

Doctrine

La peine d'interdiction de territoire en quête de sens face aux mesures d'éloignement existantes

Introduction¹

L'accord de Gouvernement du 10 octobre 2014 prévoit, dans le cadre de la modernisation du Code pénal et de la diversification des peines, d'examiner « la possibilité d'insérer dans notre Code pénal une peine d'interdiction de territoire (soit à titre temporaire, soit à titre définitif) pouvant 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 sera spécifiquement prévue »². Cette proposition est à rapprocher de la volonté également affichée de donner priorité au retour des étrangers délinquants en renforçant l'exécution des ordres de quitter le territoire et en étendant les possibilités de délivrance d'une interdiction d'entrée introduite en droit belge depuis la transposition de la directive « Retour »³.

Le plan Justice du ministre prévoit dans la même ligne d'examiner « 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 »⁴.

La présente contribution se propose d'examiner quels pourraient être le sens et la place de pareille sanction dans l'arsenal pénal ainsi que les questions qu'elle pourrait poser au regard des principes régissant actuellement la matière pénale. À cet effet, il nous a semblé utile de faire dans un premier temps le point sur les mesures existantes aux effets similaires à celle envisagée. Nous examinerons d'abord les interdictions d'entrée accompagnant depuis de nombreuses années les arrêtés royaux d'expulsion et les arrêtés ministériels de renvoi. Ensuite, nous étudierons la mesure d'interdiction d'entrée pouvant depuis son introduction en droit belge en 2012 accompagner les ordres de quitter le territoire, mesure moins connue mais très régulièrement appliquée. Enfin, nous questionnerons sur ces bases la nouvelle peine envisagée.

1 L'auteur remercie Damien VANDERMEERSCH pour sa relecture attentive et ses commentaires éclairants.

2 Accord de Gouvernement du 10 octobre 2014, p. 117.

3 Accord de Gouvernement du 10 octobre 2014, pp. 159-160. Nous reviendrons ci-dessous sur cette interdiction d'entrée spécifique.

4 Plan Justice du ministre de la Justice (p. 43) ; *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2014-2015, n° 54-1019/001, p. 237.

I Les interdictions d'entrée liées à un arrêté ministériel de renvoi ou à un arrêté royal d'expulsion⁵

Voisines l'une de l'autre, ces deux mesures seront étudiées parallèlement en précisant quels étrangers elles sont susceptibles de viser et quelles en sont les conditions d'application, le champ d'application territorial et la durée. Dans ce cadre, nous approfondirons le critère de l'atteinte à l'ordre public visé à l'article 20 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après « la loi du 15 décembre 1980 ») en tentant, dans la mesure du possible, de mettre en lumière les éléments de nature pénale qui y sont liés. Nous n'évoquerons cependant pas ici les garanties et recours offerts à l'étranger contre ces mesures, ce tant par souci de ne pas alourdir cette contribution que par choix vu l'angle pénal adopté.

A. Le fondement légal

L'article 20, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 dispose que « le ministre [qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences] peut renvoyer l'étranger qui n'est pas établi dans le Royaume 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, telles que prévues par la loi⁶ ».

L'article 20, alinéa 2, de la loi précitée dispose quant à lui que « l'étranger établi ou bénéficiant du statut de résident de longue durée dans le Royaume peut être expulsé par le Roi lorsqu'il a gravement porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale ».

B. La durée, la portée territoriale et les destinataires des renvois et des expulsions

La durée des arrêtés ministériels de renvoi (ci-après « renvoi ») et des arrêtés royaux d'expulsion (ci-après « expulsion »), prévue à l'article 26 de la loi du 15 décembre 1980, est de 10 ans, sauf si la mesure est suspendue ou rapportée par l'administration.

Ce même article précise la portée géographique de l'interdiction en indiquant que son destinataire ne peut revenir « dans le Royaume » uniquement.

Il convient cependant de noter l'hypothèse particulière prévue à l'article 61/9 de la loi précitée permettant, à certaines conditions particulières, d'assortir un ren-

5 E. DERRIKS et K. SBAI, M. VAN REGEMORTER, « Chapitre VIII. Renvoi et expulsion (art. 20 à 26) », in *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 183-188.

