Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal

Christelle Macq

*Assistante-Doctorante CRID&P - EDEM**

Introduction

1. Le régime d'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal a récemment fait l'objet de modifications substantielles. Bien que la loi du 15 décembre 1980[1] autorise, depuis ses origines, les autorités administratives à retirer le droit au séjour et à éloigner un étranger en séjour légal pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale, les règles précédemment existantes étaient jugées insuffisantes à garantir la bonne protection de l'ordre public[2]. Adoptées sous couvert de préoccupations sécuritaires, la loi du 24 février 2017 ainsi que la loi du 15 mars 2017, entrées en vigueur le 29 avril 2017[3], ont étendu le champ d'action des autorités administratives en la matière.

La présente contribution se propose de faire le point sur les modifications opérées. Nous reviendrons en détails sur le contenu du dispositif en vigueur. Nous questionnerons ensuite les garanties entourant sa mise en œuvre. Enfin, nous nous interrogerons sur les logiques qui lui sont sous-jacentes.

2. A cette fin, nous commencerons par en définir le cadre légal (I).

Nous reviendrons ensuite sur le champ d'application de ces mesures (II) ainsi que sur les « garanties » prévues par la loi du 15 décembre 1980 mettant en exergue les modifications opérées à cet égard par les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 (III).

Outre ces garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980, les autorités nationales se doivent de respecter les principes et droits fondamentaux protégés par les textes européens et internationaux. Au premier rang de ces textes, figure la Convention européenne des droits de l'homme[4]. La Cour européenne des droits de l'homme est régulièrement amenée à se prononcer sur la conformité de l'éloignement d'étrangers en séjour légal au regard des droits garantis par la Convention. Nous questionnerons les limites que les droits protégés par la Convention imposent en la matière[5] (IV).

* CRID&P (Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité) EDEM (Equipe Droits Européens et Migrations)

[1] Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584 ci-après « Loi du 15 décembre 1980 ».

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

[3] Loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.*, 19 avril, p. 51890 ci-après « Loi du 24 février 2017 » et Loi du 15 mars 2017 modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 29 avril 2017, p. 51900 ci-après « Loi du 15 mars 2017 ».

[4] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ci-après « la Convention ».

[5] Nous avons pris le parti de nous concentrer dans le cadre de cette étude, sur les garanties dont la Convention européenne des droits de l'homme entoure les prérogatives confiées aux instances étatiques en matière d'éloignement pour motifs d'ordre public. La Convention ne constitue toutefois pas l'unique instrument pertinent en la matière. D'autres instruments, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont tout aussi relevants. Nous pensons, en particulier à son article 12.4 qui interdit de priver une personne du droit d'entrer dans « son » pays. Cet article est jugé invocable par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies par « toute personne qui, en raison de liens particuliers qu'elle entretient avec un pays donné ou des revendications qu'elle a à cet égard, ne peut pas être considérée dans ce même pays comme un simple étranger » (Com. dr. h., *Stewart c. Canada*, 16 septembre 1996, comm. n° 583/1993). Dans une affaire *Warsame c. Canada*, le Comité réitère cette interprétation du droit d'entrer

Nous nous interrogerons, enfin, à la lumière de cette analyse, sur les logiques sous-jacentes à ces mesures. En pratique, celles-ci multiplient les points de rencontre entre droit pénal et droit des étrangers. Ces décisions se superposent, en effet, bien souvent à une appréhension préexistante voire parallèle des comportements qui les fondent par le système pénal. Cette superposition interroge tant leur pertinence que leur nature. Ces mesures qualifiées, par certains de « double peine », ne constitueraient rien d'autre qu'une sanction s'ajoutant à la sanction pénale affectant, par ailleurs, l'étranger et sa famille, de façon plus profonde et plus durable[6]. Les modifications récentes apportées à ce dispositif méritent d'être analysées à l'aune de ce questionnement. Nous proposons, au terme de la présente contribution, d'interroger la nature et la pertinence de ces mesures au regard des liens qu'elles entretiennent avec la notion de peine (V).

I Cadre légal

3. La loi du 15 décembre 1980 autorise le ministre ou l'office des étrangers à mettre fin au séjour d'un étranger[7] en séjour légal et à lui donner l'ordre de quitter le territoire pour des motifs d'ordre public. La décision d'éloignement pour motifs d'ordre public peut, en outre, être assortie d'une interdiction d'entrer et de séjourner soit sur le territoire belge, soit sur le territoire de tous les États membres de l'Union européenne durant une période déterminée[8].

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, une nette distinction est opérée entre les règles applicables aux ressortissants de pays tiers visés aux articles 21 à 24 et 74/11 à 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 et celles applicables aux citoyens de l'Union européenne visés aux articles 44*bis* et 45 de cette même loi[9].

Les règles applicables sont, par ailleurs, distinguées en fonction du statut de séjour de l'étranger visé. Plus le statut de séjour de l'étranger est « solide », plus les comportements justifiant de mettre fin à son séjour devront revêtir un degré de gravité important. Ainsi, en fonction de son statut de séjour, l'étranger peut être éloigné pour des « raisons d'ordre public ou de sécurité nationale », pour « des raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale » voire pour « des raisons impérieuses de sécurité nationale »[10].

Ces dispositions consistent, pour partie, en la transposition de directives européennes relatives à la migration légale, au retour des ressortissants de pays tiers en séjour illégal et à la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de

dans « son pays ». Il juge qu'un Somalien arrivé à l'âge de quatre ans au Canada et faisant état de liens particulièrement étroits avec ce pays a établi que le Canada était son propre pays au sens du paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte (Com. dr. h., *Warsame* c. Canada, 21 juillet 2011, comm. n° 1959/2010). La Charte des droits fondamentaux de l'Union revêt, également, une importance particulière en matière d'éloignement pour motifs d'ordre public. Dans son arrêt *Rothman* (C.J.U.E., *Rothman*, 2 mars 2010, C 135/08, ECLI:2010:104), la Cour de Justice de l'Union européenne revient sur l'existence d'un droit à la citoyenneté européenne. Elle en déduit le droit à ne pas être arbitrairement privé de cette nationalité. Nous nous interrogerons dans une contribution ultérieure consacrée plus particulièrement aux questions de déchéance de nationalité sur le contenu que la Cour de Justice donne à la notion d'arbitraire dans ce contexte et les limites dont le droit au bénéfice d'une citoyenneté européenne encadre l'éloignement pour motifs d'ordre public de citoyens européens. Voy. sur la question de l'essentiel des droits du citoyen européen : J.Y. Carlier et G. Renaudière, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne, *J.D.E.*, 2018, pp. 146 à 148.

[6] S. Benkhelifa, « Le retour de la double peine », *La Revue nouvelle*, 2017, n°6.

[7] L'étranger étant entendu comme quiconque ne fournit pas la preuve qu'il possède la nationalité belge. Voy. l'article 1er, 1° de la loi du 15 décembre 1980.

[8] Notion d'interdiction d'entrée telle que définie par l'article 1er, 8° de la loi du 15 décembre 1980.

[9] Les règles applicables aux ressortissants de pays tiers et celles applicables aux citoyens de l'Union européenne étaient, avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, déjà distinguées sans toutefois que cette distinction ne ressorte, de l'opinion du législateur, avec suffisamment de clarté, du texte de la loi. Regrettant, aux termes des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, le manque de lisibilité des règles régissant la fin du séjour et l'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, le législateur annonce remédier à cette situation en prévoyant des règles distinctes pour les ressortissants de pays tiers, d'une part, et pour les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers qui y sont assimilés, d'autre part. Voy. Projet de loi du 12 décembre 2016 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, n° 2215/001, *Doc.Parl*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, pp.5 et 6.

[10] V. Henkinbrant, « Nouvelle politique d'éloignement du gouvernement ou comment être considéré comme criminel sans avoir été condamné », *Newsletter ADDE*, n°129, mars 2017.

leurs familles[11]. Leur contenu est, par conséquent, à interpréter tenant compte du cadre juridique européen[12].

Cette première partie sera consacrée à un bref énoncé du cadre légal applicable, d'une part, aux ressortissants de pays tiers (A) et, d'autre part, aux citoyens de l'Union européenne (B). Il s'agit, à ce stade, de procéder à une photographie de la structure des dispositions en vigueur dictée par ces différentes catégories d'étrangers.

A. Les ressortissants de pays tiers

1. Les ressortissants de pays tiers ne bénéficiant pas d'un statut de protection internationale accordé par la Belgique

4. Les règles applicables aux ressortissants de pays tiers se déclinent en deux temps.

L'article 21 de la loi du 15 décembre 1980 énonce les règles applicables aux ressortissants de pays tiers admis ou autorisés au séjour pour une durée limitée ou illimitée. Ceux-ci peuvent être éloignés pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale. Cette disposition s'applique également aux étrangers porteurs d'un permis de résident de longue durée dans un autre pays de l'Union européenne[13].

L'article 22 de la loi précise ensuite les règles particulières applicables aux ressortissants de pays tiers établis, aux ressortissants de pays tiers qui bénéficient du statut de résident de longue durée en Belgique ainsi que ceux qui sont autorisés ou admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume depuis dix ans au moins et qui y séjournent depuis lors de manière ininterrompue. Ces catégories d'étrangers ne peuvent se voir retirer leur droit au séjour et éloignés uniquement pour des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale.

5. Les conditions entourant la prise des décisions visées aux articles 21 et 22 de la loi sont précisées à l'article 23 de la loi.

Celles-ci doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'intéressé et ne peuvent être justifiées par des raisons économiques.

L'autorité décisionnaire doit démontrer que le comportement de l'intéressé représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Ainsi, des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues.

Par ailleurs, il est tenu compte, lors de la prise de décision, de la gravité ou de la nature de l'infraction à l'ordre public ou à la sécurité nationale que l'étranger a commise, ou du danger qu'il représente ainsi que de la durée de son séjour dans le Royaume, de l'existence de liens avec son pays de résidence ou de l'absence de lien avec son pays d'origine, de son âge et des conséquences pour lui et les membres de sa famille.

6. L'ensemble de ces décisions peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée. L'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980 autorise le ministre ou son délégué à assortir une décision d'éloignement prise à l'égard d'un ressortissant de pays tiers

[11] L'article 2 de la loi du 24 février 2017 ainsi que l'article 2 de la loi du 15 mars 2017 précisent transposer partiellement les directives suivantes :

1° la directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers ;

2° la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ;

3° la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ;

4° la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CCE et 93/96/CEE ;

5° la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes ;

6° la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;

7° la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié ;

8° la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte) ;

9° la directive 2016/801/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair (refonte).

[12] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), pp.5-6.

[13] Visés à l'article 61/7 de la loi du 15 décembre 1980.

d'une interdiction d'entrée soit sur le territoire du Royaume soit sur le territoire de tous les États membres, en ce compris celui du Royaume, dont la durée sera fixée « tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas ». Cette durée est limitée à trois ans[14]. Elle peut toutefois être portée à cinq ans en cas de fraude[15]. La décision d'éloignement peut, par ailleurs, être assortie d'une interdiction d'entrée de plus de cinq ans lorsque le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale[16].

La levée ou la suspension de cette interdiction d'entrée peut être demandée pour des raisons humanitaires. Elle peut en outre être demandée, après expiration des deux tiers de la durée de l'interdiction d'entrée, pour des motifs professionnels ou d'études[17].

2.Les ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un statut de protection internationale octroyé par la Belgique

7. Aux termes des travaux parlementaires précédant l'adoption de la loi du 24 février 2017, le législateur annonçait vouloir instaurer une protection absolue contre l'éloignement à l'égard des étrangers bénéficiant de la protection internationale[18]. Le chapitre VI de la loi du 15 décembre 1980 énonce les différentes hypothèses dans lesquelles un ressortissant de pays tiers peut faire l'objet d'un retrait de séjour pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale. Il prévoit que celui-ci ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui bénéficient de la protection internationale dans le Royaume[19].

8. L'exclusion des ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un statut de protection internationale du champ d'application de ces dispositions n'empêche pas que ceux-ci puissent, dans certains cas, faire l'objet d'une mesure d'éloignement pour motifs d'ordre public. Premièrement, car l'exclusion ne leur bénéficie qu'à la condition que cette protection internationale leur ait été octroyée par les autorités belges[20]. Deuxièmement, parce qu'ils peuvent se voir retirer leur statut de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public. L'article 55/3/1, §1er de la loi du 15 décembre 1980 autorise le retrait du statut de réfugié à l'étranger ayant été définitivement condamné pour une infraction particulièrement grave et constituant un danger pour la société ou lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer cet étranger comme un danger pour la sécurité nationale. L'article 55/4, §2 de la loi permet, dans le même sens, d'exclure un étranger du statut de protection subsidiaire « lorsqu'il existe des motifs sérieux de considérer : a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité (…) ; b) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies (…) ; c) qu'il a commis un crime grave (§1er) ainsi que lorsqu'il représente un danger pour la société ou la sécurité nationale (§2) ». Son statut de protection internationale retiré, le ressortissant de pays tiers bénéficiant préalablement du statut de réfugié ou du statut de protection subsidiaire sera, à nouveau, susceptible de faire l'objet de mesures d'éloignement pour motifs d'ordre public. L'exclusion de cette catégorie d'étrangers du champ d'application des dispositions visées aux articles 20 et suivants ne les protège dès lors pas de manière définitive et absolue d'un éloignement pour motifs d'ordre public du territoire belge[21].

B. Les citoyens de l'Union européenne

9. Les décisions de retrait du droit au séjour, d'éloignement et d'interdiction de territoire pour motifs d'ordre public susceptibles d'être prononcées à l'égard de citoyens de l'Union européenne sont visées aux articles 44*bis*, 44*nonies* et 45 de loi du 15 décembre 1980.

L'article 44*bis* §1er de la loi du 15 décembre 1980 autorise le ministre ou son délégué à mettre fin à leur séjour et à leur donner l'ordre de quitter le territoire pour des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou de santé publique.

A contrario, les citoyens de l'Union et les membres de leurs familles ayant acquis un droit de séjour permanent, visés à l'article 44*bis* §2 de la loi du 15 décembre 1980, ne peuvent se

[14] Voy article 74/11, §1er, al. 2 de la loi du 15 décembre 1980.

[15] Voy. article 74/11, §1er, al. 3 : *Le délai maximum de trois ans prévu à l'alinéa 2 est porté à un maximum de cinq ans lorsque : 1° le ressortissant d'un pays tiers a recouru à la fraude ou à d'autres moyens illégaux afin d'être admis au séjour ou de maintenir son droit de séjour ; 2° le ressortissant d'un pays tiers a conclu un mariage, un partenariat ou une adoption uniquement en vue d'être admis au séjour ou de maintenir son droit de séjour dans le Royaume.*

[16] Voy. article 74/11 §1er, al. 4.

[17] Article 74/12 de la loi du 15 décembre 1980.

[18] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p. 12.

[19] Art. 20 al. 2 de la loi du 15 décembre 1980.

[20] L'article 22 al. 2 de la loi du 15 décembre 1980 précise que « lorsqu'il est mis fin au séjour en application du paragraphe 1er d'un résident de longue durée ayant obtenu la protection internationale dans un autre État membre, il est demandé à l'autorité compétente de cet État membre de confirmer si l'intéressé bénéficie toujours de la protection internationale. Si le résident de longue durée en bénéficie toujours, il est éloigné vers cet État membre. (..) le résident de longue durée peut être éloigné vers un autre pays que l'État membre qui lui a accordé la protection internationale lorsqu'il existe des raisons sérieuses de considérer qu'il constitue une menace pour la sécurité nationale ou lorsque, ayant été condamné définitivement pour une infraction particulièrement grave, il constitue une menace pour l'ordre public. »

[21] Ceci est à tempérer au regard des obligations découlant de l'application de l'article 3 CEDH ainsi que du principe de non refoulement. Voy. pour de plus amples développements, Partie IV., B, 2 de la présente contribution.

voir retirer leur droit au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire que pour des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale[22].

Enfin, l'article 44*bis* §3 de la loi exige que soient établies l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale pour que le ministre puisse mettre fin au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire aux citoyens de l'Union mineurs d'âge ainsi qu'à ceux ayant séjourné sur le territoire belge pendant les dix années précédentes.

10. L'article 45 de la loi énonce les conditions entourant la prise de ces décisions.

Ces décisions doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel du citoyen concerné de l'Union ou du membre de sa famille. Elles ne peuvent se fonder uniquement sur l'existence de condamnations pénales antérieures et supposent que le comportement du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Ainsi, des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent pas être retenues.

11. L'article 44 *nonies* de la loi du 15 décembre 1980, inséré par la loi du 24 février 2017, prévoit la possibilité pour le ministre ou son délégué d'assortir les décisions de fin de séjour et d'éloignement prises à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne, quel que soit son statut, d'une interdiction d'entrée sur le territoire du Royaume dont la durée est laissée à sa libre appréciation.

Cette interdiction d'entrée et de séjour est circonscrite au territoire belge et ne doit pas être confondue avec l'interdiction d'entrée applicable aux ressortissants de pays tiers qui pourra être étendue au territoire de tous les États membres de l'Union européenne. Précisons que la durée de l'interdiction d'entrée ne peut pas dépasser cinq ans sauf si le citoyen de l'Union ou le membre de sa famille constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale.

Par ailleurs, le citoyen de l'Union ou le membre de sa famille, qui fait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée sur le territoire du Royaume, peut en demander la suspension ou la levée après un délai raisonnable et en tout cas après trois ans à compter de son exécution[23].

[22] Voy. l'article 44 *bis,* §2 de la loi du 15 décembre 1980.

[23] Voy. l'article 44 *decies* de la loi du 15 décembre 1980.

C. Tableau récapitulatif

	Ressortissants de pays tiers	Citoyens de l'Union européenne
	Article 21 :	**Article 44*bis* §1er :**
Peuvent se voir retirer leur droit au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale :	- Les ressortissants de pays tiers admis ou autorisés au séjour pour une durée limitée ou illimitée - Les étrangers porteurs d'un permis de résident de longue durée dans un autre pays de l'Union européenne, à l'exception des ressortissants de pays tiers visés à l'article 22	Les citoyens de l'Union européenne, à l'exception des citoyens de l'Union européenne visés à l'article 44*bis* §2 et 44*bis* §3
	Article 22 :	**Article 44*bis* §2 :**
Peuvent se voir retirer leur droit au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire pour des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale :	- Les ressortissants de pays tiers établis - Les ressortissants de pays tiers qui bénéficient du statut de résident de longue durée en Belgique - Les ressortissants de pays tiers qui sont autorisés ou admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume depuis dix ans au moins et qui y séjournent depuis lors de manière ininterrompue	-Les citoyens de l'Union et les membres de leurs familles ayant acquis un droit de séjour permanent, à l'exception des citoyens de l'Union européenne visés à l'article 44*bis* §3
		Article 44*bis* §3 :
Peuvent se voir retirer leur droit au séjour et délivrer un ordre de quitter le territoire pour des raisons impérieuses de sécurité nationale :		-Les citoyens de l'Union européenne mineurs d'âge -Les citoyens de l'Union européenne ayant séjourné sur le territoire belge pendant les dix années précédentes

II Champ d'application

12. La loi du 24 février 2017 étend le champ d'application des décisions de retrait de droit de séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public. Nous proposons de revenir sur le champ d'application de ces dispositions mettant en exergue les modifications opérées.

Alors que précédemment ces décisions pouvaient être prises uniquement en cas d'atteinte à l'ordre public ou la sécurité nationale[24], elles peuvent désormais être fondées sur des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale voire des raisons impérieuses de sécurité nationale. Il en découle une extension du champ d'application *rationae materiae* de ces mesures (A).

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

Enfin, alors que certains étrangers ne pouvaient, auparavant, être éloignés qu'en vertu d'un arrêté royal d'expulsion ou d'un arrêté ministériel de renvoi, nécessairement assorti d'une interdiction d'entrée longue de dix ans, l'ordre de quitter le territoire est généralisé. Cet ordre de quitter le territoire pourra être assorti d'une interdiction d'entrée dont la durée sera, dans tous les cas, laissée à l'appréciation du ministre ou de l'office des étrangers. La durée de l'interdiction d'entrée prononcée à l'égard de tout étranger, quel que soit son statut, pourra s'étendre en deçà mais également au-delà du délai de 10 ans accompagnant précédemment les arrêtés royaux d'expulsion et arrêtés ministériels de renvoi. Le champ d'application *rationae temporis* de l'interdiction d'entrée s'en trouve élargi (C).

A. Rationae materiae

1. Les notions de raisons d'ordre public et de sécurité nationale, de raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale ainsi que de raisons impérieuses de sécurité nationale remplacent les notions d'atteinte à l'ordre public et d'atteinte grave à l'ordre public

13. Alors que les décisions de retrait de séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public ne pouvaient auparavant être prises qu'en cas d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale[25], elles peuvent, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, se fonder sur l'existence de raisons d'ordre public et de sécurité nationale, de raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale ou de raisons impérieuses de sécurité nationale[26].

14. Le législateur annonce opérer ce glissement de terminologie afin de se départir de la pratique prévalant précédemment consistant à ne prendre ce type de mesures qu'à l'égard d'étrangers ayant fait l'objet de condamnation(s) ou ayant été pris en flagrant délit[27]. Il précise : « tout étranger qui représente une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale pourra être éloigné, et ce même s'il n'a fait l'objet d'aucune condamnation. Tout élément pertinent permettant d'éclairer l'administration sur la dangerosité de l'intéressé sera pris en compte. L'existence d'une ou plusieurs condamnations pourra faire partie de ce faisceau d'indices mais, en principe, ne sera pas une condition *sine qua non* » (…)[28]».

Ainsi, alors qu'il était précédemment raisonnable de soutenir que la notion d'atteinte à l'ordre public devait être interprétée comme nécessitant l'existence d'une condamnation pénale pour pouvoir procéder à l'éloignement d'un étranger

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

[25] - Pouvait être renvoyé par le Ministre lorsqu'il a porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale ou n'a pas respecté les conditions mises à son séjour : l'étranger qui n'est pas établi dans le Royaume (ancien article 20 alinéa 1er) ;

- Pouvait être expulsé par le Roi lorsqu'il a gravement porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale : l'étranger établi ou bénéficiant du statut de résident de longue durée (ancien article 20 alinéa 2) ;

- Ne pouvait en aucun être renvoyé ou expulsé : 1° l'étranger né dans le Royaume ou arrivé avant l'âge de douze ans et qui y a principalement et régulièrement séjourné depuis ; 2° le réfugié reconnu par les autorités belges (ancien article 21 §1er) ;

- Ne pouvait être renvoyé qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale : 1° l'étranger qui y séjourne d'une manière régulière et ininterrompue depuis dix ans au moins ; 2° l'étranger qui remplit les conditions prévues par le Code de la nationalité belge pour acquérir la nationalité belge par déclaration de nationalité ou pour la recouvrer ; 3° l'étranger, époux non séparé de corps d'un Belge ; 4° le travailleur étranger frappé d'une incapacité permanente de travail au sens de l'article 24 de la loi du 10 avril 1971 ou de l'article 35 des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, coordonnées le 3 juin 1970, lorsque l'accident de travail a eu lieu ou que la maladie professionnelle a été contractée dans l'exécution de la prestation de travail d'un étranger résidant régulièrement en Belgique (ancien article 21 §2).

[26] Voy tableau récapitulatif Point I.C.

[27] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.19.

[28] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.15.

pour motifs d'ordre public[29], le prononcé d'une condamnation pénale n'est plus une condition préalable à l'application de ces dispositions. Il n'est pas exigé que l'étranger ait été condamné pour qu'existent des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale voire des raisons impérieuses de sécurité nationale. Un étranger qui fait l'objet de poursuites pénales peut être éloigné sur base de cette seule constatation dès lors que l'administration considère que l'existence des poursuites intentées à son égard révèle une quelconque dangerosité dans son chef. Une décision fondée sur des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale peut même être prise en dehors de toute poursuite ou condamnation pénale[30].

15. Les travaux parlementaires soulignent le fait que cette interprétation est conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice. Celle-ci aurait admis « qu'une simple suspicion d'avoir commis un acte punissable qualifié de délit ou de crime en vertu de la législation nationale peut elle aussi, si elle est prise en considération avec d'autres circonstances propres au cas d'espèce, fonder l'existence d'une telle menace »[31]. L'arrêt auquel le législateur renvoie ne vise toutefois pas le contentieux de l'éloignement des étrangers en séjour régulier mais l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier et l'interprétation de la notion de « danger pour l'ordre public » visée à l'article 7 de la directive 2008/115[32]. Rien ne dit que la Cour aurait interprété cette notion de manière similaire dans le cadre du contentieux de l'éloignement pour motifs d'ordre public d'étrangers en séjour légal. Par ailleurs, si la Cour admet, aux termes de cet arrêt, que « la simple suspicion qu'un ressortissant d'un pays tiers a commis un acte punissable qualifié de délit ou de crime en droit national peut, ensemble avec d'autres éléments relatifs au cas particulier, fonder un constat de danger pour l'ordre public au sens de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2008/115 »[33], elle précise ensuite que « cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une pratique nationale selon laquelle un ressortissant d'un pays tiers, qui séjourne irrégulièrement sur le territoire d'un État membre, est réputé constituer un danger pour l'ordre public au seul motif que ce ressortissant est soupçonné d'avoir commis un acte punissable qualifié de délit ou de crime en droit national ou a fait l'objet d'une condamnation pénale pour un tel acte »[34].

