

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).

La nouvelle édition du cours '**Regards croisés sur les migrations**', est en ligne !

Il s'agit d'un cours gratuit, interdisciplinaire, destiné aux étudiants mais aussi à toute personne intéressée par les questions migratoires. Six disciplines sont impliquées (anthropologie, démographie, droit, économie, sociologie et psychologie), offrant des regards croisés pour comprendre les enjeux des migrations et leur impact ! Rejoignez-nous pour suivre ce cours : <https://www.edx.org/course/regards-croises-sur-les-migrations>

#### À vos agendas !

**Demi-journée de formation sur l'immigration économique le jeudi 7 novembre 2019.** Au programme, présentation et discussion des réformes législatives récentes : procédure « permis unique », régionalisation, transposition des directives européennes. Pour plus d'informations, cliquez [ici](#).

Par ailleurs, nous vous proposons **trois évènements culturels** pour les mois à venir :

- du 8 au 12 octobre 2019, Salle de l'Œil vert au théâtre de Liège, [Sortir du noir](#), avec Noma Omran, réalisation de Mary Jimenez et Bénédicte Liénard.
- le 24 octobre 2019: **BY THE NAME OF TANIA** première à LLN (Cinescope: 20h) du nouveau film de Bénédicte Liénard (*artiste en résidence à l'UCLouvain 2018-2019*) et de Mary Jimenez. Sarah Sépulchre (UCL-COMU) a écrit le dossier de presse et animera le débat.
- le 20 novembre 2019, [Vita Siyo Muchezo](#) au [Théâtre national](#), spectacle sur l'industrie de la paix de Frédérique Lecomte.

Ce mois-ci, nous avons le plaisir d'avoir comme contributrice **Mathilde Hardt**. Mathilde vient de terminer son master en droit à l'UCLouvain et a obtenu le prix Jacques Falys de la faculté de droit pour son mémoire : « *Les difficultés d'appréhension et espaces d'instrumentalisation de la lutte contre l'immigration irrégulière. Procès des douze : qui incrimine-t-on ?* ». Dans cette édition des Cahiers de l'EDEM, elle revient sur ce procès et commente la décision du tribunal de 1<sup>ère</sup> instance francophone de Bruxelles.

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)

#### 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)]  
Eleonora Frasca [[eleonora.frasca@uclouvain.be](mailto:eleonora.frasca@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)]  
Matthias Petel [[matthias.petel@uclouvain.be](mailto:matthias.petel@uclouvain.be)]  
Géraldine Renaudière [[geraldine.renaudiere@uclouvain.be](mailto:geraldine.renaudiere@uclouvain.be)]  
Sylvie Sarolea [[sylvie.sarolea@uclouvain.be](mailto:sylvie.sarolea@uclouvain.be)]  
Alice Sinon [[alice.sinon@uclouvain.be](mailto:alice.sinon@uclouvain.be)]  
Lilian Tsourdi [[evangelia.tsourdi@uclouvain.be](mailto:evangelia.tsourdi@uclouvain.be)]



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

## Sommaire

1. CJEU (grand chamber), Judgment of 29 July 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626 – Rule of law concerns regarding systems of judicial review in asylum cases: on the binding effect of judicial decision and the fundamental right to an effective remedy. *Eleonora Frasca* ..... 4

Common procedures for granting international protection — Directive 2013/32/EU — Article 46(3) Directive 2013/32/EU — Full and *ex nunc* examination — Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union — Right to an effective remedy — Extent of the powers of the first-instance court or tribunal — No power to vary — Refusal by the competent administrative or quasi-judicial body to comply with a decision of that court or tribunal.

*With the Torubarov ruling, the CJEU clarifies that, in asylum procedures, the mechanism of judicial review of unlawful decisions on international protection which consist of referral back to the administrative authority, in cases where the authority do not comply with the judicial decision, can deprive applicants of their right to an effective remedy. Having Article 46(3) of Directive 2013/32 read in conjunction with Article 47 of the Charter direct effect, the national Court must substitute its own decision from the one of the administrative authorities, disapplying as necessary the national law that would prohibit it from proceeding in that way, thus granting protection.*

2. Cour Constitutionnelle, arrêts n°111 et 112/2019 du 18 juillet 2019 – Retrait du droit au séjour et éloignement pour motifs d'ordre public : les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 validées, sous réserve d'interprétations, par la Cour Constitutionnelle . *Christelle Macq* ..... 10

Retrait du droit au séjour et éloignement des étrangers pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale, des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale ou des raisons impérieuses de sécurité nationale – Loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale – Loi du 15 mars 2017 modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

*La Cour Constitutionnelle rejette, pour l'essentiel, les recours introduits contre la loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale ainsi que loi du 15 mars 2017 modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. L'arrêt offre toutefois quelques précieuses précisions sur le champ d'application de ces dispositions.*

3. Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, 47e Chambre Correctionnelle, décision du 12 décembre 2018 – Le procès dit « de la solidarité » comme révélateur des faiblesses du cadre légal en matière de lutte contre l'aide à l'immigration irrégulière. *Mathilde Hardt*..... 26

# CAHIERS DE L'EDEM

## LOUVAIN MIGRATION CASE LAW COMMENTARY

Septembre 2019

**Aide à l'immigration irrégulière – Aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers – Solidarité – Délit de solidarité – Trafic d'êtres humains – Avantage patrimonial (direct ou indirect).**

*La décision du Tribunal correctionnel de Bruxelles, actuellement frappée d'appel, nous rappelle que si la notion de « trafic d'êtres humains », régulièrement associée à celle de traite, évoque dans l'imaginaire collectif un crime des plus odieux, la réalité juridique est toute autre. En effet, les éléments constitutifs de l'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 ne sont pas seulement d'une étonnante souplesse mais la ligne de démarcation entre auteur et victime de l'infraction est également particulièrement ténue, voire inexistante. Par conséquent, en combinaison avec le mécanisme de la participation criminelle, cette incrimination est de nature à s'appliquer à un champ très vaste de situations. Au terme d'un bref examen du cadre légal en matière d'aide à l'immigration irrégulière, nous démontrerons qu'il dissimule des espaces d'instrumentalisation au profit de motifs étrangers de ceux à l'origine de cette incrimination, à savoir, la lutte contre le trafic d'êtres humains.*

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



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)]

## 1. CJEU (GRAND CHAMBER), JUDGMENT OF 29 JULY 2019, *TORUBAROV*, C-556/17, EU:C:2019:626

*Rule of law concerns regarding systems of judicial review in asylum cases: on the binding effect of judicial decision and the fundamental right to an effective remedy*

*Eleonora Frasca*

### A. Facts and Ruling

In recent times, Hungary has been in the spotlight of the European debate with regards to respect for the rule of law in the field of asylum and migration. This case-law commentary of the CJEU *Torubarov* judgement addresses the barriers to the right to an effective remedy in asylum procedures in light of Article 47 of the [Charter of Fundamental Rights of the EU](#) in conjunction with Article 46(3) of [Directive 2013/32/EU “Procedures for granting and withdrawing international protection”](#). The case highlights the considerable differences between Member States’ implementation of the Asylum Procedures Directive and the drawbacks with respect to national systems of judicial review wherein judicial decisions, which have found previous decisions given by an administrative authority rejecting an international protection application to be unlawful, are not complied with.

#### 1. *Facts and circumstances of the case*

Mr. Alekzij Torubarov is a Russian national who sought asylum in Hungary in 2013 based on the fear of political persecution from the Russian government. He has been subject to criminal proceedings on account of his political opinion; Mr Torubarov has been politically active in the Russian opposition party and as a member of a non-governmental organisation. His asylum procedure is ongoing since 2013 when he first lodged an asylum application after having been arrested by the Hungarian police for illegally crossing the border.

What has hindered Mr Torubarov’s asylum claim from being definitely decided upon is what Advocate General Bobek refers to in his [opinion](#) as the “judicial ping-pong” between the Hungarian Immigration and Asylum Office (the administrative authority competent for asylum matters) and the Court to which Mr Torubarov brought an appeal against the decision rejecting his application for international protection (the Hungarian Administrative and Labour Court). The judicial ping-pong went back and forth several times: in total, three administrative decisions have been taken by the asylum authority (all three rejecting Mr Torubarov’s international protection application on different bases), two judicial decisions have been pronounced by the Hungarian Court (both confirming that the fear of persecution of Mr Torubarov is well founded) and a third is currently pending in the case in the main proceedings.

Before embarking on an analysis of the judgment, two clarifications are to be made about the circumstances of the case in order to better delineate the issue at stake. First, a series of reforms have occurred in the Hungarian judicial system whereby Courts have been deprived of the power to reform unlawful decisions taken by the administrative authority in cases related to asylum (but *not* in cases concerning personal status which also requires, in principle, a swift determination, e.g. adoption, parental custody). Since 2015, Hungarian Courts only had the power to annul the administrative decision on asylum and remit the case to the authorities through a referral

mechanism. In other words, in case of successful appeals against a decision denying international protection, Hungarian Courts cannot, after a full and *ex nunc* examination of all the relevant elements of fact and law submitted, overturn an unlawful asylum decision and determine that the applicant must be granted international protection. Second, the judicial decisions of the Court have not been complied with by the asylum authority in light of the referral mechanism. Instead, the authority, without establishing the emergence of new elements that justify a new examination of the applicant's international protection need, has adopted a contrary decision to the one taken by the judiciary even though the applicant, according to the Court, satisfied the conditions laid down in the [Qualification Directive 2011/95](#).

In the context of this dispute - the *third consecutive appeal* against the decision rejecting the application for international protection of Mr Torubarov - the Hungarian Court decided to stay the proceedings and refer the following question to the European Court of Justice:

Is Article 46(3) of [Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection](#), in conjunction with Article 47 of the [Charter of Fundamental Rights of the European Union](#), to be interpreted as meaning that the Hungarian courts have the power to amend administrative decisions of the competent asylum authority refusing international protection, and also to grant such protection?

## **2. Judgement and reasoning of the Court**

The Grand Chamber of the CJEU ruled that Article 46(3) of the [Asylum Procedures Directive 2013/32/EU](#), read in conjunction with Article 47 of the [Charter of Fundamental Rights](#), must be interpreted, in circumstances such as those at issue in the main proceedings (a first-instance court has positively examined the international protection need of the applicant after which the administrative authority adopts a non-compliant opposite decision in absence of new elements that justify the rejection of the asylum claim), as meaning that the Court must alter that decision which does not comply with its previous judgment and substitute its own decision for it as to the application for international protection, disapplying as necessary the national law that would prohibit it from proceeding in that way (§79). National courts have therefore the power to do everything necessary "to set aside national legislative provisions that might prevent EU rules which have direct effect" (§73), such as Article 46(3) of the [Asylum Procedures Directive](#) in light of Article 47 of the [Charter](#).

## **B. Discussion**

The CJEU [Torubarov ruling](#) is in continuity with the *Alheto* case-law ([Judgement of 25 July 2018, Alheto C-585/16](#)), rendered by the Court in 2018 upon request for a preliminary ruling by the Bulgarian Sofia Administrative Court. In that judgment, the Court has explained that Member States enjoy some discretion in the determination of the system of legal review concerning the power of Courts to overturn administrative decisions on international protection. Notwithstanding that discretion, Member States are required to comply with Article 47 of the [Charter of fundamental rights](#) "which enshrines the right to an effective remedy before a tribunal for everyone whose rights and freedoms guaranteed by EU law are infringed" (§55 *Torubarov*, see CJEU, judgment of 26 July 2017, [Sacko](#), C-348/16, §30 and the case-law cited).

### **Continuity with *Alheto* case-law: a matter of compliance**

In *Alheto*, the Court clarified that, with the [Asylum Procedures Directive](#), the EU legislature did not intend to introduce any common procedural standards regarding the way the asylum claim is decided upon, following the annulment of an initial unlawful decision taken by an administrative authority. This means that Member States, while implementing Article 46(3) of the [Asylum Procedures Directive](#), may choose the type of judicial review of the administrative decision on international protection applications. Member States can do so establishing that, following such an annulment by the Court hearing the appeal, either the same Court annulling the first decision can alter it and immediately replace it or the international application claim should be referred back to that administrative body for a new decision.

In the *Alheto ruling*, the Court interpreted Article 46(3) of the [Asylum Procedures Directive](#), read in conjunction with Article 47 of the [Charter of fundamental rights of the EU](#), to mean that a Court seized of an appeal against a decision relating to an international protection application must examine all the relevant facts and points of law, including new evidence which might have arisen after the adoption of the decision, in an exhaustive and up-to-date manner. In cases where the national judicial review system requires the Court to refer the case back to the administrative authority, the latter must adopt a new decision within a short period of time and in compliance with the assessment contained in the judgement annulling the initial decision.

Those requirements concern two principles of primary relevance in European asylum law: on the one hand, the principle of the rapid processing of applications for international protection; on the other hand, an application of the principle of legal certainty and protection against arbitrariness, “where a person meets the minimum standards set by EU law to qualify for one of those statuses [refugee status or subsidiary protection status] because he or she fulfils the conditions laid down in [Directive 2011/95](#), Member States are required, subject to the grounds for exclusion provided for by that directive, to grant the international protection status sought, since those Member States have no discretion in that respect” (§ 50). In other words, courts have the power to formulate mandatory directions on the applicant’s needs for international protection with which the authority competent to adopt the relevant decision must comply (see point 71 [Opinion of Advocate General Mengozzi, delivered on 17 May 2018, Alheto, C-585/16, EU:C:2018:584](#)).

While Member States enjoy some discretion in the determination of the rules surrounding the implementation of the remedy provided for in Article 46 of [Directive 2013/12](#), the characteristics “must be determined in a manner that is consistent with Article 47 of the Charter, which constitutes a reaffirmation of the principle of effective judicial protection” (§55 *Torubarov*, see to that effect, § 114, *Alheto*).

### **Effectiveness of judicial protection**

The effectiveness of judicial protection enjoyed by applicants for international protection is, therefore, at the core of the [Torubarov judgement](#). The Hungarian administrative body, while (re)assessing the protection need of Mr Torubarov following the referral mechanism, “no longer has a discretionary power as to the decision to grant or refuse the protection” (§ 66) and shall comply with the assessment provided in the judicial decision annulling the first unlawful decision in absence of new elements that would justify the rejection of the asylum claim. If that were not the case,

“Article 46(3) of [Directive 2013/32](#), read in conjunction with Article 47 of the Charter, as well as Articles 13 and 18 of [Directive 2011/95](#), would be deprived of all their practical effect” (§ 66).

