

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCLouvain au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou internationale 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.

These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or International 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.

Sommaire

- 1. Committee on the rights of the child, 8 February 2022, F. B. and others v. France, communications n°77/2019, 79/2019 and 109/2019 – The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps. *Laura Cools* 3**

Children of foreign fighters – Northeast Syrian detention camps – The camps of Al-Hol and Roj – Terrorism – Right to repatriation – Best interests of the child – Victims first – Extraterritorial jurisdiction – Convention on the Rights of the Child.

On 8 February 2022, the UN Committee on the Rights of the Child adopted its [views](#) in a highly-anticipated case on France's failure to repatriate the minor children of French foreign fighters from detention camps in Northeast Syria. In casu the Committee notably finds it proven that the prolonged detention of the children in the camps under the increasingly dire living conditions poses a threat to the children's lives (Art. 6(1) CRC) and amounts to cruel, inhuman or degrading treatment (Art. 37(a) CRC). Therefore, the Committee concludes that France is obliged to provide effective reparation for the violations suffered and calls upon the French government to take positive and urgent measures to carry out the repatriation of the children concerned.

- 2. C.E., 22 septembre 2021, n° 251.567, *Abergel* – La discrétion administrative en matière d'examen du marché de l'emploi sanctionnée par le Conseil d'Etat. *Jean-Baptiste Farcy*12**

Immigration économique – Examen du marché de l'emploi – Irrecevabilité – Recours au Conseil d'Etat – Ajout de condition à la loi – Annulation.

Le Conseil d'Etat sanctionne la décision de l'administration flamande déclarant une demande de permis unique irrecevable au motif que l'employeur n'a pas publié l'offre d'emploi durant six semaines sur le site du VDAB. Alors que la législation régionale soumet l'examen de la demande à un examen du marché de l'emploi, les modalités de cet examen ne figurent pas explicitement dans la loi. Partant, le Conseil d'Etat annule la décision querellée au motif que l'administration régionale a ajouté une condition à la loi.



3. Corr. Bruxelles (90^{ème} ch.), 1^{er} mars 2022 ; Corr. Bruxelles (47^{ème} ch.), 2 juin 2021 – Peines de travail pour les étrangers en séjour illégal : vers une application plus égalitaire des dispositions en matière de peines alternatives ? *Marion de Nanteuil*17

Délinquants étrangers – Séjour illégal – Égalité et non-discrimination devant la loi – Peines alternatives – Peine de travail.

Dans deux décisions du 2 juin 2021 et du 1^{er} mars 2022, le tribunal correctionnel de Bruxelles a octroyé des peines de travail à des délinquants étrangers en dépit de l'irrégularité de leur séjour sur le territoire belge. Ces deux décisions prometteuses dénotent parmi une tendance plus générale des juridictions correctionnelles à considérer le séjour illégal comme un obstacle en soi à l'octroi de peines alternatives à l'emprisonnement. En réponse à la parade selon laquelle faire droit à une demande de peine de travail reviendrait à imposer au condamné de rester sur le territorial national en infraction aux règles en matière de séjour, cette contribution dégage des arguments à l'appui d'une telle demande, qui se fondent tant sur le droit interne que sur des recommandations du Conseil de l'Europe.

4. Cour administrative de Bujumbura, 30 Octobre 2017, *Y. c. État du Burundi*, Raep¹ : 527 – Cour administrative du Burundi, instance d'appel pour les demandeurs d'asile déboutés par le comité de recours ? *Pamphile Mpabansi*.....27

Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Loi burundaise sur l'asile – Loi burundaise sur les migrations – Code de procédure civile – Recours contre les décisions de rejet de la demande d'asile – droit au recours effectif – Nécessité du juge en matière d'asile – Juge ordinaire ou spécialisé.

La Cour administrative de Bujumbura est saisie par une demandeuse d'asile déboutée par la deuxième et dernière instance en matière d'asile au Burundi, le Comité de recours. La Cour décide de rouvrir les débats pour permettre aux parties d'échanger sur les dispositions qui traitent de la nature juridique du Comité de recours ainsi que de la qualité de ses décisions et de la procédure qui y est prévue. Cette affaire pose aussi la question de l'exigence ou non de l'intervention d'un juge en matière d'asile, juge ordinaire ou spécialisé.

¹ Rôle administratif pour Excès de pouvoir.

1. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 8 FEBRUARY 2022, F. B. AND OTHERS V. FRANCE, COMMUNICATIONS N°77/2019, 79/2019 AND 109/2019

The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps.

Laura COOLS

A. Facts and Ruling

On 8 February 2022, the UN Committee on the Rights of the Child (hereinafter: the Committee) adopted its [views](#) in a highly-anticipated case on the repatriation of French minor children of French foreign fighters from detention camps in Northeast Syria. In its findings, the Committee jointly addressed three complaints filed by a group of French nationals (and one Algerian complainant residing in France) whose grandchildren, nieces and nephews are currently being held in detention camps in Northeast Syria controlled by Kurdish forces. Some of them accompanied their parents to Syria at a young age, others were born there. Although in the meantime the French government has repatriated 11 of these children, 38 others remain detained in Syrian camps in life-threatening conditions.

The authors' minor relatives are among the [nearly 10.000 children](#), originating from more than 60 countries, who are still being held in detention centers or the Al-Hol and Roj camps in the Northeast of Syria where they are struggling to survive amid increasingly dire living conditions. As discussed in a [previous post](#), they do not have access to basic services such as food, water, sanitary facility, education and medical and psychological aid. According to a recent Save the Children [report](#), 62 children have died in the camps of al-Hol and Roj between January and September 2021, *i.e.* approximately two a week. Unsurprisingly, the [Red Cross](#) has described the situation in the camps as "apocalyptic". For several years now, [experts](#) and [international organizations](#) have been urging countries to repatriate the family members of suspected foreign fighters, with varying degrees of success.

In the present case, the Committee is called upon to examine whether France's failure to take protection measures on behalf of the remaining children amounts to a violation of their rights under the [International Convention on the Rights of the Child](#) (further: "the Convention" or "CRC").

1. The complaints

More specifically, the authors claim that France has deliberately failed to carry out the repatriations, which they consider as being the only means to protect the children from infringement of their Convention rights. Therefore, they invoke a violation of *inter alia* the children's right to life (article 6.1), their right to survival and development (article 6.2), their right to maintain family relations with the authors of the complaints (article 16), their right to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24), their right not to be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 37 (a) or) and their right not be deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily (article 37 (b)) (points 3.6).

According to the authors, the only reasonable option to stop these infringements is to repatriate the children and by not doing so, the French government violates its positive obligation to prevent any infringements (point 3.6). As such, the authors submit that, although not specifically provided for by the Convention, France is under a positive obligation to repatriation, given the fact that this is the only means to implement its obligation to ensure the respect of the Convention rights (point 3.7).

It is further argued that the principle of the best interests of the child (art. 3 of the Convention) has been violated both on a substantial and on a procedural level. Substantively, the decision not to return the children is contrary to their best interests as it results in the continuation of their prolonged and indefinite detention in the camps, in conditions threatening their survival and their physical integrity, where they are suffering from a lack of care, food, water, sanitation facilities and education and where a risk of terrorist indoctrination prevails. On a procedural level, due to the lack of an explicit refusal decision (the repatriation requests remained unanswered), it is not evident from the “decision” not to repatriate that the best interest of the child has been a primary consideration, nor that the children’s interests were even assessed (point 3.5).

2. The Committee’s analysis

In its analysis on the merits of the complaints, the Committee recalls that State parties are under the obligation to adopt positive measures in order to give full effect to the enjoyment of the Convention rights to every child within its jurisdiction (art. 4 CRC). The Committee adds that this obligation is reinforced when it concerns the protection of children against ill-treatment (art. 37 (a)) and potential infringement to their right to life (art. 6) (point 6.6).

The Committee then goes on to examine the claims under both articles. With regard to the claim under article 6 of the Convention, the Committee concludes that enough evidence has been provided to establish that the detention conditions pose an imminent and predictable threat to the children’s lives. Therefore, the lack of protection by the French authorities constitutes a violation of article 6 of the Convention (point 6.7). In addition, the Committee finds it proven that the prolonged detention of the children in the camps under the reported conditions has an impact on their development and amounts to cruel, inhuman or degrading treatment or punishments, in violation of article 37 (a) of the Convention (point 6.8).

Further, in reaction to the State party’s argument that the Convention does not provide for a positive obligation to repatriate its nationals, the Committee concludes that the French government – who was well aware of the children’s situation and had the ability to intervene – has a positive obligation to protect the children against imminent threats to their right to life and to an infringement of their right not be subjected to cruel, inhuman or degrading treatments (point 6.9). However, at this point, the Committee does not explicitly hold that this positive obligation to prevent such infringements results in a positive obligation to repatriate the children (for a discussion on the existence of a positive obligation to repatriation, see *infra*).

Finally, the Committee observes that France has not given duly regard to the best interests of the child when assessing the repatriation requests, and has therefore violated article 3 of the Convention. also concludes to a violation of article 3 of the Convention (point 6.10).

In light of the above, the Committee concludes that the State party's failure to protect the children results in a violation of their rights as guaranteed by articles 3, 6 (1) and 37 (a) of the Convention (point 6.11). As a result, France is obliged to provide *effective reparation* for the violations suffered. In this regard, and without explicitly referring to a positive obligation to repatriate, the Committee *recommends* the French government to take the positive and urgent measures to carry out the repatriation of the children concerned and to support their reintegration upon return. In the meantime, supplementary measures should be taken to minimize the risks to their life and development (point 8).

3. Joint concurring opinion of B. Van Keirsbilck, S. Kiladze and L. E. Pedernera Reyna

In their joint concurring opinion, three members of the Committee regret the fact that the potential violations of articles 6 (2) and 37 (b) of the Convention have not been examined.

First, they submit that, after having found that the children's situation amounts to cruel, inhuman or degrading treatment in violation of article 37 (a), the Committee should also have concluded to a violation of article 6 (2), bearing in mind that it is impossible for a child to fully develop in a context of inhuman and degrading treatment. The obligation to protect the children from a violation of article 37 (a) is thus similar to the one arising under article 6 (2). Second, with regard to article 37 (b), the concurring judges note that the children are illegally detained in the camps in Northeast Syria, without recourse to legal remedies and without knowing if and when the detention will end. No detention order, nor any other legal action has been taken at the local level. This amounts to arbitrary detention, in violation with article 37 (b). Although France is not actively involved in the children's detention, it has the obligation to take the necessary measures to ensure the return of the children and not doing so has led to their continued, illegal and arbitrary detention (art. 4).

B. Discussion

The present case allows for a discussion of the existence of a positive obligation to repatriation in light of the Convention (section B.2), which can not be addressed without first examining the issue of extraterritorial application of the Convention rights (section B.1). In a third and last section, attention goes to the need to recognize the children as victims, as international law prescribes that all children recruited into terrorist groups are first and foremost the victims of crimes committed by adults (section B.3).

1. The issue of extraterritorial jurisdiction

- Extraterritorial jurisdiction in international human rights law

Although an in-dept discussion of the complicated issue of extraterritorial jurisdiction falls outside the scope of the present article, some points of discussion deserve our attention.

In international human rights law, States must secure *to everyone within their jurisdiction* the rights and freedoms defined in the Conventions which they have ratified (see e.g. art. 1 ECHR). While the notion of jurisdiction is primarily understood in a territorial manner (*Al-Skeini* § 131), its extraterritorial exercise has also been recognized for a long time by human rights courts and treaty

bodies. Accordingly, when a person outside of a Contracting State's territory (e.g. a French child being held in Syria) invokes the enjoyment of such rights and freedoms against that Contracting State, one must first determine whether this person actually finds himself under the (extraterritorial) jurisdiction of that State, thereby triggering its human rights obligations.