2. Les notions de raisons d'ordre public et de sécurité nationale sont laissées, pour l'essentiel, à l'appréciation des autorités décisionnaires

16. Ni les textes, ni les travaux préparatoires de la loi ne permettent de déterminer avec certitude ce que recouvrent exactement ces notions[35].

La notion d'ordre public reçoit de multiples applications en droit des étrangers sans pour autant faire l'objet d'une définition précise[36]. Le contenu de cette notion varie en fonction du contexte dans lequel elle est invoquée[37]. Les juridictions administratives elles-mêmes admettent que les notions d'ordre public et de sécurité nationale ne sont, par essence, pas définissables avec précision[38].

[29] Voy. en ce sens M. Bouhon, « La peine d'interdiction de territoire en quête de sens face aux mesures d'éloignement existantes », *Rev. dr. pén.*, 2016, pp.369-373.

[30] Dès lors que tout élément pertinent pourra être pris en compte afin d'apprécier cette « dangerosité ». Voy. Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.15.

[31] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), pp.26-27 renvoyant à l'arrêt C.J.U.E., 11 juin 2015, *ZH. et O.*, (C-554/13), EU:C:2015:377, points 51 et 52. Voy pour un commentaire de cet arrêt : P. D'Huart, « C.J.U.E., *Z. Zh. et I.O. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie,* (C 554/13), 11 juin 2015 – Le danger pour l'ordre public comme motif de refus d'octroi d'un délai de départ volontaire : un concept à l'autonomie encadrée », *Newsletter EDEM*, juin 2015.

[32] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOUE*, 24 décembre 2008, L348/98. L'article 7, §1er de la directive prévoit que les décisions de retour sont assorties d'un délai approprié pour le départ volontaire allant de sept à trente jours. Toutefois le paragraphe 4 de cette disposition précise que « si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours ». Dans l'affaire *Zh et O.*, l'intéressé en séjour irrégulier, avait été privé de délai de départ volontaire. Il était considéré comme représentant un danger pour l'ordre public car soupçonné d'avoir maltraité une femme dans la sphère privée. La Cour était interrogée sur la validité de cette interprétation de la notion d'ordre public figurant à l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2008/115.

[33] C.J.U.E., 11 juin 2015, *ZH. et O.* précité, points 51 et 52.

[34] C.J.U.E., 11 juin 2015, *ZH. et O.* précité, point 54.

[35] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), pp.23-25.

[36] F. Motulsky, M. Bobrushkin, K. de Haes, « L'étranger et l'ordre public », J.T., 2014, pp. 65 à 78. La notion d'ordre public apparaît à 55 reprises dans le seul texte de la loi du 15 décembre 1980. Elle est susceptible de justifier, outre le retrait d'un droit au séjour, un ordre de quitter le territoire ou une interdiction d'entrée, un refus d'entrer (voy. not. article 3, 7° de la loi), le refus d'un droit au séjour (voy. article 15*bis* de la loi) ou encore la prise de mesures coercitives (voy. not. article 7 dernier alinéa de la loi du 15 décembre 1980).

[37] Voy. M. Bouhon, «La peine d'interdiction de territoire en quête de sens face aux mesures d'éloignement existantes», *Rev. dr. pén.*, 2016, pp. 365-398.

[38] Voy en ce sens CE, 20 juin 2002, n° 108.288 ; CE, 22 mars 2002, n° 105.045 ; CE, 4 juin 2002, n° 107.327 ainsi que CCE, arrêt n° 204 466 du 29 mai 2018.

Les notions de « raisons d'ordre public », « raisons graves d'ordre public » ou « raisons impérieuses de sécurité nationale » introduites par les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 ne sont pas davantage définies par le législateur.

17. Ces notions sont tirées de directives européennes. Les travaux parlementaires renvoient pour l'essentiel à ces dernières ainsi qu'à l'interprétation qui en est donnée par la Cour de Justice de l'Union européenne[39]. Or, si les textes européens offrent quelques indications quant à l'interprétation qu'il convient de donner à ces notions, ils n'en proposent pas de définition précise[40]. Seules sont proposées une série de lignes directrices destinées à entourer leur application[41]. Dans le même sens, la Cour de justice laisse « *pour l'essentiel, les États membres libres de déterminer les exigences de l'ordre public, conformément à leurs besoins nationaux pouvant varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre* » [42]. Tout au plus exige-t-elle, «lorsque la notion d'ordre public a pour but de justifier une dérogation à un principe », « l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »[43].

La condition de réalité de la menace interdit que les autorités étatiques s'appuient sur une pratique générale ou une quelconque présomption afin de constater un danger pour l'ordre public, sans qu'il ne soit dûment tenu compte du comportement personnel du ressortissant et du danger que ce comportement représente pour l'ordre public. Ainsi, l'existence d'une condamnation ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public[44]. Cette condition rejoint l'exigence de « caractère personnel » de la menace qui exige que des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne puissent être retenues[45].

Enfin, la condition de l'«actualité» de la menace suppose une appréciation actuelle de la menace tenant compte d'éléments postérieurs à la décision prise par les autorités compétentes. Ces éléments sont susceptibles d'impliquer la disparition ou la diminution non négligeable de la menace actuelle que constituerait, pour l'ordre public, le comportement de la personne

[39] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), pp.19 à 25.

[40] Ainsi, certaines directives en matière de migration légale indiquent dans leur préambule que la notion d'ordre public peut couvrir la condamnation pour infraction grave et que les notions d'ordre public et de sécurité publique visent également les cas d'appartenance ou de soutien à une association qui soutient le terrorisme ou encore le fait d'avoir (eu) des visées extrémistes. Voy. 14e considérant, de la Directive 2003/86/CE précitée ; 8e considérant, de Directive 2003/109/CE, précitée ainsi que le 36e considérant de la Directive 2016/801/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, *J.O.U.E.*, 21 mai 2016.

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

[42] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.20 renvoyant à l'arrêt *P. I.*, C.J.U.E., (gde ch.), 22 mai 2012, C-348/09, EU:C:2012:300, point 23. Voy. le commentaire suivant de cet arrêt : M. ABNER, « L'éloignement d'un citoyen pour des raisons impérieuses de sécurité publique », *R.A.E., L.E.A.*, 2013/2, pp.309-313.

[43] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.20. Il est renvoyé aux arrêts C.J.U.E., 24 juin 2015, *H.T.*, (C 373-13), EU:T:2014:1047, point 79 ; C.J.U.E., 11 juin 2015, *Z. Zh,*, (C 554-13), EU:C:2015:377, points 48 et 50 ; C.J.U.E., 4 octobre 2012, *Byankov*, (C-249/11), EU:C:2012:608, point 40.

[44] C.J.U.E., 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes*, (C 503/03), point 40 ; C.J.U.E., 19 janvier 1999, *Calfa*, (C-348/96), Rec. p. I-11, point 24. Dans cette affaire, madame Calfa, ressortissante italienne avait été condamnée par un tribunal correctionnel grec à l'expulsion à vie du territoire grec pour des faits de détention et d'usage de stupéfiants. La Cour estime que l'expulsion de madame Calfa, prononcée sur la seule base de cette condamnation, n'est pas à suffisance justifiée. Elle précise que l'existence d'une condamnation pénale ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public. Voy. dans le même sens CCE, arrêt n° 147.812 du 16 juin 2015, *Rev. dr.* étr., pp. 255 à 257.

[45] C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Ziebell*, (C371/08), point 28. M. Ziebell, ressortissant turc, né et ayant toujours vécu en Allemagne, condamné à diverses reprises pour des faits de stupéfiants, avait fait l'objet d'une mesure d'expulsion. La Cour note toutefois qu'il ressort des informations qui lui ont été fournies lors de l'audience que sa situation a sensiblement évolué depuis la dernière décision des autorités compétentes. Ses problèmes liés à la consommation de drogue semblent maintenant résolus. L'intéressé s'est marié, est devenu père. Il exerce désormais une activité professionnelle. Elle rappelle à l'occasion de cet arrêt que les juridictions nationales doivent prendre en considération, lors de la vérification de la légalité d'une mesure d'éloignement, les éléments de fait intervenus après la dernière décision des autorités compétentes pouvant impliquer la disparition ou la diminution non négligeable de la menace actuelle que constituerait, pour l'intérêt fondamental en cause, le comportement de la personne concernée.

concernée[46]. Dans un arrêt *K et H.F.*[47], rendu en date du 2 mai 2018, la Cour a toutefois tempéré ce principe[48]. Les demandes d'asile de K. aux Pays-Bas, déposées entre 2001 et 2013, avaient été rejetées au motif qu'il s'était rendu coupable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité au sein de l'armée bosniaque en ex-Yougoslavie au début des années nonante. K. s'était également vu interdire l'accès au territoire des Pays-Bas pour une durée de dix ans. Les demandes d'asile et de séjour de H.F., ressortissant afghan, avaient été systématiquement rejetées par les Pays-Bas et la Belgique, notamment, en raison d'informations révélées dans le cadre des procédures d'asile selon lesquelles H.F. avait participé à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité en tant que membre des services de renseignement afghans. Les autorités néerlandaises considéraient que « la menace que représente, pour un intérêt fondamental d'une société, la présence d'une personne, telle que H. F., à propos de laquelle il est constant qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis des crimes relevant de l'article 1er, section F, sous a), de la Convention de Genève présente, par sa nature, un caractère actuel permanent ». La Cour était interrogée sur l'incidence de l'écoulement d'un laps de temps important depuis la commission présumée des actes ayant justifié l'exclusion de K. et H.F. du statut de réfugié. Elle précise à cette occasion que si l'écoulement du temps est, certes, un élément pertinent aux fins d'apprécier l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, dans certains cas, la gravité exceptionnelle des actes en cause peut être de nature à caractériser, même après une période de temps relativement longue, la persistance d'une telle menace[49]. La Cour ajoute: « quand bien même il paraîtrait peu probable que de tels crimes ou agissements puissent se reproduire en dehors de leur contexte historique et social spécifique, un comportement de l'intéressé témoignant de la persistance, chez lui, d'une attitude attentatoire aux valeurs fondamentales visées aux articles 2 et 3 TUE, telles que la dignité humaine et les droits de l'homme, que ces crimes ou ces agissements révèlent, est, quant à lui, susceptible de constituer une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »[50].

Précisons, en outre, que la Cour considère que la circonstance qu'une personne soit incarcérée au moment de l'adoption de la décision d'éloignement, sans perspective de libération dans un avenir proche, n'exclut pas que son comportement représente, le cas échéant, une menace au caractère réel et actuel[51].

Ces exigences d'actualité, de gravité et de caractère personnel de la menace ont été inscrites dans le texte de la loi du 15 décembre 1980 par la loi du 24 février 2017[52]. Elles ne nous paraissent toutefois pas entourer à suffisance la notion d'ordre public. En effet, il est, *a priori* impossible de définir clairement, sans plus d'indications, la liste des comportements menaçant de tels intérêts.

18. Quant à la notion de sécurité nationale, le législateur, renvoyant à nouveau à la jurisprudence de la Cour de Justice précise que celle-ci « vise la sécurité intérieure et extérieure. Elle comprend notamment "[…] l'atteinte au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels ainsi que la survie de la population, de même que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples, ou encore l'atteinte aux intérêts militaires [...]" »[53]. A nouveau ces indications ne permettent pas de comprendre dans sa globalité ce qu'il convient d'entendre par « raisons de sécurité nationale ».

19. Des parlementaires s'inquiétaient, au cours des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, de l'absence de définition de ces notions. Ils soulignaient le risque de dérives lié à l'utilisation de notions à géométrie variable. L'éloignement récent d'un Irakien vers Bagdad qualifié de 'dangereux terroriste' dans les médias était cité en exemple. « Le parquet fédéral aurait ensuite demandé à la chambre du conseil d'ordonner le non-lieu, ce qui soulève la question suivante: s'agit-il bien d'un dangereux terroriste ? Qui contrôle tout cela ? Si l'homme était né en Belgique, la réglementation proposée permettrait-elle à l'avenir de l'éloigner du territoire, sans qu'il

[46] C.J.U.E., 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, (C-482/01) et (C-493/01), point 82 ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Ziebell*, précité, point 28.

[47] C.J.U.E., 2 mai 2018, *K. et H.F.*, aff. jointes (C-331/16) et (C-366/16), EU:C:2018:296 et son commentaire : G. Renaudière, S. Saroléa et J.-B. Farcy, « Exclusion et restriction à la libre circulation pour le membre de la famille du citoyen : à évaluer au cas par cas », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2018.

[48] Voy. C.J.U.E., 2 mai 2018, *K. et H.F.*, aff. jointes (C-331/16) et (C-366/16), EU:C:2018:296, point 58 ainsi que dans le même sens C.J.U.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, C-30/77, points 28 et 29.

[49] Voy. C.J.U.E., *K. et H.F.*, précité (n° 47), point 58.

[50] C.J.U.E., *K. et H.F.*, précité (n°47), point 59.

[51] C.J.U.E., 13 juillet 2017, *E*, (C193/16), EU:C:2017:542, point 28.

[52] Voy. l'article 23, §1er al. 2 de la loi du 15 décembre 1980 applicable aux décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public rendues à l'égard des ressortissants de pays tiers précisant que « le comportement de l'intéressé doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » ainsi que l'article 45 §2 al.3 de la loi du 15 décembre 1980 applicable aux décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public rendues à l'égard de citoyens de l'Union européenne précisant que le comportement du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société.

[53] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.20. Il est renvoyé à l'arrêt du 24 juin 2015, *H.T.,* (C 373/13), EU:C: 2015:413, point 78.

ait fait l'objet d'aucune condamnation ? »[54]. La diversité des pratiques au sein de l'office des étrangers participait à cette inquiétude. « Pour autant que l'on puisse le vérifier, les pratiques en cours au sein de l'OE sont également très diverses. S'il s'agit souvent d'infractions graves, l'aspect "ordre public" n'est pas toujours évident. Quelle est la pratique actuelle de l'OE concernant cette notion ? Le travail au noir ou l'utilisation de faux papiers peuvent-ils par exemple relever de cette catégorie ? Quel est le pourcentage d'éloignements effectués au nom de l'ordre public ou de la sécurité nationale, dans lesquels il est question de terrorisme, et éventuellement de radicalisation ? »[55].

20. En l'absence de définition précise de ces notions par le législateur, le rôle de la jurisprudence apparaît fondamental. Celle-ci se prononce, au fil des cas soumis à son appréciation, sur les comportements susceptibles de fonder l'existence de raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, de raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale voire de raisons impérieuses de sécurité nationales.

A titre d'exemple[56], la Cour de justice admet que la condamnation de l'étranger par trois jugements définitifs à douze années d'emprisonnement pour des infractions répétées d'abus sexuels sur mineurs puisse fonder l'existence de raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale[57]. Elle admet, dans le même sens, que sont susceptibles de constituer des raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale, la condamnation à une peine d'emprisonnement de huit mois assortie d'un sursis de trois ans d'un ressortissant roumain, pour le délit de vol en réunion[58]. *A contrario*, elle juge qu'une décision d'éloignement prise pour des raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale ne peut pas être adoptée à l'encontre d'un ressortissant d'un État tiers, résident de longue durée, pour le seul motif qu'il a été condamné à une peine privative de liberté supérieure à un an[59]. Par ailleurs, ont été considérées comme fondant à suffisance l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale justifiant un éloignement : la condamnation de l'étranger pour participation aux activités d'un groupe terroriste et partant son soutien à une association terroriste[60] ; la participation de l'étranger à des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, même lorsque ceux-ci ont été perpétrés dans le pays d'origine de l'intéressé dans un contexte historique et social spécifique qui n'est pas susceptible de se reproduire dans cet État membre[61] ; la condamnation de l'intéressé pour des faits d'atteinte sexuelle, agression sexuelle et viol sur une mineure[62] ou encore l'implication de l'étranger dans un trafic de stupéfiants en bande organisée[63].

21. Le Conseil du Contentieux des étrangers se prononce également au cas par cas sur les comportements susceptibles de fonder à suffisance des décisions de retrait du droit au séjour, d'éloignement et d'interdiction du territoire pour motifs d'ordre public. Il renvoie, dans le cadre de cette appréciation, pour une grande part, à la jurisprudence de la Cour de Justice. Pour exemple, il estime que les antécédents judiciaires de l'intéressé condamné pour de multiples faits de vols, coups et blessures, proxénétisme aggravé et ports d'armes commis entre 2001 et 2010 , bien qu'il n'ait plus commis aucun fait entre 2010 et la décision de retrait prise au mois de mai 2017, fondent à suffisance l'existence de raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale[64]. Fondent par ailleurs, l'existence de raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale, au sens de cette juridiction, les conclusions rendues par l'OCAM[65] considérant que l'étranger représente une menace de niveau 3 (grave) et le considérant comme un combattant terroriste étranger, associées à sa condamnation à 5 ans d'emprisonnement pour participation aux activités d'un groupe

[54] Projet de loi du 12 décembre 2016 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, n° 2215/003, *Doc. Parl*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, p.25.

[55] *Ibid*., p.16.

[56] D'autres juridictions sont régulièrement appelées à se prononcer sur le contenu de la notion d'ordre public et de sécurité nationale. L'étude de cette jurisprudence fera l'objet d'une contribution ultérieure consacrée au contrôle de la détention administrative.

[57] C.J.U.E., 13 juillet 2017, *E.*, (C193/16), EU:C:2017:542.

[58] C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Petrea*, (C184/16), EU:C:2017:684.

[59] C.J.U.E., 7 décembre 2017, *Lopez Pasturano*, (C-636/16), EU:C:2017:949.

[60] C.J.U.E., 24 juin 2015, *H.T.*, (C- 373/13), ECLI : EU:C:2015:413.

[61] C.J.U.E., 2 mai 2018, *K. et H.F.*, aff. jointes (C-331/16) et (C-366/16), EU:C:2018:296.

[62] C.J.U.E., 22 mai 2012, *P.I.*, (C-348/09), EU:C:2012:300.

[63] C.J.U.E., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, (C-145/09), EU:C:2010:708.

[64] CCE, arrêt n° 198 611 du 25 janvier 2018.

[65] L'autorité administrative se base sur les conclusions prises par l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace (ci-après l'OCAM) en application de la loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace et de l'arrêté royal du 28 novembre 2006 portant exécution de la loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace. L'OCAM a pour mission d'effectuer des évaluations stratégiques et ponctuelles sur les menaces terroristes et extrémistes à l'encontre de la Belgique. Ce travail repose essentiellement sur l'analyse des informations transmises par les services d'appui. Chaque évaluation de l'OCAM détermine en application de l'article 11, § 6, de l'arrêté royal du 28 novembre 2006 susmentionné le niveau de la menace en s'appuyant sur une description de la gravité et de la vraisemblance du danger ou de la menace.

terroriste[66]. Le Conseil du Contentieux juge, en outre, que fondent à suffisance l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale, les antécédents judiciaires du requérant condamné à quatre reprises entre 2013 et 2016 par les juridictions pénales du chef de diverses infractions en ce compris des vols qualifiés, des faits de coups et blessures, de détention d'armes prohibées ainsi que sa participation à un réseau international de vente de stupéfiants[67]. *A contrario*, est considéré par le Conseil du Contentieux comme insuffisante à fonder l'existence de raisons d'ordre public ou de sécurité nationale l'énumération d'un ensemble de faits délictueux « constatés dans des rapports de police, du reste particulièrement laconiques, sans qu'il soit établi que le requérant n'ait fait l'objet d'une quelconque condamnation, ni même d'une quelconque poursuite »[68].

22. Ainsi, tant la Cour de Justice que nos juridictions nationales offrent de précieuses indications sur le champ d'application de ces notions. La définition jurisprudentielle des comportements susceptibles de fonder ces mesures ne permet toutefois pas d'en circonscrire avec précision l'étendue dès lors que celle-ci reste soumise au contexte en entourant l'application.

23. Par un avis du 26 septembre 2016, le Conseil d'État invitait le législateur à préciser ces notions dans le texte de la loi[69]. Il proposait notamment d'indiquer le type de faits qui pourrait constituer des "raisons impérieuses" de sécurité nationale prenant pour exemple la législation allemande. En droit allemand, il faut à tout le moins que l'individu concerné ait fait l'objet d'un certain type de condamnation pénale ou d'internement pour pouvoir considérer qu'il existe des raisons impérieuses de sécurité publique[70]. Ce ne fut toutefois pas l'option choisie par le législateur qui a fait fi de ces recommandations laissant le contenu de ces notions, pour l'essentiel, à la libre appréciation des autorités administratives. Une définition *a priori* des comportements susceptibles de fonder ces mesures aurait pourtant eu le mérite de lever toute ambiguïté quant à leur champ d'application *rationae materiae*.

B. Rationae personae

1. A l'exception des étrangers bénéficiant de la protection internationale[71], tout étranger quel que soit son statut de séjour peut désormais faire l'objet d'une décision de retrait du droit au séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public

24. Ceci constitue un changement fondamental par rapport au régime précédemment existant.

Bien que la loi du 15 décembre 1980 autorise depuis ses origines le retrait du droit au séjour et l'éloignement des étrangers en séjour légal[72], plusieurs catégories d'étrangers étaient, précédemment exclues du champ d'application de ces dispositions. Ainsi, l'étranger né en Belgique ou arrivé en Belgique avant l'âge de 12 ans et y ayant principalement et régulièrement séjourné depuis ainsi que le réfugié reconnu ne pouvaient auparavant, en aucun cas, se voir retirer leur droit au séjour et éloigner du territoire belge[73].

---

[66] CCE, arrêt n° 201 039 du 13 mars 2018.

[67] CCE, arrêt n°196 353 du 8 décembre 2017.

[68] Voy. CCE, arrêt n° 199 018 du 31 janvier 2018, p.5 et son commentaire S. Sarolea, « La dangerosité sans condamnation, une démonstration exigeante », note sous C.C.E., arrêt n° 199.018 du 31 janvier 2018, *Cahiers de l'EDEM*, avril 2018.

[69] Avis du Conseil d'État n° 59.854/4 du 26 septembre 2016, *Doc.Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2016-2017, p.92.

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

[71] Voy. pour un commentaire de cette exception la première partie de cette contribution : Cadre légal, p.5.

[72] Voy. Projet de loi du 28 avril 1978 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la commission justice, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 1977-1978, n°1/144, p.126. Une protection renforcée contre ces mesures en faveur de différentes catégories d'étrangers était toutefois instaurée déjà dans la première mouture de la loi du 15 décembre 1980.

[73] Art.23 §1er du projet de loi du 13 janvier 2005 modifiant la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées et modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2004-2005, n°1555/001, p.48.

Instaurée d'abord par voie de circulaire ministérielle, ensuite par voie d'intervention législative[74], la protection absolue contre l'éloignement dont bénéficiaient les étrangers nés ou arrivés en Belgique avant l'âge de douze ans, faisait écho à une campagne initiée par diverses associations dénonçant le caractère éminemment discriminatoire, inhumain, inefficace et criminogène de ce type de mesures [75]. Celles-ci soulignaient l'ingérence particulièrement grave que ces mesures constituent dans le droit à la vie privée et familiale de « délinquants » ayant parfois passé une très grande partie, voire toute leur vie en Belgique, qui se trouvent séparés de leur famille, éloignés de leur milieu social, renvoyés dans un pays qu'ils ne connaissent pas et avec lequel ils n'ont aucune attache. En supprimant l'application de ces mesures à certaines catégories d'étrangers, le législateur rencontrait partiellement cet argumentaire[76]. Il justifiait alors l'inscription de cette protection absolue en faveur de certaines catégories d'étrangers par le caractère particulièrement attentatoire aux droits fondamentaux de ces mesures appliquées aux étrangers intégrés[77].

Outre ces protections absolues contre l'éloignement, une protection renforcée contre l'éloignement avait été instaurée en faveur d'un certain nombre d'étrangers. Ainsi, sauf en cas d'atteinte grave à la sécurité nationale, l'étranger séjournant en Belgique depuis au moins vingt ans et l'étranger condamné à une peine de prison inférieure à cinq ans et exerçant l'autorité parentale vis-à-vis d'un enfant séjournant de manière régulière en Belgique ne pouvaient faire l'objet de ces mesures. Par ailleurs, l'étranger séjournant d'une manière régulière en Belgique depuis dix ans au moins, l'étranger remplissant les conditions légales pour obtenir la nationalité belge, l'étranger époux non séparé de corps d'un Belge ainsi que le travailleur étranger frappé d'une incapacité de travail ou une maladie professionnelle contractée ou survenue alors qu'il résidait légalement en Belgique ne pouvaient être renvoyés ou expulsés qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou la sécurité nationale[78].