6 Ce dernier motif n'est en pratique pas utilisé par l'Office des Étrangers ; Centre fédéral Migration, *Rapport annuel Migration 2013*, Bruxelles, juin 2014, p. 193.

voi fondé sur l'article 20, alinéa 1^{er} d'une décision d'éloignement du territoire de l'Union européenne lorsqu'il vise un ressortissant d'un pays tiers séjournant en Belgique et bénéficiant du statut de résident de longue durée obtenu dans un autre État membre.

Les destinataires des renvois sont *a priori* les étrangers disposant d'un titre de séjour de plus de trois mois⁷. Les étrangers pouvant faire l'objet d'une expulsion sont ceux qui disposent d'un établissement en Belgique. Dans les deux cas, il s'agit d'étrangers disposant d'un droit au séjour.

Toutefois, la portée de l'article 20 alinéa 1^{er} est potentiellement plus large. En effet, tout étranger non établi sur le territoire peut faire l'objet d'un renvoi, en ce compris l'étranger admis au séjour de moins de trois mois ou qui n'est pas ou plus autorisé au séjour. En effet, si initialement les ordres de quitter le territoire (ci-après « OQT ») visent les étrangers sans droit au séjour ou autorisés au court séjour tandis que les renvois et les expulsions s'appliquent aux étrangers disposant d'un droit au long séjour ou établis dans le Royaume, le législateur de 1980 a néanmoins admis la possibilité de renvoyer les étrangers sans droit au séjour ou autorisés au court séjour vu les effets fondamentalement différents qui s'attachent à ces différentes mesures d'éloignement : alors que le refoulement et l'OQT⁸ n'ont pas d'effets durables dans le temps, le renvoi et l'expulsion en sont pourvus, puisqu'ils comportent interdiction de revenir en Belgique durant dix ans⁹.

C. Le critère de l'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale

Le prescrit légal n'est pas clair sur les contours précis de l'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale. D'abord, il n'existe aucune définition de cette notion administrative. Ensuite, son contenu varie suivant le contexte dans lequel elle est invoquée¹⁰.

Dans le domaine du droit des étrangers, l'atteinte à la sécurité nationale semble se limiter à des infractions telles que l'espionnage¹¹ et a donné lieu à peu de jurispru-

7 Le séjour de plus de trois mois est aussi appelé le « long » séjour par opposition au « court » séjour d'une durée de moins de trois mois et auquel l'Office des Étrangers peut mettre fin par la délivrance d'un ordre de quitter le territoire en vertu de l'article 7 de la loi, y compris pour des motifs liés à l'ordre public (article 7, alinéa 1^{er}, 3^e).

8 Pour rappel, le refoulement et l'ordre de quitter le territoire sont eux aussi des mesures d'éloignement. La première a lieu à la frontière, la deuxième vise les étrangers disposant d'un court séjour ou en séjour irrégulier ou illégal.

9 C.C.E., n° 102.977 du 16 mai 2013, p. 5 ; Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, Observations du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1995-1996, n° 49-364/1, pp. 7-8.

10 Pensons en effet à l'utilisation de l'ordre public dans des matières telles que l'urbanisme, les sanctions administratives ou l'état civil, domaines fort éloignés du droit des étrangers étudié ici.

11 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1977-1978, n° 43-144/7, p 35 ; Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers,

dence. En règle, les faits justifiant un arrêté de renvoi ou d'expulsion fondé sur la sécurité nationale doivent être indiqués dans la décision à moins que des motifs intéressant la Sûreté de l'État ne s'y opposent¹².

À l'inverse, le concept d'ordre public a fait l'objet de nombreux débats durant les travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1980. Il y est évoqué de manière récurrente mais toujours vague, avec quelques rares exemples concrets.

Deux lignes de fracture sont perceptibles dans les travaux parlementaires. Tout d'abord, celle qui oppose ceux qui se préoccupent de la sécurité juridique des étrangers eu égard au caractère flou et subjectif de cette notion et au risque d'arbitraire qui y est lié¹³ et ceux qui témoignent de craintes liées à la sécurité « tout court » des Belges¹⁴. Le ministre de la Justice mentionnait à cet égard qu'il « importe de protéger notre communauté, et notamment notre jeunesse, contre les agissements d'étrangers sans moyens de subsistance, qui troublent l'ordre public et vivent d'expédients ». Référence est ensuite faite au trafic de stupéfiants et au fait que « les intéressés deviennent de plus en plus audacieux » dans leurs trafics pour conclure que « Nul ne peut demeurer insensible devant une telle menace ».