Traditionally, extraterritorial jurisdiction exists in two situations, to wit: when a State has effective factual (or physical) control over a territory (*spatial model of jurisdiction*)(see e.g. *Loizidou v. Turkey*), or when a State has factual (or physical) authority or control over an individual (*personal model of jurisdiction*) (see e.g. *Al-Skeini*, § 137). However, when it comes to the circumstances in the present case, one can hardly argue that France either has effective factual control over the *de facto* detention camps or exercises any authority over the persons being held there.

Interestingly, new conceptions of extraterritorial jurisdiction have been introduced in recent years, including a *functional model of jurisdiction*, which is still contested in caselaw (see e.g. the *humanitarian visa case*) and in *literature*. According to this functional approach, a *jurisdictional link* can be established when a State exercises control over (the preparation and execution of) an action/policy affecting individuals outside its territory. In other words, jurisdiction can be engaged when a certain decision or action made by a State produces effects – and in particular impacts individuals' enjoyment of rights – outside its territory, translating into “*situational*” control over the persons affected by the State's action or decision. This approach has *inter alia* been applied by the UN Human Rights Committee in its decisions on the responsibility of *Italy* and *Malta* with regard to a shipwreck of a vessel carrying migrants and refugees in the Mediterranean Sea (for a discussion of these decisions, see *GOMBEER AND MILANOVIC*), focusing on Italy's capacity to help the vessel in distress. Indeed, as discussed by *DEN HEIJER and LAWSON*, in recent years, several cases of human rights courts and treaty bodies show a growing trend according to which the notion of extraterritorial jurisdiction is moving away from States' factual control *per se*, moving more towards the effects/impact of States' decisions and policies on people and their capacity to act and protect. Despite its judgement in *M.N. and others*, the ECtHR too seems to be moving in that direction (e.g.: in cases concerning *the transnational monitoring of private telecommunications*, and *mass surveillance regimes*). In this regard, the Committee's position on jurisdiction in the present case (see *infra*) can be considered as an additional example that the shift from a restrictive factual control conception is needed in today's world, with many States carrying out extraterritorial operations.

- *The extraterritorial application of the Convention in the camps in Northeast Syria*

In its earlier *decision on the admissibility* of the complaints, the Committee seems to have opted for this latter, functional approach, by concluding that France, “as the State of the children's nationality, has the *capability* and the *power* to protect the rights of the children in question *by taking action* to repatriate them or provide other consular responses (emphasis added)” (point 9.7). This therefore suggests a situational control over the children's situation. As observed by *MILANOVIC*, *in casu* the Committee thus applied a functional conception of jurisdiction, ruling that France has the duty to protect the children because it has the ability to do so on the basis of several contextual factors.

It should be noted that the Committee's approach on this issue is in line with the position adopted by the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. In *their*

joint report on the extraterritorial jurisdiction over the children held in Syrian camps, the Rapporteurs conclude that “States that have de facto control over the human rights of children and their guardians in camps in the northern Syrian Arab Republic have *positive obligations to prevent violations* of those rights (emphasis added)” (point 36). The Special Rapporteurs further add that the existence of such control is a question of facts, relevant factors being *inter alia* the proximity between the State’s acts and the alleged violation, the degree and extent of cooperation, engagement and communications with the authorities detaining the children and the extent to which the home State is able to put an end to the violation. In its admissibility decision, the Committee put forward similar factors in assessing the extraterritorial application of the Convention rights, to wit: the French nationality of the children, France’s rapport with the Kurdish authorities controlling the camps, the latter’s willingness to cooperate and the fact that France has already repatriated several other French children from these camps.

However, although the Committee’s expansive approach to extraterritoriality allows to reach the most human-rights-friendly outcomes, it may not be kindly received by European governments. Therefore, the question remains whether the European Court of Human Rights will (dare to) adopt a similar functional approach in the currently pending case – which was relinquished to the Grand Chamber – concerning requests to repatriate two French women held in a camp in Syria with their children. In this regard, it might be interesting to know that leave to intervene was given to five Council of Europe member States – who will probably argue against a functional test of jurisdiction – and to several NGO’s and the abovementioned UN Special Rapporteurs who are likely to plead for the recognition of extraterritorial jurisdiction over the persons in the camps following a functional approach.

2. A positive obligation to repatriate under the CRC?

Whereas the State party rightly argues that no positive obligation to repatriate its citizens is imposed by the Convention, nor by any other sources of international law, the question arises whether in the circumstances of the present case such obligation can nevertheless be derived from the Convention rights.

Interesting to note is that, as discussed in a previous comment, according to the Brussels Court of Appeal, a subjective right to repatriation for the children of Belgian jihadists being held in Syrian camps can be derived from the principle of the best interests of the child (art. 3 CRC), if these children are in a situation of distress which they can only escape from by a measure of repatriation.

- The Committee’s assessment

After having concluded that France does indeed exercise jurisdiction over the French children detained in the northeast Syrian camps and therefore is under the positive obligation to ensure their rights are protected (see *supra*), the Committee had to determine whether France has taken all necessary measures to implement this obligation. Hereby arises the question whether, in the circumstances of the present case, the obligation to ensure the Convention rights translates into a positive obligation to repatriate the children.

In this regard, the Committee reflects on the security, sanitary and living conditions prevailing in the camps. As discussed above, the Committee found that the living conditions in the camps pose an imminent and predictable threat to the children's lives (in violation with art. 6 (1) CRC) and that their prolonged detention results in cruel, inhuman or degrading treatment or punishments (in violation of article 37 (a) CRC) (points 6.7 – 6.8). The Committee further recalls that State parties' obligation to adopt positive measures in order to ensure the enjoyment of the Convention rights to every child within its jurisdiction (art. 4 CRC) is reinforced when it concerns the protection of children against ill-treatment and potential infringement to their right to life, as guaranteed by arts. 6 (1) and 37 (a).

Accordingly, the Committee concludes that the French government has a positive obligation to protect the children, especially against violations of the latter provisions. However, a careful reading of the relevant paragraphs reveals that the Committee does not explicitly address the scope of this positive obligation. Indeed, although implied in the Committee's analysis, it does not explicitly rule that a repatriation measure is the only means for France to fulfill its obligation under the Convention. This rather reluctant approach comes as a bit of a surprise, given the fact that the Committee's earlier [decision on the admissibility](#) found that France has the capability and the power to protect the rights of the children in question by taking action to *repatriate* them.

This reluctant approach is further reflected in the last paragraphs of the adopted views. Indeed, according to the "obligated" part of the Committee's conclusion, which is written in rather general terms, France is obligated to provide *effective reparation* for the violations suffered. Meanwhile, the measure of repatriation is only mentioned in the "optional" part of the conclusion, where the Committee *recommends* the French government to take the positive and urgent measures to carry out the repatriation of the children concerned (point 8).

In casu, the Committee has adopted many of the authors' arguments and has concluded to several of the alleged Convention rights violation. Nevertheless, it remains unclear why the Committee has not adopted the authors' argument that France is under a positive obligation to repatriation, given the fact that this is the only means to implement its obligation to ensure the Convention rights. One can only hope that the Committee's approach in this regard will not be used by France to contest the enforcement of repatriation measures.

3. Children are victims first

On a policy level, the question of repatriation is complicated by the fact that some child returnees may be both the victims and perpetrators of criminal offences following their time in Iraq and Syria. In its [ex-post evaluation report](#) the European Parliament rightly observes that, as a result, EU Member States may be faced with a potential "policy contradiction between their security priorities and their legal obligations to children who may have perpetrated terrorism-related offences but are always victims under international law" (p. 58).

Indeed, under international law all children recruited into armed or terrorist groups are first and foremost the victims of crimes committed by adults. The [2007 \['Paris'\] Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups](#), for example, prescribe that "[c]hildren who are accused of crimes under international law allegedly committed while they were associated with

armed forces or armed groups should be considered primarily as victims of offences against international law; not only as perpetrators” (principle 3.6).

Although the Committee repeatedly refers to the authors’ relatives as “enfants victimes” (this victim notion appears 22 (!) times in the Committee’s decision) it does not literally invoke this victim first principle. Still, the principle is briefly mentioned by the three Committee members, stating in their concurring opinion (see *supra*) that the children should be treated first and foremost as victims (point 6).

This victim status is important for two reasons. First, according to the [UNODC Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist Groups](#), the “[a]cknowledgment of the victim status of such children is a precondition for them having access to their rights as victims of crime, including the right to reparations and rehabilitation measures” (p. 44). Second, victim status also seems to guarantee reinforced treatment standards. As such, the UNGA [resolution 70/291](#) prescribes that, “given their potential status as victims of terrorism as well as of other violations of international law, [they] should be treated in a manner consistent with [their] rights, dignity and needs, in accordance with applicable international law, in particular obligations under the Convention on the Rights of the Child” (§18).

However, when it comes to the “enfants victimes” still detained in Syrian camps, one cannot but notice that, years after the defeat of ISIS, these children still do not have access to their rights as victims of crime, and are still not treated in a manner consistent with their rights, dignity and needs. Therefore, it is urgently needed to officially acknowledge the victim status of the “enfants victimes” still detained in Syrian camps.

C. Conclusion: a European Guantanamo?

As a concluding observation, it should be noted that NGO’s are [warning](#) that, if repatriations continue at the current rate, foreign fighters and their children may be stuck in these unsafe camps in Northeast Syria for up to 30 years. Some are even arguing that these *de facto* detention camps may turn into a new Guantanamo. As such, in its report – meaningfully titled “Europe’s Guantanamo: The indefinite detention of European women and children in North East Syria” – [Rights & Security International](#) argues that European States are seeking to put their jihadist nationals beyond the reach of courts and legal remedies in the same way the United States authorities attempted with the Guantanamo Bay detainees :

“Tens of thousands of women and children captured from territories formerly controlled by [IS] ... are being detained without charge and, like those unlawfully detained for terrorist association at Guantanamo Bay, are afforded no legal rights and placed outside the protection of the law. [...] As with those detained at Guantanamo Bay, these women and children are subject to treatment and conditions that have been classified by international experts as amounting to cruel, inhuman and degrading treatment”. (p. 3)

Indeed, although several EU bodies have previously criticized the US for maintaining Guantanamo Bay, various European countries are now using similar *de facto* detention camps in Syria. The European Parliament in its [resolution on Guantanamo](#), for example, called on the US to close this detention facility and insisted “that every prisoner should be treated in accordance with international humanitarian law and tried without delay in a fair and public hearing by a competent, independent,

impartial tribunal". It further reiterated the need to comply with international law and that the fight against terrorism "can only be successfully pursued if human rights and civil liberties are fully respected". Anno 2022, with many European children still detained in a Guantanamo-like situation, however, this European Parliament resolution seems to be particularly hypocrite. Therefore, on a concluding note, the author of this article subscribes to the long list of organizations and persons advocating for the quick repatriation of all children stuck in the northeast Syrian camps.

C. Suggested Reading

To read the case : Committee on the rights of the child, 8 February 2022, *F. B. and others v. France*, communications n°77/2019, 79/2019 and 109/2019, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198766&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=260024>.

Case law :

Committee on the Rights of the Child, 30 September 2020, [admissibility decision concerning communications n° 79/2019 and n° 109/2019](#).

Brussels (fr.), 5 March 2020, n° 2020/KR/3, *TJK*, 2020, n° 3, pp. 192 – 194.

Brussels (fr.), 9 January 2020, n° 2019/KR/39.

Doctrine :

J.Z. BARBOZA and C. RIGOTTI, « Unfolding the Case of Returnees: How the European Union and Its Member States Are Addressing the Return of Foreign Fighters and Their Families » *International Review of the Red Cross*, 2022, Vol. 103, Issues 916-917, pp. 681-704.

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

L. COOLS, « [La reconnaissance d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie : un grand pas en avant](#) », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2020.