Advocate General Bobek specified the scope of the right to an effective remedy, which encompasses multiple stages of proceedings, including the execution of decisions. Thus, not only does the right to an effective remedy protect the mere access to Court and the conduct of proceedings leading to a decision, but it also includes the protection of the *execution* of judicial decisions. According to the Advocate General Bobek and referring to consolidated case-law of the ECtHR interpreting violations of Article 6(1) ECHR, the right to an effective remedy will be illusory if a legal system allowed a final binding decision to remain inoperative to the detriment of one party.

With the [Torubarov judgement](#), the Court therefore fleshes out the general requirements specified in [Alheto](#) concerning the effectiveness of the judicial remedy. It is in that context that the Court held that Article 46(3) of [Directive 2013/32](#) “would be deprived of any practical effect if it were accepted that, after delivery of a judgment in which the court or tribunal of first instance conducted, in accordance with that provision, a full and *ex nunc* assessment of the international protection of the applicant (...) the quasi-judicial or administrative body (...) could take a decision that ran counter to that assessment” (§58).

#### **Structural and systemic rule of law concerns**

While the Court remains neutral and does not issue any general statement regarding the overall system of judicial review in Hungary, Advocate General Bobek voices rule of law concerns related to systemic and structural issues with regards to judicial protection in Hungary. In a strong defence of effective judicial review as “the bedrock of the rule of law on which the European Union is based” (§49 of the Opinion), he recalls that the rule of law under Article 2 TEU is a value common to the Member States in a society in which justice prevails. Hence, the role of national courts is quintessential to ensure that “the law is observed and individual rights are protected” (§50): when national judges act as EU law judges within the scope of EU law, they have the same duty to ensure that “the law is observed and the rights of individuals which are derived from EU law are protected at national level” (§51). Recalling his previous opinions, Advocate General Bobek adds that “the power and the responsibility to ensure compliance with the law ultimately rests with the (national) court. Thus, the fact that certain elements of decision-making at national level are matters for administrative discretion cannot deprive the courts of the inherent role to protect individual rights” (see Opinion in [Klohn, C-167/17, EU:C:2018:387](#), points 127 to 129 and Conclusions in [Link Logistik N&N C-384/17, EU:C:2018:494](#), point 112).

In the case of [Torubarov](#), the disregard shown by the Hungarian immigration authorities for the outcome of a judicial decision raises a systemic rule of law concern. With the words of Advocate General Bobek: “once a court has taken a position in a final decision, that decision must be followed and implemented by all parties to whom it is addressed, including of course the public administration. If, however, a final judicial decision is not complied with by the public administration, and if such non-compliance is not a single mishap, then that undermines the proper functioning of any society built upon the premises of the rule of law and the separation of the legislative, executive and judicial powers” (§58).

Rule of law concerns in Hungary have also been publicly raised by other European Institutions. The European Parliament, in particular, repeatedly expressed its serious concern about the overall situation of fundamental rights in Hungary and about the Hungarian government's hostile initiatives towards migrants and migrant-serving NGOs in a series of resolutions (2013, 2015, 2015bis, 2017) which have culminated in the [proposal](#) calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded.

### **Disregard for judicial decisions: a worrisome trend**

The concern for the rule of law which has materialised in the disregard for judicial decisions by administrative authorities is a worrisome trend that can be observed in other Member States of the European Union.

Another case on effective judicial review in asylum procedures is currently pending at the CJEU against the Slovak Republic ([Request for preliminary ruling lodged on 6 March 2017, QJ, C-113/17](#)); The questions referred by the Supreme Court of the Slovak Republic originate from "previous negative decisions of an administrative authority [which] have been repeatedly overturned, which has raised doubts about effectiveness of subsequent appeals".

By way of comparison, the problem of judicial ping-pong, originating from the refusal of public authorities to execute judicial decisions in asylum and immigration matters, is at the core of the humanitarian visa controversy in Belgium. A twin case to the one of *X and X* (CGEU, judgement of 7 March 2017, *X and X*, C-638/16 PPU [GC]) is currently pending before the ECtHR (*M.N. and Others v. Belgium*, application n. 3599/18 introduced on 10 January 2018). The facts and circumstances at the basis of the cases are very similar: there are multiple executive judicial decisions which order the Belgian authorities to issue humanitarian visas under Article 25 of the [Community Code on Visas](#) to Syrian nationals. Those decisions are motivated by the respect for Article 3 ECHR. In both cases, the Belgian authorities refused to issue the visa.

The rule of law concern of this unlawful governmental practice was passionately illustrated by one of the third party interventions at the Grand Chamber public hearing of *M.N. and Others v. Belgium*, held on 24 April 2019 (for preliminary commentaries see [here](#), [here](#) and [here](#)); Belgian lawyer Frédéric Krenc, representing the French-speaking and German-speaking Bars in Belgium, publicly appealed to the principle of subsidiarity underlying the ECHR. Faced with the [judicial passivism](#) of the CJEU, it is legitimate to ask whether the ECtHR which, with its case-law, monitors respect for human rights and contributes to consolidating the rule of law and democracy in Europe, will exercise similar prudence or adopt a new interpretative approach.

### **Conclusion**

To conclude, with *Torubarov*, following the Opinion of Advocate General Bobek and building on the *Alheto* judgement, the CJEU has ruled that a national provision should be disapplied if it impairs the effectiveness of EU law by preventing EU rules which have direct effect (such as Article 46(3) of Directive 2013/32 read in conjunction with Article 47 of the Charter) from having full force.

In circumstances such as those at issue, where the mechanisms of referral to the administrative authority renders the right to an effective remedy *de facto* ineffective, the Court must substitute its

own decision from the one of the administrative authorities as to the application for international protection, disapplying as necessary the national law that would prohibit it from proceeding in that way, thus granting protection. It is therefore not with inaccuracy that newspapers when covering the *Torubarov* case-law, titled it “Hungary: EU court gives back judges' power in asylum cases”.

### C. Suggested Reading

**To read the case :** CJEU (Grand Chamber), Judgement of 29 July 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626

Opinion of Advocate General Bobek, delivered on 30 April 2019, *Torubarov*, C-556/17

**Case law :** CJEU (Grand Chamber), Judgement of 25 July 2018, *Alheto*, C-585/16, EU:C:2018:584

CGEU, Judgment of 26 July 2017, *Sacko*, C-348/16, EU:C:2017:591

**Pending case:** Request for a preliminary ruling from the Slovak Republic lodged on 6 March 2017 — *QJ*, C-113/17, OJ C 168, 29 May 2017

#### Doctrine :

J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 117-124

K. GUTMAN, “*The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*”, 2019, *German Law Journal*, 20(6), pp. 884-903. DOI:10.1017/glj.2019.67

M. RENEMAN, *Asylum and Article 47 of the Charter: Scope and Intensity of Judicial Review*, 2018, in *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, edited by A. Crescenzi, R. Forastiero, G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 59-78

V. MICHEL, “*Directive procédure et pouvoirs du juge*”, October 2018, *Europe*, Comm. n° 10 pp. 29-31

F.L. GATTA, “*Palestine refugees in the European Union: Member States must verify the effectiveness of the protection from UNRWA through an exhaustive and up-to-date examination*”, *Cahiers de l'EDEM*, September 2018

B. NAGY, *Restricting access to asylum and contempt of courts: Illiberals at work in Hungary*, EU Migration Law Blog, September 2017

#### Other:

European Parliament, *The cost of non-Europe in Asylum Policy*, October 2018, European Parliamentary Research Service, EPRS, Brussels. DOI: 10.2861/760528

[Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights \(2007/C 303/02\)](#), OJ C 303/17.

**To cite this contribution :** E. FRASCA, “*Rule of law concerns regarding systems of judicial review in asylum cases: on the binding effect of judicial decision and the fundamental right to an effective remedy*”, *Cahiers de l'EDEM*, September 2019

## 2. COUR CONSTITUTIONNELLE, ARRETS N°111 ET 112/2019 DU 18 JUILLET 2019

***Retrait du droit au séjour et éloignement pour motifs d'ordre public : les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 validées, sous réserve d'interprétations, par la Cour Constitutionnelle***

*Christelle Macq*

### A. Arrêts

Par les arrêts commentés, la Cour statue sur les recours en annulation introduits par l'ASBL « Liga voor Mensenrechten » et l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme », l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ainsi que l'ASBL « Association pour le droit des Etrangers », l'ASBL « Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Etrangers » et l'ASBL « Vluchtelingenwerk Vlaanderen » contre, d'une part, la [loi du 24 février 2017](#) « modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale » et , d'autre part, la [loi du 15 mars 2017](#) modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Ces lois modifiaient en profondeur les dispositions de la [loi du 15 décembre 1980](#) autorisant les autorités administratives à retirer le droit au séjour, éloigner et interdire l'accès au territoire belge ou européen à un étranger pour des motifs tenant à la protection de l'ordre public et la sécurité nationale<sup>1</sup>. Bien que la loi du 15 décembre 1980 autorise, depuis ses origines, les autorités administratives à retirer le droit au séjour et à éloigner un étranger en séjour légal pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale, les règles antérieures étaient jugées insuffisantes à garantir la bonne protection de l'ordre public<sup>2</sup>.

Les parties requérantes sollicitaient l'annulation totale ou partielle des lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017<sup>3</sup>.

La Cour Constitutionnelle rejette, pour l'essentiel, les moyens invoqués par les parties requérantes. Ses seules hésitations portent sur la conformité au droit européen des dispositions autorisant la détention administrative des citoyens de l'Union européenne. Elle pose, sur ce point, deux questions préjudicielles à la Cour de Justice<sup>4</sup>.

Il nous est impossible, dans le cadre de cette contribution, de revenir de manière exhaustive sur l'ensemble des dispositions attaquées, moyens invoqués et développements de la Cour. D'autres s'y attèleront probablement.

---

<sup>1</sup> Pour une analyse détaillée de ces lois voy. C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *R.D.E.*, n° 218, 2018, pp. 179-221 et J. HARDY, « Ordre public : modifications législatives et jurisprudence récente » in *Immigrations et droits, Question d'actualité*, Larcier, 2018, pp.98 à 114.

<sup>2</sup> [Projet de loi du 12 décembre 2016](#) modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, n° 2215/001, *Doc.Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, p.3.

<sup>3</sup> Pour les normes de référence dont les parties requérantes invoquent la violation : C. Const, [n°112/2019](#), 18 juillet 2019, points B.3.1. et B.3.2 et C. Const., [n°111/2019](#), 18 juillet 2019, point B.6.

<sup>4</sup> Pour le texte intégral de ces deux questions préjudicielles : C. const. [n°112/2019](#), p. 140.

Nous nous concentrerons sur trois ensembles de dispositions sur lesquels la Cour était appelée à se prononcer. Nous reviendrons, premièrement, sur les balises fixées par la Cour quant au champ d'application des dispositions modifiées par la [loi du 24 février 2017](#) autorisant le ministre ou son délégué à mettre fin au séjour d'un étranger pour des *raisons d'ordre public, des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale ou des raisons impérieuses de sécurité nationale* (1). Nous relèverons, ensuite, les précisions apportées par la Cour quant au champ d'application du nouvel article 44 *nonies* introduit par la loi du 24 février 2017 dans la [loi du 15 décembre 1980](#), autorisant la prise d'une interdiction d'entrée à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne (2). Nous examinerons, enfin, le raisonnement à l'issue duquel la Cour valide la suppression par la [loi du 15 mars 2017](#) de l'effet suspensif des recours introduits contre les décisions fondées sur des motifs d'ordre public (3).

**1. Sur le champ d'application des dispositions autorisant le retrait du droit au séjour et l'éloignement des étrangers pour des « raisons d'ordre public, des raisons graves d'ordre public ou des raisons impérieuses de sécurité nationale »**

Parmi les dispositions attaquées, figurent les articles 12, 13 et 14 de la loi de la loi du 24 février 2017 modifiant les règles relatives au retrait de séjour et l'éloignement des ressortissants de pays tiers pour des motifs d'ordre public ainsi que les articles 24 à 26 de cette même loi réglant les conditions auxquelles les autorités administratives sont autorisées à retirer le droit au séjour et éloigner les citoyens de l'Union européenne.

Ces dispositions autorisent le ministre ou son délégué à retirer le droit au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire à un étranger en séjour légal pour *des raisons d'ordre public, des raisons graves d'ordre public ou des raisons impérieuses de sécurité nationale*. Bien que la loi du 15 décembre 1980 autorise, depuis ses origines, les autorités administratives à retirer le droit au séjour et à éloigner un étranger en séjour légal pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale, il était exigé précédemment que l'étranger *ait porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale*<sup>5</sup>. Le législateur précisait, dans les [travaux préparatoires de la loi](#), opérer ce glissement de terminologie afin de se départir de la règle selon laquelle ce type de mesures ne pouvait viser que des étrangers ayant fait l'objet de condamnation(s) ou ayant été pris en flagrant délit<sup>6</sup>. Ainsi, désormais, « tout étranger qui représente une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale pourra être éloigné, et ce même s'il n'a fait l'objet d'aucune condamnation. Tout élément pertinent permettant d'éclairer l'administration sur la dangerosité de l'intéressé sera pris en compte. L'existence d'une ou plusieurs condamnations pourra faire partie de ce faisceau d'indices mais, en principe, ne sera pas une condition *sine qua non* (...)»<sup>7</sup>. Il en découle une extension du champ d'application *rationae materiae* de ces mesures.

Par ailleurs, alors que certaines catégories d'étrangers étaient auparavant exclues du champ d'application de ces mesures, tout étranger peut désormais en faire l'objet, ce qui a pour conséquence d'en élargir le champ d'application *rationae personae*.

<sup>5</sup> L'étranger ne pouvait être éloigné que lorsqu'il avait porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale (article 20, al.1<sup>er</sup> précédente mouture de la loi du 15 décembre 1980) ou porté gravement atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale (articles 20 al.2 et 21 précédente mouture de la loi du 15 décembre 1980).

<sup>6</sup> [Projet de loi du 12 décembre 2016](#), p. 19.

<sup>7</sup> [Projet de loi](#), p. 15.

Les parties requérantes sollicitaient l'annulation de ces nouvelles dispositions, soulevant divers moyens à leur encontre<sup>8</sup>. Elles reprochaient, premièrement, au législateur l'utilisation des notions de *raisons d'ordre public*, *raisons graves d'ordre public* et *raisons impérieuses de sécurité nationale* comme fondement des décisions de retrait du droit au séjour et d'éloignement. Elles jugeaient ces nouveaux critères trop flous que pour encadrer à suffisance l'action des autorités administratives (1). Elles critiquaient, par ailleurs, l'extension du champ d'application de ces dispositions à des catégories d'étrangers précédemment protégées. Elles y voyaient un risque disproportionné de violation des droits fondamentaux de ces étrangers (2). Enfin, elles s'inquiétaient de l'absence de mention dans ces articles de la nécessaire prise en compte, lors de la prise de décision, de l'état de santé de la personne concernée ainsi que de l'intérêt supérieur de l'enfant (3). La Cour statue sur ces dispositions, au terme de son arrêt n°112/2019 du 18 juillet 2019.