25. La loi du 24 février 2017 met un terme à ces protections. La suppression de la protection absolue dont bénéficiaient les étrangers intégrés est justifiée par la nécessité d'offrir aux autorités administratives toute la latitude nécessaire afin d'agir rapidement et efficacement en cas de menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale[79]. Lors des débats parlementaires, le secrétaire d'État à l'asile et à la migration prenait pour exemple le cas de Salah Abdeslam, terroriste français, d'origine marocaine, né et ayant grandi en Belgique. Il déplorait que son titre de séjour ne lui ait pas été retiré plus tôt en raison de la protection absolue contre l'éloignement dont il bénéficiait alors. Il plaidait en faveur de la suppression de cette protection absolue de manière à permettre à nouveau l'éloignement d'étrangers « très dangereux » constituant « une menace pour la société»[80].

Il s'appuyait, par ailleurs, sur le bon respect du cadre légal européen. Il soulignait le fait que les directives européennes régissant ces statuts de séjour particuliers permettent de mettre fin au séjour pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale de tout étranger peu importe son niveau d'intégration[81]. Ces directives dont le législateur affirme, aux termes des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, assurer la transposition en droit belge n'interdisent effectivement pas de manière absolue l'éloignement d'un étranger pour motifs d'ordre public peu importe son statut de séjour[82].

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

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

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

[77] *Ibid.* Aux termes des travaux préparatoires, le législateur reconnaissait qu'« appliquée à des personnes qui ont noué des attaches en Belgique cette mesure est contraire à certains principes fondamentaux de notre système démocratique ».

[78] Par application de l'article 21 précédente mouture de la loi du 15 décembre 1980.

[79] Projet de loi du 12 décembre 2016 (n°2), p.17.

[80] Il précise que cette impossibilité concernerait concrètement « environ 20 personnes pour terrorisme et environ 50 personnes pour des faits criminels très graves ». Voy. Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, précité (n°54), p.5.

[81] Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, précité (n°54), p.30.

[82] Voy. Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *J.O.U.E.*, 2 juin 2001, article 3§1er ; Directive 2003/86/CE, précitée, article 6, §2 ; Directive 2003/109/CE, précitée, articles 8 et 12 ; Directive 2004/38/CE précitée (n°41), articles 27 à 29 ; Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration

Le législateur assurait, en outre, contrebalancer la possibilité d'appliquer ces mesures aux étrangers intégrés par l'inscription de garanties entourant la prise de ces décisions dans la loi du 15 décembre 1980. Nous en ferons un examen approfondi dans les suites de cette contribution[83].

26. Il n'empêche, qu'il soit ou non autorisé par les textes européens, compensé ou non par l'inscription de garanties, cet élargissement du champ d'application de ces dispositions aux quasi-nationaux pose question au regard de la position qui était celle du législateur il y a quinze ans. Alors qu'il jugeait, au début des années 2000, nécessaire au bon respect des droits fondamentaux des étrangers intégrés de les exclure du champ d'application de ces dispositions[84], il opère aujourd'hui un véritable retour en arrière. Ce virage à 180° est loin de faire l'unanimité au sein des parlementaires. Lors des discussions ayant présidé à l'adoption de la loi du 24 février 2017, un membre de la commission intérieur s'inquiétait de la création de citoyens de second rang[85]. Et de préciser ensuite « qu'une société inclusive sous-entend que les personnes qui habitent dans notre pays depuis un certain moment soient considérées comme des citoyens à part entière. Cela suppose qu'elles bénéficient d'un traitement égal, avec des droits et des obligations similaires »[86]. Offrir à l'étranger qui aurait des liens étroits avec la Belgique un traitement égal à celui du citoyen belge n'est manifestement pas le choix du législateur. Peu importe qu'il soit né et ait toujours vécu en Belgique, le non national ne sera jamais intégré à la société belge de la même manière que le citoyen belge puisqu'il pourra, en cas de faux pas, toujours être renvoyé vers son pays d'«origine», même à supposer qu'il n'y ait jamais mis les pieds.

2. Tout étranger peut désormais faire l'objet d'une interdiction d'entrée

27. Alors qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, seuls les ressortissants de pays tiers[87] étaient susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée[88], les citoyens de l'Union européenne ou assimilés peuvent, désormais, également faire l'objet d'une telle interdiction. L'article 44*nonies* de la loi du 15 décembre 1980 prévoit la possibilité d'assortir, pour des raisons d'ordre public, un ordre de quitter le territoire pris à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne ou d'un membre de sa famille d'une interdiction d'entrée et de séjour sur le territoire belge dont la durée est déterminée par le Ministre. L'interdiction d'entrée et de séjour susceptible d'être prononcée à l'égard des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille est applicable uniquement sur le territoire belge. Le législateur précise assurer ainsi le respect du droit fondamental à la libre circulation inhérent à la citoyenneté européenne[89]. Elle est, par conséquent, à ne pas confondre avec l'interdiction d'entrée et de séjour sur l'ensemble du territoire des États membres susceptible d'être prononcée à l'égard des ressortissants de pays tiers[90].

28. Le législateur précise encadrer strictement cette possibilité de prononcer une interdiction à d'entrée à l'égard de citoyens de l'Union ou assimilés afin d'assurer le respect «du droit fondamental à la libre circulation, inhérent à la citoyenneté européenne »[91].

Le prononcé d'une interdiction d'entrée constitue, à l'évidence, une restriction importante au droit à la libre circulation[92]. Elle n'en est pas pour autant contraire au droit de l'Union[93]. La directive 2004/38/CE sur la libre circulation des citoyens de l'UE et des membres de leur famille autorise expressément les limitations et restrictions au droit à la libre circulation des citoyens de l'UE et leur famille[94]. Le texte ne prévoit pas expressément la possibilité de prononcer une

clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, *J.O.U.E.*, 6 août 2004, article 14.

[83] Pour un commentaire de ces garanties voy., ci-dessous, la troisième partie de cette contribution.

[84] Voy le Projet de loi du 13 janvier 2005 précité (n°73), p.9.

[85] Voy. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, précité (n°54), pp.12 et 13.

[86] *Ibid*., pp. 12 et 13.

[87] Définis par l'article 1er 3° de la loi du 15 décembre 1980 comme étant toute personne qui n'est ni citoyen de l'Union européenne, ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation.

[88] J-Y Carlier et S. Saroléa, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p.205.

[89] Projet de loi du 12 décembre 2016 (n°2), p.9.

[90] Par application des articles 74/10 et suivants de la Loi du 15 décembre 1980.

[91] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.9.

[92] L'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (*J.O.U.E.*, 18 décembre 2000, C364) consacre à tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. ». Ce droit est rappelé à l'article 18 traité CE (Traité instituant la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, 24 décembre 2000, C 325). Il est par ailleurs consacré à l'article 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326).

[93] Ainsi l'article 18 du Traité CE précité ouvre la brèche à une possibilité de restreindre ces droits puisqu'il précise consacrer ce droit « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ».

[94] Article 32 de la Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 sur la libre circulation des citoyens de l'UE et des membres de leur famille, précitée.

interdiction d'entrée pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique à l'égard d'un citoyen de l'Union ou assimilé mais ne l'interdit pas[95].

Dans le même sens, la Cour de justice ne s'oppose pas au prononcé d'une interdiction d'entrée à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne[96]. Elle rappelle toutefois, de manière constante, que les restrictions au droit au séjour des citoyens de l'Union doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné[97]. Dès lors, ce droit ne peut faire l'objet de restrictions systématiques, ces restrictions devant être raisonnablement justifiées au regard des circonstances de l'espèce.

29. La Cour de Justice est récemment revenue, dans un arrêt *K.A.*, sur l'importance du droit à a libre circulation et les obligations en découlant pour les Etats.[98].

Elle était interrogée sur la conformité au droit à la liberté de circulation protégé par l'article 20 TFUE des restrictions imposées à des citoyens de l'Union en raison d'une interdiction d'entrée prononcée à l'égard d'un membre de leur famille, ressortissant de pays tiers. En l'espèce, plusieurs ressortissants de pays tiers s'étaient vus notifier une décision d'éloignement assortie d'une interdiction d'entrée en Belgique. Sans quitter le territoire du Royaume, ils avaient ensuite introduit une demande de regroupement familial avec un Belge. Certains l'avaient introduite en qualité de descendants à charge d'un ressortissant belge, d'autres en qualité d'ascendants d'un mineur belge et les derniers en qualité de cohabitants légaux. Les autorités belges avaient refusé de prendre en compte leur demande de regroupement familial au motif que les regroupés faisaient l'objet d'une interdiction d'entrée. La Cour précise à cette occasion que le droit à la liberté de circulation consacré à l'article 20 TFUE s'oppose à une pratique d'un État membre consistant à ne pas prendre en considération une telle demande pour le seul motif qu'il subsiste une interdiction d'entrée dans le chef du membre de famille, sans qu'il ait été examiné s'il existe ou non une relation de dépendance entre le citoyen de l'Union (le Belge) et le ressortissant d'un pays tiers (le membre de famille) d'une nature telle que, en cas de refus d'octroi d'un droit de séjour dérivé à ce dernier, ledit citoyen de l'Union serait, dans les faits, contraint de quitter le territoire de l'Union et privé de la jouissance des droits conférés par son statut. La Cour a condamné ces restrictions dès lors qu'elles présentaient un caractère systématique[99]. Ainsi, le refus de l'octroi d'un droit de séjour dans un tel cas suppose, eu égard au droit protégé par l'article 20 TFUE, un examen individuel et circonstancié de l'ensemble des circonstances propres au cas d'espèce[100].

30. La possibilité de prononcer une interdiction d'entrée et de séjour à l'égard de citoyens de l'Union européenne est entourée des conditions suivantes. La durée de l'interdiction d'entrée est limitée à cinq ans sauf en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale. La levée de cette interdiction pourra, par ailleurs, être demandée après l'écoulement d'un délai raisonnable, et en tout cas après trois ans à dater de l'exécution de la mesure. La demande de suspension ou de levée de l'interdiction d'entrée est introduite auprès du ministre ou de son délégué qui dispose d'un délai de six mois pour se prononcer. Enfin, elle ne sera applicable qu'au territoire du Royaume. Notons que les travaux préparatoires précisent confier l'appréciation du délai raisonnable endéans lequel la demande pourra être introduite au ministre ou à l'office des étrangers. Ainsi, en l'absence de décision dans le délai de six mois, l'intéressé pourra contraindre l'administration à statuer sur sa demande en utilisant les voies de recours existantes. Il pourra saisir, à cette fin, le tribunal de première instance compétent ainsi que le Conseil du Contentieux des Etrangers [101].

[95] Précisons que l'article 15.3 de la directive interdit que les décisions limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille prises pour des raisons autres que des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique puissent être assorties d'une interdiction d'entrée.

[96] Voy. en ce sens C.J.U.E., 26 juillet 2017, *Ouhrami*, (C225/16), EU:C:2017:590 ; C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Petrea*, (C-184/16), EU:C:2017:684.

[97] Voy. parmi d'autres C.J.U.E., 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, (C165/14), EU:C:2016:675, point 59 et C.J.U.E., 13 juillet 2017, *E.*, (C-193/16), EU:C:2017:542, points 16 à 23.

[98] C.J.U.E., 8 mai 2018, *K.A. et autres*, (C82/16), EU:C:2018:308.

[99] Voy. L. Leboeuf, « Une interdiction d'entrée n'implique pas le rejet systématique de toute demande de regroupement familial ultérieure », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2018.

[100] Voy dans le même sens l'arrêt *Rendon Marin* (C.J.U.E., 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, (C165/14), EU:C:2016:675) dans lequel la Cour de Justice précise que l'article 21 TFUE et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale imposant de refuser de manière automatique l'octroi d'un permis de séjour au ressortissant d'un État tiers, parent d'un enfant mineur citoyen de l'Union, ressortissant d'un État membre autre que l'État membre d'accueil, qui est à sa charge et qui réside avec lui dans l'État membre d'accueil, au seul motif qu'il a des antécédents pénaux. L'article 20 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à cette même réglementation nationale imposant de refuser de manière automatique l'octroi d'un permis de séjour au ressortissant d'un État tiers, parent d'enfants mineurs citoyens de l'Union et dont il assure la garde exclusive, au seul motif qu'il a des antécédents pénaux, lorsque ce refus a pour conséquence d'imposer à ces enfants de quitter le territoire de l'Union européenne.

[101] Voy. Projet de loi du 12 décembre 2006 (n°2), p41. Il est renvoyé à l'arrêt CCE, arrêt n° 22 507 du 30 janvier 2009. Dans cet arrêt, le Conseil du contentieux des étrangers juge recevable la requête introduite contre

31. Ces exigences sont, en réalité, tirées, *a minima*, de la directive 2004/38/CE[102]. L'article 32 de la directive prévoit que les citoyens de l'Union européenne qui font l'objet d'une décision d'interdiction du territoire pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique doivent pouvoir introduire une demande de levée de l'interdiction d'accès au territoire après un délai raisonnable, en fonction des circonstances, et en tout cas après trois ans à compter de l'exécution de la décision définitive d'interdiction, en invoquant des moyens tendant à établir un changement matériel des circonstances qui avaient justifié la décision d'interdiction du territoire à leur encontre. Le texte oblige l'État membre concerné à se prononcer sur cette demande dans un délai de six mois à compter de son introduction. Ainsi, si le législateur ne contredit effectivement pas le texte de la directive, il use de toute la latitude qui lui est offerte par celui-ci.

32. L'introduction de cette possibilité de prononcer une interdiction de territoire belge à l'égard des citoyens de l'Union européenne est motivée par le législateur, par la nécessité de lutter efficacement contre certains types de criminalité[103]. On ne peut toutefois que s'interroger sur la pertinence de cette mesure au regard de l'objectif de lutte contre la criminalité qui la sous-tend dès lors que celle-ci a pour unique conséquence de renvoyer la menace vers un autre État membre. Comme le font très justement remarquer J-Y Carlier et G. Renaudière : « Y a-t-il un quelconque intérêt à renvoyer la menace vers un autre État membre sachant que, ce faisant, d'une part, on risque de perdre la trace de l'intéressé, d'autre part, on n'empêchera nullement la poursuite des actes terroristes ou délinquants concernés, aux répercussions transfrontières aisées ?»[104]. Une alternative, déjà proposée par la Cour de justice, consiste à développer un ordre public européen au moins territorialement. Ceci permet de limiter la libre circulation du citoyen de l'Union européenne présentant un risque pour l'ordre public sans pour autant le renvoyer vers l'État membre dont il a la nationalité[105] En ce sens, dans un arrêt *Olazabal,* la Cour de Justice valide, au regard du droit européen, l'adoption de mesures de police administrative françaises limitant le droit au séjour d'un travailleur saisonnier de nationalité espagnole à une partie du territoire français pour des motifs d'ordre public. Elle souligne le fait que ces mesures permettent d'éviter de prononcer à son égard une décision d'interdiction de séjour ou d'éloignement de l'ensemble du territoire national [106].

C. Rationae temporis

33. Le champ d'application *rationae temporis* des interdictions d'entrée susceptibles d'être prononcées à l'égard de certaines catégories d'étrangers est élargi.

Ceci découle de la suppression par la loi du 24 février 2017 des arrêtés royaux de renvoi et des arrêtés ministériels d'expulsion[107]. Les étrangers « intégrés » ne pouvaient auparavant être éloignés que sur base de ces décisions. L'adoption de celles-ci étaient entourée de garanties particulières[108]. Ils pourront désormais se voir délivrer un ordre de quitter le territoire. Celui-ci constitue, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, la seule mesure d'éloignement dont peut faire l'objet tout étranger, quel que soit son statut de séjour[109].

34. Ceci aura nécessairement des conséquences sur la durée de l'interdiction d'entrée. Alors que les arrêtés de renvoi et d'expulsion étaient nécessairement assortis d'une interdiction d'entrée d'une durée de 10 ans[110], la durée de l'interdiction d'entrée accompagnant un ordre de quitter le territoire est laissée à l'appréciation du ministre ou de l'office des étrangers[111]. La loi précise que la durée de l'interdiction prononcée à l'égard de ressortissants de pays tiers ne peut dépasser trois ans ou cinq ans en cas de fraude[112]. Elle est, par ailleurs, limitée à cinq ans lorsqu'elle est prononcée à l'égard d'un citoyen de l'Union[113]. Toutefois, dans le cas où l'étranger

une décision implicite de refus de séjour. En l'espèce, le requérant interprétait le silence de l'administration à l'égard de sa demande d'autorisation de séjour comme une décision implicite de rejet de cette demande. Le Conseil souscrit à ce raisonnement.

[102] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil précitée (n°41).

[103] Voy. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, précité (n°54), pp.5 et 6. L'exemple « néerlandais » était particulièrement mis en avant lors des travaux parlementaires. Les Pays-Bas aurait permis de limiter drastiquement le nombre de cambriolages commis par des bandes roumaines en instaurant la déclaration d'indésirabilité ("*ongewenstverklaring*"), mécanisme similaire à l'interdiction d'entrée à l'égard des citoyens de l'Union européenne.

[104] J.Y. Carlier et G. Renaudière, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2018, p.150.

[105] J.Y. Carlier et G. Renaudière, *opcit.*, p.150.

[106] *Ibid.* citant l'arrêt *Olazabal* de la Cour de Justice (C.J.U.E., 26 novembre 2002, *Olazabal*, (C. 100/01), EU:C:2002, *J.D.E.*, 2003, p.79).

[107] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.6.

[108] Voy. J-Y Carlier et S. Saroléa, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 200. Voy. la troisième partie de cette contribution consacrée aux garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980.

[109] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.6.

[110] Art. 20 ancienne mouture de la loi du 15 décembre 1980.

[111] Art. 49 *nonies* (citoyens de l'UE) et article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980 (ressortissants de pays tiers). Celui-ci fixe cette durée en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas.

[112] Voy. article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980.

[113] Voy. article 44 *nonies* de la loi du 15 décembre 1980.

constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale, la durée de l'interdiction d'entrée pourra dépasser les plafonds fixés par la loi et aller au-delà du délai de dix ans accompagnant précédemment les arrêtés de renvoi et d'expulsion[114].

35. Aux termes des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, les effets positifs que la généralisation de l'ordre de quitter le territoire devrait avoir pour les personnes auparavant sujettes aux arrêtés royaux d'expulsion et aux arrêtés ministériels de renvoi sont soulignés. Il est insisté sur le fait qu'il sera désormais possible de descendre en deçà du seuil de 10 ans pour les étrangers faisant l'objet d'une interdiction d'entrée[115]. Ils pourront, toutefois, à l'inverse, être frappés d'une interdiction d'entrée supérieure à dix ans. Lors des discussions parlementaires, un parlementaire NVA se réjouissait que des interdictions d'entrées de vingt ans ou plus puissent être imposées à des étrangers présentant des profils tels que celui de Salah Abdeslam ou celui des combattants partis en Syrie[116]. Il ressort d'un examen de la jurisprudence du Conseil du Contentieux que le Ministre et l'office des étrangers agissent en ce sens. Ainsi, pour exemple, une interdiction d'entrée durant quinze ans sur le territoire du Royaume a été prononcée à l'égard d'un étranger en dépit du fait qu'il soit né en Belgique et que son épouse et ses cinq enfants soient tous de nationalité belge, au motif que son profil était qualifié par l'OCAM de « Combattant terroriste étranger représentant une menace terroriste/extrémiste grave »[117]. Une interdiction de territoire de vingt ans a, par ailleurs, été prononcée à l'égard d'un ressortissant roumain, condamné du chef de meurtre pour faciliter le vol à une peine de réclusion de quinze ans par la Cour d'Assises de Bruxelles[118]. Il était considéré par le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration comme représentant une menace grave, actuelle et réelle pour l'ordre public en raison de sa condamnation dans le cadre de faits de meurtre[119].

III Les garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980

36. Un certain nombre de garanties entourant auparavant la prise des décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public ont été supprimées par le législateur. Nous proposons de commenter brièvement la suppression de garanties précédemment existantes (A). En supprimant les arrêtés royaux d'expulsion ainsi que les arrêtés ministériels de renvoi, le législateur met fin à l'avis de la commission consultative des étrangers dans le cadre de l'éloignement (1). Est, en outre, supprimé l'effet suspensif du recours introduit contre certaines décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public (2).

37. Les travaux parlementaires de la loi du 24 février 2017 évoquent la mise en place de nouvelles garanties censées venir contrebalancer ces suppressions[120]. Celles-ci seraient largement inspirées de la législation et de la jurisprudence européenne « afin de garantir le respect des droits fondamentaux des destinataires de ces mesures »[121]. Nous proposons d'analyser et commenter ces «garanties» nouvellement inscrites dans le texte de la loi du 15 décembre 1980 (B).

Elles consistent principalement en la mise en place d'un système de gradation de la gravité de la menace que représente le destinataire de la mesure tenant compte de son statut de séjour et de la durée de son séjour (1), l'obligation d'effectuer un examen individuel de sa nécessité (2) ainsi que l'obligation de l'informer et de l'entendre (3).

A. La suppression de garanties précédemment existantes

1. La suppression des arrêtés ministériels de renvoi et des arrêtés royaux d'expulsion

38. La loi du 24 février 2017 supprime les arrêtés de renvoi et d'expulsion. L'ordre de quitter le territoire est désormais

[114] Voy. articles 74/11§1er dernier alinéa et 44 *nonies* alinéa 2 de la loi du 15 décembre 1980. Comme explicité ci-dessus le degré de gravité requis pour fonder l'existence d'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale n'est pas précisément défini par le législateur. Ceci laisse aux autorités administratives une large marge d'appréciation. Un citoyen de l'Union européenne a ainsi fait l'objet d'une interdiction d'entrée longue de huit ans, les autorités administratives justifiant le dépassement du plafond de cinq ans par le fait qu'il représentait une menace grave caractérisée par sa condamnation à une peine d'un an d'emprisonnement pour des faits de participation aux activités d'un groupe terroriste (CCE, arrêt n° 197 352 du 23 décembre 2017). Cette décision donne une idée de l'étendue de la marge de manœuvre dont disposent, désormais, à cet égard, les autorités décisionnaires.

[115] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.18.

[116] Voy., Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, *op. cit.* (n°54), p.7.

[117] CCE, arrêt n° 201 039 du 13 mars 2018.

[118] CCE, arrêt n°201 195 du 16 mars 2018.

[119] *Ibid.*, Précisons qu'après lecture de l'arrêt de la Cour d'Assises qui n'était pas joint au dossier administratif, le Conseil du Contentieux des étrangers n'arrive pas aux mêmes conclusions. Il note qu'il ressort de cet arrêt, l'absence d'implication de l'intéressé dans les faits de meurtre : « seules ont été retenues contre lui les violences et menaces exercées dans le cadre du vol, sans intention de donner la mort mais l'ayant pourtant causée ». Au terme de son analyse, le Conseil du Contentieux annule, pour défaut de motivation, l'interdiction d'entrée prononcée sur base de ces motifs.

[120] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.17.

[121] *Ibid.*

la seule mesure d'éloignement dont peut faire l'objet tout étranger, quelle que soit sa situation de séjour.

Cette suppression a pour effet de supprimer la compétence d'avis précédemment confiée, en la matière, à la Commission consultative des étrangers (a). Elle a par ailleurs été décidée par le législateur sans avoir égard à la situation des étrangers frappés d'arrêtés de renvoi et d'expulsion encore en vigueur (b).

a. La suppression des compétences dévolues à la commission consultative des étrangers

39. L'arrêté ministériel de renvoi consistait en une mesure d'éloignement susceptible de viser l'étranger autorisé au séjour de plus de trois mois sans être établi ayant porté atteinte à l'ordre public ou la sécurité nationale ou n'ayant pas respecté les conditions mises au séjour[122]. Dans certaines hypothèses, l'avis de la Commission consultative des étrangers était requis[123]. Cette commission composée d'un magistrat, d'un avocat et d'un membre d'une association s'occupant de la défense des intérêts des étrangers entendait l'étranger au cours d'une audition lors de laquelle il pouvait se faire représenter ou assister par l'avocat de son choix. Elle rendait ensuite un avis. Cet avis n'était pas contraignant pour le ministre mais lui imposait une exigence de motivation accrue. Dans le cas où celui-ci s'éloignait de l'avis rendu par la Commission consultative, il devait compléter sa motivation en précisant les motifs pour lesquels il s'en écartait[124].

L'arrêté royal d'expulsion consistait en une mesure d'éloignement susceptible d'être prise à l'égard de l'étranger établi ayant « porté gravement atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale »[125]. Il supposait dans tous les cas l'avis de la commission consultative des étrangers. Par ailleurs, dans le cas où cette mesure était fondée sur l'activité politique de l'étranger, l'arrêté royal d'expulsion devait être délibéré en Conseil des ministres.