European Parliamentary Research Service, « [The return of foreign fighters to EU soil. Ex-post evaluation](#) », May 2018.

M. DEN HEIJER, M. and R. LAWSON[†], (2012), « [Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction'](#) », in M. Langford, W. Vandenhoe, M. Scheinin, and W. Van Genugten (Eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 153-191.

M. FURLAN and A. HOFFMAN, « [Challenges posed by returning foreign fighters](#) », March 2020.

K. GOMBEER, « [Rescue operations at sea and human rights](#) », *Cahiers de l'EDEM*, April 2021.

M. KARAHAMAD, « [A Guantánamo in Syria for European Jihadists is not a Solution](#) », February 2022.

M. LEVIN, « Rethinking U.S. Efforts on Counterterrorism: Toward a Sustainable Plan Two Decades after 9/11 », *Journal of National Security Law and Policy*, 2022, 12(2), pp. 247-276.

A. LUQUERNA, « The Children of ISIS: Statelessness and Eligibility for Asylum under International Law », *Chicago Journal of International Law*, 2020, 21(1), pp. 148-193.

M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

M. MILANOVIC, « [Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights](#) », *EJIL:Talk!*, 10 November 2020.

V. MORENO-LAX, « [The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”](#) », *German Law Journal*, 2020, 21(3), 385-416.

G. NOLL, « [Theorizing Jurisdiction](#) » in A. Orford and F. Hoffmann (Eds.), *The Oxford Handbook of International Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

OCAM, « [Rapatriement d’enfants belges et de leurs mères de la zone de conflit en Syrie](#) », March 2021.

Rights & Security International, « [Europe’s Guantanamo: The indefinite detention of European women and children in North East Syria](#) », February 2021.

Save the Children, « [When am I going to start to live? The urgent need to repatriate foreign children trapped in Al Hol and Roj Camps](#) », September 2021.

UNICEF, « [Nearly 850 children at immediate risk as violence continues in northeast Syria](#) », January 2022.

UNODC, « [Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist Groups: The Role of the Justice System](#) », 2017.

UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, « [Extra-territorial jurisdiction of States over children and their guardians in camps, prisons, or elsewhere in the northern Syrian Arab Republic](#) », 2020.

To cite this contribution: L. COOLS, “The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps”, *Cahiers de l’EDEM*, May 2022.

2. C.E., 22 SEPTEMBRE 2021, N° 251.567, ABERGEL

La discrétion administrative en matière d'examen du marché de l'emploi sanctionnée par le Conseil d'Etat.

Jean-Baptiste FARCY

A. Arrêt

Le recours introduit devant le Conseil d'Etat fait suite au refus de la Région flamande de délivrer une autorisation de travail à une travailleuse originaire des Philippines. La demande de permis unique introduite le 9 juillet 2019 a été déclarée irrecevable au motif que l'ensemble des documents requis n'étaient pas produits. D'après la décision contestée, la demande de permis unique introduite par l'employeur doit, lorsque la législation soumet la délivrance de ce permis à un examen du marché de l'emploi, contenir la preuve que l'offre d'emploi a été publiée sur le site du VDAB (Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding) durant au moins six semaines.

L'employeur a contesté cette décision d'irrecevabilité devant le Conseil d'Etat¹. Selon lui, la décision litigieuse ne repose sur aucune base légale dès lors qu'aucune règle de droit n'impose que l'offre d'emploi soit publiée sur le site du VDAB durant minimum six semaines. Ce faisant, la partie défenderesse aurait ajouté une condition à l'Arrêté du Gouvernement flamand du 7 décembre 2018 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers.

La législation flamande prévoit effectivement qu'à l'exception des catégories de personnes autorisées de plein droit à travailler (reprises aux articles 16,17 et 19 de l'Arrêté), un étranger ne peut être autorisé à travailler en Région flamande que s'il est impossible de trouver dans un délai raisonnable un travailleur convenable parmi les travailleurs disponibles sur le marché du travail. La disposition en cause implique donc qu'un examen du marché de l'emploi soit réalisé. La législation ne précise cependant pas les modalités de cet examen. La pratique administrative, ici contestée, veut que la Région s'en réfère aux services du VDAB qui sont mieux placés pour apprécier les besoins sur le marché de l'emploi. La partie défenderesse considère, à cet égard, qu'il n'est pas déraisonnable d'exiger la preuve de la publicité de l'offre d'emploi durant six semaines au moins. Si aucun candidat sérieux ne se présente durant ce délai, la demande de permis unique est alors accordée.

Dans le cadre du contentieux objectif qui est le sien, le Conseil d'Etat fait droit aux arguments de la partie demanderesse et considère effectivement que la Région flamande a ajouté une condition à la loi. L'article 18 de l'Arrêté du Gouvernement flamand impose uniquement que le demandeur démontre l'existence de motifs particuliers d'ordre économique ou social à l'appui de la demande de permis unique. Cet article ne liste cependant aucun critère. *A fortiori*, il n'est pas requis que l'offre d'emploi soit publiée durant six semaines sur le site du VDAB.

La décision d'irrecevabilité est, par conséquent, annulée.

¹ Conformément à l'article 37 de l'accord de coopération du 2 février 2018 portant sur la coordination des politiques d'octroi d'autorisations de travail et d'octroi du permis de séjour, ainsi que les normes relatives à l'emploi et au séjour des travailleurs étrangers, le recours contre une décision d'irrecevabilité d'une demande de permis unique doit être introduit auprès du Conseil d'Etat.

B. Éclairage

Rares sont les décisions de justice qui touchent à l'examen du marché de l'emploi et à la manière dont celui-ci est réalisé par les différentes autorités administratives. Dans ma thèse de doctorat, aujourd'hui [publiée](#), j'écrivais d'ailleurs que le test du marché de l'emploi représente « une boîte noire » en raison du fait que les modalités de cet examen sont peu connues et peu étudiées². L'arrêt commenté offre ainsi l'occasion de s'y pencher (2), après un bref rappel des principes (1).

1. L'exigence de mener un examen du marché de l'emploi

En matière d'immigration dite économique, le principe est connu : l'étranger qui souhaite venir travailler en Belgique doit y être préalablement autorisé. Cette autorisation prend aujourd'hui la forme d'un « permis unique » conformément au prescrit de la directive européenne 2011/98/UE dont la transposition en droit belge a longtemps été retardée en raison de la Sixième Réforme de l'Etat³.

Il résulte de cette réforme que la matière relative à l'occupation des travailleurs étrangers relève désormais de la compétence exclusive des régions (et de la Communauté germanophone). La délivrance du permis unique est donc soumise à différentes conditions qui sont aujourd'hui fixées par les différents législateurs régionaux (le fédéral demeure néanmoins compétent pour le volet « séjour » en vertu de ses compétences résiduelles).

Les différents arrêtés régionaux s'inscrivent dans le prolongement de la législation fédérale antérieure selon laquelle, sauf exception notamment pour les travailleurs hautement qualifiés, il faut tenir compte de la situation du marché de l'emploi avant de délivrer une autorisation d'occupation (ancien article 8 de l'Arrêté royal du 9 juin 1999). Pour travailler en Belgique, un étranger doit donc répondre à un besoin sur le marché de l'emploi. L'arrêté du Gouvernement flamand du 7 décembre 2018 dispose effectivement, en son article 18, que :

« Sans préjudice de l'application des articles 16, 17 et 19, l'admission au travail à durée déterminée n'est délivrée à l'employeur établi en Belgique que lorsqu'il est impossible de trouver dans un délai raisonnable parmi les travailleurs disponibles sur le marché du travail un travailleur qui, grâce à une formation professionnelle ou une formation professionnelle individuelle éventuellement encore à suivre, convient pour occuper le poste en question de manière satisfaisante et dans un délai raisonnable.

Sous peine d'irrecevabilité, la demande introduite en vertu de l'alinéa premier est étayée par un motif particulier d'ordre économique ou social. »

En Wallonie, l'article 3 de l'[Arrêté du Gouvernement wallon](#) du 16 mai 2019 ne dit pas autre chose :

² J.-B. FARCY, *L'Union européenne et l'immigration économique : Les défis d'une gouvernance multiniveaux*, Anthémis, 2021, p. 198. Une étude minutieuse commanditée par la Région flamande et réalisée par Ninke Mussche, Vincent Corluy, Ive Marx et Joost Haemels figure parmi les rares publications sur le sujet. Elle a été publiée en 2013 sous le titre « *Arbeidsmarktonderzoek als instrument en basis bij toekomstig arbeidsmigratiebeleid en EU vrijhandelsakkoorden* » (l'étude est [accessible](#) en ligne).

³ J.-B. FARCY, « Commentaire de l'accord de coopération visant à transposer la Directive « permis unique » », *Cahiers EDEM*, avril 2018.

« Un ressortissant d'un pays tiers est admis au travail lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1° il est impossible de trouver dans un délai raisonnable parmi les travailleurs disponibles sur le marché de l'emploi un demandeur d'emploi apte à occuper de façon satisfaisante et dans un délai raisonnable, même au moyen d'une formation professionnelle adéquate, l'emploi envisagé; [...] ».

En Région de Bruxelles-Capitale, à défaut pour le législateur régional d'avoir adopté une législation propre, l'article 8 de l'Arrêté royal du 9 juin 1999 demeure applicable.

Il en résulte qu'un étranger qui souhaite travailler en Belgique et qui ne serait pas hautement qualifié, à savoir qu'il n'aurait pas de diplôme de l'enseignement supérieur d'une durée d'au moins trois ans ou n'aurait pas une rémunération brute supérieure aux seuils régionaux, est soumis à un examen du marché de l'emploi.

Outre les personnes hautement qualifiées, une exception à l'obligation de conduire un examen du marché de l'emploi existe lorsque l'emploi convoité figure sur la liste régionale des « métiers en pénurie »⁴. Un examen du marché de l'emploi à proprement parler n'a alors pas lieu. En Flandre et en Wallonie, la réglementation prévoit, dans ce cas, que la condition de l'examen du marché de l'emploi est réputée être remplie⁵. En région de Bruxelles-Capitale, Actiris dispose d'une liste interne et lorsque le métier concerné y figure, l'agence bruxelloise donne un avis positif. À notre connaissance, cette liste n'est pas publiée.

Il résulte de ce qui précède que, dans de nombreux cas, un examen du marché de l'emploi est requis. Les différentes législations applicables ne précisent cependant pas les modalités de cet examen. Elles se contentent d'énoncer qu'il doit être impossible de trouver un candidat dans un délai raisonnable, même au moyen d'une éventuelle formation professionnelle. En pratique, les modalités diffèrent d'une Région à l'autre.

2. L'examen du marché de l'emploi dans les trois Régions

Lorsqu'un examen du marché de l'emploi est requis, les différentes administrations régionales consultent l'agence régionale pour l'emploi, que ce soit le VDAB, le FOREM ou Actiris, pour réaliser cet examen. L'agence régionale pour l'emploi rend alors un avis positif ou négatif sur la base duquel l'autorité régionale prend sa décision.

En Flandre, l'employeur qui souhaite engager un ressortissant de pays tiers doit en principe collaborer avec le VDAB et est, par conséquent, partie prenante à la procédure. À moins que cela n'ait déjà été fait, l'offre d'emploi est publiée via les canaux de l'agence pour une durée de six semaines. Les candidats qui correspondent à l'offre d'emploi dans un rayon de 60 kilomètres –

⁴ À noter qu'en Région wallonne, la notion de métier en pénurie fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part du Ministre compétent puisque, pour être qualifié de tel, un secteur d'activité doit faire face à une pénurie « structurelle », c'est-à-dire depuis au moins cinq années consécutives. La [liste](#) des métiers en pénurie utilisée aux fins de l'admission de travailleurs étrangers diffère ainsi de la liste (plus longue) dressée par le [FOREM](#), dont l'interprétation de la notion de « pénurie » est moins restrictive. Pour la Région flamande, la liste des métiers en pénurie est consultable [ici](#).