Par ailleurs, une opposition existe également entre ce qui a été évoqué au Sénat et à la Chambre. Alors qu'il a été rappelé avec insistance au Sénat que « les notions d'ordre public ou de sécurité publique sont celles du Code pénal et, en aucun cas, ne se réfèrent à d'autres aspects de ces notions de droit »¹⁵, à la Chambre, cette interprétation semble par la suite avoir été remise en question. Comme nous le ver-

Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., S.O. 1980-1981, n° 521/2, p. 15 où à cet égard, le ministre de la Justice de l'époque a affirmé devant la commission de la Justice du Sénat « qu'il n'y a qu'une affaire sur mille dans laquelle la Sûreté de l'État est concernée ».

12 Art. 23 de la loi du 15 décembre 1980.

13 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1977-1978, n° 43-144/7, pp. 16-20 où François Rigaux, professeur émérite de l'UCL, s'inquiétait « particulièrement à propos des dispositions relatives à l'éloignement en considérant le caractère insuffisant de la sécurité de l'étranger et la subjectivité de la notion d'ordre public » ; *voy.* Aussi p. 35 : « la notion d'ordre public est, en effet, imprécise et peut désigner tout aussi bien l'ivresse publique que la participation à une manifestation », pp. 83-84 : « S'agit-il d'un attentat à la bombe, par exemple, ou une atteinte verbale au pouvoir établi suffit-elle ? [...] cette notion très subjective pourrait tout aussi bien avoir pour conséquence de considérer un piquet de grève comme contraire à l'ordre public. [...] Même exiger une atteinte grave pour les renvois ne résoudre[rait] pas le problème de la subjectivité de la notion d'atteinte à l'ordre public. [Et de citer] comme exemple le policier qui verbalise tous les jours pour outrage à agent dépositaire de la force publique, alors que son collègue exerçant les mêmes fonctions, dans les mêmes conditions, ne s'estimera jamais atteint durant toute sa carrière. Il [...] faudrait faire en sorte d'éviter toute possibilité d'arbitraire ».

14 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1977-1978, n° 43-144/7, pp. 5-6 ou 35.

15 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., S.O. 1980-1981, n° 521/2, p. 11 ; *voy.* également *Ann. parl.*, Sén., séance du 20 novembre 1980, p. 229 et 234 (« Les notions d'ordre public ou de sécurité publique sont celles du Code pénal et, en aucun cas, ne se réfèrent à d'autres aspects de ces notions de droit. Les possibilités de renvoi ou d'expulsion [...] sont donc extrêmement limitées par le texte légal ») ; *Compte rendu analytique*, Sén., séance du 20 novembre 1980, p. 87.

rons ci-après, la pratique actuelle va souvent à l'encontre de l'interprétation faite au Sénat. Nous partageons dès lors la conclusion du professeur François Rigaux selon laquelle « il faut juger exagérément optimiste l'affirmation du rapporteur de la commission de la Justice du Sénat selon laquelle la commission a exactement défini la notion d'ordre public »¹⁶.

Le niveau de gravité de l'atteinte à l'ordre public requis à l'article 20 et différenciant le renvoi de l'expulsion n'est pas davantage précisé. En effet, une atteinte à l'ordre public suffit à pouvoir fonder un renvoi mais il est nécessaire qu'elle soit grave pour fonder une expulsion. Cette condition est à relier au fait que, dans la logique du législateur de 1980, à chaque type d'éloignement correspond un type de titre de séjour¹⁷. Étrangers établis ou résidents de longue durée bénéficient (*a priori*) d'un plus grand « degré d'intégration dans la communauté nationale », pour reprendre les termes de la Cour constitutionnelle alors Cour d'arbitrage¹⁸, que les étrangers n'ayant que le droit d'y séjourner, ce qui justifiait selon le législateur que l'expulsion des premiers soit entourée de conditions plus restrictives que le renvoi des seconds. Le fait d'exiger une atteinte plus grave à l'ordre public en est une.

Les travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1980 illustrent par quelques rares exemples ce qui constitue une atteinte grave (hold-up, enlèvement, viol de ses propres enfants)¹⁹ mais ceux-ci ne constituent évidemment en rien une liste exhaustive, ce qui laisse une large marge d'appréciation à l'administration et ne permet pas de cerner précisément ce qui est grave et ce qui ne l'est pas. Initialement, il avait pourtant été envisagé d'également exiger une atteinte grave dans le cas des renvois mais cela fut rejeté au motif évoqué par le ministre que cela porterait atteinte à la gradation entre expulsion et renvoi basée sur la cohérence des différents titres de séjour²⁰.