40. La suppression des arrêtés ministériels de renvoi et d'expulsion a pour conséquence de mettre fin à cette compétence d'avis confiée à la Commission consultative des étrangers[126]. Son avis était en effet majoritairement requis[127] dans le cas de la délivrance d'un arrêté ministériel de renvoi ou d'un arrêté royal d'expulsion. Ceci a pour conséquence de priver les étrangers faisant auparavant l'objet de ces mesures de la possibilité de présenter leurs arguments devant un organe indépendant, assistés ou représentés par un avocat. La seule voie par laquelle ils disposent encore de la possibilité de faire valoir leurs observations, préalablement à la prise de décision, est inscrite à l'article 62 de la loi. Cet article prévoit la possibilité, dans les quinze jours de la notification de la décision de retrait de séjour, de faire valoir par écrit les éléments pertinents qui sont de nature à empêcher ou à influencer la prise de décision[128]. Par ailleurs, cette suppression met fin à l'exigence de motivation accrue s'imposant aux autorités qui étaient précédemment tenues de prendre en compte les observations formulées par cette Commission.

b. Le cas particulier des étrangers sous le coup d'arrêtés de renvoi ou d'expulsion encore en vigueur

41. Le législateur abroge l'ensemble des dispositions visant les arrêtés ministériels de renvoi et arrêtés royaux d'expulsion sans avoir égard à la situation d'étrangers précédemment frappés par ce type de mesures, encore en cours d'exécution. Parmi les dispositions applicables à ceux-ci, l'article 46*bis* ancienne mouture de la loi sur les étrangers a été abrogé. Celui-ci réglait la suspension et la levée des arrêtés ministériels de renvoi. La suppression de cette disposition a pour conséquence de priver l'étranger de la possibilité de demander la suspension ou la levée de cette mesure alors qu'un étranger éloigné par application des dispositions introduites par la loi du 24 février 2017 dispose de ce droit. Le Conseil du Contentieux des étrangers a, récemment, interrogé la Cour constitutionnelle sur le caractère éventuellement discriminatoire de cette suppression qui prive ces étrangers d'une possibilité légale de suspension ou de levée de la mesure[129].

---

[122] Voir article 20 de la loi du 15 décembre 1980 précédente mouture.

[123] Art. 20 ancienne mouture de la loi du 15 décembre 1980. J-Y Carlier et S. Saroléa, *op. cit.*, p.201- « Tel était le cas lorsqu'en vertu du droit européen ou international une décision ne pouvait être prise qu'après que l'étranger ait été entendu (…)».

[124] Voy. CE n°87.639 du 25 mai 2000 et CE n° 94.905 du 24 avril 2001 annulant des décisions ne répondant pas à cette exigence de motivation accrue.

[125] J-Y Carlier et S. Saroléa, *op. cit.*, p.201.

[126] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.19.

[127] La commission a notamment rendu des avis quant à l'ancrage local des demandeurs de régularisation en 2000 et 2009. Précisons que la Commission consultative existe toujours et le ministre peut toujours requérir son avis sur demande (art. 32 et s. de la loi du 15 décembre 80). La loi ne prévoit cependant plus aucune hypothèse dans laquelle cet avis est requis.

[128] Pour un commentaire de l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980: voy. ci-dessous le point droit d'être entendu.

[129] Par arrêt n°203.428, du 3 mai 2018, le Conseil du contentieux des étrangers a posé à la Cour Constitutionnelle la question suivante : « Est-il compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution qu'un étranger à l'égard duquel a été pris et notifié, pour des raisons d'ordre public, un arrêté ministériel de renvoi qui est toujours en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, par suite du remplacement de l'ancien article 46*bis* de la loi sur les étrangers - qui réglait la suspension et la levée des arrêtés ministériels précités - ne

2. La suppression de l'effet suspensif[130] du recours introduit à l'égard de certaines mesures

42. L'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit les hypothèses dans lesquelles une mesure d'éloignement du territoire prise à l'égard d'un étranger ne peut être exécutée de manière forcée pendant le délai fixé pour l'introduction et l'examen du recours introduit contre cette décision devant le Conseil du Contentieux des étrangers.

Cette disposition a été modifiée en substance par l'article 3 de la loi du 15 mars 2017[131]. Trois modifications ont été portées à l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 entraînant la suppression de l'effet suspensif de plein droit précédemment applicable.

43. Pour rappel, alors que l'introduction d'un recours de plein contentieux[132] a un effet suspensif de plein droit, au contentieux marginal de légalité[133], le principe est inversé. Le recours est suspensif de plein droit dans les cas limitativement énumérés par l'article 39/79 -1er de la loi du 15 décembre 1980. Etait suspensif de plein droit le recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers, dans le cadre du contentieux de légalité, contre les décisions suivantes[134] :

La décision refusant l'autorisation de séjour aux étrangers visés à l'article 10*bis* de la loi c'est-à-dire aux membres de la famille de l'étranger autorisé au séjour limité (…) ;

Le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour notifié à l'étranger se prévalant de l'article 10 de la loi qui vise principalement le regroupement familial auprès du ressortissant de pays tiers (…) ;

L'ordre de quitter le territoire délivré aux membres de la famille visés à l'article 10*bis* de la loi (…) ;

Le renvoi sauf lorsque celui-ci a déjà fait l'objet d'un avis de la Commission consultative des étrangers (…) ;

Le rejet d'une demande d'autorisation d'établissement ou de statut de résident de longue durée ;

La décision enjoignant à l'étranger, en cas de danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale de quitter des lieux déterminés d'en demeurer éloigné ou de résider en un lieu déterminé ;

Le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille visés à l'article 40 de la loi ;

Le refus de séjour ou la décision mettant fin au séjour du membre de la famille d'un belge en application de l'article 40 ter de la loi ;

La décision refusant l'autorisation de séjour sollicitée sur base de l'article 58 de la loi par un étranger souhaitant faire des études en Belgique.

44. L'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers est supprimé dans trois hypothèses : (1) dans le cadre d'un arrêté de renvoi, pris sans avis préalable de la Commission consultative des étrangers (suppression de l'article 39/79, §1er, alinéa 2, 4°) ; (2) dans le cadre d'une décision enjoignant à l'étranger, par application de l'ancien article 22 de la loi du 15 décembre 1980[135], de quitter des lieux déterminés, d'en demeurer éloigné ou de résider en un lieu déterminé (suppression de l'article 39/79, §1er, alinéa 2, 6°) ; et (3) lorsque la décision prise est fondée sur « des raisons impérieuses de sécurité nationale » (insertion des article 39/79, §1er, alinéa 1er et §3).

45. La suppression de l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers dans ces hypothèses est justifiée, aux termes des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2017, par la nécessité d'offrir à l'administration toute la latitude nécessaire afin d'agir plus rapidement et efficacement à l'encontre des étrangers qui représentent un risque pour la société[136]. « Il n'est dès lors pas question que l'étranger

dispose plus d'une possibilité légale de suspension ou de levée de cet arrêté ministériel de renvoi pour faire valoir ses droits en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union, alors qu'un étranger qui, pour des raisons d'ordre public, depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée, se voit notifier une interdiction d'entrée dispose quant à lui, aux termes du nouvel article 44*decies* de la loi sur les étrangers, d'une possibilité légale de suspension ou de levée d'une telle interdiction d'entrée afin de faire valoir ses droits en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union ? ». Cette affaire est inscrite sous le numéro 6923 du rôle de la Cour.

[130] Par effet suspensif, il faut entendre ici le fait que la mesure d'éloignement ne peut être exécutée. La décision n'est pas, en tant que telle, suspendue. Elle continue à produire certains effets.

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

[132] Ce recours de plein contentieux au Conseil du contentieux des étrangers n'existe que dans le cadre d'une demande de protection internationale introduite en Belgique.

[133] Dans le cadre de ce contentieux, seule une suspension ou une annulation peuvent être prononcées.

[134] Voy. pour un détail de ces hypothèses : J-Y Carlier et S. Saroléa, *op. cit.*, p.649.

[135] Cet article 22, remplacé par la loi du 24 février 2017, visait les mesures de contraintes susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'étrangers ayant contrevenu à l'ordre public.

[136] Projet de loi du 12 décembre 2006 (n°2), p. 4.

qui fasse l'objet d'une mesure d'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale bénéficie d'une procédure de recours lui conférant de plein droit le droit de rester temporairement sur le territoire »[137]. Certains parlementaires soulignaient la possibilité pour l'intéressé d'obtenir la suspension de l'exécution forcée de la mesure d'éloignement par l'introduction d'une demande de suspension suivant la procédure d'extrême urgence[138]. Ils en concluaient que le droit à un recours effectif serait par conséquent, dans tous les cas, garanti[139]. On peut toutefois en douter vu les conditions entourant l'introduction d'une demande de suspension en extrême urgence. Cette procédure est conditionnée au respect de délais extrêmement courts et subordonnée à la réunion de conditions strictes, puisque la suspension ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte contesté sont invoqués et à la condition que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable [140].

46. Le Conseil d'État s'interrogeait sur le champ d'application du nouvel article 39/79 §3 du fait de l'utilisation de la notion de "raisons impérieuses de sécurité nationale"[141]. La notion de « raisons impérieuses de sécurité nationale » constitue également une condition *sine qua non* pour mettre fin au séjour de certaines catégories de citoyens de l'Union (article 44*bis* §3). Dès lors, le Conseil d'État se demandait si l'utilisation de celle-ci dans l'article 39/79 ne visait que les décisions de fin de séjour prises à l'égard de ces catégories de personnes ou devait être entendue dans un sens plus large. Il ajoutait : « si tel n'est pas le cas, le texte en projet doit être complété afin de prévoir que l'autorité dont l'ordre de quitter le territoire émane précise, s'il échet, que celui-ci est fondé sur des raisons impérieuses de sécurité nationale au sens de l'article 39/79, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 »[142].

A ces interrogations, le législateur répondit : « Il va de soi que des faits relevant de la notion de "raisons impérieuses de sécurité nationale" peuvent être reprochés à n'importe quel étranger, quel que soit son statut de séjour, et ne sont pas l'exclusivité de certains. Par conséquent, si la loi permet de mettre fin au séjour d'un étranger pour des raisons (graves) d'ordre public ou de sécurité nationale, il sera possible de le faire aussi, *a fortiori*, lorsque les faits qui lui sont reprochés concrètement sont tels qu'ils constituent des "raisons impérieuses de sécurité nationale". Dès lors, « l'article 39/79 § 3 s'appliquera à tout étranger auquel il a été mis fin au séjour et qui bénéficie en principe d'un recours en annulation suspensif de plein droit en vertu de l'article 39/79, § 1er, lorsque les faits fondant la décision peuvent être considérés comme des raisons impérieuses de sécurité nationale»[143]. Le législateur n'a pas adapté pour autant le texte du nouvel article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980, qui reste ambigu sur ce point[144].

47. Renvoyant à cette motivation, le Conseil du Contentieux des étrangers considère qu'une décision mettant fin au droit de séjour d'un citoyen de l'Union européenne fondée sur l'article 44*bis* §2 de la loi du 15 décembre 1980, qui ne requiert que des motifs graves d'ordre public ou de sécurité nationale (et non des raisons impérieuses), peut entraîner comme conséquence procédurale la non-automaticité de l'effet suspensif qui s'attache en principe au recours en annulation ouvert à son encontre, lorsqu'il ressort expressément du libellé de la décision et de la motivation exposée qu'elle est prise pour des « raisons impérieuses ». Ainsi, il suffit que la décision mettant fin au séjour précise que les faits reprochés « représentent une raison impérieuse de sécurité nationale au sens de l'article 39/79, §3, de la loi du 15 décembre 1980 » pour que le recours ne soit pas suspensif[145].

48. Des parlementaires s'inquiétaient du manque de définition de la notion de raisons impérieuses de sécurité nationale. Ils soulignaient la large marge de manœuvre en découlant pour les autorités décisionnaires habilitées à priver au cas par cas les étrangers de l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du contentieux des étrangers contre une *décision d'éloignement* pour motifs d'ordre public[146].

Dans le même sens, on peut regretter la large interprétation qui en est donnée par les travaux parlementaires et qui permet aux autorités décisionnaires, par la simple mention de l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale, de priver les étrangers de l'effet suspensif du recours introduit contre la décision d'éloignement prise à leur encontre[147].

[137] *Ibid.*, pp. 5 et 6.

[138] Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Madame Smeyers, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2016-2017, n°2216/002, p. 3.

[139] *Ibid.*

[140] Voy. les articles 39/82, §2, §4 et 39/57, §1er, al. 3 de la Loi du 15 décembre 1980 ainsi que les points 80 et 81 de la présente contribution.

[141] Avis du conseil d'état n° 59.853/4 du 26 septembre 2016, n°2216/001, *Doc. Parl.*, Ch. Repr. , sess. ord., 2016-2017

[142] *Ibid.*, p. 26.

[143] Projet de loi du 12 décembre 2016, volet recours, précité (n°133), p. 7.

[144] L'article 39/79 § 3 actuellement en vigueur dispose : « Le présent article ne s'applique pas lorsque les décisions visées au paragraphe 1er, alinéa 2, sont fondées sur des raisons impérieuses de sécurité nationale. »

[145] CCE, arrêt n° 197 352 du 23 décembre 2017, p. 10.

[146] Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Madame Smeyers, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2016-2017, n°2216/002, p. 5

[147] Particulièrement lorsque c'est la qualification même des faits en « raisons impérieuses » qui est contestée par l'étranger dans le cadre du recours.

Cette suppression de l'effet suspensif du recours introduit à l'égard de décisions fondées sur des raisons impérieuses de sécurité nationale a en outre pour conséquence de priver automatiquement les étrangers bénéficiant d'un statut de séjour particulièrement stable ou d'un besoin de protection élevé d'une garantie contre l'éloignement abusif. La notion de « raisons impérieuses de sécurité nationale » a en effet été introduite dans la loi afin d'instaurer une protection particulière en faveur de certains étrangers[148]. Cette protection se trouve sensiblement déforcée par la possibilité pour l'administration d'expulser les personnes concernées avant l'issue du recours contre la mesure d'éloignement.

49. On peut, enfin, s'interroger sur la proportionnalité de cette suppression au regard de l'objectif qu'elle poursuit. La suppression de l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des étrangers dans ces hypothèses est justifiée par un souci d'efficacité[149]. Or, comme souligné lors des travaux parlementaires, les intéressés disposent toujours de la possibilité d'introduire un recours en extrême urgence contre ces décisions. Cette suppression de l'effet suspensif du recours introduit par le biais de la procédure ordinaire risque d'entraîner une multiplication des procédures puisqu'elle pourrait conduire à une généralisation du recours en extrême urgence dans ces cas. Par conséquent, s'il est vrai que l'exercice de la justice administrative en sera accéléré, cette accélération risque de conduire à une surcharge des autorités administratives contraintes au traitement d'un nombre important de demandes dans un délai de temps restreint. Elle risque, dès lors, de se faire au détriment de sa qualité et, paradoxalement, de son efficacité.

B. Les garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980 par la loi du 24 février 2017

1. Un système de gradation

50. « En contrepartie » de la suppression de catégories protégées, le législateur instaure un système de gradation tenant compte du statut de séjour ou de la durée du séjour de l'étranger éloigné pour des motifs d'ordre public. Selon qu'il soit européen ou non, établi ou non, en Belgique depuis 9 ou 10 ans, l'étranger pourra être éloigné pour « des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale », pour « des raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale » ou pour « des raisons impérieuses de sécurité nationale »[150]. Pour rappel, les citoyens de l'Union ayant séjourné sur le territoire du Royaume pendant les dix années précédentes bénéficient du standard de protection le plus élevé puisqu'ils ne peuvent être éloignés que pour des raisons impérieuses de sécurité nationale[151]. Les citoyens de l'Union et des membres de leurs familles ayant acquis un droit de séjour permanent[152], les ressortissants de pays tiers établis, les ressortissant de pays tiers bénéficiant du statut de résident de longue durée, les ressortissant de pays tiers autorisés ou admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume depuis dix ans au moins et qui y séjournent depuis lors de manière ininterrompue ne peuvent quant eux être éloignés que pour des raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale[153].

51. Aux termes des travaux préparatoires de la loi, différentes indications, tirées pour l'essentiel de la jurisprudence de la Cour de Justice, sont reprises quant à la détermination du degré de gravité requis en fonction du statut de séjour[154]. Ainsi, « la notion de "raisons d'ordre public ou de sécurité nationale" implique l'existence d'une menace suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société, celui-ci devant s'entendre comme comprenant aussi la sécurité intérieure et extérieure de l'État[155]. Les "raisons graves" traduisent l'idée que les circonstances de la cause doivent présenter un degré de gravité plus important, et les "raisons impérieuses" exigent que les circonstances de la cause soient encore plus graves[156]. Il en résulte que la notion de "raisons graves" est bien plus étendue que celle de "raisons impérieuses" [157], la volonté législative étant de limiter, dans ce dernier cas, la possibilité de mettre fin au séjour à des "circonstances exceptionnelles"[158].

52. Comme indiqué précédemment, la difficulté réside dans l'absence de définition de ces notions. Il est impossible de déterminer avec précision le degré de gravité requis pour

[148] Les citoyens UE qui ont séjourné en Belgique durant les dix années précédentes ainsi que les citoyens UE mineurs d'âge (article 44*bis* §3 de la loi du 15 décembre 1980). Voy. le point B. de la présente étude qui développe les garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980 par la loi du 24 février 2017.

[149] Projet de loi du 12 décembre 2016, volet recours, précité (n°133), p.5.

[150] V. Henkinbrant, « Nouvelle politique d'éloignement du gouvernement ou comment être considéré comme criminel sans avoir été condamné », *Newsletter ADDE*, n°129, mars 2017.

[151] Voy. l'article 44*bis* §3 de la Loi du 15 décembre 1980.

[152] Voy. l'article 44 *bis* §2 de la Loi du 15 décembre 1980.

[153] Voy. l'article 22 de la Loi du 15 décembre 1980.

[154] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), pp.22 à 25.

[155] C.J.U.E., 22 mai 2012, *P.I.*, (C 348/09), EU:C:2012:300, point 34 ; C.J.U.E., *J.N.*, 15 février 2016, (C-601/15), EU:C:2016:84, point 67.

[156] Le législateur renvoie principalement aux arrêts C.J.U.E., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, (C-145/09), EU:C:2010:708 ; C.J.U.E., 24 juin 2015, *H.T.*, (C- 373/13), EU:C:2015:413 et C.J.U.E., C.J.U.E., gde ch., 22 mai 2012, *P.I.,* (C. 348/09), EU:C:2012:300.

[157] C.J.U.E., *P.I.*, précité (n°156), point 19.

[158] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité(n°2), p. 24.

basculer d'une notion à l'autre. La Cour de Justice a déjà eu l'occasion de préciser que des mêmes faits peuvent aussi bien relever de la notion de « raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale » que de celle de « raisons impérieuses », ceux-ci devant être replacés dans leur contexte circonstanciel[159]. Tel est le cas de faits de participation à un trafic de stupéfiants[160], de faits de participation ou de soutien à des activités terroristes ou à une organisation terroriste[161], ainsi que de faits d'abus sexuel ou de viol sur mineur[162] ou encore de fraude fiscale[163]. Tout dépend des caractéristiques intrinsèques de l'infraction. Une infraction présentant des caractéristiques particulièrement graves est susceptible de fonder l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale dès lors qu'une atteinte particulièrement grave à un intérêt fondamental de la société est susceptible de présenter une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population [164]. Le degré de gravité de l'infraction est à apprécier par la juridiction de renvoi sur le fondement d'un examen individuel du cas d'espèce dont elle est saisie[165]. Cet examen est à effectuer au cas par cas sur base de tous les éléments pertinents, de fait et de droit, propres au cas d'espèce [166].

[159] Voy. l'arrêt *P.I.* précité (n°156) et son commentaire M. Abner, « L'éloignement d'un citoyen pour des raisons impérieuses de sécurité publique », *R.A.E., L.E.A.*, 2013/2, pp. 309-313.

[160] C.J.U.E., *Tsakouridis*, précité (n°156) , points 40 et 41.

[161] Aux termes de son arrêt C.J.U.E., *HT*, précité (n°156) la Cour a jugé que le soutien à une association terroriste peut fonder l'existence de « raisons impérieuses liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public » au sens de l'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/83.

[162] C.J.U.E., *P.I.*, précité (n°156),points 24 à 30.

[163] C.J.U.E*., Aladzhov*, 17 novembre 2011, (C 434/10), EU:C:2011:750. Aux termes de cet arrêt la Cour précise que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une disposition législative d'un État membre qui permet à l'autorité administrative d'interdire à un ressortissant de cet État de quitter celui-ci au motif qu'une dette fiscale de la société dont il est l'un des gérants n'a pas été acquittée, à la double condition toutefois que la mesure en cause ait pour objet de répondre, dans certaines circonstances exceptionnelles qui pourraient résulter notamment de la nature ou de l'importance de cette dette, à une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et que l'objectif ainsi recherché ne réponde pas seulement à des fins économiques.

[164] C.J.U.E., *P.I.*, précité (n°156), point 28.

[165] Voy. C.J.U.E., *H.T.*, précité (n°156) et son commentaire H. Gribomont, « Révocation du titre de séjour d'un réfugié et 'raisons impérieuses liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public' : clarification de la C.J.U.E. », *Newsletter EDEM*, août 2015.

[166] Le législateur relève : ceux-ci peuvent consister en « la nature ou l'ampleur des faits, la nature et la gravité des sanctions encourues ou prononcées, le contexte juridique et/ou politique dans lequel ces faits s'inscrivent, tant au niveau national qu'international, le statut de la victime, le degré de responsabilité ou d'implication de l'intéressé, le statut social ou professionnel de l'intéressé, sa tendance à la récidive ou à maintenir son comportement, le *modus operandi*, etc ». Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.24.

53. L'énumération de simples éléments à prendre en considération laisse une large marge d'appréciation trop importante aux autorités décisionnaires qui déterminent *in fine,* au cas par cas, les exigences de gravité requises. La « protection » instaurée en faveur des étrangers ayant de solides attaches avec la Belgique apparaît, dès lors, « artificielle » puisque basée sur le recours à des notions aux contours flous.Le Conseil d'État avait invité le législateur à préciser les comportements susceptibles de fonder l'existence de raisons impérieuses de sécurité nationale[167]. Une énumération exhaustive des comportements visés pour chaque niveau de gravité aurait eu le mérite de circonscrire avec précision l'étendue de ces notions.

2. Un examen de proportionnalité

54. Le législateur inscrit dans la loi la nécessité d'effectuer une mise en balance des différents intérêts en présence lors de la prise de décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public, de manière à « veiller dans ce cadre au respect des droits et libertés fondamentaux, dont le respect de la vie familiale et le droit à la protection contre la torture et les traitements inhumains et dégradants »[168].

L'article 23 de la loi du 15 décembre 1980, applicable aux ressortissants de pays tiers, oblige les autorités administratives à effectuer une telle mise en balance qu'il entoure de balises. Ainsi, l'autorité administrative doit tenir compte, lors de la prise de décision, de la gravité ou la nature de l'infraction à l'ordre public ou à la sécurité nationale commise, du danger que l'étranger représente, de la durée de son séjour ainsi que de l'existence de liens avec son pays de résidence ou de l'absence de lien avec son pays d'origine, de son âge et des conséquences pour lui et les membres de sa famille.

A l'instar de ce qui est prévu pour les ressortissants de pays tiers par l'article 23, les articles 44 §4 et 45 de la loi fixent les lignes directrices entourant l'examen de proportionnalité nécessaire lorsqu'une décision d'éloignement est prise à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne ou d'un membre de sa famille pour motifs d'ordre public. Ainsi, le ministre ou son délégué doit tenir compte de la durée du séjour de l'intéressé sur le territoire belge, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans le Royaume et de l'intensité des liens avec son pays d'origine. Ces décisions ne peuvent être fondées sur des

[167] Avis du conseil d'état n° 59.853/4 du 26 septembre 2016, n°2216/001, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2016-2017.

[168] *Ibid.*, p.18.

justifications économiques. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles décisions.

55. S'il est certes appréciable que le législateur ait inscrit dans la loi de 1980 l'obligation pour les autorités administratives d'effectuer un examen de proportionnalité dans le cadre de leur prise de décision, il ne fait que reprendre *a minima* des exigences déjà fixées par les textes européens[169] ainsi que par la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette dernière a, à maintes reprises, exigé que soit effectuée, lors de la prise d'une décision d'éloignement pour motifs d'ordre public, une mise en balance du caractère exceptionnel de la mesure au regard du risque de compromettre la réinsertion sociale de l'étranger ainsi qu'au regard du risque de violation de ses droits fondamentaux[170].

Ainsi, en inscrivant l'obligation pour les autorités administratives de procéder à cet « examen individuel », le législateur n'innove pas, se contentant de reprendre *a minima* les exigences fixées par la législation et la jurisprudence européenne. Il ne s'agit dès lors pas de l'ajout d'une garantie supplémentaire mais de la confirmation d'une garantie déjà existante. Par ailleurs, en l'absence de balises claires, cet examen individuel de proportionnalité nous parait insuffisant à garantir de manière effective les droits fondamentaux des personnes visées par ce type de mesures[171].

3. Le droit d'être informé et entendu préalablement à la prise de décision

56. L'article 62 nouveau de la loi du 15 décembre 1980 prévoit l'obligation d'informer préalablement le destinataire de la mesure des motifs pour lesquels l'autorité envisage de prendre une décision de fin de séjour. Celui-ci dispose ensuite du droit, dans un délai de quinze jours, de faire valoir par écrit les éléments pertinents qui sont de nature à empêcher ou à influencer la prise de décision.

Le législateur précise, ainsi, consacrer le droit d'être entendu dans le texte de la loi de 1980 de manière à « compenser » la suppression des règles de procédure précédemment existantes »[172].