⁵ Arrêté du Gouvernement flamand du 7 décembre 2018 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, *M.B.*, 21 décembre 2018, art. 18, §2 ; Arrêté du Gouvernement wallon du 16 mai 2019 relatif à l'occupation des travailleurs étrangers et abrogeant l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, *M.B.*, 19 juin 2019, art. 2, §3

distance en-deçà de laquelle un emploi est réputé convenable en droit social – sont mis en contact avec l'employeur. Ce dernier doit, ensuite, motiver en quoi les candidats qui lui sont présentés par le VDAB, ou qui postulent volontairement, correspondent ou non à l'offre d'emploi. En fonction de cela, le VDAB donne un avis positif ou négatif. La réponse finale du VDAB dépend ainsi non seulement de la disponibilité de travailleurs locaux, mais aussi de la coopération de l'employeur.

En région bruxelloise et en Wallonie, les bases de données reprenant l'ensemble des demandeurs d'emploi occupent une place plus importante. À la différence de la Flandre, l'employeur n'est pas impliqué dans la procédure. En région bruxelloise, lorsqu'il ne s'agit pas d'un emploi pour lequel il existe une pénurie de main-d'œuvre, Actiris consulte la base de données des demandeurs d'emploi, et si l'enquête révèle que plus de 24 candidats sont disponibles, Actiris rend un avis négatif. Cette limite, qui peut *a priori* paraître arbitraire, correspond, en réalité, au nombre de profils généralement requis pour trouver un candidat satisfaisant.

En Région wallonne, les choses sont plus simples encore puisque l'administration régionale présume désormais de manière irréfragable qu'il existe au moins un travailleur disponible sur le marché de l'emploi wallon, fut-ce au moyen d'une formation, sauf si le métier en question figure sur la liste des métiers en pénurie publiée par le Ministre compétent. La demande de permis unique est donc rejetée dans la majorité des cas.

C. Conclusion

Il ressort des lignes qui précèdent que l'examen du marché de l'emploi peut prendre différentes formes avec pour conséquence que la politique régionale est plus ou moins restrictive. Un trait commun est toutefois que les modalités de cet examen ne sont nulle part définies dans la loi.

L'arrêt commenté présente ainsi le mérite de tenter de percer cette « boîte noire » pour faire en sorte qu'à l'avenir une plus grande transparence soit garantie. Les administrations régionales sont effectivement tenues à un devoir de transparence, de publicité et de motivation qui est incompatible avec les pratiques actuelles. À défaut pour les différents législateurs régionaux d'adopter des critères devant guider l'examen du marché de l'emploi, il incombe aux autorités de tenir compte des documents produits par l'employeur démontrant qu'il existe un motif particulier d'ordre économique ou social, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans l'arrêt commenté.

D. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C.E., 22 septembre 2021, n° 251.567, [Abergel](#).

Doctrines :

- MOUTET V. et M. LAURENT, « L'occupation de travailleurs étrangers à l'heure de la régionalisation. Analyse transversale des règles conditionnant l'octroi d'une autorisation de travail », *Orientations*, 2021, n° 4, pp. 2 – 30.
- MUSSCHE N., V. CORLUY, I. MARX et J. HAEMELS, « *Arbeidsmarktonderzoek als instrument en basis bij toekomstig arbeidsmigratiebeleid en EU vrijhandelsakkoorden* » (l'étude est accessible [en ligne](#)).

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « La discrétion administrative en matière d'examen du marché de l'emploi sanctionnée par le Conseil d'Etat », Cahiers EDEM, mai 2022.

3. CORR. BRUXELLES (90^{ÈME} CH.), 1^{ER} MARS 2022 CORR. BRUXELLES (47^{ÈME} CH.), 2 JUIN 2021

Peines de travail pour les étrangers en séjour illégal : vers une application plus égalitaire des dispositions en matière de peines alternatives ?

Marion DE NANTEUIL

A. Les décisions commentées

Deux décisions rendues récemment par le tribunal correctionnel de Bruxelles nous donnent l'occasion de faire le point sur une question d'actualité quotidienne devant les cours et tribunaux : celle de l'accès aux peines alternatives à l'emprisonnement – en l'occurrence, aux peines de travail – pour les prévenus étrangers en séjour illégal¹.

Dans un jugement du 1^{er} mars 2022, la 90^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles a fait droit à la demande du prévenu (V. N.) poursuivi pour des faits de vente et de détention de stupéfiants (il avait été retrouvé avec plus de 700 grammes de cannabis et près de 5 grammes de cocaïne, ainsi que 150 euros en liquide) de bénéficier d'une peine de travail. Le ministère public s'était opposé à cette demande, au motif qu'y faire droit reviendrait à violer la [loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), puisque la peine de travail s'exécute en Belgique alors que V. N. devait quitter le territoire national sur base des dispositions de cette loi. Tenant compte de son amendement et de son absence d'antécédents judiciaires, le tribunal a estimé qu'une sanction permettrait de ne pas entraver ses projets d'insertion professionnelle, et que sa situation administrative « ne devrait pas faire obstacle à la peine prononcée ni être considérée comme lui imposant de demeurer sur le territoire belge en infraction aux lois en matière de séjour » (p. 10 de la décision du 1^{er} mars 2022 commentée).

Dans la seconde affaire, le prévenu (A. V.) était poursuivi pour tentative de meurtre sur son frère et port d'armes par destination. La 47^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles a considéré qu'il n'existait pas de motif de ne pas faire droit à la demande de peine de travail sollicitée par le prévenu, et que l'octroyer apparaissait « opportun en vue de ne pas compromettre l'avenir professionnel et familial par une condamnation à une peine d'emprisonnement » (p. 9 de la décision du 2 juin 2021 commentée).

Alors qu'ils étaient tous deux en séjour irrégulier au moment où le juge a statué au fond, aucun des deux prévenus n'a fait l'objet de poursuites pour séjour illégal (V. N. disposait toutefois d'un titre de séjour valide au moment de la commission des faits infractionnels)². Leur situation administrative n'a d'ailleurs aucunement compromis leur possibilité de bénéficier d'une sanction alternative. V. N. présentait la particularité de s'être éloigné du milieu des stupéfiants depuis son interpellation pour

¹ Selon l'article 1^{er}, § 1^{er}, 4^o de [la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), le séjour illégal se définit comme « la présence sur le territoire d'un étranger qui ne remplit pas ou plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour ».

² Le fait de séjourner illégalement sur le territoire est puni par application de l'article 75 de la loi. L'exercice des poursuites du chef de cette infraction est généralement plutôt aléatoire... Voy. l'analyse de ce phénomène faite par [Christelle Macq \(pp. 89-90\)](#).

rejoindre un centre FEDASIL. Au moment de l'examen de l'affaire au fond, il avait donc entamé des démarches pour régulariser sa situation administrative, si bien que le tribunal a très probablement tenu compte des perspectives positives de régularisation dans sa décision de le condamner à une peine de travail. Quant à A. V., alors qu'il était en séjour illégal depuis 12 ans, le tribunal n'a, de manière assez surprenante, fait aucune allusion à cette situation dans la détermination de la sanction.

B. Eclairage

« European data and practices show the racial selectivity of the criminalization process, notably in its final phase: the execution of the sentence. Prison takes the form of ethno-racial closure ».

Ces deux jugements, qui privilégient une justice constructive qui encourage l'(a) (ré)insertion socio-professionnelle en dépit de l'irrégularité du séjour, dénotent parmi une tendance plus générale des juridictions correctionnelles à considérer le séjour illégal comme un obstacle en soi à l'octroi de peines alternatives à l'emprisonnement, au prétexte que l'obligation de rester sur le territoire belge pour prêter la peine de travail violerait les dispositions légales et réglementaires sur le séjour.

Cette contribution a pour objectif de se faire l'écho de ces décisions certes minoritaires mais prometteuses, qui mettent les prévenus en séjour illégal sur un pied d'égalité avec les résidents légaux poursuivis pour le même type d'infractions, et dont le retentissement au sein des juridictions correctionnelles du pays contribuerait à un traitement plus humain des étrangers en situation irrégulière.

Dans les lignes qui suivent, nous faisons le point sur les conditions légales d'octroi d'une peine de travail et sur les critères dégagés par la jurisprudence, notamment à l'égard des prévenus sans titre de séjour [1]. Nous mettons ensuite en exergue, notamment à l'usage des praticiens, des arguments justifiant des demandes de peines travail pour ces prévenus, qui trouvent leur fondement en droit interne (sur base du principe d'égalité et de non-discrimination) [2] et qui s'appuient sur des instruments émanant du Conseil de l'Europe [3].

1. Les conditions légales d'octroi d'une peine de travail et les critères généralement retenus par les tribunaux

La loi du 17 avril 2002 insérant la peine de travail autonome dans le Code pénal a été l'une des mesures pionnières (suivie en 2014 par l'introduction des peines autonomes de surveillance électronique et de probation) pour répondre aux préoccupations d'inefficacité des courtes peines (notamment en termes de prévention de la récidive), de surpopulation carcérale et, surtout, de réinsertion sociale³. Ces objectifs fondamentaux ont un retentissement tout particulier lorsqu'il est question de condamner des étrangers à des peines correctionnelles, à l'heure où le taux moyen d'occupation des prisons était de 120,6 % en 2019 et où plus de 40 % des détenus n'ont pas la nationalité belge.

³ A. JACOBS et P. LAMBOTTE, « Peine de travail », in *Postal Mémoires, Lexique de droit pénal et de procédure pénale*, Liège, Kluwer, 2018, p. 82.

Les articles 37quinquies et suivants du Code pénal offrent la possibilité aux tribunaux belges de recourir à cette peine alternative dans un nombre assez large de cas. En effet, la loi ne prévoit pas de condition particulière relative aux antécédents judiciaires du prévenu⁴, et n'exclut la peine de travail que dans des cas limités, énumérés à l'article 37quinquies, § 1^{er}, alinéa 2⁵. Outre ces exclusions déterminées de manière exhaustive, le juge correctionnel peut recourir à une peine de travail pour sanctionner tout type d'infraction punissable d'une peine de police ou correctionnelle (en ce compris les crimes correctionnalisés), et devra spécialement motiver un refus lorsqu'elle est sollicitée par la défense ou requise par le ministère public (article 37quinquies, § 3, alinéa 2). En termes d'exécution de la peine, l'article 37septies impose au condamné d'être suivi par un assistant de justice du Service des maisons de justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de résidence du condamné, et c'est la commission de probation du même arrondissement judiciaire qui est compétente pour contrôler la bonne exécution de la peine de travail et, le cas échéant, se prononcer sur l'application de la peine subsidiaire.

Si les articles 37quinquies à septies sont particulièrement prolixes sur les modalités de mise en œuvre, de contrôle et de révocation de la peine de travail, ils ne prévoient en revanche, hors les exclusions évoquées ci-dessus, aucune condition spécifique au prononcé d'une telle sanction. En l'absence de balises précises dans la loi, les juges du fond se sont donc attelés à dégager une série de critères permettant d'évaluer l'opportunité d'octroyer une peine de travail. Les juridictions correctionnelles ont généralement égard aux éléments suivants⁶ :

- absence d'antécédents judiciaires ;
- amendement du prévenu ;
- volonté ou efforts de réinsertion déjà démontrés par le prévenu ;
- indemnisation de la victime ;
- nature et gravité des faits infractionnels.