- *Quant aux notions de raisons d'ordre public, de raisons graves d'ordre public et de raisons impérieuses de sécurité nationale*

Les parties requérantes reprochaient aux dispositions attaquées d'être imprécises, à la fois dans la gradation et dans le critère de la dangerosité requis pour justifier un éloignement du territoire « en ce qu'elles autorisent l'éloignement sur la base de simples *raisons d'ordre public* ou de *sécurité nationale*, alors qu'il était exigé auparavant que l'étranger ait « porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale ». Elles permettraient ainsi l'éloignement d'étrangers autorisés au séjour « sur la base d'appréciations subjectives et hypothétiques plutôt qu'objectives et réelles » (B.14.2). Elles critiquaient ensuite le législateur en ce qu'il permettait l'éloignement d'étrangers pour des *raisons d'ordre public* ou de *sécurité nationale* indépendamment de toute condamnation pénale (B. 14.2. et B.53.1<sup>9</sup>). Les griefs formulés à l'encontre de ces dispositions étaient notamment articulés autour de l'insécurité juridique que cela engendre, des situations discriminatoires qui en découlent, de la mauvaise transposition du droit de l'Union et du fait que la condition de légalité qui doit être rencontrée pour autoriser une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale n'est pas remplie.

La Cour relève que ces notions sont tirées de directives européennes. Elle souligne le fait que les travaux parlementaires renvoient à ces dernières ainsi qu'à l'interprétation qui en est donnée par la Cour de Justice de l'Union européenne (B.16 à B.18.). Elle revient sur le contenu des [travaux préparatoires](#), renvoyant à cette jurisprudence. Ceux-ci précisent que : « La notion de *raisons d'ordre public* ou de *sécurité nationale* implique l'existence d'une menace suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société, celui-ci devant s'entendre comme comprenant aussi la sécurité intérieure et extérieure de l'État ». « La notion de ' raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale ' peut notamment couvrir la participation ou le soutien à des activités terroristes ou à une organisation terroriste [...], la criminalité liée au trafic de stupéfiants [...], les actes d'abus sexuel ou de viol sur mineur, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée » (B.17.3 et B.17.4). La Cour estime que « compte tenu de ces explications, il ne peut être reproché au législateur d'avoir fait usage des notions d'« ordre public », de « sécurité nationale », ou encore de « gravité » se rapportant à l'ordre public et à la sécurité nationale (B.17.4). Par ailleurs, elle ajoute qu'à

<sup>8</sup> Pris de la violation du droit au respect de la vie privée tel qu'il est garanti par l'article 22 de la Constitution, lu isolément ou en combinaison avec diverses dispositions conventionnelles, la violation des droits de l'enfant tels qu'ils sont garantis par l'article 22bis de la Constitution, lu isolément ou en combinaison avec diverses dispositions conventionnelles et la violation des articles 10, 11 et 191 de la Constitution, lus en combinaison avec les principes généraux de la sécurité juridique, de la confiance légitime et de la présomption d'innocence.

<sup>9</sup> B. 14.2. pour ce qui concerne les ressortissants de pays tiers et B.53.1 pour ce qui concerne les citoyens de l'Union européenne.

son estime « les notions d' «ordre public » , de « sécurité nationale » et de « gravité », déjà inscrites à d'autres endroits dans la loi du 15 décembre 1980 ont « un contenu suffisamment déterminé en droit des étrangers » (B. 16 et B. 17 et B. 54.1). Enfin, elle relève que ces notions doivent être interprétées à la lumière des articles 23 et 45 de la loi du 15 décembre 1980 également introduits par la loi du 24 février 2017. Ces dispositions précisent que « la décision de fin de séjour fondée sur des *raisons d'ordre public, des raisons graves d'ordre public ou des raisons impérieuses de sécurité nationale* doit être fondée sur le comportement individuel de l'intéressé qui doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (B.18.2 et B. 54.3).

Quant au fait que ces mesures peuvent désormais être prononcées à l'égard d'étrangers n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation pénale, la Cour précise que le fait que « l'existence d'une ou plusieurs condamnations ne soit plus une condition nécessaire ni une condition suffisante pour que soit prise une décision mettant fin au séjour pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale ne signifie pas que l'autorité serait autorisée à ne pas se baser sur des faits prouvés et objectifs ». Dès lors que la loi fait référence au « comportement personnel » de l'intéressé, qui est « le seul élément sur la base duquel la décision de fin de séjour pour des motifs d'ordre public peut être prise », elle impose que « l'autorité procède à un examen individuel et motive sa décision en référence à des actes concrets, pertinents et prouvés posés par l'intéressé ». Ainsi, de simples présomptions ou soupçons ne suffisent pas à fonder une décision de fin de séjour (B.19.4. et B. 54.3-4).

- *Quant à l'extension de ces dispositions à des catégories d'étrangers précédemment protégées*

Les parties requérantes critiquaient, par ailleurs, le fait que ces dispositions s'appliquent à tous les étrangers ressortissants de pays tiers à l'Union européenne, sans en exclure, comme c'était le cas sous la législation antérieure, les étrangers nés sur le territoire belge et ceux qui y sont arrivés avant l'âge de douze ans et qui y ont principalement et régulièrement séjourné depuis. Elles estimaient que la possibilité d'éloignement, *pour raisons d'ordre public ou de sécurité nationale*, des étrangers nés sur le territoire ou arrivés en bas âge porte une atteinte discriminatoire et disproportionnée au droit de ces derniers au respect de leur vie privée et familiale (B.24.1).

La Cour relève qu'il ressort des travaux préparatoires que le législateur a eu principalement en vue, lorsqu'il a estimé devoir abroger l'exclusion antérieure de toute possibilité d'éloignement des étrangers nés en Belgique ou qui y sont arrivés avant l'âge de douze ans, la situation de jeunes étrangers ayant commis des faits très graves liés aux activités de groupes terroristes ou présentant un danger aigu pour la sécurité nationale (B.24.6). Elle précise que ces dispositions doivent être interprétées comme limitant la possibilité d'éloigner un étranger qui est né en Belgique ou qui est arrivé sur le territoire avant l'âge de douze ans et qui y a séjourné principalement et régulièrement depuis aux cas de terrorisme ou de criminalité très grave, et valide ces dispositions sous réserve de cette interprétation (B.24.10).

Les parties requérantes faisaient, en outre, griefs aux dispositions attaquées de ne pas protéger de l'éloignement les étrangers ressortissants de pays tiers bénéficiaires de la protection internationale dans un autre Etat membre de l'Union européenne alors que les ressortissants de pays tiers réfugiés ou bénéficiant de la protection subsidiaire en Belgique sont protégés explicitement par la loi contre l'éloignement. Elles y voyaient une différence de traitement injustifiée. La Cour estime, à l'inverse, que la différence de traitement repose sur un critère objectif et pertinent dans la mesure où les autorités belges n'ont pas vis-à-vis des étrangers bénéficiant de la protection internationale accordée

par un autre Etat membre les mêmes obligations que vis-à-vis d'un étranger auquel elles ont elles-mêmes reconnu le statut de réfugié (B.26.3.3). Elle précise toutefois qu' « en vertu de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'étranger réfugié ne peut jamais être reconduit à la frontière ni de l'État qu'il a fui ni d'un autre État dans lequel il serait exposé à un refoulement vers l'État qu'il a fui tant que perdurent la situation et les circonstances qui ont motivé la reconnaissance de la protection internationale » et rappelle que « ce principe s'impose aux autorités belges lorsqu'elles prennent, à l'égard d'un étranger réfugié, une mesure d'éloignement vers un État autre que celui qui lui a accordé la protection internationale » (B. 26.3.4).

- *Quant à la prise en compte, lors de la prise de décision de l'état de santé de la personne concernée ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant*

Les parties faisaient, par ailleurs, griefs à ces dispositions de ne pas spécifier que doit être pris en compte lors de la prise de décision, l'état de santé de la personne concernée ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour précise, à cet égard, que, dès lors que l'autorité compétente est tenue, lorsqu'elle prend une décision motivée de fin de séjour à l'égard d'un étranger pour *raisons d'ordre public ou raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale*, d'examiner les conséquences de l'éloignement de l'intéressé, d'une part, pour lui-même, ceci inclut la prise en compte de son état de santé, et, d'autre part, pour les membres de sa famille, ceci impose d'examiner la proportionnalité de la décision de fin de séjour au regard de l'intérêt supérieur de ses enfants mineurs (B.32.3 et B.55.2).

## **2. Sur l'interdiction d'entrée susceptible d'être prononcée à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne**

L'article 33 de la [loi du 24 février 2017](#) introduit un article 44<sup>nonies</sup> dans la loi autorisant les autorités administratives à assortir les décisions d'éloignement prises à l'égard de citoyens de l'Union européenne d'une interdiction d'entrée d'une durée de 5 ans. La durée de l'interdiction d'entrée peut par ailleurs dépasser les cinq ans dans le cas où le citoyen de l'Union européenne représente une menace grave pour la sécurité publique. Les parties requérantes faisaient, notamment, grief à cette disposition d'autoriser la prise d'une décision d'interdiction d'entrée de manière automatique, comme accessoire d'un ordre de quitter le territoire pour motifs d'ordre public ; d'autoriser la prise d'une décision d'interdiction d'entrée de plus de cinq ans dans tous les cas sans devoir la motiver au-delà des motifs ayant fondé la décision de fin du droit de séjour et de ne pas fixer un plafond quant à la durée de cette interdiction d'entrée.

La Cour, statuant sur cette question dans son arrêt [n°112/2019](#), relève que « l'interdiction d'entrée n'est pas automatique dès lors que la disposition attaquée prévoit que le ministre ou son délégué peut assortir les décisions mettant fin au séjour d'une interdiction d'entrée, dont il détermine la durée en tenant compte de toutes les circonstances propres au cas individuel ». Elle estime que « la décision mettant fin au séjour et l'interdiction d'entrée sont deux décisions différentes, qui doivent chacune reposer sur des motifs pertinents » (B.67.1). Quant à l'exigence de motivation, elle ajoute : « le ministre ou son délégué ne peut assortir la décision mettant fin au séjour d'une interdiction d'entrée dont la durée dépasse cinq ans que dans le cas où le citoyen de l'Union ou le membre de sa famille constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale. La durée de l'interdiction d'entrée doit être motivée au regard de cette menace grave, ce qui implique que l'auteur de la décision ait évalué la menace non seulement actuellement, mais également dans le futur, de manière à justifier le maintien de l'interdiction d'entrée au-delà de cinq ans » (B.67.2). La

loi attaquée ne permet donc pas au ministre ou à son délégué de prendre une interdiction d'entrée de plus de cinq ans dans tous les cas, sans devoir motiver spécifiquement cette mesure.

Elle apporte en outre quelques précisions sur la durée de l'interdiction d'entrée. Elle précise que « l'absence de durée maximale fixée dans la loi ne signifie pas que l'interdiction d'entrée pourrait être illimitée dans le temps dès lors que la disposition attaquée précise en effet que la durée de l'interdiction d'entrée doit être déterminée par le ministre ou son délégué en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas » (B.67.2).

Elle clarifie, enfin, les conditions d'application de l'article 44*decies* de la loi du 15 décembre 1980 autorisant l'étranger à introduire une demande de suspension ou de levée d'une interdiction d'entrée après un délai raisonnable. La Cour précise que dès lors qu'elle ne définit pas ce qu'il faut entendre par délai raisonnable et qu'elle ne donne aucune indication concernant les éléments à prendre en charge pour juger du caractère raisonnable du délai, aucune demande de levée ou de suspension d'une interdiction d'entrée ne pourrait être déclarée irrecevable au motif qu'elle serait prématurée (B.69.4). Elle précise, par ailleurs, que l'article 44*decies* octroyant un délai de six mois au ministre et à son délégué pour se prononcer sur la demande de levée ou de suspension de l'interdiction d'entrée exige que le ministre ou son délégué prenne une décision dans le délai prévu (B.70.4).

### **3. Quant à la suppression de l'effet suspensif des recours introduits contre les décisions de retrait de séjour et d'éloignement fondées sur des motifs d'ordre public**

La [loi du 15 mars 2017](#) modifie l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980. Cette disposition énonce les hypothèses dans lesquelles une mesure d'éloignement du territoire prise à l'égard d'un étranger ne peut être exécutée de manière forcée pendant le délai fixé pour l'introduction et l'examen du recours introduit contre cette décision devant le Conseil du Contentieux des étrangers.

Les modifications opérées suppriment l'effet suspensif du recours introduit contre une décision prise en matière de séjour et d'éloignement pour des *raisons d'ordre public ou de sécurité nationale*.

Pour rappel, alors que l'introduction d'un recours de plein contentieux<sup>10</sup> a un effet suspensif de plein droit, au contentieux marginal de légalité<sup>11</sup>, le principe est inversé. Le recours est suspensif de plein droit dans les cas limitativement énumérés par [l'article 39/79 -1<sup>er</sup> de la loi du 15 décembre 1980](#)<sup>12</sup>.

L'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers est supprimé dans trois hypothèses : (1) dans le cadre d'un arrêté de renvoi, pris sans avis préalable de la Commission consultative des étrangers (suppression de l'article 39/79, §1<sup>er</sup>, alinéa 2, 4°) ; (2) dans le cadre d'une décision enjoignant à l'étranger, par application de l'ancien article 22 de la loi du 15 décembre 1980<sup>13</sup>, de quitter des lieux déterminés, d'en demeurer éloigné ou de résider en un lieu déterminé (suppression de l'article 39/79, §1<sup>er</sup>, alinéa 2, 6°) ; et (3) lorsque la décision prise est fondée sur « des raisons impérieuses de sécurité nationale » (insertion des article 39/79, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> et §3).

<sup>10</sup> Ce recours de plein contentieux au Conseil du contentieux des étrangers n'existe que dans le cadre d'une demande de protection internationale introduite en Belgique.

<sup>11</sup> Dans le cadre de ce contentieux, seule une suspension ou une annulation peuvent être prononcées.

<sup>12</sup> J-Y CARLIER et S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, 2016, p. 649.

<sup>13</sup> Cet article 22, remplacé par la loi du 24 février 2017, visait les mesures de contraintes susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'étrangers ayant contrevenu à l'ordre public.

