

# CAHIERS DE L'EDEM

## LOUVAIN MIGRATION CASE LAW COMMENTARY

Août/ August 2018

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, 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. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).

These Commentaries are written by the European Rights and Migration team (EDEM), which is part of the UCL. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).

L'UCL accueille **Bénédicte Liénard** comme artiste en résidence pour l'année 2018-2019. Artiste pluridisciplinaire utilisant l'image comme premier médium, elle propose un parcours artistique pluriel par la diversité des supports de création, des modes d'écriture et des publics avec qui elle travaille. Plusieurs séminaires ouverts au public sont organisés, ainsi qu'un événement exceptionnel à la Ferme du Biéreau.

- **11 octobre** : journée d'étude : « Crise » migratoire ? Tentative d'altérité par le geste cinématographique  
<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/evenements/journee-d-etude-crise-migratoire-tentative-d-alterite-par-le-geste-cinematographique.html>
- **25 octobre** : concert de Noma Orman à la ferme du Biéreau  
<https://uclouvain.be/fr/etudier/culture/evenements/concert-noma-omran.html> :
- **26 octobre** : journée d'étude autour du film « Eau argentée, Syrie Autoportrait »  
<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/evenements/table-ronde-autour-du-film-eau-argentee-syrie-autoportrait.html>

### Sommaire

- 1. C.J.U.E., arrêt du 25 janvier 2018, Hasan, C-360/16, EU:C:2018:35 – Retour du demandeur d'asile après un transfert Dublin exécuté : la responsabilité de l'Etat désigné n'est pas définitive et les circonstances postérieures au transfert doivent être prises en compte. Emmanuelle Néraudau ..... 4**  
Par un arrêt HASAN du 25 janvier 2018, la Cour de justice de l'Union européenne donne une grille d'interprétation des dispositions pertinentes du Règlement Dublin III en cas de retour d'un demandeur d'asile après un premier transfert Dublin exécuté. D'une part, le recours effectif au sens de l'article 27 du Règlement Dublin III suppose que le demandeur d'asile puisse invoquer des circonstances de fait ou de droit postérieures à la décision de transfert. La juridiction nationale peut

CeDIE – Centre Charles de Visscher  
pour le droit international et européen  
EDEM – Equipe droits européens et migrations  
Place Montesquieu, 2  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique  
[cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be)



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

Contact :  
Jean-Yves Carlier [[jean-yves.carlier@uclouvain.be](mailto:jean-yves.carlier@uclouvain.be)]  
Jean-Baptiste Farcy [[jean-baptiste.farcy@uclouvain.be](mailto:jean-baptiste.farcy@uclouvain.be)]  
Christine Flamand [[christine.flamand@uclouvain.be](mailto:christine.flamand@uclouvain.be)]  
Hélène Gribomont [[helene.gribomont@uclouvain.be](mailto:helene.gribomont@uclouvain.be)]  
Luc Leboeuf [[luc.leboeuf@uclouvain.be](mailto:luc.leboeuf@uclouvain.be)]  
Matthieu Lys [[matthieu.lys@uclouvain.be](mailto:matthieu.lys@uclouvain.be)]  
Trésor Maheshe Musole [[musole.maheshe@uclouvain.be](mailto:musole.maheshe@uclouvain.be)]  
Emmanuelle Néraudau [[eneraudau@gmail.com](mailto:eneraudau@gmail.com)]  
Géraldine Renaudière [[geraldine.renaudiere@uclouvain.be](mailto:geraldine.renaudiere@uclouvain.be)]  
Sylvie Sarolea [[sylvie.sarolea@uclouvain.be](mailto:sylvie.sarolea@uclouvain.be)]  
Lilian Tsourdi [[evangelia.tsourdi@uclouvain.be](mailto:evangelia.tsourdi@uclouvain.be)]

ainsi juger à la lumière de tous les éléments dont elle dispose au moment de statuer. D'autre part, le pays requérant doit réexaminer la situation de l'intéressé à son retour. Il peut initier une nouvelle procédure de reprise en charge vers le pays responsable, toutefois il est tenu par les délais impératifs posés par le Règlement Dublin III.

**Règlement n°604/2013 dit « Dublin III » (RD III) – Articles 27 RD III (recours effectif) – Articles 23 et 24 RD III (modalité pour la reprise en charge) – Retour d'un demandeur d'asile ayant opéré un transfert Dublin (reprise en charge) – Etendue du contrôle juridictionnel (circonstances postérieures au transfert) – Exigence de réexamen et nouvelle procédure de reprise en charge (respect des délais).**

**2. C.C.E., 8 mai 2018, n° 203 685 – La décision de prolongation du délai de transfert sous le Règlement Dublin III est une décision administrative attaquable devant le Conseil du contentieux des étrangers. *Matthieu Lys* .....7**

Dans l'arrêt commenté, le Conseil du contentieux des étrangers, saisi d'un recours en annulation et en suspension d'une « décision de prolongation de l'accord pour un transfert en exécution du Règlement Dublin III », considère qu'il s'agit bien d'une décision administrative emportant des effets juridiques tombant sous sa juridiction. Après avoir considéré le recours introduit contre cette décision implicite recevable, il le déclare fondé, rappelant à l'Office des étrangers que son obligation de motivation formelle et adéquate des actes administratifs fait entièrement partie des droits de la défense, dont le respect constitue un principe fondamental du droit de l'Union européenne.

**Conseil du contentieux des étrangers – Règlement Dublin III, art. 29.2 – fuite du demandeur d'asile – prolongation du délai de transfert – nature de la décision de prolongation du délai de transfert – décision administrative individuelle emportant des effets juridiques – obligation de motivation – recours recevable et fondé.**

**3. Supreme Court of The United States, *Trump v. Hawaii*, 585 (2018) : Entry restrictions to the United States against nationals of eight predominantly Muslim countries: The President is within his authority to act based on national security concerns. *Jack Mangala* .....14**

On June 26, 2018, the Supreme Court of the United States issued a decision in *Trump v. Hawaii*. The Court reversed the decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in *Hawaii v. Trump*, which had enjoined the entry restrictions against nationals of eight countries in President Trump's Proclamation 9645 of September 24, 2017, commonly referred to as the "travel ban". By a 5-4 majority, the Court's conservatives concluded that the President had acted within his statutory authority under section 1182(f) of the Immigration and Nationality Act (INA) in issuing the suspension of entry provisions in the Proclamation. The Court also held that these entry restrictions did not violate the Establishment Clause of the First Amendment to the United Constitution, which prohibits favoring one religion over another. The majority relied heavily on the national security justifications for the ruling.