Dans le souci de faciliter le contact entre le condamné et son assistant de justice et afin que ce dernier puisse contrôler de manière plus efficace l'exécution de la peine de travail, les juges du fond ont peu à peu imposé l'exigence d'avoir une adresse en Belgique. S'il est légitime que les magistrats cherchent à s'assurer que la condamnation qu'ils prononcent ne restera pas lettre morte en sollicitant certaines garanties de la part du condamné, l'absence de résidence sur le territoire belge ne saurait pour autant constituer un obstacle en soi à la peine de travail. La loi envisage même cette hypothèse, puisqu'elle prévoit que « lorsque l'intéressé réside en dehors du territoire du Royaume, la commission de probation territorialement compétente est celle du lieu où a été prononcée la condamnation en

⁴ Voy. C. GUILLAIN et F. VANSILLETTE, « Les peines alternatives à l'emprisonnement après Pot-Pourri II » : entre désir de punitivité et souci d'amendement », in *La loi Pot-Pourri II. Un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 39-80, spéc. 59.

⁵ Cet article a été modifié par l'article 87 de la [loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel](#). A partir de l'entrée en vigueur de la loi, les exclusions porteront désormais sur les nouveaux articles 417/12 à 417/22 (actes sexuels non-consentis aggravés) ainsi que sur les nouveaux articles 417/25 à 417/41 (exploitation sexuelle de mineurs à des fins de prostitution), 417/44 à 417/47 (images d'abus sexuels de mineurs), 417/52 (production ou diffusion de contenu à caractère extrêmement pornographique ou violent adressé à un mineur ou à une personne en situation de vulnérabilité) et 417/54 (exhibitionnisme en présence d'un mineur ou d'une personne dans une situation de vulnérabilité) commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs.

⁶ Voy. par exemple Corr. Gand, 18 juin 2013, *T.M.R.*, 2013, p. 665.

première instance » (article 37septies, § 2, alinéa 2) et que « pour une personne sans résidence dans le Royaume, la compétence [de la commission de probation] peut être transférée selon la même procédure à une autre commission probation, sans qu'il soit exigé dans ce cas qu'il s'agisse de la commission du lieu de sa nouvelle résidence » (article 37septies, § 2, alinéa 3).

La question de l'adresse sur le territoire belge se pose tout particulièrement pour les condamnés se trouvant en séjour illégal, qui sont pour la plupart sans résidence fixe et qui ne disposent pas toujours d'une adresse de référence. Fournir au tribunal une adresse de contact, par exemple d'un centre de prise en charge de personnes en séjour irrégulier ou d'un proche qui hébergera le condamné pendant un certain temps, semble dans certains cas ne plus suffire. Ainsi, alors que la légalité du séjour n'est pas une condition formelle d'octroi de la peine de travail, elle paraît s'inviter dans le débat sur la peine par le truchement de cet impératif de disposer d'une adresse en Belgique. Or, si le condamné est en mesure d'apporter au juge des garanties que l'assistant de justice qui sera désigné pourra entrer en contact avec lui – ce qui est la raison même pour laquelle les juges demandent de justifier d'une adresse – par exemple, en fournissant un numéro de GSM, une adresse e-mail ou les coordonnées d'un centre d'hébergement ou d'assistance aux personnes en séjour illégal, on ne voit pas pourquoi la peine de travail ne pourrait être mise en œuvre aussi aisément que pour une personne ayant une adresse fixe sur le territoire. Si l'absence d'un titre de séjour peut certes poser des difficultés administratives supplémentaires pour la personne condamnée, il n'en reste pas moins qu'exécuter une peine de travail, alors même qu'on est en séjour illégal, est envisageable. D'ailleurs, comme le rappellent [Alexia Jonckheere et Eric Maes](#), aucun permis de travail n'est requis pour l'exécution de cette sanction. De plus, « [s]i un ordre de quitter le territoire est délivré à la personne de nationalité étrangère après sa condamnation, l'exécution de celle-ci pourrait être suspendue à la demande de la commission de probation si elle considère que la décision administrative prime sur la décision judiciaire » (p. 132).

En réalité, derrière cet argument de la nécessité d'avoir une adresse en Belgique afin de contrôler l'accomplissement de la peine de travail, se profile en filigrane la frilosité du pouvoir judiciaire à « autoriser » un condamné en séjour illégal à rester sur le territoire belge pour y exécuter sa peine. Cette approche va même jusqu'à corréliser directement possibilité d'une peine de travail et droit de séjour, en considérant qu'octroyer une telle sanction mépriserait les dispositions légales et réglementaires applicables en la matière. Or, tant le Conseil du contentieux des étrangers que le Conseil d'Etat ont eu l'occasion de rappeler qu'accorder des mesures alternatives à l'emprisonnement à des condamnés en séjour illégal ne conférerait aucun droit de séjour sur le territoire belge (voy. [C.C.E, arrêt du 30 mai 2017, § 3.3](#) et [avis du Conseil d'Etat du 23 septembre 2015 sur le projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale, § 40.1](#)). En d'autres termes, la condamnation à une sanction pénale et l'appréciation de la régularité du séjour sont des questions distinctes, et il n'appartient pas au juge correctionnel de se prononcer sur la seconde. La Cour constitutionnelle partage le même point de vue : dans son [arrêt du 21 décembre 2017](#) (sur lequel nous reviendrons), elle a confirmé qu'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne modifiait en rien le statut de séjour de l'étranger condamné⁷. Ceci permet de réfuter l'argument selon lequel le

⁷ O. NEDERLANDT et E. DELHAISE, « Légiférer coûte que coûte ? », note sous C. C., n° 148/2017, 21 décembre 2017, *Rev. dr. pén.*, 2018, p. 556.

juge correctionnel se mettrait en porte-à-faux avec la loi du 15 décembre 1980 en accordant une peine de travail : droit pénal et droit pénitentiaire d'une part, et droit des étrangers d'autre part, sont indépendants et autonomes l'un de l'autre⁸.

Dans le souci d'éviter d'être en décalage avec la réglementation sur le séjour, les tribunaux optent donc pour la solution radicale, à savoir l'incarcération. Au-delà du fait qu'elle peut être, dans certains cas, le résultat d'un raisonnement discriminatoire (voir *infra* [2]), cette solution nous semble poser problème à plusieurs égards. D'abord, la condamnation à une peine de prison ne répond pas adéquatement à la préoccupation de l'illégalité du séjour, puisqu'elle sera elle aussi exécutée sur le territoire belge et donc, littéralement, au mépris des dispositions de la loi du 15 décembre 1980 qui imposeraient à la personne condamnée de quitter la Belgique. Ensuite, la solution de l'incarcération s'inscrit dans une conception trop restrictive de la notion de réinsertion, selon laquelle celle-ci ne serait accessible qu'aux personnes ayant le droit de résider sur le territoire belge⁹. Or, cette vision avait été critiquée par la Cour de cassation dans un *arrêt du 26 avril 2017*, qui avait estimé que l'absence d'un titre valide ne constituait pas un frein en soi à la possibilité d'entamer des démarches de réinsertion, notamment lorsque la personne avait des perspectives de séjour. La Cour constitutionnelle a elle aussi rejeté cette acception : « la réinsertion n'est pas a priori exclue pour des condamnés sans titre de séjour »¹⁰. Enfin, la solution de l'emprisonnement découle, dans certains cas, d'une perception biaisée des prévenus étrangers qui seraient plus dangereux et qui mériteraient d'être sanctionnés plus sévèrement (UNODC, p. 15). A cet égard, il est utile de rappeler que la peine de travail « constitue bien une peine en soi, pouvant, à certains égards, rivaliser en lourdeur et en contrainte avec les peines classiques »¹¹.

Ainsi, alors que la régularité du séjour n'est pas une condition reprise aux articles 37quinquies et suivants du Code pénal pour l'octroi d'une peine de travail, les praticiens achoppent souvent sur cet écueil. Les paragraphes qui suivent visent à confronter cette réalité des prétoires au principe d'égalité et non-discrimination et aux recommandations émanant du Conseil de l'Europe.

2. Le principe d'égalité et non-discrimination devant la loi

Dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, les cours et tribunaux belges doivent appliquer la loi pénale à tous les justiciables en s'abstenant de toute différence de traitement non justifiée. Si le principe de personnalité de la peine¹² permet que le juge correctionnel ait égard, parmi d'autres circonstances, à la situation administrative du prévenu, en revanche, il nous paraît difficilement acceptable qu'entre deux prévenus poursuivis pour des faits de stupéfiants d'une égale gravité, tous deux primo-délinquants et faisant tous deux preuve d'amendement, le premier bénéficie d'une peine de travail et le second soit incarcéré pour la *seule* raison que ce dernier n'est pas en ordre de séjour.

⁸ *Idem*.

⁹ *Idem*, p. 554.

¹⁰ *Idem*, p. 558.

¹¹ A. JACOBS et P. LAMBOTTE, « Peine de travail », in *Postal Mémoires*, *Lexique de droit pénal et de procédure pénale*, Liège, Kluwer, 2018, p. 82.

¹² F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 53-54.

La Cour constitutionnelle s'était penchée en 2017 sur la question de l'admissibilité des étrangers en séjour illégal aux mesures alternatives à l'emprisonnement, dans le cadre d'un recours en annulation contre des dispositions de la loi « Pot-pourri II » qui avaient pour effet d'exclure des étrangers ne disposant pas d'un titre de séjour et condamnés à des peines de prison dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans, du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine¹³. La Cour avait donné raison aux requérants, en considérant qu'exclure *a priori* et sans examen individualisé tous les détenus sans titre de séjour valable de la possibilité de bénéficier de modalités d'exécution de sa peine en vue de préparer sa réinsertion sociale constituait une mesure disproportionnée (§§ 90.3 et 91).

Ce raisonnement est transposable, *mutatis mutandis*, à ce qui se passe en amont, au moment de déterminer la sanction et d'envisager la possibilité d'une peine alternative. Dans cette perspective, il nous semble que lorsque le juge correctionnel refuse d'octroyer une peine de travail au seul motif que cela contreviendrait à la réglementation sur le séjour (alors que, nous l'avons rappelé ci-dessus, droit pénal et pénitentiaire sont autonomes du droit des étrangers), sans prendre le temps de réfléchir, dans le cas bien particulier qui lui est soumis, à la faisabilité de la peine de travail sollicitée, il va à l'encontre de l'enseignement de la Cour constitutionnelle. Dans le strict respect des principes découlant des articles 10 et 11 de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel a, selon nous, l'obligation de motiver son refus d'octroyer une peine de travail sollicitée par un prévenu étranger en séjour illégal pour des raisons qui sont indépendantes de l'irrégularité de sa situation administrative ou, en tout cas, qui ne peuvent se fonder exclusivement sur cette circonstance.

À notre connaissance, la question spécifique des peines alternatives sollicitées par des personnes en séjour irrégulier n'a pas été soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction strasbourgeoise s'est néanmoins penchée sur la situation d'un requérant qui s'était vu refuser le bénéfice d'une peine de probation au motif qu'il ne résidait pas sur le territoire de la juridiction qui l'avait condamné (en l'espèce : la province de Moscou), alors qu'il avait fait état de circonstances qui auraient justifié l'application d'une sanction alternative. Dans son arrêt *Aleksandr Aleksandrov contre Russie du 27 mars 2018* (voy. l'argument qu'en tire *Agathe De Brouwer*), la Cour a critiqué le fait que la juridiction nationale n'ait pas indiqué en quoi la circonstance que le résident ne vive pas dans la région de Moscou a un impact sur la décision de lui imposer une peine privative de liberté plutôt qu'une peine alternative : « the district court did not justify why the benefit of a non-custodial sentence should have been conditional on the applicant's ability to have a permanent residence outside his home region and near the place where he had been tried and sentenced » (§§ 27-28). Est-ce à dire que, si la juridiction russe avait tenu un raisonnement plus approfondi, en invoquant les raisons pratiques rendant difficile ou impossible l'exécution d'une peine alternative (alors même que tous les autres facteurs de personnalité pointaient vers l'opportunité d'une peine non-privative de liberté), la Cour européenne aurait validé cette décision ? Toujours est-il qu'on peut déduire de cet arrêt une obligation pour les juges du fond d'expliquer, *in concreto*, en quoi le lieu de résidence a un impact significatif sur la possibilité d'exécuter une peine alternative.