La suppression de l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers dans ces hypothèses est justifiée, [aux termes des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2017](#), par la nécessité d'offrir à l'administration toute la latitude nécessaire afin d'agir plus rapidement et efficacement à l'encontre des étrangers qui représentent un risque pour la société<sup>14</sup>. « Il n'est dès lors pas question que l'étranger qui fasse l'objet d'une mesure d'éloignement pour des *raisons d'ordre public ou de sécurité nationale* bénéficie d'une procédure de recours lui conférant de plein droit le droit de rester temporairement sur le territoire »<sup>15</sup>.

Les parties requérantes sollicitaient l'annulation des modifications opérées prenant six moyens tirés notamment de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour statue sur le recours introduit contre la loi du 15 mars 2017 au terme de son arrêt [n°111/2019](#).

Les parties requérantes critiquaient, entre autres, la différence de traitement que la loi crée entre les étrangers faisant l'objet d'une décision d'éloignement fondée sur des raisons impérieuses de sécurité nationales, exclus de l'effet suspensif du recours introduit au Conseil du Contentieux des étrangers, et les étrangers faisant l'objet d'une décision qui n'est pas justifiée par des raisons impérieuses de sécurité nationale, invoquant le fait que celle-ci ne reposerait pas sur un critère de distinction objectif, légitime et ne serait pas raisonnablement justifiée.

Elles estimaient que la notion de « raisons impérieuses de sécurité nationale » ne constitue pas un critère suffisamment objectif que pour fonder une différence de traitement. Elle juge, à l'inverse, que le législateur et la jurisprudence relative à cette matière ont suffisamment précisé ce qu'il y a lieu d'entendre par « raisons impérieuses de sécurité nationale », de sorte que l'étranger concerné peut, avec un certain degré de prévisibilité, savoir quels comportements peuvent donner lieu à une décision fondée sur des « raisons impérieuses de sécurité nationale ». Elle reproduit, dans l'arrêt, les précisions apportées par la Cour de Justice quant aux notions de « sécurité nationale » (B.13.2) et de sécurité publique (B.13.3). Elle précise qu'il convient en outre de prendre en compte, dans l'appréciation de cette notion, la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers. Elle reproduit, entre autres, les motifs de l'arrêt du [8 décembre 2017, n° 196 353](#), dans lequel il est précisé ce qu'il faut entendre par « raisons impérieuses de sécurité nationale ». Elle revient, en outre, sur la motivation d'un arrêt [n° 197 311 du 22 décembre 2017](#), au terme duquel le Conseil du contentieux des étrangers précise : « les '*raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale*' doivent être distinguées des simples '*raisons d'ordre public ou de sécurité nationale*' et des '*raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité nationale*'. Les '*raisons graves*' traduisent l'idée que les circonstances de la cause doivent présenter un degré de gravité plus important que les simples '*raisons*', alors que les '*raisons impérieuses*' exigent que les circonstances de la cause soient encore plus graves. Il en résulte que la notion de '*raisons graves*' est plus étendue que celle de '*raisons impérieuses*' (B.13.4).

Les parties requérantes critiquaient, par ailleurs, le fait que cette différence de traitement repose sur une justification raisonnable. La Cour ne les suit pas dans leur argumentation. Elle estime que le pouvoir d'appréciation discrétionnaire étendu qui est conféré à l'autorité lorsqu'elle prend une décision visée à l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 ne prive pas la disposition attaquée de sa justification raisonnable. Elle relève le fait que la disposition attaquée a été adoptée afin de permettre à l'administration d'agir plus rapidement et efficacement à l'encontre des étrangers qui représentent un risque pour la société. Elle pointe la nécessaire évaluation individuelle de la notion de « raisons impérieuses de sécurité nationale », la Cour de Justice exigeant que cette notion soit

<sup>14</sup> [Projet de loi du 12 décembre 2016, précité, volet recours p. 4.](#)

<sup>15</sup> [Projet de loi précité, pp. 5 et 6.](#)

appréciée au cas par cas et que « toutes les circonstances de la cause soient prises en compte dans la décision ». Elle considère que cette nécessaire appréciation individuelle exclut que la notion de « raisons impérieuses de sécurité nationale » soit établie en des termes absolus dans la législation nationale par une définition qui ferait obstacle à une appréciation concrète. La Cour relève, par ailleurs, la possibilité d'introduire auprès du Conseil du contentieux des étrangers une demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Elle reconnaît que cette demande n'a pas pour effet de suspendre de plein droit la décision visée à l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 mais ajoute : « Cependant, si l'étranger fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire dont l'exécution est imminente, il peut introduire une demande de suspension en extrême urgence, qui a, quant à elle, un effet suspensif de plein droit de l'exécution de la mesure critiquée par application de l'article 39/83, de la loi du 15 décembre 1980 ou il peut demander, par la voie de mesures provisoires, qu'une demande de suspension déjà introduite soit examinée, ce qui a pour effet qu'il ne peut, dès la réception de la demande de mesures provisoires, être procédé à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement ou de refoulement jusqu'à ce que le Conseil se soit prononcé sur la demande introduite » (B.14.3). Dès lors, la Cour considère que la mesure n'est pas dénuée de toute justification raisonnable et est proportionnée au but qu'elle poursuit.

Les parties requérantes faisaient, enfin, grief à cette disposition de priver certaines catégories d'étrangers du droit à un recours effectif, sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable. La suppression de l'effet suspensif du recours introduit contre les décisions de retrait de séjour empêcherait désormais ceux-ci de faire valoir utilement qu'ils sont en danger dans leur pays d'origine ou que d'autres droits fondamentaux seraient violés par la décision de renvoi. La Cour ne suit pas les parties dans leur argumentation soulignant les autres voies de recours ouvertes contre ces décisions. Elle relève ainsi la possibilité d'introduire un recours en annulation contre une décision visée à l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980, fondée sur des « raisons impérieuses de sécurité nationales » ainsi que la possibilité d'en demander la suspension en introduisant une demande de suspension par voie ordinaire. Elle souligne, en outre, la possibilité de demander au Conseil du contentieux des étrangers de prendre des mesures provisoires conformément à l'article 39/84 de la loi du 15 décembre 1980 ainsi que la possibilité pour les étrangers qui font l'objet d'une mesure d'éloignement dont l'exécution est imminente d'introduire une demande de suspension en extrême urgence ayant un effet suspensif de plein droit par application de l'article 39/82, § 4 (B.32 et B. 33). Elle conclut, « compte tenu de l'ensemble des voies de recours dont disposent les personnes concernées », que le droit à un recours effectif est garanti (B. 34).

## B. Eclairage

La Cour constitutionnelle valide nombre de dispositions qui accroissent les pouvoirs dévolus aux autorités administratives en matière de retrait du droit au séjour et éloignement des étrangers en séjour légal. Elle renforce ainsi le risque de violation des droits fondamentaux des étrangers confrontés à ce type de mesures. C'est le cas par exemple des dispositions modifiant les critères susceptibles de fonder la prise d'une décision de retrait du droit au séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public. En autorisant la prise de ce type de décisions sur le fondement de *raisons d'ordre public*, de *raisons graves d'ordre public* ou de *raisons impérieuses de sécurité nationale*, le législateur étend considérablement les pouvoirs des autorités administratives (1). C'est le cas, également, des dispositions réintégrant dans le champ d'application de ces mesures des catégories d'étrangers qui en étaient auparavant exclues de manière absolue. Peu importe qu'il soit né en Belgique, qu'il y ait toujours vécu, que tous les membres de sa famille soient de nationalité belge, qu'il y ait toutes ses attaches ou qu'il considère la Belgique comme son pays, tout étranger en séjour légal peut désormais faire l'objet de ce type de mesures (2). L'introduction de la possibilité de

prononcer une interdiction d'entrée à l'égard de citoyens de l'Union européenne participe également à l'extension des prérogatives des autorités administratives en la matière (3).

La Cour valide, en outre, des dispositions qui suppriment des garanties entourant précédemment la prise de ces décisions. C'est le cas, pour exemple, de la loi du 15 mars 2017 supprimant l'effet suspensif du recours introduit contre celles-ci (4).

Les prérogatives octroyées aux autorités administratives en la matière s'en trouvent renforcées et la protection effective des droits fondamentaux des destinataires de ces mesures diminuée.

**1. L'utilisation des notions de raisons d'ordre public, raisons graves d'ordre public et raisons impérieuses de sécurité nationale comme fondement d'un retrait du droit au séjour : un glissement de terminologie renforçant les prérogatives des autorités administratives**

La Cour valide l'extension des pouvoirs dévolus aux autorités administratives découlant de l'utilisation des notions de *raisons d'ordre public et de sécurité nationale*, de *raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale* ou de *raisons impérieuses de sécurité nationale* en lieu et place de la notion d'*atteinte à l'ordre public* exigée précédemment pour fonder la prise de ce type de décisions.

La Cour estime que ces notions sont à suffisance définies par le législateur. Nous ne partageons pas cette analyse. Ni les textes, ni les travaux préparatoires de la loi ne permettent de déterminer avec certitude ce que recouvrent exactement ces notions<sup>16</sup>. La notion d'ordre public reçoit de multiples applications en droit des étrangers sans pour autant faire l'objet d'une définition précise<sup>17</sup>. Le contenu de cette notion varie en fonction du contexte dans lequel elle est invoquée et les juridictions administratives elles-mêmes admettent que les notions d'ordre public et de sécurité nationale ne sont, par essence, pas définissables avec précision<sup>18</sup>. Les notions de *raisons d'ordre public*, *raisons graves d'ordre public* ou *raisons impérieuses de sécurité nationale* introduites par les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 ne sont pas davantage définies par le législateur. Ces notions sont tirées de directives européennes. Les [travaux parlementaires](#) renvoient pour l'essentiel à ces dernières ainsi qu'à l'interprétation qui en est donnée par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>19</sup>. Or, si les textes européens offrent quelques indications quant à l'interprétation qu'il convient de donner à ces notions, ils n'en proposent pas de définition précise<sup>20</sup>. Seules sont proposées une série de lignes directrices destinées à entourer leur application<sup>21</sup>. Dans le même sens, la Cour de justice laisse « pour l'essentiel, les États membres libres de déterminer les exigences de l'ordre public, conformément à

<sup>16</sup> [Projet de loi](#), pp. 23-25.

<sup>17</sup> F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *J.T.*, 2014, pp. 65 à 78. La notion d'ordre public apparaît à 55 reprises dans le seul texte de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>18</sup> *Voy.* en ce sens CE, 20 juin 2002, n° 108.288 ; CE, 22 mars 2002, n° 105.045 ; CE, 4 juin 2002, n° 107.327 ainsi que [CCE, arrêt n° 204 466 du 29 mai 2018](#).

<sup>19</sup> [Projet de loi](#), pp. 19-25.

<sup>20</sup> Ainsi, certaines directives en matière de migration légale indiquent dans leur préambule que la notion d'ordre public peut couvrir la condamnation pour infraction grave et que les notions d'ordre public et de sécurité publique visent également les cas d'appartenance ou de soutien à une association qui soutient le terrorisme ou encore le fait d'avoir (eu) des visées extrémistes. *Voy.* 14<sup>ème</sup> considérant, de la [Directive 2003/86/CE](#) ; 8<sup>ème</sup> considérant, de [Directive 2003/109/CE](#) ainsi que le 36<sup>ème</sup> considérant de la [Directive 2016/801/UE](#).

<sup>21</sup> *Voy.* parmi d'autres dispositions, l'article 27, paragraphe 2, de la [Directive 2004/38/CE](#) qui précise que les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille pour autant que le comportement de la personne concernée représente une menace réelle et actuelle pour un intérêt fondamental de la société ou de l'État membre concerné. Elle précise également que l'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver des mesures d'ordre public ou de sécurité publique et que des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues.

leurs besoins nationaux pouvant varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre »<sup>22</sup>. Tout au plus exige-t-elle, « lorsque la notion d'ordre public a pour but de justifier une dérogation à un principe », « l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »<sup>23</sup>. Ainsi, tant la Cour de Justice que nos juridictions nationales offrent de précieuses indications sur le champ d'application de ces notions. La définition jurisprudentielle des comportements susceptibles de fonder ces mesures ne permet toutefois pas d'en circonscrire avec précision l'étendue dès lors que celle-ci reste soumise au contexte en entourant l'application. Par un [avis du 26 septembre 2016](#), le Conseil d'Etat invitait le législateur à préciser ces notions dans le texte de la loi<sup>24</sup>. Il proposait notamment d'indiquer le type de faits qui pourrait constituer *des raisons impérieuses de sécurité nationale* prenant pour exemple la législation allemande. En droit allemand, il faut à tout le moins que l'individu concerné ait fait l'objet d'un certain type de condamnation pénale ou d'internement pour pouvoir considérer qu'il existe des raisons impérieuses de sécurité publique<sup>25</sup>. Ce ne fut toutefois pas l'option choisie par le législateur qui a fait fi de ces recommandations laissant le contenu de ces notions, pour l'essentiel, à la libre appréciation des autorités administratives. Une définition *a priori* des comportements susceptibles de fonder ces mesures aurait pourtant eu le mérite de lever toute ambiguïté quant à leur champ d'application *rationae materiae*.

Nous saluons toutefois les précisions offertes par la Cour quant à la possibilité de prendre de telles mesures en l'absence de condamnation pénale. La Cour précise que le fait que « l'existence d'une ou plusieurs condamnations ne soit plus une condition nécessaire ni une condition suffisante pour que soit prise une décision mettant fin au séjour pour des *raisons d'ordre public ou de sécurité nationale* ne signifie pas que l'autorité serait autorisée à ne pas se baser sur des faits prouvés et objectivés ». On peut à notre estime, en déduire qu'il est exclu de prendre une telle décision à l'égard d'un étranger pour le seul motif que des poursuites pénales seraient ouvertes à son encontre ou encore sur base de rapports administratifs faisant état de ce que l'étranger représenterait une menace pour l'ordre public.

## **2. L'éloignement des étrangers nés en Belgique ou arrivés avant l'âge de douze ans : un retour en arrière lourd de conséquences**

La [loi du 24 février 2017](#) met un terme à la protection absolue contre l'éloignement dont bénéficiaient antérieurement les étrangers nés en Belgique ou arrivés avant l'âge de douze ans.

<sup>22</sup> [Projet de loi](#), p. 20 renvoyant à l'arrêt *P. I.*, C.J.U.E., (gde ch.), 22 mai 2012, C-348/09, EU:C:2012:300, point 23).