57. L'inscription de ce droit dans le texte de la loi du 15 décembre 1980 est à saluer. C'est la première fois que ce droit est inscrit dans la loi du 15 décembre 1980. Cette consécration du droit d'être entendu dans la loi du 15 décembre 1980 ne constitue pas pour autant une révolution. Ce droit faisait, déjà précédemment l'objet d'une attention particulière. Inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, le droit d'être entendu bénéficie d'une protection de plus en plus large en droit européen[173]. Il est considéré par la Cour de Justice comme un principe général du droit de l'Union faisant partie intégrante des droits de la défense[174]. Il garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts [175]. La Cour précise que « la règle selon laquelle le destinataire d'une décision faisant grief doit être mis en mesure de faire valoir ses observations avant que celle-ci soit prise a pour but que l'autorité compétente soit mise à même de tenir utilement compte de l'ensemble des éléments pertinents »[176]. Ainsi, « le respect du droit d'être entendu s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »[177], celui-ci découlant du

[169] Voy. l'article 27 de la Directive 2004/38/CE précitée ainsi que l'article 12 de la Directive 2003/109/CE précitée.

[170] Voy. à titre d'exemple, C.J.U.E., *Tsakouridis*, précité (n°156) ; points 50, 51 et 52 ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Ziebell contre Land Baden-Württemberg*, (C371/08), points 26 et 82 ; C.J.U.E., 15 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge,* (C161/15), point 7 ; C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Petrea*, (C184/16), EU:C:2017:684., point 6 ; C.J.U.E., 7 décembre 2017, *López Pastuzano*, (C636/16), EU:C:2017:949 et le commentaire de cette décision : J.-B. Farcy, « L'objectif d'intégration des étrangers installés durablement : une limite au pouvoir des États d'expulser un étranger condamné pénalement », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2017.

[171] Voy. sur ce point la quatrième partie de la présente contribution consacrée aux garanties découlant des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Nous renvoyons plus particulièrement aux garanties découlant de l'application de l'article 8 de la Convention (IV.A).

[172] Projet de loi du 12 décembre 2016 précité (n°2), p.19.

[173] Le droit d'être entendu tel qu'il est consacré par l'article 41 de la Charte reflète un principe général de droit de l'Union et s'impose aux institutions nationales lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union. Voy. C.C.E., 25 juin 2014, n° 126 219 et son commentaire L. LEBOEUF, « Le C.G.R.A. doit respecter le droit d'être entendu tel que consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Newsletter EDEM*, septembre 2014.

[174] C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Mukarubega,* (C 166/13), EU:C:2014:2336, point 45 ; C.J.U.E. *Boudjlida*, 11 décembre 2014, (C249/13), EU:C:2014:2431, point 34.

[175] Voy. not. C.J.U.E., *M.*, 22 novembre 2012, (C 277/11), EU:C:2012:744, point 87 ; C.J.U.E. *Mukarubega*, *op. cit.*, point 46.

[176] C.J.U.E.*,* 18 décembre 2008*, Sopropé*, (C349/07), EU:C:2008:746, point 49 ; C.J.U.E. *Mukarubega*, *op. cit.*, point 47 ; C.J.U.E. *Boudjlida*, *op. cit.*

[177] C.J.U.E.*, Sopropé*, *op. cit.,* point 38 ; C.J.U.E., *M.*, *op. cit.*, point 86 ; C.J.U.E., 10 septembre 2013, *MG et NR*, (C383/13), EU:C:2013:533, point 32.

principe général de bonne administration, qui s'impose, même en l'absence de texte légal le prévoyant[178].

Cette règle poursuit comme principal objectif d'assurer le respect du devoir de minutie, en permettant à l'administration d'être au courant de tous les éléments pertinents et d'être ainsi en mesure de « statuer en pleine connaissance de cause » [179]. Le Conseil du Contentieux des étrangers accordait déjà, avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017, une importance particulière au respect du droit d'être entendu en cas de retrait de séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public[180]. Ainsi jugeait –il sur la base du régime précédemment en vigueur– qu'une décision d'interdiction d'entrée, ayant un impact particulièrement grave sur le droit à la vie privée et familiale de son destinataire, prise sans que celui-ci n'ait été invité à faire valoir, avant la prise de l'acte attaqué, des éléments relatifs à sa situation personnelle viole le droit d'être entendu[181].

58. Par ailleurs, les conditions entourant la mise en œuvre du droit d'être entendu inscrites à l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 nous paraissent insuffisantes à garantir, dans tous les cas, la bonne information des autorités administratives.

59. Premièrement, les notions entourant la mise en œuvre de ce droit sont floues et laissent, à nouveau, à l'autorité administrative un large pouvoir discrétionnaire. Ainsi, la possibilité pour l'intéressé de faire valoir des éléments pertinents avant la prise de décision tombe « si des motifs intéressant la sûreté de l'État s'y opposent »[182], « si les circonstances particulières, propres au cas d'espèce, s'y opposent ou l'empêchent, en raison de leur nature ou de leur gravité »[183], voire « si l'intéressé est injoignable »[184]. Le délai d'information à respecter par l'autorité peut, par ailleurs, être réduit ou prolongé si cela s'avère « utile » ou « nécessaire »[185]. Il est évident que l'utilisation de ces motifs sur la base desquels les autorités administratives peuvent se défaire des obligations inscrites à l'article 62, leur offre une marge de manœuvre infinie.

60. Deuxièmement, l'obligation de recourir à l'écrit afin de faire valoir ses arguments risque de constituer un obstacle sérieux à la mise en œuvre de ce droit pour nombre d'étrangers. Nous pensons en particulier aux étrangers détenus pénalement. L'article 63, §3, 7° de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que la décision de retrait de séjour ou d'éloignement est notifiée à l'étranger détenu par le directeur de l'établissement pénitentiaire. La circulaire ministérielle 1815*bis* réglant la situation des étrangers détenus précise la manière dont le respect du droit d'être entendu des étrangers détenus est assuré en pratique[186].

Cette circulaire oblige l'office des étrangers à informer la prison lorsque l'étranger fait l'objet d'une procédure de retrait de séjour. Un agent de l'office des étrangers désigné par le vocable « accompagnateur de migration » devra ensuite rendre visite au détenu et lui remettre un document type d'audition. Le cas échéant, il remplira ce document avec lui. Il est évident, dans ces conditions, qu'il sera impossible de vérifier que l'étranger a bien pu faire valoir les éléments utiles à sa défense. D'autant qu'il ne sera pas assisté par son avocat lors de cet entretien. Ce dernier ne sera, par ailleurs, nullement, informé de la procédure engagée.

61. Enfin, nous nous interrogeons sur l'effectivité des garanties inscrites à l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 dès lors que le législateur ne prévoit aucune sanction de leur méconnaissance. La Cour de Justice considère qu'« une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence

[178] S. Janssens, P. Robert, « Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne. », *Rev. dr.* étr., 2013, n°173, p. 379.

[179] CCE, arrêt n°151 890 du 7 septembre 2015.

[180] Voy. par ex. CCE, arrêt n° 153 706 du 30 septembre 2015.

[181] CCE, arrêt n° 199 934 du 20 février 2018. En l'espèce, le Conseil relève que si cette possibilité lui avait été donnée, le requérant aurait notamment fait valoir, « le fait qu'il a une compagne en Belgique, chez qui il réside régulièrement, qu'il a également des liens développés avec les 4 enfants de celle-ci et que celle-ci est enceinte de ses œuvres avec un accouchement prévu dans quelques mois », ce qui avait été totalement ignoré par les autorités décisionnaires.

[182] Art. 62 al. 3, 1° de la Loi du 15 décembre 1980. Précisons que dans son arrêt *ZZ* (C.J.U.E., *ZZ*, 4 juin 2013, (C300/11), EU:C:2013:363), la Cour de Justice exige que « si, dans des cas exceptionnels, une autorité nationale s'oppose à la communication à l'intéressé des motifs précis et complets qui constituent le fondement d'une décision d'éloignement pour motifs d'ordre public prises à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne, en invoquant des raisons relevant de la sûreté de l'État, le juge compétent de l'État membre concerné doit avoir à sa disposition et mettre en œuvre des techniques et des règles de droit et de procédure permettant de concilier, d'une part, les considérations légitimes de la sûreté de l'État quant à la nature et aux sources des renseignements ayant été pris en considération pour l'adoption d'une telle décision et, d'autre part, la nécessité de garantir à suffisance au justiciable le respect de ses droits procéduraux, tels que le droit d'être entendu ainsi que le principe du contradictoire (…) À cette fin, les États membres sont tenus de prévoir, d'une part, un contrôle juridictionnel effectif tant de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par l'autorité nationale au regard de la sûreté de l'État que de la légalité de la décision ainsi que, d'autre part, des techniques et des règles relatives à ce contrôle ».

[183] Art. 62 al. 3, 2° de la Loi du 15 décembre 1980.

[184] Art.62 al.3, 3° de la Loi du 15 décembre 1980.

[185] Art. 62 al. 2 de la Loi du 15 décembre 1980.

[186] CM, 1815*bis* du 27 novembre 2017.

de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent »[187]. « Pour qu'une telle illégalité soit constatée, il incombe au juge national de vérifier, lorsqu'il estime être en présence d'une irrégularité affectant le droit d'être entendu, si, en fonction des circonstances de fait et de droit spécifiques de l'espèce, la procédure administrative en cause aurait pu aboutir à un résultat différent »[188].

Dans le même sens, le Conseil du contentieux des étrangers ne procède à l'annulation d'une décision prise en méconnaissance du droit d'être entendu que s'il estime, en fonction des circonstances juridiques et des faits spécifiques de la cause, que la décision prise aurait pu être différente si ce droit avait bien été respecté[189]. Préciser et inscrire les sanctions liées à la méconnaissance de la procédure prévue par l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 dans le texte de cette disposition aurait pu constituer une véritable avancée dans la bonne protection de ce droit[190]. Nous regrettons que le législateur ne se soit pas saisi de cette opportunité.

IV Les garanties découlant des droit protégés par la Convention européenne des droits de l'homme

62. Les dispositions étudiées élargissent considérablement les pouvoirs conférés aux autorités administratives en matière de retrait du droit au séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public. Leur action reste toutefois soumise au respect des droits et principes fondamentaux consacrés par les textes européens et internationaux en ce compris les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme.

L'éloignement d'étrangers en séjour légal a rapidement posé question au regard des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme.

La conformité de ces décisions avec le droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention est régulièrement mise en cause (A). Ces mesures heurtent, par ailleurs, dans un certain nombre de cas, l'interdit absolu des traitements inhumains et dégradants consacré par l'article 3 de la Convention. Nous reviendrons sur les cas particuliers dans lesquels ce droit est mis à mal par l'exécution de décision d'éloignement pour motifs d'ordre public (B). Enfin, une protection effective de ces droits supposant l'accès à un juge, garant de la reconnaissance et du bon respect des droits, nous nous intéresserons aux droits procéduraux garantis par la Convention (C).

A. L'exigence du respect du droit à la vie privée et familiale : une protection relative

63. L'éloignement pour motifs d'ordre public d'un étranger en séjour légal ayant des attaches familiales et sociales dans son pays de résidence est susceptible de porter atteinte à son droit à la vie privée et familiale, droit consacré tant en droit interne[191] qu'en droit international[192] et européen[193]. Les mesures d'éloignement font l'objet d'une abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, régulièrement appelée à vérifier la conformité de celles-ci au droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention. Elle a rappelé, à maintes reprises, qu'exclure une personne d'un pays dans lequel elle a ses attaches familiales et sociales peut constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et familiale consacré à l'article 8 § 1 de la Convention[194]. Toutefois, l'article 8 de la Convention n'offrant qu'une protection relative, la Cour européenne des droits de l'homme autorise l'éloignement pour motifs d'ordre public d'un étranger en séjour légal ayant une vie familiale et sociale dans son pays de résidence (1) pour autant que l'ingérence de l'autorité soit prévue par la loi (légalité) (2), qu'elle soit inspirée par un but légitime (légitimité) (3) et qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique (proportionnalité) (4)[195].

1. Les notions de vie familiale et vie privée

64. Les notions de vie privée et vie familiale constituent des notions autonomes, qui doivent être interprétées indépendamment du droit national. En ce qui concerne l'existence

[187] *M.G. et NR*, précité (n°177), point 38.

[188] *M.G. et N.R.*, précité (n°177), point 40.

[189] CCE, arrêt n° 128856 du 6 septembre 2014 ; CCE, arrêt n° 130247 du 26 septembre 2014 ; CCE, arrêt n° 199 934 du 20 février 2018.

[190] On aurait ainsi pu imaginer sanctionner le non-respect des conditions inscrites dans cet article par l'annulation de la décision prise au terme de cette procédure.

[191] Par l'article 22 de la Constitution.

[192] L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politique protège toute personne contre les immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

[193] L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 8 de la Convention consacrent le droit de toute personne au « respect de sa vie privée et familiale ».

[194] Cour eur. D. H., *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, §36 ; Cour eur. D.H., *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, série A 234-A.

[195] Voy parmi d'autres : *Boultif*, précité, §46, et Cour eur. dr.h., Üner *c. Pays-Bas (GC)*, 18 octobre 2006, §54.

d'une vie familiale, il convient tout d'abord de vérifier s'il est question d'une famille. La vie familiale se limiterait au noyau familial[196] ou proches parents[197]. Ensuite, il doit apparaître, dans les faits, que le lien personnel entre les membres de cette famille est suffisamment étroit[198]. Toutefois la Cour considère que « la notion de famille sur laquelle repose l'article 8 inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant, que ce dernier soit légitime ou naturel »[199]. Les liens de jeunes adultes qui n'ont pas encore fondé leur propre famille avec leurs parents et d'autres membres de leur famille proche s'analysent également en une « vie familiale »[200]. La notion de 'vie privée' n'est pas plus définie par l'article 8 de la CEDH. Cette notion reçoit une acceptation tellement large dans la jurisprudence de la Cour qu'il est impossible d'en donner une définition exhaustive. La Cour considère que la notion de vie privée englobe non seulement le cercle intime de la personne concernée mais également « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »[201]. Ainsi, l'existence d'une vie familiale ou d'une vie privée au sens de l'article 8 de la Convention s'apprécie en fait et est susceptible de couvrir un ensemble de situations familiales et sociales très diverses[202].

2. L'examen de légalité

65. La jurisprudence de la Cour exige que la base légale d'une mesure portant ingérence dans le droit à la vie privée et familiale soit « suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite »[203]. L'examen de légalité ne pose en général guère de difficulté à la Cour en matière d'expulsion[204]. Celle-ci a toutefois, à diverses reprises, conclu au non-respect de cette condition de légalité en matière d'expulsion au motif que la disposition légale prévoyant la possibilité de retirer un titre de séjour, ordonner l'expulsion ainsi que prononcer une interdiction de territoire *à l'égard* d'un étranger troublant l'ordre public ne prévoyait nullement la possibilité pour l'intéressé de faire valoir ses arguments lors d'une procédure contradictoire[205]. La Cour relevait l'absence de toute base factuelle dans les ordonnances d'expulsion, le fait que les ordonnances étaient délivrées en dehors de toute procédure contradictoire et l'impossibilité de tout contrôle de leur régularité et de leur nécessité par un organe indépendant et impartial[206]. Dès lors que les dispositions pertinentes de la loi sur les étrangers de l'État contractant n'offrent aucune garantie procédurale, la Cour les juge insuffisantes à répondre aux exigences qualitatives posées par l'article 8 § 2 de la Convention[207]. Elle en conclut que les mesures litigieuses n'étaient pas « prévues par la loi » au sens de l'article 8 § 2[208].

[196] Cour eur. D. H., *Slivenko c. Lettonie*, 9 octobre 2003, §95.

[197] Cour eur. D. H., *Boultif c. Suisse*, précité, §39.

[198] Cour eur. D. H., *K. et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001, §150.

[199] Cour eur. D. H., *Berrehab c. Pays-bas,* 21 juin 1988, §§20 et 21 ; Cour eur. D. H., *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, §§32-33 ; Cour eur. D. H., *Boughanemi c/ France*,24 avril 1996, §35.

[200] Cour eur. D. H., *Bouchelkia c. France, 29 janvier 1997, § 41 ;* Cour eur. D. H., *El Boujaïdi,* 26 septembre 1997*, §33 ;* Cour eur. D. H.., *Ezzouhdi c. France,* 13 février 2001*, § 26 ;* Cour eur. D. H.*, Maslov c. Autriche,* 23 juin 2008*, §62.*

[201] Cour eur. D. H., *Niemietz/Allemagne,* 16 décembre 1992, §29 ; Cour eur. D. H., *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, 25 mars 1993, §36.

[202] Voy. P- F. Docquir, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit au séjour ? », *Rev. trim. dr. h*., 2004, pp.925 à 929.

[203] Cour eur. D. H., *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 octobre 2000 ; Cour eur. D. H., *Larissis et autres c. Grèce*, 24 février 1998.

[204] Il serait intéressant d'interroger la Cour sur la conformité des dispositions étudiées avec cette exigence de légalité. L'éloignement d'un étranger en séjour légal ayant ses attaches familiales dans le pays d'accueil constitue une ingérence importante dans son droit à la vie privée et familiale. Or, la prise de ces mesures se fondent sur le recours aux notions d'ordre public et de sécurité nationale, *a priori,* indéfinissable avec précision.

[205] Cour eur. D. H., *Baltaji c. Bulgarie*, 12 juillet 2011, §§34 à 39 ; Cour eur. D. H., *Bachir et autres c. Bulgarie*, 14 juin 2007, §39 ; Cour eur. D. H., *Musa et autres c. Bulgarie*, 11 janvier 2007, §60 ; Cour eur. D. H., *Al Nashif c. Bulgarie*, 20 juin 2002, §§125 à 129.

[206] *Ibid*.

[207] *Al-Nashif*, précité, §§125 à 129, *Musa et autres*, précité, §§61 à 63 ; *Bachir et autres*, précité, §§ 41 et 42 ; *Baltaji c. Bulgarie* précité, §§34 à 39.

[208] Voy *Baltaji c. Bulgarie* précité*, §*39. A nouveau, il serait intéressant d'interroger la Cour sur la conformité des dispositions étudiées avec cette jurisprudence. Les garanties procédurales entourant l'application de ces mesures sont-elles suffisantes que pour rencontrer cette exigence de légalité ?

3. La légitimité du but poursuivi

66. En matière d'éloignement pour motifs d'ordre public, la Cour commence systématiquement par rappeler que « d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »[209]. Les États contractants sont, dès lors, autorisés à expulser un étranger délinquant dans le cadre de leur mission de maintien de l'ordre public[210]. Ainsi, l'expulsion d'un étranger pour motifs d'ordre public répond « à des fins pleinement compatibles avec la Convention dès lors qu'elle vise la 'défense de l'ordre' et la 'prévention des infractions pénales' »[211]. La Cour part systématiquement de ce postulat de départ et ne s'attarde guère sur la question de la légitimité du but poursuivi par ces mesures[212].

4. Le contrôle de proportionnalité

67. L'expulsion d'un étranger pour motifs d'ordre public, dans la mesure où elle porte atteinte à un droit protégé par le paragraphe premier de l'article 8, doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi[213]. Il faut en premier lieu se poser la question de la pertinence de la mesure au regard de l'objectif qu'elle poursuit. Cette question est balayée par la Cour qui reconnaît à ces mesures un caractère préventif. Elle n'en reste pas moins controversée : « est-il permis d'affirmer sans ambages que l'expulsion d'un délinquant constitue une mesure susceptible de contribuer à la prévention des infractions pénales ? »[214]. Certains magistrats de la Cour en doutent. Ainsi, dans l'affaire *Boujlifa*, le juge Morenilla souligne : « Le besoin social impérieux de la défense de l'ordre public ne saurait être invoqué : cette mesure se traduit en une aggravation de la condamnation pénale de M. Boujlifa par rapport à celle des ressortissants français, de sorte qu'elle est discriminatoire. Elle est, par ailleurs, contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants »[215]. Cette même critique est soulevée dans l'affaire *Üner*, par les juges *Costa, Zupančič et Türmen* lesquels refusent de reconnaître à ces mesures un caractère préventif[216].

68. La pertinence de la mesure attaquée pour atteindre l'objectif poursuivi validée, la Cour se doit encore d'interroger le caractère proportionné ou non de la mesure pour atteindre ce but de maintien de l'ordre et de prévention des infractions pénales. Le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour consiste à déterminer si la mesure litigieuse a respecté un juste équilibre entre, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales[217].

69. Elle encadre cette analyse de proportionnalité d'une liste de critères évoluant au gré de sa jurisprudence[218] .

Ces critères diffèrent en fonction du statut de l'étranger visé par la mesure. La Cour distingue les étrangers arrivés à l'âge adulte et les étrangers de la seconde génération ou arrivés à un très jeune âge dans leur pays de résidence.

La liste des critères applicables aux premiers est définie par la Cour dans l'arrêt *Boultif*. La Cour précise avoir égard à : « la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé ; la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ; la nationalité des diverses personnes concernées ; la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple ; la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, l'âge de ces enfants ainsi que les difficultés

[209] Voy, parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D. H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67 ; Cour eur. D. H., *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42.

[210] Voy. Cour eur. D. H., *Slivenko et al. c. Lettonie* (GC), 9 octobre 2003, §113 ; Cour eur. D.H., *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001, §48.

[211] Voy. parmi d'autres Cour eur. D. H., *Udeh c. Suisse*, 16 avril 2013, §42.

[212] P-F. Docquir, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p.931.

[213] Voy. Cour eur. D.H., *Mehemi c. France*, 26 septembre 1997, §34 ; Cour eur. D. H., *Dalia c. France*, 19 février 1998, §52 ; Cour eur. D. H.., *Boultif c. Suisse,* 2 août 2001, §46, et Cour eur. D. H., *Slivenko c. Lettonie* [GC], 9 octobre 2003, §113.

[214] P-F. Docquir, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p.931.

[215] Cour eur. D. H., *Boujlifa c. France*, 21 juillet 1997, Opinion dissidente de M. le juge Morenilla.

[216] Cour eur. D. H., Üner *c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006, Opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupanic et Türmen. Voy le commentaire de cet arrêt : M-F. Valette, « Double peine » : Les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h*, 2007, pp. 1101 à 1119.

[217] Cour eur. D. H., *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001, §48 ; Cour eur. D. H., *Üner c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006, §54 ; Cour eur. D. H., *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, §76.

[218] Ces critères ont été énoncés dans l'arrêt *Boultif* : Cour eur. D. H., *Boultif c. Suisse,* 2 août 2001. Ils ont ensuite été affinés dans ses arrêts Üner et *Maslov* : Cour eur. D. H., Üner *c. Pays-Bas* (GC)*,* 18 octobre 2006 *;* Cour eur. D. H., *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008.

que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse »[219].

Elle affine, ensuite, ces critères dans l'arrêt Ü*ner* ajoutant deux critères supplémentaires. Il doit, en outre, être tenu compte de « l'intérêt et du bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé ainsi que de la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination »[220].

Les immigrés de seconde génération font l'objet d'un traitement distinct. La Cour reconnaît depuis son arrêt *Benhebba* une protection particulière aux immigrés de seconde génération ou arrivés dans leur prime jeunesse. Ceux-ci ayant reçu leur éducation, noué la plupart de leurs attaches sociales et développé leur identité propre dans leur pays d'accueil font l'objet d'un traitement spécifique. Outre la prise en compte des critères applicables aux étrangers arrivés dans le pays hôte à l'âge adulte, la Cour juge indispensable de tenir compte « des liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec leur pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence »[221].

Dans l'arrêt *Maslov*[222], la Cour se penche, plus particulièrement sur les critères applicables au jeune adulte, étranger de seconde génération ou arrivé à un très jeune âge et qui n'a pas encore fondé sa propre famille. Elle précise tenir compte, dans ce cas, de « la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction et la conduite du requérant durant cette période ; ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination »[223]. La Cour précise, en outre, avoir égard à « l 'âge de la personne concernée »[224]. Elle rappelle que « même si l'article 8 ne confère pas à une quelconque catégorie d'étrangers, y compris à ceux qui sont nés dans le pays hôte ou qui y sont arrivés à un jeune âge, un droit absolu à la non-expulsion, la Cour a déjà estimé qu'il fallait tenir compte de la situation spéciale des étrangers qui ont passé la majeure partie, sinon l'intégralité, de leur enfance dans le pays hôte, qui y ont été élevés et qui y ont reçu leur éducation »[225]. Dès lors, « s'agissant d'un immigré de longue durée qui a passé légalement la majeure partie, sinon l'intégralité, de son enfance et de sa jeunesse dans le pays d'accueil, il y a lieu d'avancer de très solides raisons pour justifier l'expulsion, surtout lorsque la personne concernée a commis les infractions à l'origine de la mesure d'expulsion pendant son adolescence »[226].

70. Si la mise en place de ces critères destinés à guider le contrôle de proportionnalité effectué par les autorités nationales est séduisante en théorie, elle peine en pratique, à offrir, dans tous les cas, une protection effective de la vie privée et familiale des étrangers frappés par ces mesures.