**Presidential Proclamation 9645 – Travel ban – Suspension of entry – Predominantly Muslim countries – Section 1182(f) of the Immigration and Nationality Act – Establishment Clause.**

<sup>1</sup> Le recours était rédigé en néerlandais. Littéralement, l'objet du recours était « de beslissing tot 'verlenging van het akkoord voor (Dulbin-)overdracht' ».

## 1. C.J.U.E., ARRET DU 25 JANVIER 2018, HASAN, C-360/16, EU:C:2018:35

**Retour du demandeur d'asile après un transfert Dublin exécuté : la responsabilité de l'Etat désigné n'est pas définitive et les circonstances postérieures au transfert doivent être prises en compte.**

*Emmanuelle Néraudau*

### A. Arrêt

Monsieur Hasan, ressortissant syrien, introduit une demande d'asile en Allemagne le **29 octobre 2014**.

La consultation de la base de données EURODAC fait apparaître que l'intéressé est enregistré comme demandeur d'asile en Italie depuis le **4 septembre 2014**. L'Allemagne adresse à l'Italie une demande de reprise en charge. Faute de réponse, une acceptation tacite intervient.

Une décision de transfert vers l'Italie est prise le **20 janvier 2015**, confirmée par le tribunal administratif le **30 juin 2015**. Le requérant est transféré vers l'Italie le **3 août 2015**.

Il revient en Allemagne le même mois et interjette appel du jugement qui avait rejeté son recours contre le transfert Dublin. L'appel est accueilli le **3 novembre 2015** et le juge considère notamment que l'Allemagne est désormais responsable de la demande d'asile du requérant puisque le transfert vers l'Italie avait eu lieu après l'expiration du délai de six mois (article 29 RD III).

L'Etat allemand introduit un recours en *révision* devant la Cour administrative fédérale qui estime que le calcul du délai de six mois par le juge d'appel est erroné. En revanche, elle estime que la responsabilité de l'Italie ne peut être fixée de manière définitive car le Règlement contient notamment une clause de suspension en cas de « défaillances systémiques » qui peut remettre en cause cette responsabilité (article 3 § 2 RDIII).

La Cour administrative allemande sursoit à statuer et pose une série de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.), résumées comme suit :

- En cas de retour après un transfert exécuté vers l'Italie, l'Allemagne doit-elle tenir compte des circonstances intervenues postérieurement au transfert ou est-ce que la responsabilité de l'Italie est devenue définitive du fait de l'exécution du transfert ?
- L'Allemagne peut-elle alors procéder à un autre transfert du requérant vers l'Italie sur la base de la première décision, sans réexamen de la situation ? A défaut, l'Allemagne doit-elle initier une nouvelle procédure de reprise en charge dans les délais impératifs posés par les articles 23 et 24 du RD III ? Si oui, le délai de (re)saisine de l'Italie commence à courir à compter de quelle date ? Enfin, quels sont les effets du dépassement du délai de (re)saisine de l'Italie dans le cadre de l'article 24 RD III ?

### B. Éclairage

La C.J.U.E. donne une grille d'interprétation des dispositions du Règlement Dublin III qui trouvent à s'appliquer lorsque qu'un demandeur d'asile, après avoir effectivement exécuté le transfert vers le pays responsable (reprise en charge), revient dans le pays qui a mené la procédure Dublin.

### **1. La prise en compte de circonstances postérieures au transfert, condition de l'effectivité du recours au sens de l'article 27 RD III**

La C.J.U.E. est d'abord interrogée sur la conformité de la législation nationale qui prévoit que le juge national peut apprécier la légalité de la décision de transfert « en fonction de la situation factuelle existant » lors de l'audience ou au moment où il statuera.

La C.J.U.E. se place dans le cadre du droit au recours effectif posé à l'article 27 RD III, lu à la lumière du considérant 19 dudit Règlement. Elle rappelle que cette disposition prévoit que le demandeur de protection internationale dispose d'un droit au recours effectif, sous la forme d'un recours contre la décision de transfert ou d'une révision, en fait et en droit, devant une juridiction.

La Cour insiste sur la portée de ce droit qui doit permettre au demandeur d'accéder à une voie de recours effective et rapide qui lui permette de se prévaloir de « circonstances postérieures à l'adoption du transfert » lorsque cela est déterminant pour la correcte application du Règlement Dublin (C.J.U.E., arrêt du 25 octobre 2017, *Shiri*, C-201/16, EU:C:2017:805).

La Cour conclut que l'article 27 RD III ne s'oppose pas à la législation nationale en cause en ce qu'elle permet à la juridiction saisie d'un recours contre le transfert de prendre en considération « **des circonstances postérieures** non seulement à l'adoption de cette décision, **mais également au transfert de la personne concernée opéré en application de ladite décision** » (§33).

Elle répond aussi sur le fait que **l'exécution du transfert Dublin ne rend pas définitive la responsabilité de l'Etat membre** où le demandeur a été transféré (Italie). D'une part, le Règlement ne prévoit pas expressément que la responsabilité d'un Etat membre serait définitive. D'autre part, certaines dispositions peuvent avoir pour effet de remettre en cause cette responsabilité, notamment en cas de transfert exécuté par erreur ou d'annulation (article 29 RD III) ou en cas de cessation de responsabilité (article 19 RD III).

En l'espèce, la responsabilité de l'Italie n'est pas devenue définitive du fait de l'exécution du transfert (§§35 à 39 et §53) et le juge national doit tenir compte de circonstances intervenues postérieurement au transfert effectif.

Le contrôle juridictionnel porte sur les éléments à la cause le jour où le juge national statue. Il s'agit d'un contrôle de légalité opéré « *ex nunc* » et non pas au jour où la décision de transfert contestée a été prise. Les contours du recours effectif au sens des articles 27 RD III et 47 de [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) se précisent<sup>1</sup>.

### **2. L'exigence d'un réexamen et d'une nouvelle procédure de reprise en charge, après exécution d'un premier transfert (article 24 RD III).**

Le juge national interroge ensuite la Cour sur l'interprétation à donner aux articles 23 et 24 RD III qui définissent la procédure de reprise en charge d'un demandeur d'asile. Dans les circonstances à la cause, doivent-ils être interprétés en ce sens que l'Allemagne peut procéder à un nouveau transfert

---

<sup>1</sup> E. NERAUDAU, « Recours effectif et transfert Dublin : une clarification essentielle de la CJUE quant à l'étendue du contrôle du juge national sur la conformité des transferts Dublin », Newsletter EDEM, janvier 2016.

du demandeur sur le fondement de la décision déjà exécutée ou doit-elle initier une nouvelle procédure de reprise en charge ?