<sup>23</sup> [Projet de loi](#), p. 20, renvoyant aux arrêts C.J.U.E., 24 juin 2015, *H.T.*, aff. C 373-13, EU:T:2014:1047, point 79; C.J.U.E., 11 juin 2015, *Z. Zh.*, aff. C 554-13, EU:C:2015:377, points 48 et 50; C.J.U.E., 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, EU:C:2012:608, point 40.

<sup>24</sup> Avis du Conseil d'Etat n° 59.854/4 du 26 septembre 2016, *Doc.Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, p.92.

<sup>25</sup> En 2008, mettant en exergue le flou entourant les critères permettant de renvoyer ou d'expulser un étranger disposant d'un titre de séjour ou établi en Belgique, des parlementaires proposaient de conditionner le prononcé de ces mesures à des critères clairement définis, abandonnant ainsi toute référence à la notion floue d'«ordre public». L'idée était de conditionner le renvoi ou l'expulsion d'un étranger à la commission d'infractions expressément listées dans la loi. Ne pourrait être renvoyé ou expulsé que : l'étranger ayant commis un délit ou un crime contre la sûreté de l'État, visés au Titre premier du livre II du Code pénal (crimes et délits contre la sûreté de l'État), une infraction visée dans la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, une infraction visée par la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme ou une infraction visée à l'article 11 de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite et du trafic des êtres humains ([Proposition de loi du 15 octobre 2008 visant à modifier la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), *Doc. Parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2008-2009, n°1485/001). C'est le choix opéré par le législateur français pour ce qui concerne l'interdiction de territoire français susceptible d'être prononcée par le juge pénal (Art. 131-30 du code pénal français et article L.541-1 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; Art. L 623-1 à L 623-3 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Instaurée d'abord par voie de circulaire ministérielle, ensuite par [voie d'intervention législative](#)<sup>26</sup>, la protection absolue contre l'éloignement dont bénéficiaient les étrangers nés ou arrivés en Belgique avant l'âge de douze ans, faisait écho à une campagne initiée par diverses associations dénonçant le caractère éminemment discriminatoire, inhumain, inefficace et criminogène de ce type de mesures<sup>27</sup>. Celles-ci soulignaient l'ingérence particulièrement grave que ces mesures constituent dans le droit à la vie privée et familiale de « délinquants » ayant parfois passé une très grande partie, voire toute leur vie en Belgique, qui se trouvent séparés de leur famille, éloignés de leur milieu social, renvoyés dans un pays qu'ils ne connaissent pas et avec lequel ils n'ont aucune attache. En supprimant l'application de ces mesures à certaines catégories d'étrangers, le législateur rencontrait partiellement cet argumentaire<sup>28</sup>. Aux termes des [travaux préparatoires](#), il justifiait alors l'inscription de cette protection absolue en faveur de certaines catégories d'étrangers par le caractère particulièrement attentatoire aux droits fondamentaux de ces mesures appliquées aux étrangers intégrés<sup>29</sup>.

En adoptant la loi du 24 février 2017, le législateur fait donc marche arrière. Ce retour en arrière est justifié par la nécessité d'offrir aux autorités administratives toute la latitude nécessaire afin d'agir rapidement et efficacement en cas de menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale<sup>30</sup>. L'intention est claire et affirmée : il s'agit d'augmenter les pouvoirs dévolus aux autorités administratives afin de protéger la Belgique contre les dangereux étrangers « intégrés ». Le [législateur](#) s'appuyait, par ailleurs, sur le bon respect du cadre légal européen. Il soulignait le fait que les directives européennes régissant ces statuts de séjour particuliers permettent de mettre fin au séjour pour des *raisons d'ordre public ou de sécurité nationale* de tout étranger peu importe son niveau d'intégration<sup>31</sup>. Ces directives dont le législateur affirme, aux termes des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, assurer la transposition en droit belge n'interdisent effectivement pas de manière absolue l'éloignement d'un étranger pour motifs d'ordre public peu importe son statut de séjour.

La Cour Constitutionnelle valide cette extension des pouvoirs dévolus aux autorités administratives jugeant les motifs avancés par le législateur suffisant à justifier cet élargissement du champ d'application de ces dispositions à ces étrangers « intégrés ». Nous le regrettons. En effet, qu'il soit ou non autorisé par les textes européens, compensé ou non par l'inscription de garanties, cette extension du champ d'application de ces dispositions aux quasi-nationaux pose question au regard de la position qui était celle du législateur il y a quinze ans. Alors qu'il jugeait, au début des années 2000, nécessaire au bon respect des droits fondamentaux de ces étrangers de les exclure du champ

---

<sup>26</sup> [Loi du 26 mai 2005](#) modifiant la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, article 22, *M.B.*, 10 juin 2005, p. 26718.

<sup>27</sup> Collectif Solidarité contre l'Exclusion - n° 38 - mai/juin 2003, pp.41 et 42 ; X. ROLIN, "La double peine, une punition de la nationalité", *Rev. dr. étr.*, n° 118, 2002, pp. 205-216 ; P. LIEBERMANN, "Double peine pour double faute, en finir avec le bannissement des immigrés", *Rev. drt. étr.*, n° 109, 2000, pp. 355-358 ; O. DE SCHUTTER, "La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", *Rev. dr. étr.*, n° 93, 1997, pp. 177-189 ; P. JASPIS, "Faut-il mettre fin à la double peine?", *La Libre Belgique*, 4 décembre 2002.

<sup>28</sup> [Projet de loi du 13 janvier 2005 modifiant la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées et modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), *Doc. Parl.*, Ch. Repr, sess.ord.2004-2005, n°1555/001, p. 9.

<sup>29</sup> Aux termes des travaux préparatoires, le législateur reconnaissait qu'« appliquée à des personnes qui ont noué des attaches en Belgique cette mesure est contraire à certains principes fondamentaux de notre système démocratique ».

<sup>30</sup> [Projet de loi](#) du 12 décembre 2016, p. 17.

<sup>31</sup> [Projet de loi](#) du 12 décembre 2016 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, [Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique](#), n° 2215/003, *Doc.Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, p.30.

d'application de ces dispositions<sup>32</sup>, il opère aujourd'hui un véritable retour en arrière. Ce virage à 180° est loin de faire l'unanimité au sein des parlementaires. Lors des discussions ayant présidé à l'adoption de la loi du 24 février 2017, un membre de la commission intérieur s'inquiétait de la création de citoyens de second rang<sup>33</sup>. Et de préciser ensuite « qu'une société inclusive sous-entend que les personnes qui habitent dans notre pays depuis un certain moment soient considérées comme des citoyens à part entière. Cela suppose qu'elles bénéficient d'un traitement égal, avec des droits et des obligations similaires »<sup>34</sup>. Offrir à l'étranger qui aurait des liens étroits avec la Belgique un traitement égal à celui du citoyen belge n'est manifestement pas le choix du législateur. Peu importe qu'il soit né et ait toujours vécu en Belgique, le non national ne sera jamais intégré à la société belge de la même manière que le citoyen belge puisqu'il pourra, en cas de faux pas, toujours être renvoyé vers son pays d'« origine », même à supposer qu'il n'y ait jamais mis les pieds.

Petite consolation : la Cour précise que la possibilité d'éloigner ces étrangers « intégrés » doit être limitée aux cas de terrorisme ou de criminalité très grave. Nous regrettons toutefois qu'elle n'ait pas été plus précise en offrant par exemple quelques illustrations des faits à ce point graves qu'ils pourraient justifier l'adoption de ce type de décisions. Le seuil de gravité élevé requis pour qu'une décision de retrait et d'éloignement puisse être prise à leur encontre reste dès lors, à nouveau, sujet à l'appréciation des autorités décisionnaires. On peut toutefois imaginer que le seuil de gravité requis étant très élevé, ces décisions ne pourront être prises que dans des cas exceptionnels.

### **3. La possibilité de prononcer une interdiction d'entrée à l'égard de citoyens de l'Union européenne : une extension du champ d'application de cette mesure injustifiée**

La Cour valide ensuite le prononcé d'interdictions d'entrée à l'égard de citoyens de l'Union européenne. A nouveau, elle apporte quelques précisions quant au champ d'application de cette disposition. Ainsi, la durée de cette interdiction n'est pas automatique, doit être motivée de manière indépendante et doit nécessairement être limitée dans le temps. Par ailleurs, dans le cas où la durée de l'interdiction d'entrée dépasse le délai maximum de 5 ans fixé par la loi, elle doit être motivée au regard de la menace grave que représente l'étranger actuellement, mais également dans le futur. S'il est appréciable que la Cour fournisse quelques précisions quant au champ d'application de cette mesure, nous regrettons qu'elle valide l'introduction de cette possibilité de prononcer une interdiction d'entrée à l'égard des citoyens de l'Union européenne dans la loi du 15 décembre 1980. La Cour relève que cette disposition a été adoptée dans le but de lutter contre certaines formes de criminalité sans s'interroger plus avant sur sa proportionnalité au regard de cet objectif<sup>35</sup>. On ne peut toutefois que questionner la pertinence de cette mesure au regard de l'objectif de lutte contre la criminalité qui la sous-tend dès lors que celle-ci a pour unique conséquence de renvoyer la menace vers un autre Etat membre. Comme le font très justement remarquer J-Y Carlier et G. Renaudière : « Y a-t-il un quelconque intérêt à renvoyer la menace vers un autre Etat membre sachant que, ce faisant, d'une part, on risque de perdre la trace de l'intéressé, d'autre part, on n'empêchera

<sup>32</sup> Projet de loi du 13 janvier 2005 précité, p. 9.

<sup>33</sup> Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique précité, pp. 12 et 13.

<sup>34</sup> Rapport précité, pp. 12 et 13.

<sup>35</sup> Rapport précité, pp. 5 et 6. L'exemple « néerlandais » était particulièrement mis en avant lors des travaux parlementaires. Les Pays-Bas aurait permis de limiter drastiquement le nombre de cambriolages commis par des bandes roumaines en instaurant la déclaration d'indésirabilité ("ongewenstverklaring"), mécanisme similaire à l'interdiction d'entrée à l'égard des citoyens de l'Union européenne.

nullement la poursuite des actes terroristes ou délinquants concernés, aux répercussions transfrontières aisées ? »<sup>36</sup>.

#### **4. Les exceptions à l'effet suspensif du recours introduit contre une décision d'éloignement : une diminution des garanties entourant la prise de ces décisions**

Enfin, nous avons analysé le raisonnement au terme duquel la Cour valide la suppression par la loi du 15 mars 2017 de l'effet suspensif du recours introduit contre une décision prise en matière de séjour et d'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale.

A nouveau, la Cour Constitutionnelle balaie l'ensemble des moyens soulevés par les parties à l'égard de ces dispositions. Elle rejette, ainsi, les critiques formulées par celles-ci à l'encontre du critère de distinction utilisé pour exclure certaines catégories d'étrangers de l'effet suspensif du recours introduit contre ce type de décisions. Ce critère avait pourtant fait l'objet de critiques par le Conseil d'Etat qui avait invité le législateur à le clarifier<sup>37</sup>. La Cour rejette, par ailleurs, l'argumentation des parties quant au fait que cette suppression violerait le droit à un recours effectif. Elle énumère, à cette occasion, les voies de recours dont les parties disposent encore contre ce type de décisions. Elle insiste tout particulièrement sur la possibilité pour l'intéressé d'obtenir la suspension de l'exécution forcée de la mesure d'éloignement par l'introduction d'une demande de suspension suivant la procédure d'extrême urgence. Elle en conclut que le droit à un recours effectif serait, dans tous les cas, garanti. On peut toutefois en douter vu les conditions entourant l'introduction d'une demande de suspension en extrême urgence. Cette procédure est conditionnée au respect de délais extrêmement courts et subordonnée à la réunion de conditions strictes, puisque la suspension ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte contesté sont invoqués et à la condition que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable<sup>38</sup>. Par ailleurs, les autres recours ouverts à l'étranger n'entraînent pas automatiquement la suspension de l'exécution forcée d'une mesure d'éloignement.

Enfin, on peut, s'interroger sur la proportionnalité de cette suppression au regard de l'objectif qu'elle poursuit. La suppression de l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers dans ces hypothèses est justifiée par un souci d'efficacité<sup>39</sup>. Or, comme souligné lors des travaux parlementaires, les intéressés disposent toujours de la possibilité d'introduire un recours en extrême urgence contre ces décisions. Cette suppression de l'effet suspensif du recours introduit par le biais de la procédure ordinaire risque d'entraîner une multiplication des procédures puisqu'elle pourrait conduire à une généralisation du recours en extrême urgence dans ces cas. Par conséquent, s'il est vrai que l'exercice de la justice administrative en sera accéléré, cette accélération risque de conduire à une surcharge des autorités administratives contraintes au traitement d'un nombre important de demandes dans un délai de temps restreint. Elle risque, dès lors, de se faire au détriment de sa qualité et, paradoxalement, de son efficacité.

### **C. Conclusion**

---

<sup>36</sup> J.Y. CARLIER ET G. RENAUDIÈRE, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2018, p.150. Une alternative, déjà proposée par la Cour de justice, consiste à développer un ordre public européen au moins territorialement. Ceci permet de limiter la libre circulation du citoyen de l'Union européenne présentant un risque pour l'ordre public sans pour autant le renvoyer vers l'Etat membre dont il a la nationalité

<sup>37</sup> [Avis du conseil d'état n° 59.853/4 du 26 septembre 2016](#), n°2216/001, *Doc. Parl.*, Ch. Repr. , sess. ord., 2016-2017.

<sup>38</sup> Loi du 15 décembre 1980, art. 39/82, § 2, § 4 et 39/57, §1<sup>er</sup>, al. 3.

<sup>39</sup> [Projet de loi du 12 décembre 2016, volet recours](#), p. 5.

Pour conclure, nous regrettons que la Cour ne se soit pas saisie des recours introduits pour sanctionner le législateur et l'inviter à adopter une politique plus mesurée.