¹³ O. NEDERLANDT et E. DELHAISE, « Légiférer coûte que coûte ? », *op. cit.*, p. 551.

Appliqué à la situation des étrangers en séjour illégal, cela signifie qu'un tribunal correctionnel ne peut écarter une demande de peine de travail pour la *seule* raison que le prévenu ne disposerait pas d'adresse de résidence sur le territoire belge, sans expliciter de manière concrète, sur base d'éléments propres à la situation personnelle du condamné, en quoi cette circonstance empêcherait la mise en œuvre de la sanction. A cet égard, un jugement rendu par le tribunal de première instance de Gand qui rejette la demande de peine de travail en se limitant à relever que le fait que la prévenue résidait en France rendait « *difficile* » l'exécution d'une peine de travail¹⁴, nous semble critiquable.

3. Les recommandations du Conseil de l'Europe sur l'accès aux peines alternatives pour les étrangers

Le problème de l'accès inégalitaire aux peines non-privatives de liberté pour les étrangers, et en particulier pour ceux en séjour illégal, n'est pas circonscrit à la Belgique : selon des statistiques du Conseil de l'Europe de 2015, [les personnes de nationalité étrangère sont 2,4 fois plus représentées dans la population carcérale qu'ils ne le sont dans la population européenne en général](#). A l'inverse, la proportion d'étrangers bénéficiant de peines alternatives à l'emprisonnement est très basse : seuls 7,4 % des personnes exécutant une sanction alternative sont étrangers ([en Belgique, ce chiffre monte à 11 %, pour une population carcérale composée à 40 % d'étrangers](#)) (voy. un [rapport du European Prison Observatory de 2016](#), qui relève une véritable différence dans l'accès aux mesures alternatives à l'emprisonnement entre les nationaux du pays concerné et les étrangers (p. 24)).

Ces chiffres peuvent s'expliquer par une conception biaisée du délinquant étranger qui représenterait un risque plus important pour la sécurité publique ainsi que de soustraction à la justice (UNODC, p. 15). Ces préjugés latents, couplés dans certains cas aux difficultés pratiques liées à la situation administrative du prévenu, peuvent mener les juridictions correctionnelles à considérer que cette catégorie de délinquants est d'office inéligible aux sanctions alternatives à l'emprisonnement. Or, les objectifs de réinsertion sociale qui constituent la raison d'être des peines non-privatives de liberté prennent un sens particulier s'agissant des délinquants étrangers en séjour illégal : non seulement purger une peine en dehors d'un établissement pénitentiaire permet à la personne étrangère d'entreprendre des démarches administratives en vue de régulariser son séjour¹⁵, mais exécuter une peine de travail l'amène aussi à créer des liens sociaux, linguistiques et culturels avec des membres de la société au sein de laquelle il souhaite vivre, qui pourront s'avérer pertinents dans l'appréciation de sa situation par les autorités de l'immigration. Dans la décision du 1^{er} mars 2022 commentée, en privilégiant une peine qui n'entraverait pas ses projets d'insertion professionnelle, la 90^{ème} chambre correctionnelle semble d'ailleurs avoir eu égard, certes à demi-mots, à l'impact significatif qu'une peine privative de liberté pouvait avoir sur les perspectives de réinsertion sociale d'un prévenu en séjour irrégulier (§ 4).

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a rendu plusieurs recommandations concernant la situation des détenus étrangers et leur admissibilité à des mesures alternatives à l'emprisonnement.

¹⁴ Corr. Gand (kr. G34DO), 15 novembre 2019, *inédit*.

¹⁵ Voy. O. NEDERLANDT et E. DELHAISE, « Légiférer coûte que coûte ? », *op. cit.*, pp. 554-558.

Bien que ces textes n'aient pas d'effet contraignant en tant que tel, il est utile – et même nécessaire – de les mobiliser dans les prétoires, afin de pousser les juges à appliquer les dispositions légales sur les peines dans un souci d'interprétation conforme aux principes découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. La [recommandation du 12 octobre 2012](#) pose ainsi les principes que « les prévenus et délinquants étrangers ont droit à ce que leur cas soit examiné en vue d'être soumis aux mêmes sanctions et mesures non-privatives de liberté que les autres prévenus ou délinquants ; ils ne doivent pas être exclus d'un tel examen au motif de leur statut » et qu'ils « ne doivent pas être placés en détention provisoire ou condamnés à des peines privatives de liberté en raison de leur statut, tout comme les autres prévenus et délinquants, uniquement lorsque cela est strictement nécessaire et en tant que mesure de dernier recours » (§§ 4-5). Sur le prononcé des peines, le texte recommande que « les délinquants étrangers devront être soumis à la même gamme de sanctions ou de mesures non-privatives de liberté que les délinquants nationaux », dans le souci de s'assurer que « les sanctions privatives de liberté sont uniquement imposées aux délinquants étrangers lorsque c'est strictement nécessaire et en tant que mesure de dernier recours, comme c'est le cas avec les autres délinquants » (§ 14.1).

Dans le même ordre d'idées, la [recommandation du 22 mars 2017 sur les sanctions et mesures adoptées dans la communauté](#) prohibe toute discrimination dans le prononcé et l'exécution de sanctions sur base, notamment, de la race, la nationalité, de l'origine ethnique, et de la situation économique, sociale ou autre ; et exige que les sanctions et mesures alternatives soient « accessibles aux prévenus et auteurs d'infraction qui sont ressortissants étrangers » et soient « exécutées de façon juste et en conformité avec les principes énoncés par les présentes règles, en tenant compte des différences *pertinentes* (nous soulignons) de leurs situations » (§§ 6-7).

4. Conclusion

La quasi-automaticité de l'incarcération pour les délinquants étrangers en situation irrégulière n'est pas une fatalité. Cette contribution s'est attachée à démontrer qu'il existe des arguments juridiques, tant en droit interne que dans des textes supranationaux, à l'appui des demandes de peines alternatives, et spécifiquement des peines de travail, formulées par la défense de ces prévenus au profil particulier.

Il est naturel qu'un juge correctionnel, dans la détermination de la sanction, ait égard à l'ensemble des circonstances personnelles du prévenu qui comparait devant lui, ce qui peut comprendre l'éventuelle irrégularité de son séjour. Néanmoins, face à une demande de peine de travail, le magistrat a à notre sens l'obligation de motiver en quoi l'absence de titre de séjour a un impact *pertinent* sur la possibilité d'octroyer cette sanction alternative. Il ne peut se limiter à constater que l'absence de résidence sur le territoire en rend difficile l'exécution, ou qu'accorder cette peine violerait la loi du 15 décembre 1980. Il découle des normes nationales et européennes exposées ci-dessus qu'un tribunal doit justifier un refus d'octroyer une mesure alternative en se fondant sur des raisons concrètes et pratiques indépendantes de l'illégalité du séjour en soi.

La difficulté particulière de mettre en œuvre des mesures alternatives à l'emprisonnement – qui est, après tout, une peine passive ne demandant la mise en place d'aucun dispositif dans lequel les prévenus et travailleurs du monde judiciaire seraient proactifs – au bénéfice de personnes en séjour illégal n'est pas remise en question. De même, la crainte que les personnes en séjour illégal ne se soustraient à l'exécution de la sanction alternative qui aura été prononcée est légitime. Rappelons toutefois que la peine de travail est assortie d'une peine d'emprisonnement subsidiaire qui devra être exécutée à défaut de la peine de travail (article 37quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, *in fine*), de quoi garantir sa bonne exécution et de se prémunir contre le risque de soustraction à la justice. De plus, quelle que soit la peine qui sera prononcée par le juge correctionnel, il y aura toujours pour le condamné cette épée de Damoclès que représente l'adoption d'une décision administrative négative et l'éloignement vers le pays d'origine. Il nous semble que ce risque existe exactement de la même manière lorsqu'une personne est condamnée à une peine privative de liberté, qui se verra délivrer un ordre de quitter le territoire dès sa sortie de prison (et même parfois un peu avant). Dans cette perspective, la seule circonstance que le prévenu n'est pas en possession d'un titre de séjour valide est insuffisante pour justifier la différence de traitement perçue devant les tribunaux, à savoir que les résidents légaux sont logés à bien meilleure enseigne.

C. Pour aller plus loin

Lire les décisions :

[Corr. Bruxelles \(47^{ème} ch.\)](#), 2 juin 2021, *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

[Corr. Bruxelles \(90^{ème} ch.\)](#), 1^{er} mars 2022, *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

Jurisprudence :

Cass., [26 avril 2017](#), P. 17.0375.F.

C.C.E, [30 mai 2017](#), n° 187/272.

C. C., [21 décembre 2017](#), n° 148/2017.

Cour eur. D. H., 27 mars 2018, [Aleksandr Aleksandrov c. Russie](#), req. n° 14431/06.

Doctrine :

A. DE BROUWER et al., *Triptyques de droit pénal – L'étranger face au droit pénal* (Université Libre de Bruxelles, du 19/01/2022 au 01/02/2022).

O. FIROUZI TABAR, M. MIRAVALLE, D. RONCO et G. TORRENTE, [Reducing the prison population in Europe: Do community based sentences work?](#), European Prison Observatory, Rome, Antigone Edizioni, 2016.

C. GUILLAIN et F. VANSILIETTE, « Les peines alternatives à l'emprisonnement après Pot-Pourri II » : entre désir de punitivité et souci d'amendement », in *La loi Pot-Pourri II. Un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 39-80.

C. HEARD, [Alternatives to imprisonment in Europe: A handbook of good practice](#), European Prison Observatory, Rome, Antigone Edizioni, 2016.

A. JACOBS et P. LAMBOTTE, « Peine de travail », in *Postal Mémoires, Lexique de droit pénal et de procédure pénale*, Liège, Kluwer, 2018.

A. JONCKHEERE, P. DE BRUYCKER, T. KÜPPER, N. ROSKAMS, A. SERVAIS et B. VAN BOVEN, « La peine de travail : de la loi aux pratiques », in *Calcul, exécution et cumul des peines*, Anvers, Gompel & Scavina, 2022, pp. 125-141.

F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, Bruxelles, Larcier, 2017.

C. MACQ, *Droit pénal et lutte contre les migrations irrégulières*, Bruges, La Charte, 2021.

O. NEDERLANDT et E. DELHAISE, « Légiférer coûte que coûte ? », note sous C. C., n° 148/2017, 21 décembre 2017, *Rev. dr. pén.*, 2018, pp. 541-566.

UNODC, *Custodial and non-custodial measures. Alternatives to incarceration. Criminal Justice Assessment Toolkit*, Vienna, United Nations, 2006.

Pour citer cette note : M. DE NANTEUIL, « Peines de travail pour les étrangers en séjour illégal : vers une application plus égalitaire des dispositions en matière de peines alternatives ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

4. COUR ADMINISTRATIVE DE BUJUMBURA, 30 OCTOBRE 2017, Y. C. ÉTAT DU BURUNDI, RAEP¹ : 527

Cour administrative du Burundi, instance d'appel pour les demandeurs d'asile déboutés par le comité de recours ?

Pamphile MPABANSI

A. Arrêt

La requérante, ressortissante congolaise originaire du Kasai Oriental, sollicite la protection internationale au Burundi en raison de l'insécurité causée par les différents groupes rebelles au Sud Kivu (Uvira, Sange, Musenyi, Kinanira), sa région de résidence depuis 1996.