Premièrement parce que la jurisprudence de la Cour en la matière, évoluant au gré des cas soumis à son appréciation, reste inconstante et imprévisible[227].

Deuxièmement, parce que la Cour laisse, en la matière, une large marge d'appréciation aux autorités étatiques. Elle a récemment conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention dans le cas de l'éloignement d'un jeune adulte, arrivé dans son pays d'acceuil, le Royaume Uni, à un très jeune âge et n'ayant aucune attache avec son pays d'origine, le Nigéria. Celui-ci était considéré comme représentant une menace pour l'ordre public dès lors qu'il avait été condamné du chef de diverses infractions. La Cour européenne des droits de l'homme procède à un examen particulièrement succinct de la conformité de cette mesure avec l'article 8 de la Convention, estimant, en l'espèce, ne pas avoir à substituer son appréciation à celle des autorités nationales qui avaient effectué une juste mise en balance des différents intérêts en présence[228].

Dans le même sens, le contrôle de proportionnalité effectué par nos juridictions nationales au regard des droits protégés par l'article 8 de la Convention offre une large marge de manoeuvre aux autorités décisionnaires. Nos juridictions

[219] Cour eur. D. H., *Boultif c. Suisse*, précité, §48.

[220] Cour eur. D. H., Üner *c. Pays Bas,* précité, § 58.

[221] Cour eur. D. H., *Benhebba c. France*, précité, §33

[222] Cour eur. D. H., *Maslov c. Autriche*, précité.

[223] *Ibid.*, §71.

[224] *Ibid.*, §72.

[225] *Ibid.*, §74

[226] I*bid.*, §75.

[227] Voy. pour un détail des inconstances de cette jurisprudence : M-B Dembour, «Étrangers ou quasi-nationaux? Le choix des droits de l'homme », obs. sous Cour européenne des droits de l'homme, *Ezzouhdi c. la France*, 13 février 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 959 à 982. M-F Valette, « Double peine» : Les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour européenne des droits de l'homme, Gde Ch., Üner *c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, *Rev. trim. dr. h*, 2007, pp. 1101 à 1119 ; C. Raux, « Les mesures d'éloignement du territoire devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D. H.(GC), Üner *c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, *Rev. trim D.H.*, 2007, pp. 837 à 853 ; S. Saroléa, « L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D. H.., *Ndidi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2018*, Rev. trim. D. H.*, 2018, pp. 503 à 521.

[228] Voy. l'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* précité, §55 et les commentaires de cet arrêt : Benoît D'Hondt, « Of course a stranger must conform': regarding the Ndidi judgment with Euripides' Medea », Strasbourg Observer Blog (Novembre 2017) online : https://strasbourgobservers.com.

administratives opérant un contrôle de légalité ne sont pas habilitées à substituer leur propre appréciation de la proportionnalité de la mesure *à celle des autorités administratives*[229]. Procédant à un examen de la conformité de la mesure d'éloignement prise à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne né et ayant toujours vécu en Belgique avec l'article 8 de la Convention, le Conseil du Contentieux des étrangers juge que celle-ci ne viole pas son doit à la vie privée et familiale *dès lors* que la décision attaquée fait « apparaître l'exceptionnelle gravité de la menace que représentait le requérant pour la sécurité nationale et se fondait sur un examen individuel procédant à une mise en balance valable des différents intérêts en présence »[230]. Ainsi, pour autant que l'autorité administrative, respectant l'exigence de motivation formelle des décisions administratives, considère, au terme d'un « examen individuel » et d'une « mise en balance » des différents intérêts en présence qu'un étranger né en Belgique et y ayant toujours vécu représente une menace « suffisamment » grave pour la sécurité nationale, elle dispose, en l'état actuel de la jurisprudence, du pouvoir de l'éloigner, en dépit des conséquences dramatiques que cette mesure est susceptible d'avoir sur sa vie sociale et familiale.

Ces arrêts témoignent de la marge de manœuvre étendue que l'application des critères fixés par la Cour offre aux autorités décisionnaires. Celle-ci fait *échec à garantir, dan*s tous les cas, une protection effective des étrangers éloignés pour motifs d'ordre public contre les ingérences disproportionnées que ces mesures peuvent entraîner dans leur droit à la vie privée et familiale.

B. L'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants : une interdiction absolue

71. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit en des termes absolus la torture et les traitements inhumain et dégradants. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, à de très nombreuses reprises, que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques[231]. Ainsi, « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants »[232]. Dans l'arrêt *Soering*, la Cour a posé le principe d'une application par ricochet de l'article 3. Ainsi, un État contractant ne peut remettre une personne à un autre État « où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou traitement inhumains ou dégradants menace l'intéressé »[233]. La Cour juge, de manière constante, que lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion, court un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention dans le pays destination, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays[234].

1. Le cas particulier des étrangers suspectés ou condamnés pour des faits de terrorisme

72. La lutte contre le terrorisme est régulièrement invoquée par les États pour justifier leur pouvoir souverain. Dans un arrêt récent, *X c. Suède,* la Cour a réitéré le caractère absolu de l'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants, rappelant que celui-ci n'admet aucune dérogation même dans les circonstances les plus graves en ce compris la lutte contre le terrorisme [235]. La Cour était, en l'espèce, appelée à se prononcer sur la conformité avec l'article 3 de l'expulsion d'un ressortissant d'origine marocaine suspecté de faits de terrorisme. Le requérant soutenait qu'il existait des motifs sérieux de croire qu'en cas de retour au Maroc, il serait arrêté et torturé dès lors qu'il était suspecté de faits de terrorisme et considéré comme une menace pour la sécurité nationale par la Suède. La Cour, considérant qu'il existait effectivement un risque pour le requérant d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants à son retour au Maroc

[229] C.E., arrêt du 26 janvier 2016, n° 233.637 et C.E., arrêt du 26 juin 2014, n° 227.900

[230] Voy. CCE, arrêt du 8 décembre 2017 n°196 353 et son commentaire C. Maco, « L'éloignement d'un citoyen de l'Union de seconde génération : Un retour en arrière entouré de garanties suffisantes contre l'arbitraire ? », note sous CCE, 8 décembre 2017, n°196 353, *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2018.

[231] Cour eur. D. H., *Saadi c. Italie* (GC), 28 février 2008, §127 ; Cour eur. D. H., *J.K. et autres c. Suède,* 23 août 2016, §79.

[232] Cour eur. D. H., *Selmouni c. France* (GC), 28 juillet 1999, §95 ; Cour eur. D. H., *J.K. et autres c. Suède,* 23 août 2016, §79 ; Cour eur. D. H., *X c. Suède,* 9 janvier 2018, ***§55.***

[233] Voy. Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §88.

[234] Voy. Cour eur. D. H., *Saadi c. Italie* (GC), 28 février 2008 §§124-125 ; Cour eur. dr.h., *F.G. c. Suède* (GC), 23 mars 2016, §111 ; Cour eur. D. H., *M.A. c. France,* 1er février 2018, *§§51 à 57.*

[235] Voy. Cour eur. D. H., *X c. Suède* 9 janvier 2018 et le commentaire de cet arrêt : F.L. Gatta, « ECtHR, 9 January 2018, X v. Sweden, Appl. No. 36417/16. National security and expulsion of a suspected terrorist ; protection of human rights prevails over security », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2018. Voy. par ailleurs, dans le même sens, l'arrêt *Saadi* c. Italie précité (n°234). La Cour avait ordonné à l'Italie de ne pas procéder à l'expulsion Monsieur Saadi, ressortissant tunisien, suspecté de faits de terrorisme en raison des risques qu'il encourrait de subir des traitement inhumains et dégradants s'il était expulsé vers la Tunisie. La Cour se réfère aux rapports de diverses associations dénonçant les actes de torture commis à l'encontre des suspects de terrorisme par les autorités tunisiennes.

[236], a enjoint à la Suède de ne pas procéder à son expulsion[237]. La Cour s'appuyait, entre autres, sur les rapports de plusieurs organismes nationaux et internationaux[238].

73. Sur la base des mêmes constations, le Conseil du Contentieux des étrangers a, à diverses reprises, suspendu l'ordre de quitter le territoire délivré à l'égard de ressortissants marocains suspectés ou condamnés pour des faits de terrorisme en raison du risque que ceux-ci encourraient de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention dans leur pays d'origine[239]. Régissant à ces arrêts, le secrétaire d'État belge annonçait la mise en place d'un groupe de travail, en concertation avec les autorités marocaines, ayant pour objectif d'éviter que les ressortissants marocains suspectés ou condamnés pour des faits de terrorisme ne fassent l'objet de traitements inhumains et dégradants en cas de retour dans leur pays d'origine[240]. Plusieurs mois après cette annonce, aucun rapport officiel n'allant dans ce sens n'a encore été communiqué.

2. Le cas des étrangers bénéficiaires du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire

74. Le risque de violation de l'article 3 en cas d'expulsion vers le pays d'origine est particulièrement prégnant à l'égard des étrangers bénéficiant du statut de protection subsidiaire ainsi que du statut de réfugié. Ceux-ci bénéficient, en raison de leur statut, d'une protection contre l'éloignement inscrite dans la loi du 15 décembre 1980[241]. Ces étrangers jouissent, par ailleurs, d'une protection renforcée contre l'éloignement découlant de l'application du principe de non-refoulement consacré par divers textes internationaux[242].

75. Ils peuvent toutefois être exclus du bénéfice de cette protection internationale pour une série de motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public, soit parce qu'ils ne rentrent plus dans les conditions pour bénéficier de la protection contre l'éloignement découlant de leur statut, soit parce qu'ils sont exclus de ce statut.

La Convention de Genève autorise expressément le retrait du statut de réfugié à qui se serait rendu coupable de crimes graves ou d'agissements contraires aux buts et principes des Nations-Unies [243]. Les dispositions européennes et belges

[236] *X c. Suède,* §§ 57 à 61.

[237] *X c. Suède,* §§ 62-63.

[238] La Cour s'appuyait sur un rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies lequel mentionnait l'existence d'actes de torture et de mauvais traitement imposés aux suspects de terrorisme par les services de sécurité marocains (Voy. §§ 27 à 28 de l'arrêt *X. c. Suède* précité renvoyant au Rapport UN doc. A/HRC/27/48/Add.5 daté du 4 août 2014 du groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies) Elle renvoyait en outre au rapport du Comité des droits de l'homme des Nations Unies adopté le 2 novembre 2016, qui pointait un certain nombre de sujets de préoccupation, parmi lesquels le fait que des personnes soupçonnées de terrorisme ou de menaces contre la sécurité de l'État continuent d'être soumises à la torture et à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants (Voy. § 29 de l'arrêt renvoyant au Rapport du Comité des droits de l'homme (UN doc. CCPR/MAR/CO/6) adopté le 2 novembre 2016). L'arrêt citait également un rapport du Département d'État américain faisant état d'actes de torture perpétrés à l'égard de suspects de terrorisme par les autorités marocaines (Voy. § 31 de l'arrêt *X. c. Suède* renvoyant au rapport suivant : « United States Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 2016, Morocco » *publié en date du 3 mars 2017*).

[239] Voy. CCE, arrêt n° 217 025 du 5 mars 2018 ; CCE, arrêt n°201 039 du 13 mars 2018 ; CCE, arrêt n°202 098 du 6 avril 2018 ainsi que CCE, arrêt n° 203 271 du 27 avril 2018. Précisons que le Conseil refuse toutefois d'interdire l'adoption de nouvelles décisions qui seraient fondées sur des considérations similaires à celles reprises dans des décisions dont l'exécution a été suspendue. Cette interdiction découlerait, à son sens, de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ces arrêts. Voy le dispositif de l'arrêt CCE n°201 039 du 13 mars 2018. Voy. par ailleurs, dans le même sens, l'arrêt CCE n°204 589 du 4 avril 2018 corrigé par l'arrêt n° 204631 du 30 mai 2018 aux termes duquel le Conseil suspend l'ordre de quitter le territoire délivré à l'égard d'un ressortissant tunisien suspecté de faits de terrorisme.

[240] Voy. *Le Soir* du 2 mai 2018, « Terroristes inexpulsables: le Maroc entre dans la partie ».

[241] L'article 20 de la loi du 15 décembre 1980 interdit l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers bénéficiant d'une protection internationale.

[242] Le principe de non-refoulement interdit de renvoyer le réfugié, candidat-réfugié ou le bénéficiaire de la protection subsidiaire vers le pays fui où l'intéressé craint pour sa vie ou sa liberté. Ce principe consacré en premier lieu par l'article 33 de la Convention internationale relative au statut des réfugiés, (signée à Genève, le 28 juillet 1951 approuvée par la Loi du 26 juin 1953, *M.B.,* 4 octobre 1953) interdit aux États contractants d'expulser ou de refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée. Ce principe est aujourd'hui protégé par divers textes internationaux et européens. Voy. not. l'article 21 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, L 304/12, *J.O.U.E.*, 30 septembre 2004. Voy. pour de plus amples développements sur les obligations découlant de ce principe : O. Delas, *Le principe de non refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.86 à 99.

[243] Voy. l'article 1er, D, E et F, de la Convention de Genève. L'article 33§2 prévoit, en outre, que « la protection contre l'expulsion ou le refoulement inscrite à cet article ne pourra être invoquée par un réfugié qu'il y aura de sérieuses raisons de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui ayant été l'objet d'une

autorisent l'exclusion du statut de réfugié ou de protection subsidiaire, en sus des cas expressément visés par la convention de Genève, lorsque le bénéficiaire de cette protection représente une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale[244]. La Cour de Justice offre quant à elle une large interprétation des causes d'exclusion du statut de réfugié[245]. Précisons que l'étendue du champ d'application des causes d'exclusion inscrites en droit européen et en droit belge allant au-delà des causes d'exclusion autorisées par la Convention de Genève, a fait l'objet d'une question préjudicielle posée par le Conseil du Contentieux des étrangers à la Cour de Justice de l'Union européenne[246].

76. Il n'empêche que, même dans l'hypothèse où ces étrangers seraient privés de la protection découlant de leur statut protégé et quels que soient les motifs de cette exclusion, ceux-ci restent protégés contre l'éloignement en cas de risque réel de torture ou de traitement inhumain et dégradant dans le pays de renvoi. La Cour européenne considère en effet que les États membre sont tenus, « chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre État de la protéger de tels traitements »[247]. Ces risques sont évalués tenant compte de la situation générale du pays de renvoi ainsi que des circonstances propres à l'intéressé[248]. Par ailleurs, ceci est valable que le renvoi soit effectué vers un pays tiers ou envisagé à destination d'un État membre de l'Union européenne[249]. Ces étrangers « exclus » de la protection découlant du statut de réfugié et de la protection subsidiaire bénéficient ainsi d'une protection encore plus subsidiaire contre l'éloignement[250]. Dans ce sens, le Conseil du contentieux des étrangers a jugé utile de rappeler que l'exclusion du statut de réfugié « ne libère pas pour autant les autorités belges du respect des obligations internationales qui découlent notamment des articles 2 et 3 de la Convention » dont « l'examen s'avérerait indispensable » en cas d'éloignement du territoire[251].

L'article 3 de la Convention présente, par conséquent, une importance particulière dans le cadre du contentieux de l'éloignement des étrangers exclus du bénéfice de la protection découlant du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire. En effet, cette disposition leur assure, en dépit de cette exclusion, une protection absolue contre l'éloignement vers un pays où ils courraient un risque sérieux et avéré de subir des traitements inhumains et dégradants.

condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Voy sur cette question : J-Y., Carlier, et P. D'Huart, « L'exclusion du statut de réfugié : cadre général » *in Asile et extradition –Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 4 à 6.

[244] Voy. en droit belge les articles 55/3/1 et 55/4 de la du 15 décembre 1980. Voy., par ailleurs, en droit européen les articles 12 et 14 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, *J.O.U.E.*, L337/9, 20 décembre 2011 et l'article 21§2 de la directive 2004/83/CE, précitée.

[245] Voy. not. C.J.U.E., *Lounani,* 31 janvier 2017, (C573/14), EU:C:2017:71. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. A. Pivato, « L'exclusion du statut de réfugié à l'aune du phénomène terroriste », *Rev. dr.* étr. 2017, p. 189.

[246] Voy. CCE, arrêt n° 182 109 du 10 février 2017. Le Conseil se demandait « si, quoi qu'il en soit de la formulation, tant de la loi belge (retirer le statut de réfugié) que de la directive 2011/95/UE (révoquer le statut de réfugié, y mettre fin ou refuser de le renouveler), le fait d'ériger les situations visées aux articles 32 et 33 de la Convention de Genève, relatives à l'expulsion des réfugiés, en causes de retrait ou de révocation du statut de réfugié, n'aboutit pas en réalité à instituer une nouvelle forme d'exclusion dudit statut, à savoir une exclusion pour de raisons de « menace pour la sécurité de l'État membre […] [ou] […] pour la société de cet État membre », exclusion aboutissant en l'espèce à un retrait du statut de réfugié, laquelle viendrait s'ajouter à la clause d'exclusion pour crime grave de droit commun commis en dehors du pays d'accueil, déjà explicitement prévue par la Convention de Genève. »

[247] Voy. Cour eur. D. H., *Chahal c. Royaume-Uni,* 15 novembre 1996, § 80 et dans le même sens, Cour eur. D. H., *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, § 46 ainsi que Cour eur. D. H., *N. c. Finlande*, 26 juillet 2005, § 164.

[248] Cour eur. D. H., *F.G. c. Suède*, 23 mars 2016, §§ 113 114 ; Cour eur. D. H., *J.K. et autres c. Suède*, 23 août 2016, § 86.

[249] Voy. l'arrêt Cour eur. D. H., *M.S.S. c. Grèce* (GC), 21 janvier 2011.

[250] *Droit des étrangers*, *op. cit.*, n°507. Notons qu'assez curieusement et en contradiction avec les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de Justice a récemment remis en question cette protection dans un arrêt *H.T.* Aux termes de cet arrêt, la Cour s'abstenant de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne en la matière autorise les dérogations au principe de non refoulement. Elle précise que dans le cas où un étranger présenterait une menace pour la sécurité de l'État membre où il se trouve, les États membres pourrait procéder à son refoulement vers un État où il courrait le risque d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants. Voy. C.J.U.E., *H.T.*, précité (n°156), point 43, et son commentaire : P. Dumas, « L'arrêt H.T., la Cour de Justice entre protection et déconstruction des droits garantis aux réfugiés », *Rev. trim. dr. eur.*, janvier-mars 2016, pp. 61-69.

[251] CCE, arrêt n° 160.625 du 22 janvier 2016, et CCE, arrêt n°160.633 du 22 janvier 2016. Précisons par ailleurs que la loi prévoit que le CGRA rende un avis relatif à l'article 3 CEDH dans le cadre d'une décision d'exclusion du statut de réfugié (art. 55/2 al.2 de la Loi du 15 décembre 1980) ou de protection subsidiaire (art. 55/4 -4 de la Loi du 15 décembre 1980).

C. Les garanties procédurales bénéficiant aux étrangers éloignés pour motifs d'ordre public

77. Sans garanties procédurales, il n'est point de garantie des droits. L'accès à un juge, garant de la reconnaissance et du bon respect des droits, est primordial. La Convention européenne des droits de l'homme consacre deux garanties procédurales essentielles pour garantir l'accès à la justice des justiciables : le droit à un recours effectif, protégé par l'article 13 (1) ainsi que le droit à un procès équitable, consacré à l'article 6 de la Convention (2). Nous proposons de commenter l'application de ces articles au contentieux de l'éloignement des étrangers pour motifs d'ordre public. L'article 1er du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre, par ailleurs, différentes garanties procédurales spécifiquement applicables au contentieux de l'éloignement d'étrangers en séjour légal. Nous nous pencherons ensuite sur celles-ci (3).

1. Le droit à l'effectivité d'un recours

78. Le droit à l'effectivité d'un recours est inscrit à l'article 13 de la Convention qui précise que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale (…) ».

79. La consécration d'un recours effectif dans un texte est une condition nécessaire mais non suffisante. Il faut encore que ce recours soit effectif en pratique. L'effectivité commande la disponibilité, l'accessibilité et l'efficacité des recours en droit comme en pratique[252]. Le requérant doit avoir une possibilité réelle d'invoquer le risque de violation d'un droit garanti. Cela suppose des délais raisonnables[253] et une procédure qui n'est pas excessivement complexe[254].

Le niveau d'exigence est proportionnel à l'importance du droit protégé et au caractère potentiellement irréversible de l'atteinte aux droits du requérant. Lorsque l'éloignement d'étrangers comporte un risque de violation des articles 2 et 3 de la Convention, la Cour exige l'institution d'un recours de plein droit suspensif[255]. L'effet suspensif est exigé lorsqu'il existe un risque de dommages irréversibles. Un effet suspensif de plein droit n'est, par contre, pas clairement exigé par la Cour lorsqu'il s'agit d'un grief de violation du droit à la vie familiale garanti à l'article 8 et soumis à une analyse de proportionnalité [256].

80. Dans l'arrêt *S.J. c. Belgique*, la Cour juge le système belge en place difficilement opérationnel et trop complexe pour remplir les exigences de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique découlant de l'article 13 combiné avec l'article 3[257]. En l'espèce, la requérante avait saisi le Conseil du Contentieux des étrangers d'un recours en annulation et d'une demande de suspension en extrême urgence dirigés contre une décision de rejet d'une demande de régularisation de séjour et un ordre de quitter le territoire, délivrés par l'office des étrangers. Le Conseil du Contentieux avait rejeté la demande de suspension en extrême urgence jugeant qu'en l'absence de mesure de contrainte, la requérante n'avait pas démontré l'extrême urgence de sa situation. La requérante reprochait au Conseil du Contentieux de l'avoir privée, en violation de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 13 combiné avec l'article 3 de la Convention, de la seule possibilité en droit belge d'obtenir la suspension de plein droit de son éloignement alors que celui-ci pouvait être exécuté à tout moment. La Cour déplore que le système « accule les intéressés, qui se trouvent déjà dans une position vulnérable, à agir encore *in extremis* au moment de l'exécution forcée de la mesure »[258]. La Cour conclut à la violation de l'article 13, la requérante n'ayant pas disposé d'un recours effectif qui doit être à la fois suspensif de plein droit et permettre un examen effectif des moyens tirés de la violation

[252] Voy parmi beaucoup d'autres Cour eur. D. H., *Čonka c. Belgique,* 5 février 2002*,* § 80 ; Cour eur. D. H., *M.S.S. c. Belgique*, 21 janvier 2011, § 318 ; Cour eur. D. H.*, I.M. c. France,* 2 février 2012, § 130 ; Cour eur. D. H., *V.M. c. Belgique*, 7 juillet 2015, § 198.

[253] Dans l'affaire M.S.S. c. Belgique la Cour précise qu'«une attention particulière doit être prêtée à la rapidité du recours lui-même puisqu'il n'est pas exclu que la durée excessive d'un recours le rende inadéquat. Cour eur. D. H., *M.S.S. c. Belgique*, 21 janvier 2011, § 292. Dans l'arrêt *V.M c. Belgique*, elle précise : Cela étant, la célérité ne doit pas être privilégiée aux dépens de l'effectivité de garanties procédurales essentielles visant à protéger les intéressés contre un refoulement arbitraire.

[254] Cour eur. D. H., *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, §§ 91 à 108.

[255] Cour eur. D. H., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, §§ 79 à 84 ; Cour eur. D. H., *Gebremedhin c. France*, 26 avril 2007 ; Cour eur. D. H., *M.A. c. Chypre* du 23 juillet 2013, § 133 ; Cour eur. D. H., *Singh c. Belgique*, 2 octobre 2012, § 88.

[256] Cour eur. D. H., *Souza Ribeiro c. France*, 12 décembre 2012, § 83. La Cour précise : « S'agissant d'éloignement d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif. Il n'en demeure pas moins, qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention exige que l'État fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité ».

[257] Cour eur. D. H., *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, §103.

[258] Cour eur. D. H., *S.J. c. Belgique*, précité, §104.

de l'article 3 de la Convention. Dans un arrêt *V.M. c. Belgique*, la Cour saisie d'un cas comparable réitère cette même analyse[259].

81. Les modifications récemment portées à l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 posent question au regard des exigences découlant de l'article 13 de la Convention. Le législateur supprime l'effet suspensif du recours introduit contre les décisions d'éloignement pour motifs d'ordre public, dans tous les cas, lorsqu'elles sont fondées sur des raisons impérieuses de sécurité nationale. Dès lors, l'unique voie de recours pour obtenir la suspension de ces décisions consiste à introduire une demande de suspension en extrême urgence quels que soient les risques sous-jacents à l'exécution de cette décision. Cette procédure est subordonnée à la réunion de conditions strictes, puisque la suspension ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte contesté sont invoqués et à la condition que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable[260]. Elle est, par ailleurs, conditionnée au respect de délais extrêmement courts qui ne laissent que peu de temps pour préparer la défense de l'étranger concerné[261]. Or, la Cour européenne a déjà jugé à plusieurs reprises, que la possibilité d'introduire une demande de suspension en extrême urgence, vu les conditions strictes en entourant l'accès, ne peut être considérée comme palliant l'absence d'effet suspensif des recours introduits contre une décision d'éloignement[262]. La suppression systématique de l'effet suspensif du recours introduit contre les décisions fondées sur des raisons impérieuses de sécurité nationale ne saurait, au sens de cette jurisprudence, être compensée par la possibilité de l'introduction d'une demande de suspension en extrême urgence.