La C.J.U.E. estime que la situation du requérant qui n'a pas introduit de nouvelle demande d'asile à son retour en Allemagne relève des dispositions de l'article 24 RD III. Elle précise que la demande d'asile déposée lors de son premier séjour en Allemagne est considérée comme n'étant plus en cours d'examen dans cet Etat membre (§49). Le recours pendant en appel, qui n'est pas suspensif, ne change pas cette analyse.

L'article 24 RD III prévoit une procédure spécifique et, notamment, des délais impératifs pour solliciter l'Etat responsable. Délais dont l'expiration influe sur la situation du requérant. La C.J.U.E. en déduit qu'il n'est pas possible de transférer ce dernier sur le fondement d'une ancienne décision de transfert exécutée par le passé.

En outre, la Cour rappelle que l'exécution du transfert n'a pas pour effet de rendre définitive la responsabilité de l'Etat requis dans le cadre de la première procédure Dublin (voir *supra* aux §§35 à 39). La Cour estime donc que s'il y a nouveau transfert, la situation du demandeur doit être réexaminée pour vérifier si la responsabilité de l'Etat requis est toujours possible. Elle précise que ce réexamen porte sur les changements intervenus depuis l'adoption de la première décision de transfert (§54).

La juridiction de renvoi demande *in fine* à la Cour de se prononcer sur la question des délais prévus par l'article 24 § 2 RD III. La Cour confirme que l'Etat qui initie une nouvelle procédure de reprise en charge est tenue par ces délais. Elle précise que, dans une situation où la personne est revenue sur le territoire de l'Etat membre requérant après un premier transfert, les délais de saisine (re)commencent à courir dès connaissance par l'Etat requérant du retour de la personne concernée sur son territoire.

Ensuite, au sens de l'article 24 § 2 RD III, le délai de saisine varie fonction du choix de l'Etat d'interroger le système EURODAC (2 mois) ou de se baser sur des éléments autres de preuve (3 mois). La Cour précise, pour ce dernier cas, que le délai ne commence à courir « qu'à compter de la date à laquelle l'Etat membre requérant a connaissance », d'une part, du retour du requérant et, d'autre part, des éléments établissant la responsabilité d'un autre Etat membre (§69).

A défaut de respecter ces délais impératifs, l'Etat requérant devient responsable de la demande d'asile, sous réserve que l'intéressé fasse usage de la faculté d'introduire une nouvelle demande d'asile posée à l'article 24 § 3 RD III. La Cour insiste sur la particularité de cette disposition qui, en cas de dépassement de délai, ouvre la possibilité pour l'intéressé d'introduire une nouvelle demande d'asile (§77).

L'article 23 RD III, qui s'applique au ressortissant tiers de l'UE qui a introduit une nouvelle demande d'asile dans l'Etat où il se trouve, prévoit à l'expiration du délai de saisine une responsabilité automatique de l'Etat requérant en cas de dépassement des délais.

Partant, le pays requérant doit procéder à un réexamen de la situation du demandeur d'asile revenu après transfert Dublin. S'il estime que la responsabilité de la demande d'asile ne lui incombe toujours pas, il doit initier une nouvelle procédure de reprise en charge vers le pays responsable. Il est de nouveau tenu par les délais de la procédure Dublin.

### 3. Pour conclure

Dans la ligne de ses arrêts *Ghezelbash* et *Karim* de juin 2016, la C.J.U.E. revient sur les contours du droit au recours effectif tel que prévu à l'article 27 RD III<sup>2</sup>. La Cour avait donné une clarification importante sur l'étendue du contrôle juridictionnel qui porte aussi sur l'application des critères du Règlement par les Etats membres. Dans son arrêt *Shiri*, d'octobre 2017, la Cour a déjà jugé que le demandeur d'asile doit pouvoir invoquer « des circonstances postérieures à l'adoption de cette décision » de transfert Dublin en vue de garantir une voie de recours effective et rapide. En l'espèce, la Cour précise que le juge national tiendra compte également de circonstances postérieures qui interviendrait **après** « transfert de la personne concernée opéré en application de ladite décision ».

Par cet arrêt, la C.J.U.E. donne aussi sa grille de lecture pour les situations de retour d'un demandeur d'asile après transfert effectif vers le pays responsable, en l'espèce l'Italie. Cette grille de lecture intervient dans une période marquée par une actualité italienne toute particulière qui laisse présager que les questions du juge allemand ne sont pas isolées. En effet, cet arrêt est intervenu à une période où certains demandeurs d'asile ont effectivement été transférés vers l'Italie, comme en l'espèce, mais sont revenus dans le pays ayant mené la procédure Dublin. Certains demandeurs d'asile s'étant même vu notifier une obligation de quitter le territoire italien lors de leur transfert Dublin, sans examen de leur demande d'asile. Confronté à une telle situation, le Conseil d'Etat français a jugé, en mai dernier, que le refus des autorités françaises d'enregistrer la demande d'asile doit être regardé comme portant une atteinte grave et manifestement illégale au droit de solliciter l'asile<sup>3</sup>.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** C.J.U.E., arrêt du 25 janvier 2018, Hasan, C-360/16, EU:C:2018:35.

#### Jurisprudence :

- C.J.U.E., arrêt du 7 juin 2016, Karim, C-155/15, EU:C:2016:410 ;
- C.J.U.E., arrêt du 26 juillet 2017, Tsegezb Mengesteab, C-670/16, EU:C:2017:587 ;
- C.J.U.E., arrêt du 25 octobre 2017, Shiri, C-201/16, EU:C:2017:805.

#### Doctrine :

- E. NERAUDAU, « Recours effectif et transfert Dublin : une clarification essentielle de la CJUE quant à l'étendue du contrôle du juge national sur la conformité des transferts Dublin », Newsletter EDEM, janvier 2016.

**Pour citer cette note :** E. NERAUDAU, « Retour du demandeur d'asile après un transfert Dublin exécuté : la responsabilité de l'Etat désigné n'est pas définitive et les circonstances postérieures au transfert doivent être prises en compte », *Cahiers de l'EDEM*, août 2018.

<sup>2</sup> Pour accéder aux arrêts de la C.J.U.E. en matière d'asile, dont Dublin, voyez le site : [www.europeanmigrationlaw.eu](http://www.europeanmigrationlaw.eu). Pour des commentaires des arrêts de la C.J.U.E. en matière de procédure Dublin, voyez notamment *Les Cahiers de l'EDEM*.