Bien que la Cour fixe quelques balises quant à l'application qu'il convient de faire de ces dispositions, restreignant de ce fait la marge d'appréciation conférée aux autorités décisionnaires, elle en valide l'essentiel. Or, ces dispositions, laissent une large voie à l'interprétation et renforcent, de ce fait, considérablement les pouvoirs des autorités administratives. Le rôle des juridictions chargées du contrôle de ces décisions apparaît, dès lors, primordial. Il appartiendra aux Cours et Tribunaux de vérifier que les autorités administratives font une juste application de ces dispositions tenant compte notamment des balises fixées par la Cour. Notons que ce contrôle ne pourra s'exercer que dans une certaine mesure puisque le Conseil du Contentieux des étrangers, en première ligne de ce contrôle, ne statue pas en opportunité mais uniquement en légalité. Il nous semble pourtant qu'au vu des risques de violation des droits fondamentaux que ces mesures administratives portent en germe, elles devraient pouvoir faire l'objet, non plus d'un simple contrôle de légalité mais d'un contrôle de légalité et d'opportunité<sup>40</sup>. Une autre alternative serait de confier ces mesures au juge pénal dont l'action est entourée de garanties autrement plus strictes que l'action des autorités administratives. Bien que le législateur attribue à ces mesures un caractère essentiellement préventif, celles-ci entretiennent de nombreux liens avec la notion de peine<sup>41</sup>. L'interdiction de territoire constitue, par ailleurs, dans certains ordres juridiques, une peine<sup>42</sup>. Ordonner ces mesures à titre de peine aurait le mérite d'entourer leur adoption des mêmes garanties qu'en matière pénale. Elles seraient alors entourées de garanties autrement plus strictes et plus protectrices des droits fondamentaux que celles circonscrivant l'action des autorités administratives<sup>43</sup>.

Par ailleurs, qu'elle fasse ou non l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif, le bien-fondé de ces mesures et leur proportionnalité au regard de l'objectif de protection de la société qu'elles poursuivent nous paraît poser difficulté.

Les modifications opérées sont, à l'estime du législateur, proportionnées à la menace que ces étrangers sont susceptibles de représenter pour notre ordre national. Il est en cela suivi par la Cour Constitutionnelle qui estime la législation soumise à son analyse proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit. Nous ne partageons pas cette position.

Le législateur ne s'attarde, à aucun moment, sur les conséquences que ces mesures entraînent dans le chef des étrangers nés ou ayant vécu une grande majorité de leur vie dans leur pays d'accueil. Eloigner ces étrangers du territoire belge revient, pour certains, à les éloigner de ce qu'ils considèrent comme « leur » pays parce qu'ils y sont nés ou qu'ils y ont grandi, ou encore parce qu'ils y ont toutes leurs attaches familiales et sociales. Cela signifie, dans certains cas, les renvoyer dans un pays avec

---

<sup>40</sup> C'est également l'avis de D. VANDERMEERSCH pour ce qui concerne le contrôle de la détention administrative : voy. 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.

<sup>41</sup> Sur les liens que ces mesures entretiennent avec la notion de peine ainsi que sur une analyse comparative des garanties entourant l'action pénale et l'action administrative : voy. C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *R.D.E.*, n° 218, 2018, pp.212 à 217.

<sup>42</sup> C'est le cas en droit français. Voy. Art. L 623-1 à L 623-3 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit. Elle entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ou de réclusion.

<sup>43</sup> Actuellement, la nature administrative de ces mesures a pour conséquence de priver les destinataires de celles-ci, non seulement des garanties découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi d'autres garanties attachées à la matière pénale. Nous pensons plus particulièrement au principe de légalité des incriminations et des peines ainsi qu'au principe *non bis in idem*.

lequel ils n'ont aucun lien, voire les expulser vers un pays où leur vie est menacée. Les souffrances engendrées par ces mesures d'éloignement sont telles que ces étrangers ont affirmé devant la Cour européenne des droits de l'homme leur préférer celles découlant du prononcé d'une sanction pénale<sup>44</sup>. Au début des années 2000, le législateur excluait de manière absolue les étrangers nés ou résidant sur le territoire belge depuis leur enfance du champ d'application de ces dispositions jugeant l'adoption de ce type de mesures à leur égard contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. A l'instar du législateur des années 2000, nous estimons discriminatoire la différence de traitement découlant de l'application de ces mesures à l'étranger « intégré », à l'exclusion du national. Un étranger ayant de solides attaches en Belgique devrait être considéré et traité comme un national<sup>45</sup>.

Enfin, la proportionnalité de ces mesures est à questionner au regard de leur aptitude à atteindre l'objectif de protection de la société visé par le législateur. Un certain nombre de ces étrangers resteront ou reviendront dans la clandestinité. Ils seront, en outre, pour la plupart, amenés un jour ou l'autre à réintégrer la société dont ils ont été exclus. Or, cette réintégration n'aura fait l'objet d'aucune préparation avec tous les risques que cela comporte en termes de récidive. Dès lors, à supposer que la protection de notre société soit assurée par l'exécution de ces mesures, celle-ci ne sera en tout état de cause protégée que pour une période déterminée. A l'échelle européenne, l'efficacité de ces mesures questionne, en outre, au regard de la constitution d'un ordre public européen. Quel intérêt y a-t-il pour la bonne protection de l'ordre juridique européen de renvoyer la menace que représente un citoyen de l'Union européenne vers un autre Etat membre de l'Union ? Nous n'en voyons aucun.

#### D. Pour aller plus loin

**Lire les arrêt : C. Const., arrêts [n°111](#) et [112/2019](#) du 18 juillet 2019**

##### Législation :

[Loi du 24 février 2017](#) modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.*, 19 avril, p. 51890

[Loi du 15 mars 2017](#) modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 29 avril 2017, p. 51900

[Projet de loi du 12 décembre 2016](#) modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, n° 2215/001, *Doc.Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017

[Projet de loi du 12 décembre 2016](#), volet recours

<sup>44</sup> Voy. à titre d'exemple l'arrêt *Üner* dans lequel le requérant soulignait le fait qu'« il aurait préféré purger une peine plus longue si cela avait pu lui éviter d'être expulsé et plongé dans l'incapacité de reprendre sa vie familiale aux Pays-Bas », Cour eur. dr. h., *Üner c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006, § 44.

<sup>45</sup> Cette position est celle du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies qui juge l'article 12.4 interdisant de priver une personne du droit d'entrer dans « son » pays invocable par « toute personne qui, en raison de liens particuliers qu'elle entretient avec un pays donné ou des revendications qu'elle a à cet égard, ne peut pas être considérée dans ce même pays comme un simple étranger » (Com. dr. h., *Stewart c. Canada*, 16 septembre 1996, comm. n° 583/1993). Ainsi, les étrangers ayant des liens particulièrement étroits avec leur pays d'accueil doivent être traités dans ce pays comme des citoyens à part entière ( voy. en ce sens . Com. dr. h., *Warsame c. Canada*, 21 juillet 2011, comm. n° 1959/2010).

[Loi du 26 mai 2005](#) modifiant la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, article 22, *M.B.*, 10 juin 2005, p. 26718.

**Doctrine :**

J. HARDY, « Ordre public : modifications législatives et jurisprudence récente » in *Immigrations et droits, Question d'actualité*, Larcier, 2018, pp.98 à 114.

C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *R.D.E.*, n° 218, 2018, pp. 179-221

X. ROLIN, "La double peine, une punition de la nationalité", *Rev. dr. étr.*, n° 118, 2002, pp. 205-216

P. Liebermann, "Double peine pour double faute, en finir avec le bannissement des immigrés", *Rev. drt. étr.*, n° 109, 2000, pp. 355-358

O. DE SCHUTTER, "La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", *Rev. dr. étr.*, n° 93, 1997, pp. 177-189

J-Y CARLIER ET S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, 2016

F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *J.T.*, 2014, pp. 65 à 78

**Pour citer cette note :** MACQ, C., « Retrait du droit au séjour et éloignement pour motifs d'ordre public : les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 validées, sous réserves d'interprétations, par la Cour Constitutionnelle », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2019.

### 3. TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE FRANCOPHONE DE BRUXELLES, 47e CHAMBRE CORRECTIONNELLE, DECISION DU 12 DECEMBRE 2018

#### *Le procès dit « de la solidarité » comme révélateur des faiblesses du cadre légal en matière de lutte contre l'aide à l'immigration irrégulière*

*Mathilde Hardt*

#### **A. Arrêt**

La décision du 12 décembre 2018, aboutissement du dénommé « *procès de la solidarité* » ou « *des hébergeurs* » a défrayé la chronique belge. Le parquet ayant interjeté appel de celle-ci, l'affaire fera l'objet d'un nouvel examen par la Cour d'appel dans les mois prochains. Après avoir rappelé les faits imputés aux douze inculpés ainsi que le droit applicable, nous examinerons cette décision.

##### **1. En fait**

Les douze inculpés sont accusés du chef de trafic d'êtres humains ([article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), ci-après : loi du 15 décembre 1980). Parmi eux, huit migrants en transit sont accusés en qualité d'auteur et quatre de leurs hébergeurs, résidents belges, sont accusés en qualité de complice.

##### *- Les migrants en transit*

Hassan (hébergé par M.), Alla (connaissance de Z.), Mohammad et Mahmoud (hébergé par W. et connaissance de Z.) sont égyptiens. Hussein et Ali sont soudanais. Youssef A. et Youssef Y. sont syriens et Thomas (défaillant) est érythréen. Ils ont en commun l'obsédant désir de rejoindre l'Angleterre. C'est cette même ambition qui explique que, pour au moins sept d'entre eux, ils auraient « *joué un rôle dans le cadre de voyages illégaux, que ce soit en amenant les victimes d'une gare vers les parkings, en ouvrant et en fermant les portes de camions, en aidant les victimes à embarquer avec leurs bagages, en se renseignant sur la situation de différents parkings autoroutiers, ou encore en collectant l'argent* » et ce, à charge « *d'au moins 95 victimes* » (Corr. Bruxelles, 12 décembre 2018, *inédit*). En effet, personne ne conteste que ces activités aient été menées dans l'objectif de financer leur propre passage vers l'Angleterre, « *voire de l'obtenir gratuitement en contrepartie "des services rendus" et non de participer à une organisation criminelle* » (Corr. Bruxelles, 12 décembre 2018, *inédit*). Si certains ont perçu de petites rémunérations, aucun n'a été retrouvé en possession de sommes conséquentes, la plupart restant en situation économiquement précaire.

##### *- Les hébergeurs*

Les hébergeurs inculpés sont des membres actifs de la Plateforme citoyenne de soutien aux réfugiés. Ils ont tous côtoyé les migrants en transit inculpés à leurs côtés.

M. a notamment hébergé Hassan. Elle savait qu'il avait été passeur à Calais avant d'arriver en Belgique. Elle savait aussi qu'il continuait à aider des amis à embarquer dans des camions mais était convaincue qu'il le faisait gratuitement. Elle admet lui avoir prêté son téléphone ainsi que son ordinateur. Elle a aussi déjà nourri ou lavé les vêtements de personnes qu'elle savait passeurs. Bien qu'elle n'ait reçu aucun avantage patrimonial, le Parquet considère que le prêt de téléphone et

d'ordinateur constitue une aide utile à l'exercice des activités des passeurs. Elle se serait dès lors rendue complice du chef de trafic d'êtres humains. Il requiert néanmoins une suspension du prononcé.

En ce qui concerne A., le seul élément à sa charge ressort d'une conversation téléphonique avec M. au cours de laquelle elle lui demande si Hassan ne disposerait pas d'informations pour faire passer un de ses hébergés. Ce dernier finira par se résigner à rester en Belgique. Bien que le Parquet pense que A. ait été consciente que ce passage aurait nécessairement impliqué le recours à un passeur, il reconnaît qu'elle a, en passant cet appel, simplement tenté d'aider une victime et non un passeur. Il requiert dès lors son acquittement.

Le troisième prévenu, W., est de nationalité tunisienne et vit en Belgique depuis plus de 17 ans. Bien qu'il ait passé huit mois en détention préventive à la prison de Dendermonde, il semble être celui contre lequel le moins d'éléments existent. Selon sa propre perspective il a simplement apporté de l'aide à une personne qu'il a qualifiée de « sans domicile fixe », soit en lui ouvrant ses portes le temps de quelques nuits soit en lui gardant des effets personnels. Le Parquet, ayant lui-même de « *gros doutes* » concernant son implication, requiert finalement son acquittement.

Enfin, Z. a été mise en détention préventive pour une période de deux mois avant d'être finalement libérée. Elle fait partie des premières volontaires de la Plateforme citoyenne de soutien aux réfugiés et connaît bien Allaa et Mahmoud. Deux actes lui sont reprochés. D'une part, elle aurait recherché la localisation d'un parking sur Google Maps à la demande de Allaa. Elle aurait, d'autre part, traduit l'étiquette d'un camion afin d'aider Mahmoud à en identifier la destination. Elle voulait, de la sorte, éviter que lui et ses amis n'embarquent dans une mauvaise direction. Selon le Parquet, même si Z. n'en a retiré aucun avantage patrimonial, ces deux éléments relèveraient bel et bien d'une aide indispensable au trafic d'êtres humains. Elle devrait dès lors être condamnée en qualité de coauteure. Il requiert cependant une suspension du prononcé.

## 2. En droit

L'[article 77bis](#) de la loi du 15 décembre 1980 relatif au trafic d'êtres humains requiert la réunion de deux éléments constitutifs. Il faut qu'un acte d'aide à l'entrée, au transit ou au séjour irrégulier ait été posé (i) dans l'objectif d'obtenir un avantage patrimonial direct ou indirect (ii).

En ce qui concerne la participation criminelle, trois conditions cumulatives doivent être rencontrées: l'existence d'une infraction principale (i), la conscience de participer à une infraction (ii) et un acte de participation (iii). Les articles 66 à 68 du Code pénal dressent la liste des comportements susceptibles de constituer des actes de participation. C'est au sein de cette dernière condition que se dessine la distinction entre le coauteur ([article 66 du Code pénal](#)) et le complice ([article 67 du Code pénal](#)). Selon les termes de l'article 66, la personne qui aura « *exécuté* » ; « *coopéré directement à l'exécution de l'infraction* » ; prêté une aide indispensable sans laquelle l'infraction n'aurait pu être réalisée ou qui l'aurait provoquée sera susceptible d'être condamnée à titre de coauteur. Celle ayant « *donné des instructions* » ; procuré des moyens qui ont servi à la commission de l'infraction, tout en sachant qu'ils « *devaient y servir* » ; ou qui consciemment aurait « *aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs (...) dans les faits qui l'ont préparé[e] ou facilité[e], ou dans ceux qui l'ont consommé[e]* » est punissable en qualité de complice.

### 3. Décision

Si les quatre hébergeurs ont finalement été acquittés, les migrants en transit ont tous été condamnés.

#### - Les migrants en transit

Seul un des inculpés conteste l'existence d'**actes matériels** d'aide à l'immigration irrégulière. Les autres admettent avoir posé des actes d'aide au transit irrégulier. En ce qui concerne l'**élément moral** de l'infraction, si certains invoquent avoir agi pour des motifs d'entraide ou d'amitié, ils admettent quasiment tous avoir espéré obtenir un passage gratuit ou à moindre frais au Royaume-Uni. A cet égard, le Tribunal considère que cette espérance suffit déjà à satisfaire l'élément moral de l'**article 77bis**, à savoir, l'intention d'obtenir un avantage patrimonial direct ou indirect. Le Tribunal retient ainsi la prévention de trafic d'êtres humains à charge de l'ensemble des migrants en transit.