Un risque pour l'ordre public semble néanmoins être insuffisant pour fonder l'atteinte visée à l'article 20. Ceci peut se déduire entre autres de la lecture *a contrario* de l'article 7, 3°, de la loi du 15 décembre 1980 qui prescrit qu'un OQT peut être

16 F. RIGAUX, « Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers », *J.T.*, n° 5156, 1981, p. 96.

17 On peut résumer cela comme suit : « À la frontière, le refoulement ; en court séjour [jusqu'à trois mois maximum], l'ordre de quitter le territoire ; en séjour de plus de trois mois [long séjour], le renvoi et enfin au stade de l'établissement, l'expulsion » ; C.C.E., arrêt n° 102.977 du 16 mai 2013, p. 5.

18 C.A., n° 43/98, 22 avril 1998, *Act. dr.*, 1998, p. 739, note O. MICHIELS.

19 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1977-1978, n° 43-144/7, p. 35. Concernant le viol de ses propres enfants, les travaux parlementaires mentionnent « l'intérêt de sa famille », ce qui a été considéré comme « peu pertinent » dans la mesure où peut se poser la question de savoir « à quel titre l'intérêt d'une famille étrangère pourrait-il servir de prétexte à une prétendue atteinte à l'ordre public belge » ; F. RIGAUX, « Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers », *op. cit.*, p. 96.

20 Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 1977-1978, n° 43-144/7, pp. 83-84.

délivré à l'étranger qui « par son comportement, est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale »²¹.

La Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a confirmé ce point de vue en 1998²² estimant que, « dès lors que l'ordre public ou la sécurité nationale sont susceptibles d'être affectés », le « moins grand degré d'intégration dans la communauté nationale [des étrangers en court séjour] par rapport à celui des étrangers en séjour plus long » pouvait justifier la différence de traitement selon laquelle une menace à l'ordre public suffit pour l'application de l'article 7, 3° et non pour celle de l'article 20 de la loi précitée.

De simples poursuites pénales – pour des faits consistant en une atteinte effective mais à prouver – n'ayant pas (encore) abouti à une condamnation pénale seraient-elles suffisantes à fonder l'atteinte à l'ordre public requise dans le cadre de l'article 20 ? Une réponse claire à cette question n'est pas évidente à apporter. Les travaux parlementaires de la loi du 15 décembre 1980 sont en effet muets à cet égard.

Un rapprochement intéressant peut être effectué ici avec la notion de faits personnels graves pouvant empêcher l'acquisition de la nationalité belge telle qu'appliquée avant l'adoption de la loi du 4 décembre 2012²³. Une circulaire précisait ceci : « toute condamnation pénale ne constitue pas nécessairement un empêchement résultant de faits personnels graves. [...] À l'inverse, cet empêchement peut exister en l'absence de toute condamnation pénale, par exemple en raison de faits qui ont motivé un renvoi ou une expulsion du Royaume »²⁴. Dans l'esprit du ministre de la Justice de l'époque, il semble donc que, d'une part, de simples poursuites pénales pouvaient suffire à fonder un renvoi ou une expulsion et d'autre part, que ces mesures pouvaient être basées sur des faits non constitutifs d'une infraction pénale. Ce raisonnement semble néanmoins avoir été démenti dans la pratique puisque nous n'avons à ce jour pas trouvé trace de décisions de renvoi ou d'expulsion motivées sur la seule base de poursuites judiciaires pénales.

Actuellement, l'article 1^{er}, 4°, du Code de la Nationalité Belge définit ce qu'il y a lieu d'entendre par faits personnels graves²⁵. Une condamnation coulée en force

21 Les réticences exprimées à l'encontre de cet alinéa sont du même ordre que celles visant la notion d'ordre public elle-même. Voy. les observations de la Ligue des Droits de l'Homme (*Doc. parl.*, Ch., S.O. 1995-1996, n° 49-364/8, p. 58), du représentant de l'Ordre national des avocats de Belgique (*idem*, pp. 72-73), du MRAX (*idem*, pp. 105-106) ; voy. également l'amendement déposé par M. ANCIAUX (*Doc. parl.*, Sén., S.O. 1995-1996, n° 49-310/2, p. 11).