<sup>3</sup> Voyez : C.E. (France), 29 mai 2018, n° 420 439

## 2. CCE, 8 MAI 2018, N° 203 685

***La décision de prolongation du délai de transfert sous le Règlement Dublin III est une décision administrative attaquable devant le Conseil du contentieux des étrangers.***

Matthieu Lys

### A. Arrêt

Le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après : C.C.E.) est saisi d'une requête, introduite le 10 août 2017, visant à obtenir la suspension et l'annulation d'une décision « tot verlenging van het akkoord voor (Dublin)-overdracht » (traduction littérale : la décision « de prolongation de l'accord en vue du transfert Dublin »).

Il s'agit d'un demandeur d'asile, de nationalité ghanéenne, qui a introduit une demande d'asile en Belgique le 21 novembre 2016, après avoir préalablement demandé la protection internationale de l'Italie le 16 juin 2015.

Le 2 décembre 2016, l'Office des étrangers (ci-après : O.E.) demande aux autorités italiennes de reprendre en charge le requérant, sur base de l'article 18, §1<sup>er</sup>, b) du [Règlement Dublin III](#) (ci-après : RD III).

Les autorités italiennes n'ont pas répondu à cette demande dans le délai d'un mois prescrit par l'article 15 du RD III. L'O.E. confirma aux autorités italiennes le dépassement du délai par courrier du 27 janvier 2017. À la même date, le requérant reçoit une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire (annexe 26<sup>quater</sup>). Le 21 février 2017, le requérant introduit un recours auprès du C.C.E. contre cette décision.

Le 2 juin 2017, alors que le demandeur d'asile est toujours sur le territoire belge, l'O.E. adresse un nouveau courrier aux autorités italiennes, dans lequel il informe ces dernières que le requérant est considéré comme étant en fuite, et que, dès lors, le délai de 6 mois prévu à l'article 29, §1<sup>er</sup> du RD III doit être prolongé à 18 mois, sur base du paragraphe 2 du même article.

L'article 29, §1<sup>er</sup> du RD III prévoit en effet, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que :

*« Le transfert du demandeur ou d'une autre personne visée à l'article 18, paragraphe 1, point c) ou d), de l'État membre requérant vers l'État membre responsable s'effectue conformément au droit national de l'État membre requérant, après concertation entre les États membres concernés, dès qu'il est matériellement possible et, au plus tard, dans un délai de six mois à compter de l'acceptation par un autre État membre de la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou de la décision définitive sur le recours ou la révision lorsque l'effet suspensif est accordé conformément à l'article 27, paragraphe 3. »*

Lorsqu'un demandeur d'asile est considéré comme « en fuite », l'article 29, §2 du RD III prévoit en effet que :

*« Si le transfert n'est pas exécuté dans le délai de six mois, l'État membre responsable est libéré de son obligation de prendre en charge ou de reprendre en charge la personne concernée et la responsabilité est alors transférée à l'État membre requérant. Ce délai peut être porté à un an*

*au maximum s'il n'a pas pu être procédé au transfert en raison d'un emprisonnement de la personne concernée ou à dix-huit mois au maximum si la personne concernée prend la fuite. »*

Le 18 juillet 2017, le C.C.E. rend un arrêt suite au recours introduit contre l'annexe 26*quater*, dans lequel il constate que le délai de transfert de 6 mois prévu par l'article 29, §1<sup>er</sup> du RD III est en principe expiré, et décide de rouvrir les débats pour permettre aux parties de donner leur point de vue quant à ce.

Le 28 juillet 2017, un fonctionnaire de l'O.E. écrit, en réponse à un courrier de l'avocat du demandeur d'asile, que « 'de verlenging van het akkoord voor de overdracht' naar Italië terecht is genomen » (traduction littérale : que « la prolongation de l'accord pour le transfert vers l'Italie a été décidée de manière correcte »). L'O.E. considère que l'accord de l'Italie en vue du transfert vaut désormais jusqu'au 3 juin 2018.

Le 10 août 2017, le demandeur d'asile introduit un recours auprès du C.C.E. contre cette décision de « prolongation de l'accord pour le transfert vers l'Italie ».

Le conseil du requérant avait demandé que les deux causes soient jointes : le recours introduit contre l'annexe 26*quater* et le recours introduit contre la décision de prolongation du délai de transfert. Cette demande a été refusée par le C.C.E., qui a considéré qu'il devait d'abord décider en chambres réunies si la décision de prolongation du délai de transfert vers l'Italie était, ou non, une décision attaquant devant le Conseil.

Le C.C.E. structure son analyse en trois points :

- 1) Il s'attache tout d'abord à circonscrire précisément l'objet du recours ;
- 2) Il analyse ensuite la recevabilité du recours ;
- 3) Il juge enfin le fond de l'affaire.

### **1. L'objet du recours**

On l'a dit : le recours est introduit contre une « décision de prolongation de l'accord pour un transfert en exécution du Règlement Dublin » ou, en d'autres termes, une décision de prolongation du délai de transfert de 6 à 18 mois en vertu de l'article 29, §2 du Règlement Dublin III.

Le C.C.E. considère que **ni** le courrier adressé par l'O.E. aux autorités italiennes le 2 juin 2017, dans lequel il informait ces dernières de la prolongation du délai de 6 à 18 mois, **ni** le courrier du 28 juillet 2017 adressé par l'O.E. à l'avocat du requérant, ne constituent l'objet du recours.

Le C.C.E. considère en effet que le courrier adressé par l'O.E. aux autorités italiennes ne constitue que la communication à ces dernières d'une décision préexistante, prise par les autorités belges, de prolongation du délai de 6 à 18 mois en raison de la fuite du requérant. Pour le C.C.E., il s'agit là d'une décision implicite, non écrite, mais existant nécessairement avant la communication par l'O.E. à l'Italie de la prolongation du délai de transfert.

Le C.C.E. rappelle alors qu'un recours peut certainement être introduit contre une décision implicite et non écrite, si son existence apparaît clairement des données de la cause, comme c'est le cas en l'espèce.

## 2. La recevabilité du recours

Pour l'état belge, la décision de prolongation du délai de transfert vers l'Italie ne constituerait pas une décision administrative attaquable devant le C.C.E., mais uniquement une mesure d'exécution de la décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire – l'annexe 26<sup>quater</sup>.