Le Tribunal retient aussi plusieurs circonstances aggravantes : l'abus de vulnérabilité, la minorité de certaines victimes, la mise en danger de leur vie, le caractère habituel de l'activité et l'association de malfaiteurs. Il juge cependant que les huit prévenus se distinguent de certains acteurs non identifiés « *qui paraissent quant à eux avoir érigé les voyages clandestins au Royaume-Uni en réelle profession et avoir profité de l'aide de certains prévenus du présent dossier* » (Corr. Bruxelles, 12 décembre 2018, inédit).

Pour toutes ces raisons, ils ont été condamnés à des peines d'emprisonnement allant d'un an à 40 mois d'emprisonnement (dont cinq ans de sursis pour ce qui excède la durée de la détention préventive). A ces peines s'ajoutent des amendes allant de 48 000 à 360 000 euros, multipliés par les décimes additionnels (également avec un sursis de trois ans pour partie de cette somme). Au civil, ils ont été condamnés solidairement à payer à Myria la somme symbolique d'un euro.

#### - Les hébergeurs

Contrairement aux huit migrants en transit, le Tribunal a acquitté les quatre hébergeurs de tous les chefs d'inculpation. En ce qui concerne M., il a jugé qu'elle n'était pas consciente que le matériel prêté servirait effectivement à la commission de l'infraction. Le même argumentaire justifie l'acquiescement de Z.

En ce qui concerne A., il conclut à l'absence d'infraction principale à laquelle rattacher son acte de participation. En effet, son hébergé ayant finalement renoncé à rejoindre l'Angleterre, le conseil qu'elle avait sollicité par téléphone auprès de M. et Hassan n'a finalement pas été mis à profit.

Concernant, W. le Tribunal a jugé que, bien que l'on puisse se demander s'il savait que son hébergé se livrait à des activités d'aide à l'immigration irrégulière, il aurait fallu qu'un acte précis de participation ou de complicité puisse lui être imputé pour le condamner en qualité de participant.

## B. Éclairage

En droit belge, deux dispositions existent pour sanctionner l'aide à l'immigration irrégulière. L'**article 77bis** de la loi du 15 décembre 1980, vise désormais exclusivement le **trafic d'êtres humains**. En parallèle, l'**article 77** de cette même loi sanctionne l'**aide à l'entrée, au séjour et au transit irréguliers**. Ce cadre légal est le résultat de neuf modifications législatives intervenues entre 1993 et

2016. La [loi du 10 août 2005](#), visant notamment à opérer une nette distinction entre le trafic et la traite des êtres humains, est probablement la plus importante d'entre elles.

Ces dispositions sont à la fois similaires et distinctes. Si toutes deux requièrent l'existence d'un acte matériel d'aide à l'entrée, au transit ou au séjour, trois différences majeures sont à noter. Premièrement, le trafic d'êtres humains est puni bien plus sévèrement que l'aide à l'entrée, au transit et au séjour (de huit jours à un an contre un an à cinq ans d'emprisonnement). Deuxièmement, alors que l'article 77bis nécessite un dol spécial, l'article 77 requiert un dol général. Enfin, seul l'article 77 consacre la clause dite « humanitaire » permettant d'exclure de son champ d'application les actes relevant d'une aide « principalement humanitaire ». Bien que cette exemption évoque le droit européen ([directive 2002/90](#)), celle-ci existe depuis 1996 en droit belge. Après avoir examiné de manière plus approfondie le dol spécial de l'article 77bis et la clause humanitaire de l'article 77, nous nous interrogerons sur la consistance de ce cadre légal.

### 1. L'élément moral de l'article 77bis

L'article 77bis fut inséré dans la loi du 15 décembre 1980 par une [loi du 13 avril 1995](#). Cette disposition ne visait autrefois qu'à sanctionner les formes les plus graves de trafic ainsi que la traite des êtres humains. Le trafic d'êtres humains devait dès lors être assorti d'éléments d'abus ou de contrainte (manœuvres frauduleuses, violences ou menaces) pour être qualifié de tel. Avec la réécriture de l'article 77bis par la [loi du 10 août 2005](#) visant notamment à opérer une nette distinction entre le trafic et la traite des êtres humains, ces éléments constitutifs furent supprimés et reconvertis en circonstances aggravantes ([articles 77ter à quinquies de la loi du 15 décembre 1980](#)). Dans la foulée, le législateur introduisit la notion d'« avantage patrimonial direct ou indirect » comme élément moral de l'article 77bis. Ce faisant, il s'écarta du droit européen qui privilégie le « but de lucre » comme élément constitutif de l'aide au séjour irrégulier ([article 1<sup>er</sup> de la directive 2002/90](#)). Parfois confondus en pratique, le « but de lucre » et l'« avantage patrimonial » sont pourtant bien différents.

Le « but de lucre » est nécessairement financier et implique un bénéfice important (P. DELGRANGE et O. STEIN, p. 496). *A contrario*, l'« avantage patrimonial direct ou indirect » est une notion plus large et « malaisée à circonscrire »<sup>1</sup>. Cet élément moral suscite donc des questions d'interprétation. A notre sens, deux clés de lecture peuvent être utilisées : une clé littérale et une clé téléologique.

#### - *Au regard du libellé : une lecture littérale*

Si l'on s'en tient à son libellé, [l'article 77bis](#) pourrait revêtir un caractère à la fois trop large et trop restreint (M.-A. BEERNAERT et P. LE COQ, p. 395).

Tout d'abord, la référence à l'avantage patrimonial ne suffit pas à exclure une série de comportements qui pourraient pourtant relever d'une **bonne intention** (C. MACQ, p. 261). Cet élément moral est très facile à satisfaire. S'il pourrait être débattu du caractère **lucratif** que constitue la contrepartie d'une course en taxi pour emmener une personne en séjour irrégulier d'une frontière

---

<sup>1</sup> Avis du Conseil d'État n° 50.037 du 16 avril 2013 concernant un projet de loi relative à la vente à découvert d'instruments financiers, mettant en œuvre le règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, cité par P. DELGRANGE et O. STEIN, *op. cit.*, p. 496.

à une autre, celle-ci procure, en toute état de cause, un **avantage patrimonial**. Tel est également le cas d'un loyer, aussi minime soit-il, perçu par le bailleur mettant un logement à la disposition d'une personne en séjour irrégulier (M.-A. BEERNAERT et P. LE COQ, p. 396). Ainsi, à condition que ces prestataires de bonne foi offrent ces services en connaissance de cause, ils seraient selon cette interprétation déjà qualifiables de trafiquants d'êtres humains, et ce, au même titre que les petites mains qu'incarnent les huit migrants en transit dans l'affaire examinée.

Paradoxalement, cet élément moral ne satisfait pas à couvrir les comportements de personnes animées de **mauvaises intentions**. Celui qui offrirait son aide en contrepartie d'une relation sexuelle ne saurait être poursuivi sur base l'article 77bis en raison du caractère extrapatrimonial que constitue cet acte (M.-A. BEERNAERT et P. LE COQ, p. 396). S'il est vrai que l'article 77 fait dans ce cas précis office de garde-fou, l'on s'étonne cependant que, dans le contexte de l'aide à l'immigration irrégulière, un prestataire de service de bonne foi soit susceptible d'être sanctionné plus sévèrement qu'une personne abusant sexuellement d'un migrant. La confrontation de ces exemples témoigne de l'inconsistance des dispositions actuelles, reliquat du cadre juridique d'antan.

- *Au regard de la volonté du législateur : une lecture téléologique*

Le droit pénal est d'interprétation stricte. Ce principe général est cependant à mettre en lumière avec le bénéfice de la possibilité pour le juge de se baser sur les travaux préparatoires d'une loi afin d'en déceler la *ratio legis* ou le but. En cas de doute quant à la portée des termes de l'article 77bis, la Cour de cassation considère que « *le juge ne doit pas, dans tous les cas, interpréter la loi pénale dans un sens favorable à la personne poursuivie ; ce n'est que lorsque le juge ne parvient pas à pénétrer l'esprit de la loi, de sorte que celle-ci reste douteuse, qu'il doit l'interpréter dans le sens le plus favorable au prévenu* » (Cass., 22 février 2012, RG P.11.1809.F, Pas, 2012, n°126). Or, l'exposé des motifs du [projet de loi du 14 janvier 2005](#) semble s'opposer à ce qu'une interprétation trop littérale soit faite de l'article 77bis.

D'une part, les [travaux préparatoires](#) font référence aux « *groupes criminels organisés [qui] ont mis en place des réseaux extrêmement sophistiqués de trafic de migrants, exploitant la misère humaine, tirant des profits considérables et mettant souvent en danger la vie et la sécurité des migrants lors des transports clandestins* » (*Doc. parl.*, p. 7). En insistant sur le caractère criminel et organisé du trafic d'êtres humains, les travaux parlementaires semblent, *a priori*, exclure les poursuites des personnes agissant dans de **bonnes intentions**. D'autre part, le législateur rappelle que, la migration n'étant pas un crime en soi, il convient de protéger les victimes de trafic d'êtres humains (*Doc. parl.*, p. 7). Pour faire la distinction entre trafiquant et victime, le législateur semble accorder une importance centrale à l'objectif de « *profit matériel* » (*Doc. parl.*, p. 7).

Sur base d'une lecture téléologique de l'article 77bis et bien qu'absents du prescrit légal, les éléments d'exploitation, de contrainte ainsi que l'importance de la somme obtenue (le lucre) regagneraient de leur importance. Une telle interprétation doit exclure du rang des priorités du législateur la poursuite des personnes apportant une aide sans l'intention d'abuser des migrants ou en échange d'une contrepartie raisonnable. C'est d'ailleurs en ce sens que Charles-Eric Clesse définit l'intention d'obtenir un avantage patrimonial comme la « *volonté de s'enrichir aux dépens de la victime ou de la famille* » (CH.-E. CLESSE, p. 185). Selon la jurisprudence à laquelle il fait référence, tel est par exemple le cas d'une personne qui « *contribuait de manière habituelle, tant à l'entrée au séjour en Belgique*

de ces personnes, soit en les faisant entrer en Belgique, soit en permettant leur séjour en les hébergeant chez lui, et ce, dans le but de lucre puisque cela lui permettait de les faire travailler (...) dans des conditions abusives » (Corr. Charleroi, 5 novembre 2010, *inéd.*) ; ou qui réclamait « 7500 US dollars par personne » (Gand, 3 avril 2006). De même, la volonté d'obtenir une grosse somme d'argent démontre cet avantage patrimonial (Corr. Termonde, 17 octobre 2006).

Cette interprétation, déduite uniquement des travaux préparatoires, pourrait, certes, éclairer le juge dans l'application de la loi mais ne saurait être élevée en exigence légale. D'ailleurs, le Tribunal correctionnel de Bruxelles semble y avoir renoncé en l'espèce. En effet, il a conclu pour les huit migrants en transit que, bien que le dossier répressif ne contenait pas de preuve formelle qu'ils aient tous retiré un avantage patrimonial en contrepartie de leurs actes d'aide au transit, ils ont à tout le moins « nécessairement retiré tel avantage dès lors que le fonctionnement même de l'association était tel que tous les participants étaient payés ou bénéficiaient de la promesse de passer à leur tour gratuitement ou à moindre frais, ce qui constitue une aide matérielle » (Corr. Bruxelles, 12 décembre 2018, *inédit.*).

## 2. La clause humanitaire de l'article 77

L'article 77 visait à l'origine à sanctionner les formes les moins graves de traite et de trafic d'êtres humains. A l'inverse de l'article 77bis, cette disposition n'a subi que des modifications superficielles, les plus importantes d'entre elles tenant à la clause humanitaire. Prévues au second alinéa de l'article 77, elle consacre une cause de justification permettant aux personnes ayant agi pour des « raisons principalement humanitaires » d'échapper à toute sanction. Tant les travaux préparatoires que la circulaire interprétative n°10/2010 du Collège des procureurs généraux guident les juges dans leur interprétation de cette clause.

### - De 1996 à 1999 : un pas en avant...

La circulaire rappelle que, même si la première version du texte de l'article 77 ne l'exprimait pas de façon aussi évidente (alors nue de toute exemption), l'intention originelle du législateur de 1980 était déjà « d'exonérer des poursuites les organisations et les personnes fournissant une aide aux étrangers » (Circulaire, p. 2). En 1996, afin d'éviter toute confusion, on y intégra la première version de la clause humanitaire. Elle exemptait alors uniquement les personnes agissant pour des motifs « purement » humanitaires. Amenant à poursuivre des aidants dans des situations invraisemblables<sup>2</sup>, cet adjectif fut rectifié au profit du terme « principalement », par une loi du 29 avril 1999. L'intention du législateur était alors de couvrir tant les intentions « purement » que « principalement » humanitaires. Celles-ci pouvaient donc « parfaitement être d'ordre économique également » (Circulaire, p. 2), du moment que ce motif revêtait un caractère secondaire. En effet, comme le spécifiaient alors les travaux parlementaires, « la solidarité réciproque peut comprendre des échanges monétaires » (Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, p. 2).

<sup>2</sup> Par exemple, certains furent condamnés car pour avoir mis leur logement à disposition d'une personne en séjour irrégulier avec laquelle ils entretenaient une relation amoureuse ou familiale<sup>2</sup>. Attendu que leurs intentions n'étaient pas « purement humanitaires », mais aussi affectives, ils échappaient ainsi à la protection du second alinéa de l'article 77 (Corr. Bruges, des 8 janvier 1997 et Corr. Bruges, 24 avril 1997, *Rev. dr. étr.*, 1997, n°93, p. 247 et s., cités par la Circulaire interprétative n° col 10/2010 du Collège des procureurs généraux près des Cours d'appel, p. 3).

- De 1999 à 2005...deux pas en arrière ?

Les travaux préparatoires du projet de loi du 14 janvier 2005 indiquent néanmoins une autre direction d'interprétation. Bien qu'ils précisent que les motifs « principalement humanitaires » doivent s'entendre « *de la façon la plus large possible* » ceux-ci ne peuvent comprendre que des motifs « *non économique[s] ou non criminel[s]* » (Projet de loi du 14 janvier 2005, p. 29). Ce faisant, le législateur fait machine arrière sur deux points. D'une part, la référence à l'expression de « *but non criminel* » ne saurait suffire à exclure la poursuite d'aidants agissant pour des motifs principalement altruistes tout en étant conscients d'agir en violation de la loi (C. MACQ, p. 264). D'autre part, alors que le législateur de 1999 considérait que l'aide pouvait « *parfaitement être d'ordre économique* », la loi du 14 janvier 2005 précise que la définition d'aide principalement humanitaire ne saurait comprendre des motifs d'ordre économique. Dès lors, à la différence de ce qui était prévu en 1999, les personnes amenées à recevoir de petites sommes en contrepartie d'une aide qualifiable de « principalement humanitaire » ne se voient plus protégées.