Arrivée avec sa famille au Burundi en date du 1^{er} janvier 2009, elle forme une demande de protection internationale le 2 juin 2010. La Commission consultative pour les étrangers et réfugiés (CCER) rejette la demande le 26 septembre 2014, lui reprochant son retard à se faire enregistrer mais aussi le fait qu'elle ne connaît ni l'itinéraire qu'elle a emprunté ni les quartiers environnants la région de Sange dont elle dit provenir. Elle forme appel devant le Comité de recours (CR), deuxième et dernière instance burundaise en matière d'asile. Pendant l'entretien, l'interprète l'interroge quant aux noms des lieux publics comme l'hôpital, le marché, l'église, les routes de son lieu d'origine. Elle ne parvient pas à répondre. Il en va de même des deux enfants, qui ne peuvent pas non plus chanter leur hymne national alors qu'ils ont étudié en RDC. Il est aussi relevé que la requérante ne connaît pas sa langue maternelle, le kikasai. Pour ce qui est du retard de se faire enregistrer, elle souligne que c'est son mari qui avait commencé la procédure et qu'il est parti sans lui indiquer à quelle étape de la procédure se trouvait le dossier. Elle a alors recommencé la procédure elle-même. Ce motif a été jugé infondé par le comité de recours.

La requérante dépose une requête en annulation devant la Cour administrative de Bujumbura. Elle se fonde sur l'article 378 du [code de procédure civile](#) qui stipule que « le recours en annulation est recevable contre toute décision réglementaire ou individuelle émanant d'une autorité administrative ».

En répliquant à la requête, les avocats de l'État soulèvent une exception d'irrecevabilité en se basant sur l'article 372 du [code de procédure civile](#) qui dispose que toute action ne peut être portée en justice si elle n'a pas été précédée d'un recours gracieux ou hiérarchique ou d'une demande préalable.

La Cour administrative de Bujumbura rouvre les débats pour permettre aux parties de se prononcer sur les dispositions légales invoquées avant de statuer sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par les avocats de l'État. Cet arrêt interlocutoire a été signifié aux parties en date du 14 juillet 2021 ; la procédure se poursuit.

Les dispositions discutées sont les articles 22 al. 3 et 4 de [loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés](#), 20 et 21 de [l'ordonnance n° 530/442 d'application](#) de la loi burundaise sur l'asile ainsi que 24 de [l'ordonnance n° 530/443 d'application](#) de cette même loi.

¹ Rôle administratif pour Excès de pouvoir.

B. Éclairage

L'analyse proposée est centrée sur la saisine de la Cour administrative du Burundi et non sur les objections substantielles à la demande de protection introduite. Il eut aussi été intéressant de se pencher sur les analyses de crédibilité opérées sur la base de la connaissance des milieux d'origine et de transit mais un autre angle, procédural, a été choisi ici.

En effet, à l'heure où plusieurs États sont en phase de rédaction d'une loi nationale en matière d'asile et envisagent ou ont décidé de transférer la procédure de détermination aux instances nationales, il est important de déterminer les exigences procédurales à laquelle doivent répondre les procédures d'asile. Plus précisément, l'intervention d'un juge est-elle requise ? Dans l'affirmative, vaut-il mieux un juge ordinaire ou spécialisé ? La première question touche à la légalité tandis que la seconde peut être envisagée sous l'angle de l'opportunité. Cette affaire est l'occasion de traiter ces deux questions.

1) La procédure d'asile burundaise

Pour revenir à la situation au Burundi où la procédure d'asile est organisée par une loi nationale et où des instances burundaises ont été instituées, on précise que quel que soit le régime légal en vigueur (qu'il s'agisse du système initié par [loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés](#) applicable dans le présent arrêt ainsi que ses ordonnances d'application ou du système actuel d'asile initié par la [loi sur les migrations au Burundi](#)), la procédure d'asile est purement administrative. Elle fait intervenir deux instances d'asile: la Commission consultative pour les étrangers et réfugiés et le Comité de recours.

L'article 8 de [l'ordonnance d'application](#) de la loi burundaise sur l'asile prévoit que la Commission consultative pour les étrangers et réfugiés est placée sous la tutelle du Ministre ayant l'intérieur dans ses attributions.

Quant au Comité de recours, même si les textes juridiques sur l'asile ne le disent pas expressément, lui aussi relève du Ministère de l'intérieur. En effet, l'article 25 de [l'ordonnance d'application](#) de la loi burundaise sur l'asile précise que le Comité de recours est composé d'un représentant du Ministère ayant l'intérieur dans ses attributions, le Président, d'un représentant du Ministère ayant la Justice dans ses attributions, le Vice-président ainsi que d'un représentant d'une association représentative de défense des droits humains. L'article 27 de la même ordonnance ajoute que les membres du Comité de recours sont nommés par une ordonnance du Ministre ayant l'intérieur dans ses attributions pour un mandat de quatre ans. Pour ce qui est de son fonctionnement, l'article 33 de cette même ordonnance précise que lorsque le Comité de recours siège en sous-chambre d'une personne, ses décisions doivent être contresignées par le Président, ou, en son absence, par le Vice-président. Pour tout autre cas, les décisions sont prises à la majorité simple des membres présents. En cas d'égalité, la voix du Président du Comité de recours est prépondérante.

Ainsi, le pouvoir de décision est bel et bien entre les mains du Ministre de l'intérieur et le Comité de recours rend bien des décisions administratives. Il ne s'agit pas d'une juridiction administrative. En effet, le Comité de recours ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité propre à tout organe qualifié de « juridiction ». Par ailleurs, le fait que la procédure burundaise d'asile admette une décision d'un seul membre du Comité de recours siégeant en sous chambre (articles 26 et 33 de [l'ordonnance d'application](#) de la loi burundaise sur l'asile) est une entorse au principe de collégialité

tel que prévu par les articles 109 et 110 du [code burundais d'organisation et de la compétence judiciaire](#).

- 2) Procédure exclusivement administrative ou administrative en première instance et juridictionnelle en degré d'appel

D'entrée de jeu, il faut souligner que la Convention de Genève de 1951 n'a prévu aucune disposition sur la procédure de détermination du statut de réfugié. Il a fallu attendre 1977 pour que le HCR adopte divers instruments (entre autres le [Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés](#) ; le [Guide pour la protection internationale des réfugiés et le renforcement des systèmes d'asile nationaux](#) et le [Guide sur le droit international relatif aux réfugiés](#)) donnant des indications et formulant des recommandations.

Comme c'est la phase d'appel qui est discutée dans cette note, voyons ce qui est prévu par ces différents guides sur ce point.

Selon le [Guide et principes directeurs du HCR](#) (§192, vi), si on ne reconnaît pas au demandeur d'asile le statut de réfugié, il faudrait lui accorder un délai raisonnable pour demander le réexamen de la décision, soit à la même, soit à une autre autorité administrative ou judiciaire, selon le système existant. De surcroît, le [Guide du HCR pour la protection internationale des réfugiés et le renforcement des systèmes d'asile nationaux](#) (p. 194) ajoute que tous les demandeurs d'asile doivent avoir le droit de faire appel d'une décision de rejet ou d'en demander le réexamen, y compris après une décision d'irrecevabilité, devant une autorité, une cour ou un tribunal différent et indépendant de l'autorité ayant statué en première instance. Quant au [Guide sur le droit international relatif aux réfugiés](#) (p.60), il précise que cet organe de recours doit être indépendant et impartial, et habilité à examiner les faits et la législation.

Outre ces instruments spécialisés, il est intéressant de déterminer si le droit international des droits humains exige d'un recours qu'il soit exercé devant une instance administrative ou judiciaire afin de pouvoir être qualifié d'effectif.

Il n'y a nul doute que le recours est effectif s'il est exercé devant un organe qui offre les garanties d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, un recours introduit devant une instance autre que judiciaire (voire administrative) n'offre notoirement pas les mêmes garanties que celui dont connaît un organe juridictionnel².

Dans l'arrêt sous analyse, il est à remarquer que le recours hiérarchique auprès du Ministre de l'intérieur évoqué par les avocats de l'État dans leurs réquisitions n'offre aucune garantie à la demandeuse d'asile. En effet, comme les deux instances d'asile et les ordonnances sur lesquelles elles se basent ont été mises en place par ce même Ministre, il ne pouvait pas être saisi en appel par la demandeuse d'asile déboutée devant le Comité de recours au risque d'être juge et partie dans un même dossier. Par ailleurs, il est très peu probable qu'une fois saisi, sa décision s'écarte de celle prise par le Comité de recours, organe qu'il a lui-même institué.

² P. MERTENS, « Droit un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law*, vol. 4(2), 1968, p. 459.

Il n'est pas possible ici de revenir sur toutes les dimensions du droit à bénéficier d'un recours effectif. Cette note revient toutefois, sans prétention à l'exhaustivité, sur ce qui est prévu par les textes internationaux et régionaux quant à ce droit en épinglant quelques jurisprudences les mettant en œuvre.

Le droit international et régional des droits humains consacre largement le droit au recours effectif face à un risque de violation de ces mêmes droits dans leur volet substantiel. Le recours effectif participe de la subsidiarité du contrôle supranational puisqu'il impose aux États de protéger les droits humains au sein de leur ordre juridique interne, le contrôle juridictionnel international n'intervenant que lorsqu'ils ont failli à cette mission. Les formulations sont diverses mais la constante est qu'un recours effectif doit être exercé devant la juridiction nationale.

a) Déclaration universelle des droits de l'homme

Quoique non contraignante, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 stipule en son article 8 que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».

Tel que formulé par la DUDH, ce droit au recours vise la protection non pas de tous les droits reconnus dans un ordre juridique mais seulement d'une partie d'entre eux. Parce qu'ils sont regardés comme particulièrement précieux, et notamment plus fondamentaux que les autres droits, un traitement juridictionnel spécifique leur est réservé³. Il en est ainsi pour le droit d'asile dont l'objet est de protéger face à des atteintes à des droits fondamentaux. Dans ce domaine où la souveraineté de l'État est directement en jeu, seule une juridiction peut offrir l'indépendance nécessaire⁴.

Le droit d'asile figure à l'article 50 de la Constitution burundaise de 2018 au sein du titre II de intitulé « de la charte des droits et des devoirs fondamentaux, de l'individu et du citoyen ». La formulation de ce titre II fait du droit d'asile un droit fondamental de l'individu. Ainsi, pour le demandeur d'asile dont la demande a été rejetée par le Comité de recours, c'est son droit fondamental (droit d'asile) qui est en jeu. C'est pour cette raison qu'il devrait, comme le stipule l'article 8 de la DUDH, disposer d'un recours effectif devant la juridiction nationale compétente.

b) Textes onusiens contraignants

Le droit à un recours devant un organe juridictionnel est aussi prévu par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), texte contraignant, qui stipule en son article 14 que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. L'article 2 précise que les États parties s'engagent à « [g]arantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile,

³ O. LE BOT, « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol.7, 2009, p. 113.

⁴ Entretien mené par Professeure Sylvie Saroléa avec son invité Serge Bodart dans le cadre du MOOC-edx-UCLouvain, Droit d'asile et des réfugiés, A/A 2020-2021.

alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

Il ressort de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme que pour être effectif, les recours doivent être utiles et ouverts *de facto* (*Communication n° CCPR/C/128/D/3300/2019, A. E. c. Suède*, 2020, § 8.3 ; *Communication n° CCPR/C/111/D/2097/2011, Gert Jan Timmer c. Pays-Bas*, 2014, § 6.3). Les recours purement disciplinaires et administratifs ne peuvent être considérés comme des recours adéquats et efficaces au sens du paragraphe 3 de l'article 2 du PIDCP⁵.

Plusieurs autres textes mis en œuvre par les comités onusiens rappellent l'importance du droit à un recours effectif⁶. Il est ainsi inscrit dans le préambule de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. Le principe de l'effectivité de la protection des droits figure également dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, sans toutefois préciser l'exigence d'un recours juridictionnelle. C'est la protection des droits garantis qui doit être assurée de manière effective, par toutes les autorités, notamment par la voie législative ou encore par la coopération internationale.