Le C.C.E. suit le raisonnement du requérant et, sur ce point, donne tort à l'état belge. Le C.C.E. considère qu'il s'agit bien d'une décision administrative attaquable devant lui. Après avoir rappelé la jurisprudence du Conseil d'état, il affirme qu'une décision de prolongation du délai de transfert en vertu du RD III constitue bien une décision administrative individuelle qui, étant susceptible d'affecter la situation juridique d'une personne, emporte des effets juridiques. Le C.C.E. rappelle à cet égard que, l'état belge n'étant pas obligé de prendre une décision de prolongation du délai de transfert, même en cas de fuite avérée, il met en œuvre une compétence discrétionnaire, et ne se borne pas à prendre une mesure d'exécution d'une annexe 26<sup>quater</sup> préalablement notifiée. Le C.C.E. lève toute ambiguïté quant au fait que seul l'état belge est à même de constater qu'un demandeur d'asile sur son territoire est en fuite ou ne l'est pas. C'est donc bien lui, état requérant, qui prend la décision de prolongation du délai de transfert.

Il est intéressant de souligner que, outre la jurisprudence classique du Conseil d'état, le C.C.E. ancre sa position dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : C.J.U.E.) relative au RD III, et en particulier les arrêts *Majid Shiri* du 25 octobre 2017 et *Ghezelbash* du 7 juin 2016 (voy. *infra*).

## 3. L'obligation de motivation et de communication des motifs des décisions administratives, une composante du principe général du respect des droits de la défense

Après avoir rappelé l'interprétation donnée par la C.J.U.E. des articles 41 et 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, le C.C.E. insiste sur l'obligation, pour l'état belge, d'indiquer dans sa décision les motifs qui les sous-tendent. Cette obligation fait partie intégrale du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union.

En l'espèce, le C.C.E. rappelle que la C.J.U.E. n'a pas encore donné d'interprétation de la notion de « fuite » au sens de l'article 29, §2 du RD III. Il faudra pour cela sans doute attendre l'issue de l'affaire C-163/17, *Abubacarr Jawo c. Allemagne*, question préjudicielle actuellement pendante devant la Cour et portant entre autres sur cette question.

Le C.C.E. rappelle ici qu'il a déjà clairement établi, dans sa jurisprudence, que le dépassement du délai de 6 mois prévu à l'article 29, §1<sup>er</sup> du RD III entraînait un transfert de responsabilité vers l'état membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile, citant le considérant 39 de l'arrêt *Shiri* précité (C-201/16).

En conséquence, lorsque l'état qui requiert le transfert d'un demandeur d'asile, en application du RD III, considère que le délai de transfert peut être porté à 18 mois au lieu des 6 normalement prévus, il utilise son pouvoir d'appréciation et doit prendre une nouvelle décision.

Considérer qu'un demandeur d'asile est en « fuite » suppose nécessairement, pour le C.C.E., que l'O.E. ait examiné toute une série d'éléments factuels et/ou de comportements du demandeur d'asile

dont ressortirait, à son avis, une volonté de se cacher des autorités<sup>1</sup>. Ce faisant, l'O.E. dispose d'une réelle marge d'appréciation. C'est précisément pour cette raison que le C.C.E., rappelant les principes bien établis dans l'arrêt *Boujlida* de la C.J.U.E., considère que, au vu du principe général de bonne administration et du respect des droits de la défense, de telles décisions de prolongation du délai de transfert à 18 mois doivent être motivées pour offrir au demandeur d'asile concerné la possibilité d'en contester la légalité devant un juge, qui doit pouvoir exercer un contrôle complet de la validité de ces décisions.

Il est intéressant de noter que le C.C.E. applique au cas d'espèce un des principaux enseignements de l'arrêt *Mahdi* de la C.J.U.E., relatif aux décisions de prolongation de la détention, en insistant sur l'obligation de formalisation **écrite** des motifs d'une décision de prolongation de transfert Dublin, même si l'article 29 du RD III n'impose pas qu'une telle décision soit formalisée par écrit. Il s'agit bien d'une application par analogie des enseignements de l'arrêt *Mahdi*, le C.C.E. insistant également sur l'importance pour le requérant de connaître les motifs d'une telle décision.

Le C.C.E. constate qu'en l'espèce, s'agissant d'une décision implicite et non communiquée au requérant, l'état belge reste en défaut d'avoir communiqué par écrit au requérant les motifs de la prolongation du délai de transfert à 18 mois, en violation du droit de l'Union, et plus spécifiquement du principe général de bonne administration et de l'obligation de motivation.

En conséquence, le C.C.E. annule la décision attaquée.

## B. Éclairage

L'arrêt commenté vient encadrer à bon escient l'application de l'article 29, §2 du RD III, qui faisait l'objet d'une pratique contestable de l'O.E. L'intérêt dans l'arrêt commenté tient en trois points :

- 1) La confirmation du fait que les décisions de prolongation du délai de transfert en exécution du RD III sont des décisions administratives attaquables devant le C.C.E. ;
- 2) L'exigence de formalisation écrite de telles décisions administratives de prolongation du délai de transfert en application du RD III ;
- 3) L'ancrage du raisonnement du juge dans le principe général de droit de l'Union du respect des droits de la défense, et le rappel de deux fils rouges importants de la jurisprudence luxembourgeoise relative au RD III : l'objectif de célérité dans la détermination de l'état responsable de la demande d'asile et l'effectivité des recours qui doivent exister en droit interne pour contester toute application erronée des dispositions du RD III.

### 1. Une décision administrative attaquable devant le C.C.E.

Dans un précédent commentaire publié dans ces *Cahiers*<sup>2</sup>, nous avons pointé les nombreux problèmes que soulevait la prise par l'O.E. de décisions de prolongation du délai de transfert en exécution du RD III : absence de transparence, absence de notification, absence de motivation, etc.

---

<sup>1</sup> Le terme néerlandais utilisé au paragraphe 2 de l'article 29 du RD III est « onderduiken », ce qui signifie « se cacher » et non précisément être en fuite.

<sup>2</sup> J. HARDY et M. LYS, « Le contrôle juridictionnel de la décision de prolongation du délai de transfert sous le Règlement Dublin III », *Cahiers de l'EDEM*, août 2017, pp. 3 et 7.

Nous affirmons, à l'occasion de ce commentaire, que les décisions de prolongation du délai de transfert « Dublin » font partie des « décisions individuelles prises en application des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers » à l'encontre desquelles un recours de légalité devait pouvoir être introduit devant le C.C.E.

Le C.C.E. confirme, dans l'arrêt commenté, que de telles décisions constituent bel et bien des décisions administratives attaquables devant lui.

Une décision de prolongation du délai de transfert répond en effet à la définition de ce qu'est une « décision administrative », soit un acte unilatéral produisant des effets juridiques, ou empêchant de tels effets de se produire<sup>3</sup>, un acte « qui affecte l'ordonnement juridique »<sup>4</sup>.