### 3. Lacunes que révèle l'articulation des articles 77 et 77bis

La coexistence de deux incriminations similaires en matière d'aide à l'immigration irrégulière engendre plusieurs difficultés. En sus de déboucher sur la situation paradoxale décrite précédemment, nous sommes d'avis que cette coexistence a pour effet de **miner l'utilité de l'article 77 en tant qu'incrimination pénale**. En effet, dès l'instant où l'intention d'obtenir un « avantage patrimonial direct ou indirect » est démontrée, l'article 77bis s'applique et empêche, par la même occasion, toute protection par la clause humanitaire. Dès lors, il faudrait que l'aidant n'ait agi ni en vue d'obtenir « un avantage patrimonial direct ou indirect », ni pour des raisons « principalement humanitaires » pour que la sanction de l'article 77 s'applique. Ce type de comportement relèverait de ce que nous avons appelé la « zone grise ».

En ce qui concerne les situations susceptibles de rentrer dans cette zone grise, deux hypothèses doivent être épinglées. La première s'attacherait au caractère « non patrimonial » de la relation sexuelle réclamée en échange d'une aide à l'immigration irrégulière. La seconde nous est proposée par Koen Geens, répondant à une [question parlementaire n°26470](#) relative à cette matière: « *l'aide apportée sans intention de lucre en vue de faire passer des migrants en Angleterre, ayant consistée dans le repérage de lieux d'embarquement dans le port de Zeebrugge et la fourniture d'un plan du port accompagné d'indications du chemin à suivre pour embarquer ne peut pas être considérée comme une aide humanitaire* ».

Le caractère hypothétique de cette situation justifie d'autant plus sa qualification de « zone grise ». Notons au passage que le ministre confond l'intention d'obtenir un avantage patrimonial avec l'intention de lucre. Cela démontre à nouveau la confusion entourant ces notions.

En d'autres termes, si l'on combine le fait que la clause humanitaire de l'article 77 doit s'interpréter « *de la façon la plus large possible* » (Projet de loi du 14 janvier 2005, p. 29) avec le large champ d'application que recouvre la notion d'« avantage patrimonial ou extrapatrimonial » de l'article 77bis, cela nous amène à conclure que l'incrimination d'**aide à l'entrée, transit et séjour irréguliers** de l'article 77 n'est, depuis 2005, plus qu'une **coquille vide**. Sous réserve de cette zone grise, la sanction de l'article 77 n'est pratiquement jamais vouée à s'appliquer. C'est pourquoi nous estimons

que l'effet utile de cette disposition réside aujourd'hui davantage dans l'exemption – certes symboliquement importante – qu'il sauvegarde plutôt que dans l'incrimination qu'il contient.

### C. Conclusion

La décision du 12 décembre 2018 et ses éclairages permettent de rendre compte de deux grandes conclusions.

#### 1. Stigmatisation et victimisation secondaire

Dès l'instant où des motifs humanitaires entrent en concurrence avec des motifs patrimoniaux directs ou indirects, ces derniers l'emportent et, de cette manière, seul l'article 77bis vient à s'appliquer. Le juge n'est, dans ce cas, pas tenu de vérifier si l'aide en question entre dans le champ d'application de la clause humanitaire de l'article 77.

Par conséquent, si la notion de « trafic d'êtres humains », régulièrement associée à celle de traite, évoque dans l'imaginaire collectif un crime des plus odieux, ce procès démontre que la réalité juridique est toute autre. Les éléments d'abus, d'exploitation ou de contrainte n'étant pertinents qu'au stade de l'appréciation de la peine, un prestataire de bonne foi ou un migrant venant en aide à des pairs ou à des passeurs dans l'unique intention de rejoindre le Royaume-Uni sont, en droit belge, déjà susceptibles d'être qualifiés de « trafiquant d'êtres humains ».

Outre de stigmatiser les citoyens solidaires et les migrants en transit, ce schéma peut mener à une forme de victimisation secondaire (S. Carrera *et. al.*, p. 12 et p. 88). Seuls les migrants en transit dans une situation précaire, forcés d'aider les passeurs pour payer leur propre passage, risquent des poursuites. *A contrario*, ceux qui disposent de moyens suffisants se contentent de payer et en deviennent *de facto* des victimes (S. Benkhelifa et D. Tatti). Dès lors, la poursuite de ces personnes, à la fois auteurs et victimes, soulève des questions en terme de victimisation secondaire. Cela étant, les juges *ont bons dos* de cette critique puisqu'ils restent tenus d'appliquer les textes tels qu'ils existent. Nous avons toutefois rappelé qu'ils disposaient d'une marge de manœuvre en ce qui concerne la possibilité de conférer une interprétation téléologique à l'intention d'obtenir un « avantage patrimonial direct et indirect » de l'article 77bis. Dans le cas d'espèce, le juge du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de n'a pas envisagé cette possibilité. N'oublions pas que l'affaire est aujourd'hui frappée d'appel. Le juge sera par conséquent tenu de se prononcer à nouveau sur cette question.

#### 2. Espaces d'instrumentalisation du droit ?

La flexibilité du champ d'application de l'article 77bis a pour effet de dissimuler un double espace d'instrumentalisation du droit au profit d'objectifs tout à fait étrangers de ceux à l'origine de cette incrimination, à savoir, la lutte contre le trafic d'êtres humains.

- ... *Au profit de la lutte contre l'immigration irrégulière*

Il a été relevé précédemment que les victimes étaient au centre des motifs évoqués dans les travaux parlementaires relatifs à l'article 77bis (Doc. parl., p. 7). La souffrance des victimes constitue en ce sens sa « source de légitimité » (P. DELGRANGE et O. STEIN, p. 492). Pourtant, en droit comme en fait, les victimes sont très peu prises en considération.

Nous avons mentionné précédemment que les éléments d'exploitation, d'abus ou de contraintes des victimes n'étaient pas pertinents pour apprécier l'existence ou non d'un trafic. La manière dont les passeurs ont agi avec les victimes n'est donc pas capitale. En outre, [les articles 61/2 et suivants de la loi du 15 décembre 1980](#) mettent en place un mécanisme de protection des victimes de trafic d'êtres humains permettant d'obtenir un titre de séjour dans le respect de plusieurs conditions. Parmi elles, il faut que la victime ait fait l'objet d'une forme **aggravée** de trafic et qu'elle **coopère** avec la justice. Ces conditions, qui ne dépendent pas de la qualité de victime mais bien de son comportement avec les autorités, laissent déjà penser que ce mécanisme viserait « davantage à soutenir une politique plus restrictive vis-à-vis des migrations qu'à protéger les victimes » (P. DELGRANGE et O. STEIN, p. 490).

C'est cependant en pratique que l'absence de leur prise en considération est la plus flagrante. En effet, aucune des 93 victimes dénombrées dans la présente affaire n'a été interrogée ni même identifiée. Cela serait pratique courante dans ce type d'affaire. En ce qui concerne la mise en œuvre du mécanisme de protection, en 2017, sur **476 affaires** introduites au Parquet pour trafic d'êtres humains, seulement **19 victimes** ont été enregistrées dans cette procédure ([Myria 2018](#), pp. 150-151). Vu le nombre important de victimes impliquées dans ce type d'affaire, ce chiffre est d'autant plus dérisoire. Notons enfin qu'une consultation populaire organisée par la Commission européenne identifie l'insuffisance de la protection des victimes comme le second plus gros problème affectant la mise en œuvre du cadre européen en matière d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ([Rapport Refit](#), p. 49) .

Si les victimes sont si peu au centre des préoccupations en matière de lutte contre le trafic d'êtres humains, que reste-t-il des motifs justifiant son caractère prioritaire ? A cet égard, d'aucuns avancent que la lutte contre le trafic d'êtres humains ne serait qu'un écran de fumée permettant de dissimuler un autre but qui serait la lutte contre l'immigration irrégulière. Cela étant, les victimes de trafic d'êtres humains sont forcément les coupables d'immigration irrégulière. C'est donc sans surprise que l'importance de la prise en considération des victimes dans la lutte contre le trafic d'êtres humains se dilue aussitôt qu'elle se conjugue avec la lutte contre l'immigration irrégulière. Ainsi, le peu de considération des victimes en droit peut en pratique laisser l'espace nécessaire pour faire de la lutte contre le trafic d'êtres humains un outil profitant à la lutte contre l'immigration irrégulière.

- ... *Au profit d'une politique de découragement des actes de solidarité*

Même si la lecture des travaux préparatoires exclut en principe la possibilité de se baser sur les articles 77 et 77bis pour sanctionner des personnes agissant pour des motifs de solidarité, les termes de l'article 77bis contiennent *a priori* les espaces nécessaires pour aboutir à un procès. Ceux-ci résident dans l'interprétation littérale qui peut être faite de l'« avantage patrimonial direct ou indirect » couplée avec le mécanisme de participation criminelle. D'ailleurs, plusieurs domiciles d'hébergeurs ont encore [récemment](#) été perquisitionnés dans une affaire similaire. Elle concernait le démantèlement d'un potentiel réseau de trafic d'êtres humains composé de migrants érythréens et soudanais du parc Maximilien. Les hébergeurs n'ont finalement pas été poursuivis.

Nous sommes d'avis que cette possibilité de poursuivre la société civile du chef de trafic d'êtres humains, tel que mise en lumière par le procès, est susceptible d'emporter un *effet dissuasif* ou « *chilling effect* » sur les actes de solidarité envers les migrants. En effet, la simple perspective du *risque* – aussi minime soit-il – de devoir se confronter à procès, contribue déjà *en soi* à décourager

cette solidarité (F. MALCHAIR, p. 28). Le procès des douze exacerbe encore davantage cet effet puisqu'il démontre que ce risque peut effectivement devenir réalité.

Afin de saisir l'ampleur de cet effet d'intimidation, il convient de remettre les faits du procès dans leur contexte. Il est important de rappeler que le parc Maximilien et les alentours de la Gare du Nord constituent surtout une escale dont le terminus est très souvent le Royaume-Uni. A cet égard, il faut souligner que plus de 90 pour-cent des migrants en transit ont recours à un moment donné aux services de passeurs (Europol, p. 2). Nous savons désormais également que, parmi eux, ceux ne disposant pas des revenus nécessaires prêtent communément mains fortes à ces passeurs, dans le but d'obtenir un passage gratuit. Le procès des douze nous apprend que ce passage est de nature à rentrer dans la notion d'« avantage patrimonial » de l'article 77bis. Bon nombre de volontaires de la Plateforme citoyenne sont donc susceptibles d'un jour être à la place des quatre hébergeurs inculpés.

D'aucuns se risqueront à dénoncer le procès des douze comme étant une instrumentalisation du droit au profit d'une politique volontaire de la peur. Le *chilling effect* résultant du Procès aurait dans ce cas été délibérément espéré. Si nous ne pouvons nous rattacher avec certitude à cette hypothèse, nous ne disposons pas non plus d'éléments objectifs nous permettant de la rejeter. En tout état de cause, cette épée de Damoclès est, encore aujourd'hui, suspendue au-dessus de la tête de tous les hébergeurs.

A nos yeux, seule une réforme législative serait susceptible de définitivement neutraliser cet effet. Nous plaillons à cet égard pour une fusion de l'incrimination de l'article 77 avec les circonstances aggravantes de l'article 77bis et y intégrer de nouvelles. L'article 77 serait, de la sorte, réinvesti de son utilité en ce qu'il permettrait à la fois d'exempter l'aide fournie pour des motifs « non économiques ou criminels » (Projet de loi du 14 janvier 2005, p. 29) par la société civile, de sanctionner sévèrement les véreux trafiquants et légèrement les petites mains s'en rendant complice dans l'unique intention de mener à terme leur propre migratoire. Par ailleurs, la protection de la clause humanitaire serait étendue à un champ de situations bien plus vaste et le juge se verrait de la sorte tenu de vérifier en toute hypothèse que l'acte principal ou l'acte de participation n'a pas été posé pour des motifs principalement humanitaires. S'il est vrai que cette solution n'est pas de nature à supprimer la victimisation secondaire dont ces petites mains sont susceptibles de faire l'objet, une sanction plus légère assurerait à tout le moins d'atténuer cet effet indésirable. Enfin, elle permettrait d'éliminer les espaces d'instrumentalisation que renferme le cadre légal en matière de lutte contre l'aide à immigration irrégulière.

#### D. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, 47e Chambre Correctionnelle, décision du 12 décembre 2018, *inédit*.

#### **Jurisprudence :**

Cass., 22 février 2012, RG P.11.1809.F, 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

Gand, 3 avril 2006, [www.diversité.be](http://www.diversité.be).

Corr. Charleroi, 5 novembre 2010, inéd., n° du greffe : 3079.

Corr. Termonde, 17 octobre 2006, [www.diversité.be](http://www.diversité.be).

**Doctrine :**

BEERNAERT (M.-A.) ET LE COCQ (P.), « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *R. D. P. C.*, 2006, pp. 335-406.

BENKHELIFA (S.) et TATTI (D.), « [Trafic des êtres humains : confusion entre les victimes et les auteurs de l'infraction](#) », Wolterskluwer, 2019.

CARRERA (S.), VOSYLIUTE (L.), SMIALOWSKI (S.), ALLSOPP (J.), SANCHEZ (G.), *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Study for the European Parliament's LIBE Committee, Brussels, 2018.

CLESSE (C. – H.) (dir.), *La traite des êtres humains : droit belge éclairé des législations françaises, luxembourgeoises et suisses*, Bruxelles, Larcier, 2013.

DELGRANGE (P.) ET STEIN (O.), « L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour : protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière ? Le point sur le cadre légal », *R. D. D. E.*, 2018, pp. 485-500.

MACQ (C.), « L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier : Passible de sanctions pénales ? », *J.T.*, 2018, pp. 485-500.

MACQ (C.), « [Procès des hébergeurs : hébergeurs acquittés, migrants condamnés](#) », *j. e.*, 2019

MALCHAIR (F.), « [Aider les sans-papiers : délit ou solidarité ?](#) », Etude 2010, Commission justice et paix, Bruxelles, 2010.

**Pour citer cette note :** HARDT, M., « Le procès dit "de la solidarité" comme révélateur des faiblesses du cadre légal en matière de lutte contre l'aide à l'immigration irrégulière », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2019.