the above and recalling the essence of due process articulated in *Matthew v. Eldridge*<sup>xxviii</sup> and which mandates that a person in jeopardy of serious loss be given notice of the case against him and opportunity to meet it, judge Orrick concludes that the Executive Order "COMPLETE (the emphasis is our) lack of process violates the Fifth Amendment's due process requirements."<sup>xxix</sup>

The cases discussed here and Judge Orrick's order permanently enjoining the Trump Administration from enforcing Section 9 (a) of the Executive Order 13768 are significant in two respects. First, despite the President's harsh rhetoric and policy on sanctuary jurisdictions, the latter have reminded the Administration that it does not have the final word and could not simply bully them into honoring civil detainee requests by weaponizing federal grants and threatening unspecified enforcement action. The litigations brought by the county of Santa Clara and the city and county of San Francisco and their court victory represent a testament to the strength of US democracy and its federal system of government that delineates clear boundaries between various levels of power. From litigations on the travel ban to the ones discussed here, there has been a push back against the Administration's impulse to disregard long and clearly established legal and constitutional boundaries in pursuit of its policy objectives.

Second, Judge Orrick's order stands out as an important remind of the role of the judiciary in preserving the essence of the American democracy. It strongly reaffirms some cardinal constitutional principles that guide the relationship between the federal government and state and local jurisdictions, principles that protect the latter against the arbitrary of the former and seek to ensure a government of laws, not of men. Threatening to pull all federal grants from sanctuary jurisdictions, attempting to coerce them in accepting a federal program, and vowing to bring unspecified and discriminatory enforcement action against jurisdictions that do not comply was rightly deemed to be a violation of the U.S. Constitution.

J.R.M.

### C. Suggested reading

-Randy Lippert and Sean Rehaag, *Sanctuary Practices in International Perspectives: Migration, Citizenship, and Social Movements* (New York: Routledge, 2013).

-Sarah Pierce and Randy Capps, *Trump Executive Order and DHS guidance on Interior Enforcement: A Brief Review* (Washington, DC: Migration Policy Institute, Issue Brief, February 2017).

-Mark Rosenblum, *Understanding the Potential Impact of Executive Action on Immigration Enforcement* (Washington, D.: Migration Policy Institute, 2015).

-Muzaffar Chishti and Sarah Pierce, *Despite Little Action Yet by Trump Administration on sanctuary Cities, States and Localities Rush to Respond to Rhetoric* (Washington, D.: Migration Policy Institute, 2017).

-Daniel Booth, "Federalism on Ice: State and Local Enforcement of Federal Immigration Law." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 29: 1068.

-Kevin Fandl, "Putting States out of the Immigration Law Enforcement Business." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9: 531.

**To quote this contribution :** J. MANGALA, "Eligibility of Sanctuary Jurisdictions to Federal Grants ; Constitutionality of Section 9 (a) of Executive Order 13768", *Cahiers de l'EDEM*, mai 2018.

<sup>i</sup> There is no legal or statutory definition of a sanctuary city or jurisdiction. The practice varies widely. In the particular context of the cases analyzed here, sanctuary jurisdictions must be understood to mean those jurisdictions that "refuse to comply with 8 U.S.C. 1373." See Section 9 (a) of the Executive Order 13768.

<sup>ii</sup> See RJN, Ex. J ("EO") (SC Dkt. No. 161-10).

<sup>iii</sup> The substance of 8 U.S.C. 1373 is explained in the discussion section of this note.

<sup>iv</sup> During the hearing, it was disclosed that in the 2015-2016 fiscal year, the county of Santa Clara received approximately \$ 1.7 billion in federal and federally dependent grants, making up about 35% of its total revenues. As for San Francisco, the figures stood at approximately \$ 1.2 billion for the same fiscal year.

<sup>v</sup> *County of Santa Clara and City & County of San Francisco v. Donald J. Trump*, p. 1 at 24.

<sup>vi</sup> *Ibid.*, p.2 at 7.

<sup>vii</sup> See *City & County of San Francisco v. Sessions*, No 17-cv-4642-WHO; *California v. Sessions*, No 17-cv-47-WHO

<sup>viii</sup> Besides the two lawsuits discussed in this note, the Trump Administration has also been sued by the city of Chicago where a federal judge has ruled that the Administration may not withhold public safety grants to sanctuary cities. See Richard Gonzales, "Federal Court Says Trump Administration Can't Deny Funds to Sanctuary Cities."



---

<https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/09/15/551397597/federal-court-says-trump-administration-can-t-deny-funds-to-sanctuary-cities>

<sup>ix</sup> In July 2016, the Department of Justice issued guidance subjecting two federal grant programs, the SCAAP (State Criminal Alien Assistance Program) and JAG (Edward Byrne Memorial Justice Assistance Grant) to compliance with Section 1373.

<sup>x</sup> *Sturgeon v. Bratton*, 95 Cal. Rptr. 3d 718 (Ct. App. 2009).

<sup>xi</sup> According to tracking by the Center for Immigration Studies, between 2014-2015, about 17,000 civil detainer requests by ICE (Immigration and Customs Enforcement) were not honored by 300 sanctuary jurisdictions. See <https://cis.org/Map-Sanctuary-Cities-Counties-and-States>

<sup>xii</sup> See *Galarza v. Szalczyk*, 745 F. 3d 634, 643 (3d Cir. 2014).

<sup>xiii</sup> See *Morales v. Chadbourne*, 793 F. 3d 298, 215-217 (1<sup>st</sup> Cir. 2015); *Miranda-Olivares v. Clackmas County*, No. 3:12-cv-02317-ST, 2014 WL 1414305, at 9-11 (D. Or. Apr. 11, 2014).

<sup>xiv</sup> See *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 206 (1987).

<sup>xv</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 637(1952).

<sup>xvi</sup> See *South Dakota v. Dole*, op.cit., at 203; *National Federation of Independent Businesses v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566, 2602-04 (2012).

<sup>xvii</sup> *South Dakota v. Dole*, op.cit., at 211.

<sup>xviii</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, op.cit., at 2604.

<sup>xix</sup> *County of Santa Clara and City & County of San Francisco v. Donald J. Trump*, op.cit., p. 20-22.

<sup>xx</sup> *Clinton v. City of New York*, 505 U.S. at 188 (1998).

<sup>xxi</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 935 (1997).

<sup>xxii</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, op.cit., at 2602.

<sup>xxiii</sup> *Gaynard v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108 (1972).

<sup>xxiv</sup> *United States v. Williams*, 553 U.S. 285, 304 (2008).

<sup>xxv</sup> See *County of Santa Clara and City & County of San Francisco v. Donald J. Trump*, op.cit., p.26 at 5.

<sup>xxvi</sup> *Ibid.*, p. 26 at 9-13.

<sup>xxvii</sup> *Ibid.*, p. 27 at 5-7.

<sup>xxviii</sup> See *Matthew v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 349 (1976).

<sup>xxix</sup> *County of Santa Clara and City & County of San Francisco v. Donald J. Trump*, op.cit., p.27 at 8-9.