En outre, le C.C.E. insiste sur le fait que, le transfert de la compétence à la Belgique à l'échéance du délai de 6 mois s'opérant sans qu'une nouvelle décision ne doive être prise (C.C.E., 26 mai 2016, n° 168 413 ; CCE, 14 avril 2016, n° 165 833), une décision prolongation du délai de transfert à 18 mois implique forcément l'usage d'une marge d'appréciation par les autorités belges, empêchant de telles décisions de pouvoir être considérées comme des mesures de simple exécution d'une annexe 26<sup>quater</sup> préexistante.

En d'autres termes, le C.C.E. confirme bien que la prolongation du délai de transfert résulte de la mise en œuvre d'une compétence *facultative* de la partie défenderesse, qui doit faire valoir une situation de « fuite ».

La décision de prolongation du délai de transfert, constitue donc bel et bien une décision administrative attaquable devant lui.

Cette décision de prolongation du délai de transfert est, en l'espèce, implicite et non écrite, mais le C.C.E. rappelle que cela n'empêche nullement d'introduire un recours auprès de lui.

## **2. L'exigence d'une formalisation écrite des décisions de prolongation du délai de transfert en application du RD III**

Toujours dans le même commentaire précédemment publié dans ces *Cahiers*<sup>5</sup>, nous avons souligné que, en pratique, les décisions de prolongation du délai de transfert prises en exécution du RD III ne sont jamais notifiées au demandeur d'asile, alors qu'elles devraient l'être en vertu de l'article 62, §§2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Nous plaidions pour une notification en bonne et due forme de ces décisions, dans un souci de respect du contradictoire, du respect des droits de la défense et du respect de l'égalité des armes.

Il semble que le C.C.E. valide cette attente. Nous avons en effet rappelé *supra* que le C.C.E. applique au cas d'espèce un des principaux enseignements de l'arrêt *Mahdi* de la C.J.U.E., relatif aux décisions de prolongation de la détention, en insistant sur l'obligation de formalisation **écrite** des motifs d'une décision de prolongation de transfert « Dublin ». Il s'agit là, pour le C.C.E., de la seule façon de

<sup>3</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 457 ; C.C.E., 17 février 2010, n° 38 841 ; C.C.E., 29 avril 2010, n° 42 563 ; C.C.E., 13 octobre 2009, n° 32 609.

<sup>4</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 25 ;

<sup>5</sup> J. HARDY et M. LYS, *op. cit.*, pp. 7-8.

respecter le principe général de droit européen de bonne administration et de motivation des décisions, de même que les droits de la défense des demandeurs d'asile.

Une telle exigence s'ancrant dans le respect de droits procéduraux fondamentaux, il devrait logiquement en découler, dans le chef de l'O.E., une obligation de notification de cette décision à l'étranger concerné. Le fait que l'étranger puisse être considéré comme « en fuite » par l'administration, ne permet pas à celle-ci d'échapper à cette obligation, l'O.E. étant très régulièrement informé des changements de lieux de résidence de l'étranger, ou le domicile élu pouvant se faire chez son avocat.

En tout état de cause, il n'est pas inutile de rappeler ici que l'absence de notification d'une telle décision entraîne l'absence de point de départ du délai de recours, conformément à la règle consacrée par l'article 2, 4<sup>e</sup> de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

### **3. Une exigence forte du respect des droits procéduraux des demandeurs d'asile**

Il est frappant de constater, dans l'arrêt commenté, que le C.C.E. ancre tout son raisonnement, dans le droit de l'Union européenne, et ce à deux niveaux.

D'une part, l'arrêt rappelle la grande attention portée par le droit de l'Union européenne aux droits procéduraux des demandeurs d'asile, dont le plus central est peut-être le principe général du respect des droits de la défense. Les références nombreuses à la jurisprudence de la C.J.U.E., et singulièrement aux arrêts *Boujlida* et *Mahdi*, sont éclairantes à cet égard.

D'autre part, le C.C.E. procède à une lecture des dispositions du RD III au travers des fils rouges transversaux dégagés par la jurisprudence luxembourgeoise : l'exigence de célérité dans la détermination de l'état responsable du traitement d'une demande d'asile sans sacrifier la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile, et l'exigence d'un recours effectif pouvant efficacement remédier à toute application incorrecte des dispositions du RD III.

La Cour de Luxembourg a en effet déjà rappelé que le droit à un recours effectif prévu dans le Règlement (art. 27) devait permettre de « vérifier si les critères de responsabilité fixés par le législateur de l'Union ont été correctement appliqués », et que « le législateur de l'Union n'a pas entendu sacrifier la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à l'exigence de célérité dans le traitement des demandes d'asile » (C.J.U.E., arrêt du 29 janvier 2009, *Petrosian*, C-19/08, EU:C:2009:41 ; C.J.U.E., arrêt du 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab*, C-670/16, EU:C:2017:587). Elle a en outre eu l'occasion d'insister sur la « protection octroyée aux demandeurs, celle-ci étant notamment assurée par une protection juridictionnelle effective et complète », que le Règlement prévoit en « garantissant, notamment, la possibilité d'introduire un recours contre une décision de transfert prise à son égard, pouvant porter sur l'examen de l'application de ce règlement, y compris le respect des garanties procédurales prévues par ledit règlement (C.J.U.E., arrêt du 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab*, C-670/16, EU:C:2017:587 ; C.J.U.E., arrêt du 7 juin 2016, *Karim*, C-155/15, EU:C:2016:410, point 22 ». La Cour précise encore dans sa jurisprudence que les « procédures de prise en charge et de reprise en charge qui doivent obligatoirement être conduites en conformité avec les règles énoncées, notamment, au chapitre VI dudit règlement » qui doivent « être menées dans le respect d'une série de délais impératifs » (C.J.U.E., arrêt du 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab*, C-670/16, EU:C:2017:587).

Dans l'arrêt commenté, le C.C.E. a tiré à cet égard les enseignements de l'arrêt [Ghezelbash](#) du 7 juin 2016, en considérant que le droit au recours effectif, prévu à l'article 27 du RD III, implique qu'un demandeur d'asile doit pouvoir invoquer, dans le cadre d'un recours, l'application erronée de ce Règlement à sa situation factuelle et juridique personnelle.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** [C.C.E., 8 mai 2018, n° 203 685.](#)

#### Doctrine :

- J. HARDY et M. LYS, « Le contrôle juridictionnel de la décision de prolongation du délai de transfert sous le Règlement Dublin III », *Newsletter EDEM*, août 2017 ;
- M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017.