Le Comité des droits de l'enfant rappelle que pour être effectif, les recours doivent être ouverts ou utiles (*Communication n° CRC/C/85/D/26/2017, M. B. S. c. Espagne*, 2020, §9.3 ; *Communication n° CRC/C/85/D/28/2017, M. B. c. Espagne*, 2020, § 9.3)⁷.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est également prononcé sur le droit au recours effectif. Pour lui, le recours effectif est celui qui présente quelques chances de succès. Dans une affaire opposant Luciano Daniel Juárez et l'État d'Argentine, le Comité a estimé que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas lorsque les recours n'ont aucune chance de succès (*Communication n° E/C.12/68/D/149/2019, Luciano Daniel Juárez c. Argentine*, 2020, §7.6).

A côté de la jurisprudence issue des organes des traités, voyons celle développée par les juridictions régionales sur ce droit au recours effectif.

c) Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples

Comme il en est pour les textes juridiques précédents, la *Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples*, texte régional et contraignant, stipule elle aussi en son article 7, §1^{er}, lit. A, que toute personne a « le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ».

⁵ Communication n° 563/1993, *Bautista de Arellana c. Colombie*, UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), §8, point 2, disponible à l'adresse <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session55/vws56355.htm>, (consulté le 19/4/2022).

⁶ International Commission of Jurists, *Fair Asylum Procedures and Effective Remedy : Training Materials on Access to Justice for Migrants*, September 2021, p. 27, available at <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/09/Module-1-Fair-asylum-procedures-and-effective-remedy.pdf>

⁷ Dans une affaire similaire portée devant le Comité des droits de l'enfant, opposant une demandeuse d'asile au Danemark, ce Comité a affirmé que les décisions de la Commission des recours des réfugiés (instance de recours en matière d'asile au Danemark) ne sont pas susceptibles d'appel et que la requérante a donc épuisé tous les recours internes (*Communication n° CRC/C/85/D/31/2017, X. C., L. G. et W. G. c. Danemark*, 2020, § 7.2).

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples considère que pour être effectif, les voies de recours ne doivent pas seulement exister mais elles doivent aussi être efficaces, utiles et offrir des perspectives de réussite ou être capables de remédier à la situation litigieuse

(*Sébastien Germain Ajavon c. République du Bénin*, 2019, § 109 ; *Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, 2014, § 68).

d) Au niveau du Conseil de l'Europe

Selon la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence a eu à connaître de nombreuses cas où la question de l'effectivité du recours s'est posée en matière migratoire, l'instance de recours ne doit pas nécessairement être une institution judiciaire, mais les pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent alors en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle (*Conka c. Belgique*, 2002, § 75 ; *Driza c. Albanie*, 2007, § 116 ; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 2012, § 197).

Pour qu'un recours soit réellement effectif, la jurisprudence internationale exige le respect de plusieurs conditions : le recours doit être matériellement accessible ; le recours doit offrir des garanties procédurales suffisantes ; le recours effectif doit permettre d'empêcher des conséquences irréversibles ; l'examen prescrit doit être suffisant pour remédier aux griefs défendables⁸.

e) Directive procédure au niveau européen

Même si l'affaire analysée est localisée sur le continent africain, il est intéressant de se pencher sur le régime européen qui a fait l'objet d'une construction et d'une élaboration poussée en matière d'asile, en ce compris en termes de procédure. Il y est expressément prévu qu'un recours effectif est celui adressé devant une juridiction. La Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale stipule en son article 46 que les États membres font en sorte que les demandeurs disposent d'un droit à un recours effectif devant une juridiction. Ce recours doit être ouvert contre les décisions concernant la demande de protection internationale ; contre le refus de rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen ait été clos en vertu des articles 27 et 28 ainsi que contre une décision de retirer la protection internationale, en application de l'article 45.

Ainsi, la directive procédure fait du droit au recours effectif un principe général applicable à toutes les décisions prises à l'égard de demandeurs d'asile, tant sur le fondement de la demande que sur sa recevabilité⁹.

Il résulte de tous ces développements que le droit international et régional des droits humains exige qu'un recours « effectif » soit exercé, non pas devant n'importe quelle instance, mais bel et bien devant la juridiction nationale.

3) Nécessité du juge en matière d'asile

⁸ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme : A propos de l'arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce », *Journal des tribunaux*, vol. 130, n° 6436, 2011, p. 353-358.

⁹ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 602.

Il vient d'être démontré que l'exigence d'effectivité implique une procédure de qualité, apte à être un « remède » utile à la violation dénoncée¹⁰. Cela conduit à soutenir qu'il est important que l'instance de recours en matière d'asile soit une institution judiciaire car c'est elle qui présente toutes les garanties requises.

L'importance du juge en matière d'asile a été soulignée par Serge BODART, président du Conseil du contentieux des étrangers en Belgique¹¹. Pour lui, l'apport principal du juge est d'offrir un recours effectif, c'est-à-dire un recours où il y a une possibilité d'avoir un vrai débat contradictoire. Il ajoute que c'est devant le juge que les demandeurs d'asile bénéficient des garanties d'impartialité et d'indépendance. Une procédure administrative n'offre au contraire pas suffisamment de garanties d'impartialité et d'indépendance puisque l'administration intervient sous l'autorité d'un ministre, d'un chef d'administration, et quelle que soit la qualité des fonctionnaires.

Dans le droit positif burundais, le demandeur d'asile débouté devant le Comité de recours peut, comme l'a fait la requérante, saisir la Cour administrative sur base de l'article 60, a) du [code de l'organisation et de la compétence judiciaires](#) qui stipule que « les juridictions administratives connaissent des recours en annulation pour excès de pouvoir dirigé contre les décisions des autorités administratives » ainsi que sur base de l'article 378 du [code de procédure civile](#) qui stipule que « le recours en annulation est recevable contre toute décision règlementaire ou individuelle émanant d'une autorité administrative ». Le recours pour excès de pouvoir est défini par Gérard Cornu comme un « recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit »¹². Ce recours est possible contre toute décision administrative (décision qui n'est pas qualifiée de « mesure d'ordre intérieur ») sans qu'il soit besoin qu'un texte particulier le prévoit. Si un texte déclare qu'un acte n'est pas « susceptible de recours », la jurisprudence considère que tous les recours sont exclus sauf le recours pour excès de pouvoir¹³. Au Burundi, la seule condition est qu'une telle action ne peut être portée en justice si elle n'a pas été précédée d'un recours gracieux ou hiérarchique ou d'une demande préalable (article 372 du [code de procédure civile](#)).

Dans l'arrêt sous analyse, comme les réquisitions présentées par les parties étaient suffisamment claires, il aurait fallu que la Cour administrative saisie tranche définitivement pour ouvrir une nouvelle ère dans la procédure burundaise d'asile.

Permettre aux demandeurs d'asile de saisir la Cour administrative ne serait d'ailleurs qu'emboîter le pas à d'autres pays de la Communauté de l'Afrique de l'Est dont la RDC¹⁴, l'Ouganda¹⁵, le Kenya¹⁶ et le Sud Soudan¹⁷ qui prévoient un recours juridictionnel dans leur procédure d'asile.

¹⁰ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op.cit.*, p. 599.

¹¹ Entretien mené par Professeure Sylvie SAROLEA avec son invité Serge BODART dans le cadre du MOOC-edx-UCLouvain, Droit d'asile et des réfugiés, A/A 2020-2021.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e édition, Presses universitaires de France, Paris, 2005, « Recours pour excès de pouvoir ».

¹³ <https://www.village-justice.com/articles/recours-pour-exces-pouvoir-droit,17850.html>, consulté le 24/5/2022.

¹⁴ Loi n°021/2002 du 16 octobre 2002 portant statut des réfugiés en RDC, article 26.

¹⁵ Règlement de 2010 sur les réfugiés (*the refugees regulations*), article 39.

¹⁶ Loi de 2021 sur les réfugiés au Kenya (*the Refugees Act 2021*), article 14, §2.

¹⁷ Loi de 2012 sur les réfugiés au Sud Soudan (*the Refugees Act 2012*), article 26.

4) Juge ordinaire ou spécialisé

A titre subsidiaire, sans développer longuement cette autre question, on peut se poser la question de savoir s'il y a un avantage ou non à ce que de telles affaires soient traitées par un juge non spécialisé. D'entrée de jeu, soulignons que le juge spécialisé – ou d'exception – est celui dont la compétence est limitée à une ou plusieurs matières de droit, par opposition au juge de droit commun. Selon le Vocabulaire Cornu, ce dernier a « vocation à connaître de toutes les affaires, à moins qu'elles n'aient été attribuées par la loi à une autre juridiction »¹⁸. L'avantage de la spécialisation est de faire juger les litiges par des spécialistes.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun intérêt à ce qu'un litige « spécial » soit traité par un juge de droit commun. Comme il traite les dossiers à caractère général, il peut réfléchir quant au traitement procédural des demandeurs d'asile par rapport à d'autres justiciables, s'interroger quant au régime spécifique auquel ils sont soumis, régime parfois moins favorable que d'autres, et il a parfois moins de risque d'accoutumance. En effet, des situations de partialité peuvent naître si un magistrat reste trop longtemps spécialisé dans un même domaine impliquant systématiquement la même personne publique (par exemple un juge spécialisé en matière hospitalière qui est amené à condamner systématiquement un hôpital de son secteur risque d'avoir un préjugé défavorable lorsqu'une nouvelle affaire survient)¹⁹.

Il en va de même en matière d'asile. Le juge spécial en la matière a entendu plusieurs fois les récits semblables et à force d'être toujours à l'écoute des mêmes récits, il y a un risque de relativisme. Cela n'est pas sans conséquences pour les demandeurs d'asile. C'est pour cette raison que parfois, le juge de droit commun peut lui être plus favorable que le juge spécial.

Pour l'arrêt sous analyse, comme il n'y a au Burundi aucune juridiction spécialisée en matière d'asile, le seul souhait pour la demandeuse d'asile est d'avoir la garantie d'indépendance et d'impartialité, raison pour laquelle elle a fait appel devant la Cour administrative.

Comme le dit le professeur Jean-Yves Carlier dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, la proclamation des droits ne comble pas le besoin d'humanité qui accompagne le chemin de l'exilé. Mais la reconnaissance effective de droits et l'existence de procédures destinées à les garantir sont de nature à rendre au réfugié sa dignité, lui rappelant que l'humanité est capable du meilleur après le pire.

C. Pour aller plus loin

Doctrine :

- J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, 831 p.

- A. FAVI, "Protecting Asylum Seekers and Migrants in the Context of the Rule of Law Crisis in EU Member States: The Recent Approach of the Court of Justice of the EU through the Lens of the Global Compacts on Refugees and Migration", *Laws*, vol. 11.3, 2022, p. 37.

¹⁸ C. BLÉRY, « Rapport introductif. La notion de spécialisation » in *La spécialisation des juges*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, §7, disponible à l'adresse <http://books.openedition.org/putc/523> (consulté le 26/4/2022).

¹⁹ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, vol. 125, n° 1, 2008, pp. 33-42, p. 39.

- International Commission of Jurists, September 2021, *Fair Asylum Procedures and Effective Remedy – Training Materials on Access to Justice for Migrants*, available at <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/09/Module-1-Fair-asylum-procedures-and-effective-remedy.pdf>
- M. RENEMAN, "EU asylum procedures and the right to an effective remedy", *Annuaire français de droit international*, vol. 60, 2014, p. 948.
- S. MORGADES-GIL, "The Right to Benefit from an Effective Remedy against Decisions Implying the Return of Asylum-seekers to European Safe Countries: Changes in the Right to Appeal in the Context of the European Union's Dublin System vis-à-vis International and European Standards of Human Rights", *European Journal of Migration and Law*, vol. 19.3, 2017, pp. 255-280.

Pour citer cette note : P. MPABANSI, « Cour administrative du Burundi, instance d'appel pour les demandeurs d'asile déboutés par le comité de recours ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.