2. Le droit à un procès équitable

82. L'article 6 consacre le droit à un procès équitable. La Cour européenne des droits de l'homme juge cette disposition inapplicable aux décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers[263]. Dans l'arrêt *Maaouia*, prononcé en Grande Chambre il y a près de deux décennies, et jamais contredit depuis lors, elle justifie cette position par le fait que les États membres ont institué une protection spécifique des droits procéduraux des étrangers expulsés dans le cadre du Protocole n° 7. Cela témoignerait de leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ d'application de l'article 6[264]. Elle refuse, dès lors, de reconnaître à ces mesures un caractère autre qu'essentiellement préventif[265]. Dans l'arrêt Üner, la Cour confirme cette position justifiant celle-ci par le fait que les mesures d'éloignement pour motifs d'ordre public « doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif »[266].

Cette position n'est toutefois pas partagée par tous les magistrats de la Cour[267].

Elle n'en est pas moins suivie par le Conseil du Contentieux des étrangers. Celui-ci a encore récemment rappelé que l'article 6 de la CEDH concerne les procédures pénales, et n'est pas applicable aux contestations portant sur des décisions prises en exécution de la loi du 15 décembre 1980. Celles-ci « ne se rapportent ni à un droit civil ni à une accusation en matière pénale, et sont de nature purement administrative et non juridictionnelle, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la CEDH »[268].

83. Ceci a pour conséquence de priver les étrangers visés par ces mesures des garanties découlant de l'article 6 de la Convention. Or, les mesures d'éloignement ne sont pas sans poser

[259] Voy. Cour eur D. H., *V.M. c. Belgique*, 7 juillet 2015, §§ 203 à 220.

[260] Conformément à l'article 39/82, § 2, alinéa 1er, de la Loi du 15 décembre 1980.

[261] Voy. les articles 39/82 , §4, al. 2 ainsi que 39/57, §1er, al. 3 de la Loi du 15 décembre 1980 fixant ces délais à dix jours ou cinq jours lorsqu'il s'agit d'une deuxième mesure d'éloignement ou de refoulement.

[262] Voir *V.M. c. Belgique*, précité et *S.J. c. Belgique,* précité.

[263] Voy. Cour eur. D. H., *Maaouia c. France* (GC), 5 octobre 2000, *Rev. dr.* étr., 2000, pp. 517 à 522 et son commentaire O. De Schutter, « Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers », *Rev. dr.* étr., 2000, pp.522 à 530. Elle confirme cette position dans son arrêt Üner *c. Pays-Bas* (Cour eur. D. H.*, Üner c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006). Précisons qu'elle considère, à l'inverse, que le remplacement d'une peine de prison par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire pour une durée de dix ans peut s'analyser en une peine au même titre que celle fixée lors de la condamnation initiale. Voy. Cour eur. D. H., *Gurguchiani c. Espagne*, 15 décembre 2009, §§ 40 et 47-48.

[264] *Gurguchiani c. Espagne* précité, §37 de l'arrêt.

[265] *Gurguchiani c. Espagne* précité, §39 de l'arrêt.

[266] Üner *c. Pays-Bas*, précité.

[267] Voy. l'opinion dissidente du juge Loucaides jointe à l'arrêt *Maaouia c. France,* précité (n°263) ainsi que l'opinion dissidente des juges Costa, Zupančič et Türmen jointe à l'arrêt Üner *c. Pays-Bas,* précité (n°218), § 17. Les juges Costa, Zupančič et Türmen expriment leur désaccord dans les termes suivants : « Nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation, énoncée au paragraphe 56, suivant laquelle l'expulsion doit être considérée comme ayant un caractère préventif plus que punitif. Qu'elle soit décidée, comme ici, par voie de mesure administrative, ou au contraire par une juridiction pénale, une mesure de ce type, qui peut briser une vie, des vies, quand bien même elle n'aurait effet, comme ici (au moins en théorie), que pendant dix ans – ce qui est d'ailleurs une durée considérable –, est à nos yeux une sanction aussi lourde, peut-être plus lourde, qu'une peine d'emprisonnement, même plus longue mais non assortie d'une interdiction du territoire et d'une expulsion ».

[268] CCE, arrêt n° 201 588 du 23 mars 2018.

question au regard des droits consacrés par l'article 6. Elles sont susceptibles d'empêcher, dans le cas d'étrangers poursuivis pénalement, le bon exercice des droits de la défense garantis par cette disposition. L'étranger éloigné alors qu'il fait l'objet de poursuites pénales en Belgique se trouve bien souvent empêché de se défendre utilement des accusations portées contre lui. Cet éloignement a, par ailleurs, pour conséquence de compliquer le travail des autorités pénales qui se trouvent privées de la présence physique de l'étranger pourtant essentielle à l'exécution de certains devoirs d'enquête[269]. Ces dispositions posent, en outre, question au regard du droit à la présomption d'innocence. L'article 6 §2 de la Convention énonce que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Ce principe ne se limite pas à une garantie procédurale en matière pénale. Une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal, mais aussi d'autres autorités publiques[270]. Sa portée est étendue et exige qu'aucun représentant de l'État ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été établie par un « tribunal »[271]. Or, fonder le critère de dangerosité sur le fait que des poursuites pénales seraient engagées, comme entend l'autoriser le législateur, revient à notre sens à présumer de la culpabilité de la personne en violation du droit à la présomption d'innocence[272].

3. Les garanties spécifiquement applicables en matière d'expulsion

84. L'article 1er du protocole n°7 de la Convention consacre différentes garanties procédurales spécifiques aux étrangers menacés d'expulsion[273]. Le premier paragraphe de cette disposition exige avant tout que la décision d'expulsion soit prise « conformément à la loi ». Selon la jurisprudence constante de la Cour en la matière, la portée de cette règle va au-delà de la simple observation des normes procédurales et matérielles du droit interne : elle implique de surcroît que la législation interne pertinente soit suffisamment « accessible » et « prévisible » et qu'elle offre « des garanties suffisantes contre l'arbitraire »[274]. Par ailleurs, un examen purement formel de la décision d'expulsion par les tribunaux nationaux ne suffit pas. L'intéressé doit se voir offrir la possibilité de faire véritablement entendre et examiner sa cause à la lumière des raisons qui militent contre son expulsion[275]. Aux termes d'un arrêt prononcé au mois de mai 2018, la Cour rappelle que même lorsque la sécurité nationale est en jeu, les mesures d'éloignement doivent faire l'objet d'une procédure contradictoire devant une juridiction ou une instance indépendante[276]. Ceci suppose que l'affirmation selon laquelle l'intéressé représente un risque pour la sécurité nationale fasse l'objet d'un examen scrupuleux par une juridiction indépendante[277].

85. Toutefois, le champ d'application de cette disposition est limité puisqu'elle ne s'adresse qu'aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat. Si le requérant est dépourvu de titre de séjour valide au moment où les autorités internes adoptent la mesure d'éloignement litigieuse, cette disposition ne trouve pas à s'appliquer[278]. Par ailleurs, l'alinéa 2 de cet article prévoit une exception importante à l'exercice de ces droits puisqu'il autorise le renvoi de l'étranger avant l'exercice de ceux-ci lorsque l'expulsion est « nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale ». Ainsi, l'étendue de la protection offerte par cette disposition est bien moindre que celle découlant de l'article 6 de la Convention.

---

269 On pense notamment à la tenue d'auditions, d'interrogatoires, de confrontations ou encore d'analyses ADN.

270 Cour eur. D. H., *Daktaras c. Lituanie*, 10 octobre 2000, §§ 41-42.

271 Cour eur. D. H., *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, §§ 35-36 ; *Daktaras c. Lituanie*, précité, §§ 41-44 ; Cour eur. D. H., *ButkeviČus c. Lituanie*, 26 mars 2002, §§ 50-52 ; Cour eur. D. H., *Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, § 126.

272 Voy. *mutatis mutandis* les arrêts *Böhmer c. Allemagne* (Cour eur. D. H., *Böhmer c. Allemagne,* 3 octobre 2002*)* et *El Kaada c. Allemagne* (Cour eur. D. H. *El Kaada c. Allemagne*, 12 novembre 2015) dans lesquels la Cour a jugé contraire à l'article 6, § 2, la révocation d'un sursis au motif que le condamné aurait commis pendant la période probatoire de nouvelles infractions, sans attendre qu'il ait été définitivement statué sur celles-ci.

273 Cette disposition prévoit qu'un *"étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, b) faire examiner son cas, et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité* (…)".

274 Voy. Cour eur. D. H., *Baltaji c. Bulgarie*, 12 juillet 2011, § 55 ; Cour eur. D. H., *Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006, § 55 et Cour eur. D. H., *C.G. et autres c. Bulgarie*, 24 avril 2008, précité, § 73.

275 *C.G. et autres c. Bulgarie* précité, § 74.

276 Cour eur dr. h., *Ljatifi c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, 17 mai 2018, § 35 : "(…) even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that deportation measures affecting fundamental human rights be subject to some form of adversarial proceedings before an independent authority or a court competent to effectively scrutinise the reasons for them and review the relevant evidence, if need be with appropriate procedural limitations on the use of classified information (…)".

277 *Ibid*.

278 Cour eur. D. H., *Sultani c. France*, 20 septembre 2007, § 87.

V L'éloignement pour motifs d'ordre public : une double peine ?

86. La question n'est pas neuve. Un certain nombre d'auteurs qualifiaient, déjà il y a déjà trente ans, les mesures d'éloignement de double peine, celles-ci ne constituant rien d'autre à leurs yeux qu'une sanction visant à punir une « faute », s'ajoutant aux éventuelles sanctions pénales prononcées[279]. Cette question a déjà été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme qui refuse de reconnaître à ces mesures un caractère punitif sans toutefois que cette position ne fasse l'unanimité[280]. Les modifications récentes apportées à la matière de l'éloignement pour motifs d'ordre public font resurgir ce questionnement. Nous proposons une analyse des logiques sous-jacentes à ces mesures au regard des liens qu'elles entretiennent avec la notion de peine (A). Nous nous questionnerons ensuite sur les enjeux liés à cette question (B).

A. Eloigner pour prévenir ou pour punir ?

87. Le législateur annonce autoriser le retrait du droit au séjour et l'éloignement d'étrangers en séjour régulier dans un objectif de protection de l'ordre public. Dès lors, ces mesures auraient un caractère préventif plutôt que punitif. Il ne s'agit pas de sanctionner l'étranger pour une faute qu'il aurait commise mais plutôt de protéger l'ordre public des troubles que celui-ci pourrait causer à l'avenir. Cette affirmation nous paraît devoir être nuancée au regard des liens que ces mesures entretiennent avec la notion de peine (1). Elle est en outre questionnable au regard de l'utilisation effective ou envisagée de ces mesures à titre de peine (2).

1. L'éloignement d'étrangers en séjour légal et la notion de peine : des logiques convergentes

88. Les mesures d'éloignement des étrangers en séjour légal pour des motifs d'ordre public entretiennent des liens incontestables avec la notion de peine.

La peine est définie par la Cour de cassation belge comme « le mal infligé par la jurisprudence répressive en vertu de la loi, à titre de punition d'un acte que la loi défend »[281]. Ses fondements résident dans « l'importance du dommage causé à la victime ou à la société, la gravité de l'acte, la responsabilité morale ou la dangerosité de l'agent »[282]. Les mesures d'éloignement sont, quant à elles, décidées en réponse à l'adoption de comportements antisociaux et pareillement motivées par la dangerosité de l'agent ainsi que l'importance du dommage que celui-ci cause à la société. Elles sont, par ailleurs, perçues comme une véritable punition par leurs destinataires[283]. L'étranger éloigné vers un pays dont il n'a aucune connaissance, interdit de séjour dans son pays d'accueil où il a toutes ses attaches familiales et sociales, au prix de la perte de ces liens sociaux et familiaux, vit son éloignement comme une véritable souffrance[284]. Ces mesures condamnent par ailleurs, un certain nombre d'entre eux à la clandestinité. Ces derniers se trouvent relégués dans une zone de non droit avec toutes les conséquences que cela comporte sur le plan socio-économique et psychologique. Ces mesures participent, dès lors, à notre sens, dans une mesure comparable à la peine, à l'infliction d'un mal.

89. De la même manière, les logiques sous-jacentes à l'éloignement d'étrangers en séjour légal rejoignent les fonctions classiquement attribuées à la peine[285].

90. On attribue, en premier lieu, à la peine un objectif de prévention. Il s'agit « de dissuader les citoyens de commettre une infraction, la prévention étant alors collective, et de prévenir

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

[280] Voy. not. l'opinion dissidente du juge Loucaides jointe à l'arrêt *Maaouia c. France,* précité (n°263) ainsi que l'opinion dissidente des juges Costa, Zupan**č**i**č** et Türmen jointe à l'arrêt Üner *c. Pays-Bas,* précité (n°218).

[281] Cass. 14 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, p.473. Voy. pour l'ensemble des définitions de la notion de peine successivement énoncées par la Cour de Cassation ainsi qu'un commentaire de celles-ci: F. Kuty, *Principes généraux de droit belge*, Tome IV - la peine, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 20 à 22.

[282] F. Tulkens, M. Van de Kerckhove, Y. Cartuyvels et C. Guillain, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 606.

[283] Dans l'affaire Üner, le requérant souligne le fait qu'« il aurait préféré purger une peine plus longue si cela avait pu lui éviter d'être expulsé et plongé dans l'incapacité de reprendre sa vie familiale aux Pays-Bas ». Üner *c. Pays-Bas*, précité, § 44.

[284] Voy. pour une description des trajectoires de vies et du vécu d'étrangers délinquants éloignés : G. Galliegue, *La prison des étrangers : clandestins et délinquants*, Paris, Imago, 2000 ainsi que le documentaire réalisé par Bertrand Tavernier et Nils Tavernier, *Histoires de vies brisées : les «double peine» de Lyon* sorti le 21 novembre 2001. Voy. par ailleurs, sur la rupture des liens familiaux découlant de l'exil: X. Briké, *L'expérience de l'exil au travers du regroupement familial, mythes, procédure et déracinement*, Cahiers migrations, n°44, 2018, pp. 115 à 117.

[285] F. Kuty, *Principes généraux de droit belge*, *Tome IV - La peine*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 36 à 43.

la récidive, la prévention étant à ce titre individuelle »[286]. Les mesures d'éloignement d'étrangers en séjour légal, perçues par les principaux concernés comme plus redoutables encore que la sanction pénale, comportent à l'évidence cette même dimension dissuasive. Le message adressé à tous est clair : l'«étranger», peu importe son statut de séjour, qui contrevient à l'ordre public ou représente une menace pour la sécurité nationale encourt le risque d'être éloigné du pays où il réside pourtant légalement et dans lequel il a ses attaches familiales et sociales, peu importe les conséquences parfois dramatiques découlant de cet éloignement. Ce message vise tout étranger y compris celui qui a toutes ses attaches dans son pays d'accueil.

91. Ces mesures comportent, en outre, une dimension répressive traditionnellement attachée à la matière pénale. La fonction de répression, « effet le plus connu et le plus ancien de la loi pénale »[287], participe à une certaine conception de la justice qui veut que l'on rétribue le mal occasionné par le contrevenant par un mal au moins équivalent. Il s'agit de punir la faute[288]. En ce sens, l'expulsion d'étrangers en séjour légal, vue comme un mal nécessaire à contrer le mal occasionné ou susceptible d'être occasionné par ces derniers, participe à la même logique. L'importance des répercussions que ces mesures sont susceptibles d'avoir sur la vie de leurs destinataires confère à celles-ci une dimension répressive, en tout cas aux yeux de ceux qui en font l'objet. La justification de celles-ci par l'importance du « mal » que ces étrangers auraient causé ou seraient susceptible de causer à la société participe également à cette logique répressive.

92. On attribue encore à la peine une fonction de resocialisation. La peine doit être utile et tournée vers l'avenir[289]. Cet objectif de reclassement social figure à l'article 10.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ratifié par la Belgique selon lequel : « *Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et* leur reclassement social. […]». Il se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme laquelle a eu l'occasion de rappeler à maintes reprises l'importance qu'elle attache aux exigences de la réinsertion des personnes condamnées[290]. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe souligne de son côté, dans sa recommandation 2003 (22) concernant la libération conditionnelle, l'importance de permettre à tout détenu de bénéficier d'une libération conditionnelle dans le but de l'aider à « réussir la transition de la vie carcérale à la vie dans la communauté dans le respect des lois »[291]. Il ajoute : « la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société, selon un processus programmé, assisté et contrôlé»[292]. Cette fonction de resocialisation est par contre totalement absente du processus d'éloignement pour motifs d'ordre public. Le législateur semble perdre de vue le fait que ces étrangers « bannis » à durée déterminée seront susceptibles tôt ou tard de réintégrer notre société. Aucune mesure n'est mise en place pour préparer leur réintégration avec tous les risques que cela comporte de voir ceux-ci « récidiver » dans l'adoption de comportements antisociaux. Ces dimensions sont totalement occultées par le législateur qui concentre tous ses efforts sur leur neutralisation à court terme. Il s'agit d'une dernière fonction qui sous-tend également, dans une certaine mesure, la peine lorsque l'exécution de celle-ci ne permet pas la réinsertion sociale. Il s'agit alors de protéger la société du délinquant dangereux qui mériterait une répression accrue en raison de sa dangerosité particulière[293]. En l'espèce, les mesures d'éloignement pour motifs d'ordre public n'ont pourtant pas vocation à s'appliquer à des profils particulièrement dangereux pour lesquels tout espoir de réinsertion sociale serait vain. Elles vont bien au-delà. Par ailleurs, la capacité de ces mesures à assurer cette fonction de neutralisation doit être relativisée dès lors qu'un certain nombre de ces étrangers restent ou reviennent dans la clandestinité.

93. Ainsi, les mesures d'éloignement pour des motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal sont largement sous-tendues de logiques répressives et comportent une dimension punitive indéniable.

2. La peine d'interdiction de territoire

94. L'interdiction de territoire constitue, dans certains ordres juridiques, une peine. A titre d'exemple, l'interdiction de

[286] F. Kuty, *opcit*, p. 37.

[287] F. Kuty, *opcit*, p. 39.

[288] F. Tulkens, M. Van de Kerckhove, Y. Cartuyvels et C. Guillain, *op. cit.,* p. 617.

[289] F. Kuty, *opcit*, pp. 41-42.

[290] Voy. not. Cour eur. D. H., *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) , 4 décembre 2007, § 75 : « tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, la Cour souligne aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion » ; et l'analyse de la jurisprudence de la Cour sur cette question effectuée par F. Tulkens, D. Vandermeersch, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté », *in: Actualités de droit pénal – Hommage à Ann Jacobs,* Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 145-148.

[291] Recommandation (2003) 22 du 14 septembre 2003 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant la libération conditionnelle.

[292] Exposé des motifs de la Recommandation Rec (2003)22 précitée.

[293] F. Kuty, *op. cit.,* pp.41-42.

territoire français est une peine prononcée à titre principal ou à titre complémentaire par un juge pénal. La peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit. Elle entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ou de réclusion[294]. Une interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus peut en outre être prononcée à titre complémentaire dans le cas de reconnaissance frauduleuse d'enfants ou de mariage frauduleux contractés dans l'unique but d'obtenir un avantage en matière de séjour[295].

95. Le gouvernement belge a, dans le même sens envisagé, introduire dans notre Code pénal une peine d'interdiction de territoire (soit à titre temporaire, soit à titre définitif). Celle-ci aurait pu être prononcée à l'encontre d'une personne n'ayant pas la nationalité belge et reconnue coupable d'avoir commis une des infractions pour lesquelles cette sanction aurait été spécifiquement prévue[296]. Le « plan justice » du Ministre de la Justice envisageait d'étudier « si et dans quels cas l'éloignement du territoire d'une personne ayant commis certaines infractions et ne disposant pas de la nationalité belge peut être imposé en tant que peine autonome » [297]. Ce projet a ensuite été mis au placard[298].

Il n'empêche que, tout comme la peine d'interdiction de territoire français, il témoigne de l'ambivalence des mesures d'éloignement du territoire fondées sur des motifs d'ordre public, dont l'utilisation, en fonction des ordres juridiques et des intentions gouvernementales ou législatives, est envisagée tantôt à titre d'outil administratif, tantôt à titre d'outil pénal.

B. Mesures de nature administrative ou de nature pénale : quels enjeux ?

96. Les enjeux découlant de la nature administrative des mesures d'éloignement sont multiples. L'étranger qui fait l'objet de ces mesures se trouve, à notre sens, injustement, privé des garanties applicables en matière pénale autrement plus strictes que celles applicables en matière administrative (1). Ceci pose avec encore un peu plus d'acuité la question de la conformité de ces dispositions avec les principes d'égalité et de non-discrimination (2).

1. La privation des garanties applicables en matière pénale

97. Les autorités et la justice administratives disposent d'une marge de manœuvre autrement plus large que celle réservée au juge pénal. Nous avons développé et commenté en détails les garanties entourant la prise de décisions de retrait de séjour et d'éloignement fondées sur des motifs d'ordre public et les raisons pour lesquelles celles-ci nous paraissent insuffisantes à garantir une protection effective des destinataires de ces mesures contre l'arbitraire et les risques de violation de leurs droits[299].

Les garanties applicables en matière pénale sont autrement plus strictes et plus protectrices des droits fondamentaux. La nécessité d'un encadrement strict du pouvoir de punir se fonde sur la reconnaissance, dès l'époque des Lumières, du caractère « odieux » du droit pénal et de « la nécessité d'instaurer des garanties ou de prévoir des freins au pouvoir étatique de punir »[300]. Les règles gouvernant le droit pénal et la procédure pénale sont encadrées de principes de fond ainsi que de règles procédurales qui leur sont particulières et qui se veulent strictes afin de garantir la bonne protection des droits des justiciables.

98. La Cour européenne des droits de l'homme est consciente de ce que les risques de violation des droits fondamentaux découlant de l'exécution de sanctions administratives peuvent parfois égaler ceux inhérents au prononcé de sanctions pénales. Elle estime, par conséquent, nécessaire, dans certains cas, d'entourer l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives de garanties applicables en principe uniquement en matière pénale[301].

Ainsi, depuis l'arrêt *Engel c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, «la notion d'« accusation en matière pénale » conditionnant l'applicabilité des droits consacrés par le volet pénal de l'article

[294] Art. 131-30 du code pénal français et article L.541-1 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[295] Art. L 623-1 à L 623-3 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[296] Accord de Gouvernement du 10 octobre 2014, p. 117.

[297] Plan Justice du ministre de la Justice (p. 43) ; *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, n° 54-1019/001,

p. 237.

[298] Voy. pour un commentaire détaillé de la peine d'interdiction de territoire envisagée : M. Bouhon, «La peine d'interdiction de territoire en quête de sens face aux mesures d'éloignement existantes », *Rev. dr. pén.*, 2016, pp. 365-398.

[299] Voy. la troisième et la quatrième partie de la présente contribution.

[300] Voy. Y. Cartuyvels, « Droits de l'homme et droit pénal : un retournement », *in Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Editions des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 23 à 31.

[301] Tels que la présomption d'innocence, le respect de l'impartialité et du principe de légalité. Voy à ce sujet : E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs* 2009/1 (n° 128), p. 65.

6 de la Convention est une notion déterminée par la Cour de manière « autonome »[302].

La détermination de l'existence d'une accusation en matière pénale est décidée au regard de trois critères définis dans cet arrêt[303] : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction »[304]. « Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs. Pour déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale »[305]. Une sanction qui ne serait pas qualifiée en droit interne de sanction pénale est susceptible d'être considérée comme ressortant à la matière pénale et entrant dans le champ d'application du volet pénal de l'article 6 par la Cour dès lors que celle-ci, de par la gravité des conséquences qui en découlent, présente un caractère dissuasif et répressif prédominant[306].

99. L'éloignement d'un étranger ayant parfois passé toute sa vie dans le pays d'accueil au motif qu'il présenterait un risque pour l'ordre public ou la sécurité nationale présente, pour les raisons développées ci-dessus, ce caractère répressif et dissuasif. Ces mesures empreintes de logique punitive devraient être considérées par la Cour, au regard des critères Engel, comme ressortant à la matière pénale. La Cour ne s'est toutefois jamais penchée sur cette question sous l'angle de cette jurisprudence, se contentant d'en constater d'emblée le caractère préventif sans aller plus en profondeur dans son analyse[307]. Précisons que le fait que ces mesures relèvent, en droit interne, des juridictions pénales ne change rien, la Cour considérant que celles-ci constituent, de par leur nature, des mesures de prévention spécifiques en matière de police des étrangers. Ainsi le fait qu'elle soient prononcées dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer leur caractère préventif[308].

Cette jurisprudence de la Cour est lourde de conséquences puisqu'elle prive les étrangers frappés d'une mesure d'éloignement pour motifs d'ordre public de garanties indispensables à la bonne protection de leurs droits. Elle « légitime », par ailleurs, l'attribution de ces pouvoirs aux autorités administratives.