**Pour citer cette note :** M. LYS, « La décision de prolongation du délai de transfert sous le Règlement Dublin III est une décision administrative attaquable devant le Conseil du contentieux des étrangers », *Cahiers de l'EDEM*, août 2018.

### 3. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, TRUMP V. HAWAII, 585 (2018)

***Entry restrictions to the United States against nationals of eight predominantly Muslim countries: The President is within his authority to act based on national security concerns.***

*Jack Mangala*

#### **A. Background**

Since 2017, President Trump has issued three executive orders intended to place entry restrictions on nationals of a number of overwhelmingly Muslim countries. The order under scrutiny at the court was the latest of the three. It was issued in the form of a Presidential Proclamation on September 24, 2017.

Shortly after taking office, President Trump signed, on January 27, 2017, [Executive Order 13769](#), *Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States*. The order imposed a 90-day ban on the entry into the United States of citizens from seven predominantly Muslim countries—Iran, Iraq, Libya, Syria, Somalia, Sudan and Yemen. The order also put a 120-day hold on the admission of refugees, while carving out an exception for religious minorities. The enforcement of this executive order was however blocked by lower federal courts.

In light of these legal setbacks, the President decided to supersede the first executive order with [Executive Order 13780](#) issued on March 6, 2017, which was, in many respects, similar although identical, to the first order. Invoking investigative burdens on agencies and the need to diminish the risk that dangerous individuals would enter without adequate vetting, the second order also imposed a temporary (90 days) ban on the entry of citizens from six of the seven countries (with the exception of Iraq<sup>1</sup>) included in the first order, pending completion of a worldwide review. It is worth noting that, unlike the first executive order, the second suspended the entry of refugees without any exceptions. The order explained that the concerned countries had been selected because each “is a state sponsor of terrorism, has been significantly compromised by terrorist organizations, or contains active conflict zones.” The second order was immediately challenged in court. The District Courts for the Districts of Maryland and Hawaii entered nationwide preliminary injunctions barring enforcement of the entry suspension. Those injunctions would be upheld by the United States Courts of Appeals for the Fourth Circuit in *IRAP v. Trump*, and by the Ninth Circuit in *Hawaii v. Trump*.

On June 26, 2017, the Supreme Court of the United States granted the Government’s petition for certiorari in its appeal of the Fourth and Ninth Circuit decisions upholding injunctions against the temporary travel restrictions. In so doing, the Court also significantly narrowed the scope of the injunctions, allowing the entry restrictions to go into effect with respect to foreign nationals who lacked a “credible claim of a bona fide relationship” with a person or entity in the United States. The temporary entry restrictions in the second executive order expired before the Supreme Court took any action. Consequently, the Court vacated as moot the lower court decisions in *Trump v. IRAP*, and *Trump v. Hawaii*.

---

<sup>1</sup> Iraq was removed from the list because of its special relation with the U.S.

On September 24, 2017, after completion of the worldwide review as directed in the second executive order, President Trump issued Presidential [Proclamation 9645](#), *Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats*. The Proclamation is often referred to as the third executive order. As its title indicates, the stated purpose of the Proclamation was to improve vetting procedures by identifying ongoing deficiencies in the information needed to assess whether national of particular countries present “public safety threats.” Based on the national security assessment and recommendations from the worldwide review, President Trump placed entry restrictions on certain specified nationals of eight countries whose systems for managing and sharing information about their nationals the President deemed inadequate: Chad (which would later be removed from the list<sup>2</sup>), Iran, Libya, North Korea, Somalia, Syria, Venezuela, and Yemen.

Soon thereafter, the State of Hawaii, three individual plaintiffs, and the Muslim Association of Hawaii challenged the Proclamation—except as applied to North Korea and Venezuela — in the United States Court District of Hawaii, which had previously enjoined the restrictions in the second executive order. The plaintiffs’ challenge focused on two important grounds. First, they argued that the Proclamation contravened provisions of the Immigration and Nationality Act (INA). More specifically, they claimed that President Trump had not provided sufficient justification that the entry of the affected individuals would be detrimental to the national interest under section 1182(f) of the INA. The plaintiffs further asserted that the Proclamation improperly discriminated against the affected individuals on the basis of nationality, which was prohibited by the INA. Second, the plaintiffs contended the entry restrictions against the six predominantly Muslim countries violated the Establishment Clause of the First Amendment, because it was motivated not by concerns pertaining to national security but by animus toward Islam.

The District Court sided with the plaintiffs and granted a nationwide preliminary injunction barring enforcement of the entry restrictions. The Court of Appeals affirmed the District Court decision, agreeing with its conclusions about section 1182(f) and section 1152 (1) (A) in *Hawaii v. Trump*. Specifically, the Ninth Circuit reasoned that the Proclamation “conflicts with the INA’s finely reticulated regulatory scheme” by addressing “matters of immigration already passed upon by Congress.” The Ninth Circuit also determined that the entry restrictions contravened the prohibition on nationality-based discrimination in the issuance of immigrant visas. It is worth noting that the court did not reach the plaintiffs’ Establishment Clause Claim. The Government appealed the Ninth Circuit’s decision to the Supreme Court of the United States. On January 22, 2018, Court granted certiorari, agreeing to hear the case.

## **B. Ruling**

Writing for the majority, Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court, which substantively rejected the plaintiffs’ three main contentions.

First, Chief Justice Roberts rejected the plaintiffs’ argument that the September 2017 Presidential Proclamation exceeded the President’s authority under federal immigration laws. Contrary to the

---

<sup>2</sup> Chad’s inclusion infuriated the country’s government, which has been a key U.S. ally in the fight against terror in the Sahel and North Africa.

plaintiffs' interpretation, he noted that section 1182(f) of the INA "exudes deference to the President in every clause", giving him "broad discretion to suspend" the entry of noncitizens into the United States. Under this provision, the Chief Justice reasoned, the President is fully within his authority to block noncitizens from coming to the United States if he determines that such an entry "would be detrimental to the interests of the United States." Looking at the facts of the case, he noted that the President had done just that because the Proclamation was the outcome of a "worldwide, multi-agency review" that concluded the entry restrictions were necessary to prevent foreign nationals from coming to the United States from countries that did not share enough information about their citizens so as to allow U.S. immigration officials to conduct a proper vetting. For Chief Justice Roberts, "the language of section 1182 is clear, and the Proclamation does not exceed any textual limit on the President's authority."