100. Précisons que la nature administrative de ces mesures a pour conséquence de priver les intéressés, non seulement des garanties découlant de l'article 6 de la Convention, mais aussi d'autres garanties attachées à la matière pénale. Nous pensons plus particulièrement au principe de légalité des incriminations et des peines ainsi qu'au principe *non bis in idem*.

101. Le principe de légalité consacré par notre Constitution et inscrit à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme impose au législateur de définir avec précision les éléments constitutifs de l'infraction et les sanctions attachées à celles-ci[309]. La loi pénale doit être formulée de manière à ce que toute personne puisse, au moment où elle adopte un comportement déterminer si ce comportement est punissable ou non[310]. Ainsi, les lois en matière pénale doivent satisfaire à des exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité[311]. Ces exigences ne sont pas les mêmes en matière administrative, cette matière autorisant le recours à des concepts plus malléables et offrant ainsi une plus large marge de manœuvre aux autorités administratives[312]. En l'espèce, comme démontré tout au long de cette étude, les notions d'ordre public et de sécurité nationale sur lesquelles se fondent les mesures critiquées ne sont, par essence, pas définissables avec précision. Le recours à ces notions offre une large marge de manœuvre aux autorités administratives en la matière. A supposer que le retrait du droit au séjour et l'éloignement d'un

302 S. Van Drooghenbroeck, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* – 2005/4, p. 468.

303 Cour eur. D. H., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82.

304 *Ibid.*

305 Cour eur. D. H., *Kapetenios et autres c. Grèce*, 30 avril 2015, § 52 ; Cour eur. D. H., *Ezeh et Connors c. Le Royaume-Uni* (GC), arrêt du 9 octobre 2003, § 86.

306 *Ibid.*, §§52 à 57.

307 Voy. not. les jurisprudences *Maaouia* (n 263) et Üner (n 218).

308 *Maaouia* précité (n°263), § 39. La position de la Cour sur cette question est toutefois à nuancer. Alors qu'elle tranche en ce sens dans son arrêt *Maaouia*, elle juge, ensuite, dans un arrêt *Gurguchiani c. Espagne* que le remplacement d'une peine de prison par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire d'une durée de 10 ans peut s'analyser en une peine au sens de l'article 7 de la Convention au même titre que celle fixée lors de la condamnation initiale, voy. Cour eur. D. H., *Gurguchiani c. Espagne*, 15 décembre 2009, §§ 40 et 47-48. Faut-il en déduire que cette mesure constitue une peine lorsqu'elle est prononcée par un juge pénal à titre principal et non lorsqu'elle est prononcée à titre complémentaire?

309 Th. Moreau, D. Vandermeersch, *Eléments de droit pénal*, La Charte, 2017, p.15.

310 Cass., 2 juin 2009, RG p.09.0071.N, *Pas*., 2009, n°366.

311 Voy, parmi d'autres : C. Const., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, B.6.2. ainsi que Cour eur. D. H., *Stec et autres c. Royaume-Uni* (GC), 12 avril 2006, § 51.

312 Bien que soient applicables en matière administrative le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime impliquant également, mais dans une autre mesure, des exigences de clarté et de prévisibilité.

étranger soit ordonné à titre de peine, le principe de légalité exigerait de définir avec autrement plus de précision, les comportements susceptibles de fonder ce type de sanctions.

102. Le principe *non bis in idem* consacré, entre autres dispositions, par l'article 4 du Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit de poursuivre ou sanctionner deux fois « une infraction qui a déjà donné lieu à un jugement définitif prononcé conformément à la procédure pénale et à la loi de l'État concerné »[313]. Précisons que l'appréciation de ce cumul de sanctions, qui doivent nécessairement revêtir un caractère pénal, se réalise au regard des « critères *Engel* »[314]. Ainsi, ce principe s'applique même à supposer que l'une des deux sanctions prononcées soit qualifiée d'administrative par les autorités nationales, dès lors que la Cour juge que celle-ci présente un caractère pénal[315]. La nature administrative de ces mesures auxquelles la Cour refuse de reconnaître un caractère répressif a pour effet d'écarter d'emblée l'application du principe *non bis in idem* en la matière. L'adoption de telles mesures lorsque celles-ci sont fondées sur des comportements déjà condamnés pénalement, pourrait, pourtant, à supposer qu'on reconnaisse leur caractère répressif, poser difficulté au regard du *principe non bis in idem*.

2. Un traitement discriminatoire

103. La privation des étrangers éloignés pour motifs d'ordre public des garanties applicables en matière pénale en dépit des liens que ces mesures présentent avec la notion de peine questionne leur conformité avec les principes d'égalité et de non-discrimination[316]. Ce principe suppose qu'une différence de traitement opérée entre deux catégories de personnes placées dans une situation similaire repose sur un critère objectif, poursuive un but légitime et soit raisonnablement justifiée au regard de l'objectif visé[317].

Cette question agite la doctrine et la jurisprudence depuis de nombreuses années[318]. Les fondements et la pertinence de ces mesures sont régulièrement questionnés.

104. La pertinence de la différence de traitement instaurée au regard des objectifs de protection de l'ordre public et de prévention des infractions pénales poursuivis par celle-ci est questionnable. Ces mesures font bien souvent suite à une condamnation pénale. La sanction pénale jugée suffisante pour protéger la société du national, est considérée comme insuffisante à protéger la société de l'étranger. D'emblée, on peut s'interroger sur la nécessité de cette superposition des sanctions administratives et pénales. Pour quelles raisons l'éloignement d'un étranger jugé dangereux serait-il indispensable à la bonne protection de notre sécurité nationale, alors que le système pénal existant serait suffisant à protéger la société de la dangerosité et des comportements déviants de ses nationaux ? Les juges Tulkens et Costa relèvent en ce sens, dans l'affaire *Baghli,* à propos de l'éloignement d'un étranger condamné : « en passant un an en prison, n'a-t-il pas suffisamment payé sa dette ? Fallait-il multiplier par dix la durée de l'emprisonnement pour fixer celle du bannissement légal qu'est l'interdiction du territoire ? Nous ne le pensons pas : cela, dans une société démocratique, n'était pas nécessaire »[319]. Précisons que, même dans l'hypothèse où cette mesure est adoptée en dehors de toute prise en charge de ces comportements par le système pénal, il est permis de douter de son efficacité et par conséquent de sa nécessité. Comme souligné ci-dessus, un certain nombre de ces étrangers resteront ou reviendront dans la clandestinité. Par ailleurs, ils seront, pour la plupart, amenés un jour ou l'autre à réintégrer notre société avec tous les risques que cela comporte en termes de récidive lorsque cette réintégration n'est pas préparée à suffisance.

105. La pertinence du critère de distinction utilisé pose également question. Quelle différence y a t-il entre les étrangers établis de longue date dans leur pays d'accueil et les nationaux ? Il y a quinze ans, le législateur belge excluait les quasi nationaux du champ d'application de ces dispositions , jugeant l'application de ces mesures à des étranger nés ou ayant

[313] O. Michiels, G. Falque, « Le principe *non bis in idem* et les procédures mixtes : un camouflet infligé à la jurisprudence *Zolotoukhine* », J.L.M.B., 2017, p.1069.

[314] *Ibid.*

[315] Cour eur. D. H., *Zolotoukhine c. Russie* (GC), 10 février 2009, §120. Voy. pour un commentaire détaillé de cette jurisprudence : A. Garin « *Non bis in idem* et Convention européenne des droits de l'homme, Du nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalent », *Rev. trim. D. H.,* 2016, pp. 395 à 432.

[316] Protégés entre autres dispositions par les articles 10 et 11 de notre Constitution ainsi que par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[317] Voy not. C.C., 18 juin 2015, n° 91/2015, B.5.1, C.C., 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1 ; C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.12.

[318] X. Rolin, "La double peine, une punition de la nationalité", *Rev. dr. étr.*, n° 118, 2002, pp. 205-216 ; P. Liebermann, "Double peine pour double faute, en finir avec le bannissement des immigrés", *Rev. drt. étr.*, n° 109, 2000, pp. 355-358 ; O. De Schutter, "La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", *Rev. dr. étr.*, n° 93, 1997, pp. 177-189.Pour un commentaire plus récent de ces mesures sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination, voy. S. Saroléa, « L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D. H., *Ndidi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2018, pp. 503 à 521.

[319] Opinion dissidente des juges Tulkens et Costa, Cour eur. D. H., *Baghli c. France*, 30 novembre 1999.

toujours vécu sur notre territoire discriminatoire[320]. Le critère de la nationalité était alors jugé insuffisant pour permettre de considérer quelqu'un comme un étranger que l'on peut renvoyer dans « son » pays[321]. Par l'adoption de la loi du 24 février 2017, le législateur refait de ce critère un élément quasi auto-suffisant[322]. Désormais, peu importe que l'étranger soit né en Belgique et qu'il y ait toujours vécu, il reste un étranger susceptible d'être renvoyé vers son pays d'origine, même s'il n'y a aucune attache voire aucune connaissance de celui-ci. Lors des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017, des parlementaires s'interrogeaient sur le bien-fondé de ce critère de distinction. Bien qu'ils précisaient estimer « justifié qu'un individu qui vient tout juste d'obtenir une autorisation de séjourner dans notre pays et prépare une attaque terroriste ou commet un délit très grave, perde cette autorisation de séjour (…) », ils critiquaient l'application ce principe aux étrangers nés et ayant grandi en Belgique : « ne faut-il pas, dans ce cas, considérer ces personnes comme un produit de notre société ? »[323]. Ces mêmes réflexions ont été tenues par les juges Costa, Zupančič et Türmen dans l'affaire Ü*ner*. Ceux-ci soulignaient : « sur un plan général, nous estimons que les étrangers – en tout cas ceux qui, comme M. Üner, résident légalement dans un État – doivent bénéficier d'un traitement équitable et d'un statut juridique aussi proche que possible que celui des nationaux ». Ils rappelaient : « cet objectif a été exprimé ou rappelé dans de nombreux instruments européens, tant dans le cadre de l'Union européenne que dans celui du Conseil de l'Europe, et dans une certaine mesure dans des instruments à vocation universelle »[324].

106. Enfin, la proportionnalité de la différence de traitement instaurée pose question au regard des conséquences parfois dramatiques que ces mesures entraînent. Cette différence de traitement est-elle proportionnée à l'objectif poursuivi ? La protection de notre sécurité nationale justifie-t-elle les conséquences drastiques que ces mesures sont susceptibles d'entraîner dans le chef de l'étranger qui en fait l'objet, voire de son entourage ? Est-il justifié de « sacrifier » des vies[325], en ce compris les vies des membres de l'entourage de l'étranger concerné qui n'ont absolument rien à se reprocher[326], au nom de motifs sécuritaires ? Autant de questions qui méritent de continuer à être soulevées.

107. Dès lors, s'ajoutant à cela, la privation de ces étrangers des garanties nécessaires à la protection de leurs droits, apparaît encore un peu plus infondée et discriminatoire. Pourquoi s'obstiner, en sus de prévoir une sanction spécifique à l'étranger, particulièrement attentatoire aux droits fondamentaux, à priver, dans ce cadre, ce dernier des garanties minimales nécessaires à faire utilement valoir ses droits ? Ne pourrait-on à tout le moins reconnaître que ces mesures équivalent à une sanction pénale et doivent être traitées comme telles, à savoir, *a minima*, être entourées des mêmes garanties strictes ?

En guise de conclusion

108. La possibilité d'éloigner un étranger de notre territoire pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public est inscrite dans la loi du 15 décembre 1980 depuis ses origines. Ces prérogatives sont motivées par la nécessité d'assurer la bonne protection de l'ordre public et de la sécurité nationale.

Par l'adoption des lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017, le législateur étend, sous couvert de motifs sécuritaires, le champ d'application des mesures d'éloignement. Alors que certaines catégories d'étrangers en étaient auparavant exclues de manière absolue, tout étranger en séjour légal peut désormais en faire l'objet. Peu importe qu'il soit né en Belgique,

[320] Projet de loi du 13 janvier 2005 précité (n°73), p.9.

[321] Voy. X. Rolin, précité (n°318), p.215.

[322] Voy. sur la question des différences de traitement fondées sur la nationalité : S. Saroléa, *Droits de l'homme et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.483 à 598.

[323] Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique*, Doc. Parl.,* Ch. repr., sess. ord., 2215/003 précité (n°54), pp.12 et 13.

[324] Opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupančič et Türmen, arrêt Üner *c. Pays-Bas,* précité. Ils citent, parmi d'autres, la Recommandation Rec (2000) 15 du Comité des Ministres, la Recommandation 1504 (2001) de l'Assemblée parlementaire et la Recommandation Rec (2002) 4 du Comité des Ministres.

[325] Voy. en ce sens à nouveau l'opinion des juges Costa, Zupančič et Türmen jointe à l'arrêt Üner, précitée (n°325).

[326] Nous pensons notamment à la situation des enfants des étrangers frappés par ce type de mesure. L'éloignement pour motifs d'ordre public d'un père ou d'une mère a nécessairement de graves répercussions sur la vie de son ou ses enfants. Ceux-ci se trouvent soit éloignés de leur cadre de vie habituel vers un pays dont ils n'ont parfois aucune connaissance, soit séparé de leur parent éloigné. Or, les souffrances engendrées par les situations de déracinement et de séparation sont susceptibles d'un retentissement particulier chez l'enfant. Voy sur cette question : M –F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », *Rev. trim. fam.*, 2012, pp.117-118. Voy. également X. Briké, *« L'expérience de l'exil au travers du regroupement familial, mythes, procédure et déracinement », Cahiers migrations*, n°44, 2018.

qu'il y ait toujours vécu, que tous les membres de sa famille soient de nationalité belge, qu'il y ait toutes ses attaches ou qu'il considère la Belgique comme son pays, l'étranger reste un étranger et fait, à ce titre, l'objet d'un traitement particulier. Dans le même temps, les garanties entourant la mise en œuvre de ces dispositions ont été revues à la baisse. Les prérogatives octroyées aux autorités administratives en la matière s'en trouvent renforcées au détriment d'une protection effective des droits fondamentaux des destinataires de ces mesures.

109. Les modifications opérées sont, à l'estime du législateur, proportionnées à la menace que ces étrangers sont susceptibles de représenter pour notre ordre national. Eloigner l'étranger jugé dangereux serait indispensable pour s'en protéger de manière utile. Par ailleurs, étendre les prérogatives des autorités administratives en la matière serait nécessaire pour leur permettre de réagir rapidement et efficacement en cas de menace pour notre sécurité nationale. Nous ne souscrivons pas à cette analyse.

110. Le législateur ne s'attarde, à aucun moment, sur les conséquences que ces mesures entraînent dans le chef des étrangers nés ou ayant vécu une grande majorité de leur vie dans leur pays d'accueil. Eloigner ces «étrangers» du territoire belge revient, pour certains, à les éloigner de ce qu'ils considèrent comme «leur» pays parce qu'ils y sont nés ou qu'ils y ont grandi, ou encore parce qu'ils y ont toutes leurs attaches familiales et sociales. Cela signifie, dans certains cas, les renvoyer dans un pays avec lequel ils n'ont aucune attache, voire les expulser vers un pays où leur vie est menacée. Les souffrances engendrées par ces mesures d'éloignement sont telles que ces étrangers ont affirmé devant la Cour européenne des droits de l'homme leur préférer celles découlant du prononcé d'une sanction pénale[327]. Au début des années 2000, le législateur excluait de manière absolue les étrangers nés ou résidant sur le territoire belge depuis leur enfance du champ d'application de ces dispositions jugeant l'adoption de ce type de mesures à leur égard contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. A l'instar du législateur des années 2000, nous estimons discriminatoire la différence de traitement découlant de l'application de ces mesures à l'étranger « intégré », à l'exclusion du national. Un étranger ayant de solides attaches en Belgique devrait être considéré et traité comme un national [328].

111. Le caractère discriminatoire de ces mesures se trouve renforcé par l'absence de garanties suffisantes entourant leur adoption. Les décisions d'éloignement en Belgique sont confiées à la compétence des autorités administratives, lesquelles disposent de larges pouvoirs en la matière. Elles sont habilitées à éloigner un étranger pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité nationale. Ces notions étant, *a priori*, indéfinissables avec précision, il est impossible pour l'étranger, susceptible de faire l'objet de ces mesures, de prédire les comportements qui pourraient donner lieu à leur adoption. Le flou entourant ces notions avait été mis en exergue par le Conseil d'État lors des travaux préparatoires de la loi du 24 février 2017. Celui-ci proposait d'y remédier en listant, dans certains cas, dans la loi, les comportements susceptibles de fonder ces mesures. Le législateur n'a pas donné suite à cette proposition pourtant propre à améliorer la lisibilité de ces dispositions.

112. Outre d'autoriser l'adoption de ce type de mesures sur la base du recours à des notions conférant une large marge de manœuvre aux autorités décisionnaires, le législateur n'entoure pas leur action d'un contrôle juridictionnel suffisant à en garantir la proportionnalité. Les juridictions administratives belges sont habilitées à contrôler la légalité desdites mesures mais non à en apprécier l'opportunité. Plusieurs voies pourraient être empruntées afin d'assurer un encadrement procédural suffisant à garantir le respect des droits des destinataires de ces mesures. Elles pourraient, en particulier, être confiées au juge pénal dont l'action est entourée de garanties autrement plus strictes que l'action des autorités administratives. Bien que le législateur attribue à ces mesures un caractère essentiellement préventif, nous avons démontré que celles-ci entretiennent de nombreux liens avec la notion de peine. Elles pourraient, dès lors être ordonnées à titre de peine et entourées des mêmes garanties. Une autre piste consisterait à laisser ces mesures à la compétence des autorités administratives tout en définissant avec plus de précision les conditions entourant leur action et en renforçant le contrôle confié aux juridictions administratives. Le contrôle effectué par les juridictions administratives ne consisterait plus en un simple contrôle de légalité mais en un contrôle de légalité et d'opportunité. Enfin, les droits de la défense de l'étranger visé par ces mesures devraient, dans le même temps, être renforcés afin d'assurer, dans tous les cas, une prise de décision éclairée et respectueuse de leurs droits.

[327] Voy. à titre d'exemple l'arrêt Üner dans lequel le requérant soulignait le fait qu'«il aurait préféré purger une peine plus longue si cela avait pu lui éviter d'être expulsé et plongé dans l'incapacité de reprendre sa vie familiale aux Pays-Bas ». Üner *c. Pays-Bas*, précité (n°218), § 44.

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

113. La proportionnalité de ces mesures est, en outre, à questionner au regard de leur aptitude à atteindre l'objectif de protection de la société visé par le législateur. L'étranger, éloigné pour un temps, sera un jour amené à réintégrer notre société. A supposer que la protection de notre société soit assurée par l'exécution de ces mesures, celle-ci ne sera en tout état de cause protégée que pour une période déterminée. L'étranger en question sera amené un jour ou l'autre à réintégrer cette société dont il a été exclu. Or, cette réintégration n'aura fait l'objet d'aucune préparation avec tous les risques que cela comporte en terme de récidive. L'efficacité de ces mesures à l'échelle européenne pose en outre question au regard de la constitution d'un ordre public européen. Quel intérêt y a-t-il pour la bonne protection de l'ordre juridique européen de renvoyer la menace que représente un citoyen de l'Union européenne vers un autre État membre de l'Union ?[329].

114. Ces mesures interpellent, enfin, au vu de l'image qu'elles renvoient de l'étranger. J. Stumpf dénonce la multiplication du recours aux instruments répressifs afin de gérer l'immigration. En découle une « criminalisation de l'immigration » et partant une criminalisation de l'étranger[330]. Celui-ci est avant tout vu comme un danger pour notre société. L'idée que les étrangers présentant une menace devraient être nécessairement écartés de notre société pour l'en protéger utilement, participe à cette logique. N'est-il pas temps de remettre en cause ce postulat ? L'étranger est-il nécessairement plus dangereux que le national ? Pour quelles raisons notre système juridique ne serait-il pas à même de prendre en charge ce risque que représente l'étranger de la même manière que sont pris en charge nos « dangereux» nationaux ? N'est-il pas temps de mettre fin à cette hypocrisie qui consiste à prétendre que l'étranger «dangereux» doit nécessairement faire l'objet d'un traitement particulier, pour l'unique motif qu'il n'aurait pas acquis notre nationalité ? Par ailleurs, est-il acceptable de régler cette question en se débarrassant purement et simplement de ceux qui sont, pour beaucoup, le produit de notre société ? Ne portons-nous pas à cet égard une responsabilité qu'il nous appartient d'assumer ?

115. La Cour constitutionnelle a été saisie de recours introduits contre les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017[331]. Ces recours sont toujours actuellement pendants. Nous suivrons avec attention les suites qui leur seront données par la Cour. Celle-ci pourrait se saisir de cette occasion pour sanctionner le législateur et donner à la matière une direction autrement plus respectueuse des droits fondamentaux.

[329] Comme le font très justement remarquer J-Y Carlier et G. Renaudière : « Y a-t-il un quelconque intérêt à renvoyer la menace vers un autre État membre sachant que, ce faisant, d'une part, on risque de perdre la trace de l'intéressé, d'autre part, on n'empêchera nullement la poursuite des actes terroristes ou délinquants concernés, aux répercussions transfrontières aisées ? » J.Y. Carlier et G. Renaudière, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2018, p.150.

[330] J. Stumpf, "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power », *American University Law Review* 56, 2006, pp. 367-376. Voy . dans le même sens : J. Stumpf,"Social control and Justice: Crimmigration in the age of fear in X, *Social Control and Justice Crimmigration in the Age of Fear,* The Netherlands, Eleven International Publishing, 2013, pp. 7-16 ; J. Stumpf. "The process is the Punishment in Crimmigration Law" *in* X., *The Borders of Punishment, Migration, Citizenship, and Social exclusion*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp.58-75.

[331] Voy. les affaires inscrites sous les numéros 6749 et 6755 du rôle de la Cour, actuellement pendantes.

Table des matières

Introduction **p.179**

I Cadre légal **p.180**

A. Les ressortissants de pays tiers p.181

1. Les ressortissants de pays tiers ne bénéficiant pas d'un statut de protection internationale accordé par la Belgique p.181

2. Les ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un statut de protection internationale octroyé par la Belgique p.182

B. Les citoyens de l'Union européenne p.182

C. Tableau récapitulatif p.183

II Champ d'application **p.184**

A. Rationae materiae p.184

1. Les notions de raisons d'ordre public et de sécurité nationale, de raisons graves d'ordre public et de sécurité nationale ainsi que de raisons impérieuses de sécurité nationale remplacent les notions d'atteinte à l'ordre public et d'atteinte grave à l'ordre public p.184

2. Les notions de raisons d'ordre public et de sécurité nationale sont laissées, pour l'essentiel, à l'appréciation des autorités décisionnaires p.185

B. Rationae personae p.189

1. A l'exception des étrangers bénéficiant de la protection internationale, tout étranger quel que soit son statut de séjour peut désormais faire l'objet d'une décision de retrait du droit au séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public p189

2. Tout étranger peut désormais faire l'objet d'une interdiction d'entrée p.191

C. Rationae temporis p.193

III Les garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980 ..... **p.194**

A. La suppression de garanties précédemment existantes p.194

1. La suppression des arrêtés ministériels de renvoi et des arrêtés royaux d'expulsion p.194

a. La suppression des compétences dévolues à la commission consultative des étrangers p.195

b. Le cas particulier des étrangers sous le coup d'arrêtés de renvoi ou d'expulsion encore en vigueur p.195

2. La suppression de l'effet suspensif du recours introduit à l'égard de certaines mesures p.196

B. Les garanties inscrites dans la loi du 15 décembre 1980 par la loi du 24 février 2017 ..... p.198

1. Un système de gradation p.198

2. Un examen de proportionnalité p.199

3. Le droit d'être informé et entendu préalablement à la prise de décision p.200

IV Les garanties découlant des droit protégés par la Convention européenne des droits de l'homme p.202

A. L'exigence du respect du droit à la vie privée et familiale : une protection relative p.202

1. Les notions de vie familiale et vie privée p.202

2. L'examen de légalité p.203

3. La légitimité du but poursuivi p.204

4. Le contrôle de proportionnalité p.204

B. L'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants : une interdiction absolue p.206

1. Le cas particulier des étrangers suspectés ou condamnés pour des faits de terrorisme p.206

2. Le cas des étrangers bénéficiaires du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire....p.207
C. Les garanties procédurales bénéficiant aux étrangers éloignés pour motifs d'ordre public....p.209
1. Le droit à l'effectivité d'un recours....p.209
2. Le droit à un procès équitable....p.210
3. Les garanties spécifiquement applicables en matière d'expulsion....p.211
V L'éloignement pour motifs d'ordre public : une double peine ?....p.212
A. Eloigner pour prévenir ou pour punir ?....p.212
1. L'éloignement d'étrangers en séjour légal et la notion de peine : des logiques convergentes....p.212
2. La peine d'interdiction de territoire....p.213
B. Mesures de nature administrative ou de nature pénale : quels enjeux ?....p.214
1. La privation des garanties applicables en matière pénale....p.214
2. Un traitement discriminatoire....p.216
En guise de conclusion....p.217