Second, the majority rejected the plaintiffs' claim under section 1152(a) (1) (A) of the INA, which provides, "no person shall...be discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person's race, sex, nationality, place birth, or place of residence." The plaintiffs' argument was based on the assertion that section 1152 (a) (1) (A) applies to the initial question of whether a visa applicant is eligible for admission and then to the question of whether the applicant, having obtained a visa, may enter the country. The majority rejected the plaintiffs' argument wholesale, finding that "it ignores the basic distinction between admissibility determinations and visa issuance that runs throughout the INA." Analyzing sections 1182 (f) and 1152 (a) (1) (A), the majority concluded that the plaintiffs' reading of these provisions was erroneous because the two sections "operate in different spheres..." Section 1182(f) of the INA "defines the universe of aliens admissible into the United States (and therefore eligible to receive a visa)", while section 1152(a) (1) (A) "prohibits discrimination in the allocation of immigrant visas based on nationality and other traits." The Court noted as significant that section 1152(a) (1) (A) addresses only the issuance of immigrant visas, not eligibility for admissibility or entry. Ultimately, noted the Court, had Congress wanted section 1152(a) (1) (A), which was codified in 1965, to constrain the President's authority under section 1182 (f), "it could have easily chosen language directed to that end." Furthermore, the majority observed that prior proclamations issued by other presidents (Ronald Reagan and Jimmy Carter) suspended entry to the United States on the basis of nationality. The majority concluded that "common sense and historical practice confirm" the inapplicability of section 1152(a) (1) (A) to section 1182 (f) of the INA.

Finally, the majority addressed the plaintiffs' contention that the Proclamation violated the Constitution establishment clause, which reads in part as follows: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof." The plaintiffs argued that the President's Proclamation violated the Establishment Clause in that it singled out Muslims for disfavored treatment. They pointed to the fact that most of the affected countries were majority Muslim, and that the information-sharing baseline criteria suggested that the results of the multi-agency review were "foreordained." For the plaintiffs, the President's own statements both before and during the presidential campaign, and after the elections, and that of his closest aides, calling, for example, for "a total and complete shutdown of Muslims entering the United States" or referring to a "Muslim ban" clearly demonstrated that the President's intent in issuing this new policy. Religious animus, not national security concerns as claimed by the Administration, was the primary purpose of the Proclamation. While noting that several of Mr. Trump's statements, which

the plaintiffs claimed showed bigotry and hostility toward Muslims, the majority concluded nonetheless that the Proclamation “is facially neutral toward religion”, a point that the plaintiffs themselves did not contest. However, the plaintiffs asked the Court to look behind the facial justifications for the entry restrictions in order to judge the sincerity of those justifications, something that the majority refused to do. In reference to the President’s statements, the majority noted, “the issue before us is not whether to denounce the statements”; rather the issue was “the significance of those statements in reviewing a Presidential directive, neutral on its face, addressing a matter within the core of executive responsibility.” In doing so, stated the majority, “we must consider not only the statements of a particular President, but also the authority of the Presidency itself.”

In light of the above arguments, the majority concluded, “the Government has set forth a sufficient national security justification to survive rational basis review. We express no view on the soundness of the policy. We simply hold today that plaintiffs have not demonstrated a likelihood of success on the merits of their constitutional claims.” The Court then decided to reverse the judgment of the Court of Appeals and to remand the case for further proceedings consistent with its opinion, thus landing the Trump Administration what most analysts consider “a major victory” both legally and politically<sup>3</sup>.

### C. Discussion

The Court’s ruling is significant in many ways. First, it has put to rest, at least for now, a cascade of court challenges to the travel ban Mr. Trump has battled since the first days of his Administration. The Court has upheld the President’s ample statutory authority to restrict entry to the United States of noncitizens based on national security justifications. The Court’s opinion followed a long line of Supreme Court decisions that have applied a deferential standard of review to decisions regarding the admission and exclusion of foreign nationals. It will have broader effects in how courts review similar challenges in the future. Second, it is important to underscore the fact that this decision was adopted along the Court’s ideological fault line with the five ‘conservatives’ in the majority and the four ‘liberals’ in the minority. Such a clear contrast seems to suggest that the question is not fully settled in the legal landscape and a change in the Court’s majority could possibly lead to a different outcome in the future. It is important however to note that the four dissenting Justices did not, for the most part, address the arguments put forward by the majority in rejecting the plaintiffs’ contentions. The dissenting opinions authored by Justice Breyer and Justice Sotomayor made important and passionate points that did not get to the heart of issues at hand in this case. In her dissent, which was joined by Justice Ginsburg, Justice Sotomayor complained that the majority’s decision “leaves undisturbed a policy first advertised openly and unequivocally as a ‘total and complete shutdown of Muslims entering the United States’ because the policy now masquerades behind a façade of national-security concerns.” In sharper words, she lamented that majority’s decision helped the President’s policy “by ignoring the facts, misconstruing our legal precedent, and turning a blind eye to the pain and suffering the Proclamation inflicts upon countless families and individuals, many of whom are United States citizens.” Third, in the age of tweets and instant communication, one interesting question raised by this case had to do with the disconnection between an order, neutral of its face, and President Trump’s statements before and after entering

---

<sup>3</sup> See A. LIPTAK and M. SHEAR, “Trump’s Travel Ban Is Upheld by the Supreme Court”. *The New York Times*, June 26, 2018.

office in relation to the travel ban. Even though these statements clearly expressed hostility toward Muslims and, as Justice Sotomayor put it in her dissent, “a reasonable observer would conclude that the Proclamation was motivated by anti-Muslim animus,” the majority did not ultimately find it necessary to address the President’s statements because it concluded that the Proclamation provided a rational basis for the entry restrictions. For the majority, these statements were irrelevant in adjudicating the matter because the case was not about the current occupant of the White House but, more broadly, about the Constitutional office of the Executive. If one leaves aside President Trump’s anti-Muslim statements, the plaintiffs were simply not able to convince the Court that, as construed, the Presidential Proclamation in question had violated the INA or the U.S. Constitution.

#### D. Suggested reading

**Lire l’arrêt :** [Trump v. Hawaii, 585 \(2018\)](#)

##### **Doctrine :**

-F. MAROUF, Ph. TORREY and S. ARDALAN, “[The Overlooked Legal Challenge to Trump’s Travel Ban](#)”. *Harvard Law Review*, April 23, 2018 ;

-S. PIERCE and D. MEISSNER, “[Trump Executive Order on Refugees and Travel Ban](#)”. *Migration Policy Institute Issue Brief*, February 2017.

**To quote this contribution:** J. MANGALA, “Entry restrictions to the United States against nationals of eight predominantly Muslim countries: The President is within his authority to act based on national security concerns”, *Cahiers de l’EDEM*, août 2018.