22 C.A., 22 avril 1998, n° 43/98, *Act. dr.*, 1998, p. 739, note O. MICHIELS.

23 Loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration, *M.B.*, 14 décembre 2012, p. 79998, art. 2. Circulaire du 20 juillet 2000 complétant la circulaire du 25 avril 2000 concernant la loi du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge, *M.B.*, 27 juillet 2000, p. 25996, art. 6 ; Voy. à ce sujet : B. DEJEMEPPE, « Quelques considérations sur la pratique du parquet en matière de nationalité », *Ann. dr. Louvain*, 2003, pp. 279-286.

25 « Faits personnels graves : des faits qui sont notamment :
a) le fait de se trouver dans l'un des cas visés aux articles 23, 23/1 ou 23/2 [prévoyant les cas de déchéance] ;

de chose jugée à une fraude sociale ou fiscale ou une condamnation pénale spécifique²⁶, également coulée en force de chose jugée et ayant entraîné une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans sans sursis, empêche par exemple d'acquérir la nationalité belge. Le rapprochement entre le fait personnel grave et le renvoi ou l'expulsion se traduit à l'article 21, § 3, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 qui prévoit que, « sauf en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale, ne peut être renvoyé 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 ». Ainsi, un fait personnel grave reconnu dans le chef d'un étranger l'empêche dans tous les cas d'acquérir la nationalité et empêche l'étranger qui l'a commis de bénéficier de l'exception au renvoi visée à la disposition précitée.

De simples poursuites intentées contre un étranger (dans le cadre de n'importe quelles infractions et non uniquement celles spécifiques visées *supra*) seraient par conséquent insuffisantes à fonder un renvoi ou une expulsion. Nous pouvons également aboutir à cette conclusion en établissant la comparaison avec les termes des articles 7, 3° et 20, de la loi du 15 décembre 1980.

Des OQT ont en effet pu être délivrés pour motifs d'ordre public sur la base de seules poursuites judiciaires. Un mandat d'arrêt ou même un procès-verbal de police, en flagrant délit ou non, ont été considérés comme des éléments suffisants pour caractériser la menace à l'ordre public requise à l'article 7, 3°, de la loi précitée. Il est à ce titre admis que pareil OQT peut avoir une incidence sur la présomption d'innocence²⁷ ou, « entraîner par ses effets une violation du principe général du respect dû aux droits de la défense et dans le même temps, de l'article 6.3 de la Convention [européenne des droits de l'homme], [...mais] il faudra toutefois, pour faire admettre une telle ingérence, établir *in concreto* que le préjudice résultant de l'OQT est actuel et non hypothétique, puisque la mesure d'éloignement,

b) le fait d'adhérer à un mouvement ou à une organisation considéré comme dangereux par la Sûreté de l'État ;

c) l'impossibilité de contrôler l'identité ou la résidence principale ou de garantir l'identité ;

d) le fait que le juge ait infligé au demandeur une peine définitive, coulée en force de chose jugée, en raison d'une quelconque forme de fraude fiscale ou sociale ».

26 Cette condamnation est soit la conséquence de certaines infractions spécifiques (visées à l'article 23/1, 1° et 23/2, du Code de la Nationalité Belge – faits d'une gravité importante (infractions liées au nucléaire, crimes contre la Sûreté de l'État, violations graves du droit international humanitaire, trafic des êtres humains, etc.), soit la conséquence d'une infraction dont la commission a été manifestement facilitée par la possession de la nationalité belge, pour autant que l'infraction ait été commise dans les cinq ans à compter de la date d'obtention de la nationalité belge (article 23/1, 2°, du même Code).

27 « Si et seulement si le ministre ou son délégué fonde le risque de compromettre l'ordre public sur la considération, non autrement étayée, que la personne intéressée s'est rendue coupable d'une infraction » ; *voy.* F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *J.T.*, 2014, p. 73.

d'effet ponctuel, ne s'oppose pas à une autorisation de séjour ultérieure pour comparaître devant le juge pénal »^{28, 29}.

Pareil raisonnement ne peut pas, selon nous, être transposé valablement dans le cadre d'un renvoi ou d'une expulsion dont l'effet n'est pas ponctuel mais perdure au contraire durant 10 ans. Admettre que des poursuites en cours puissent suffire à fonder un renvoi ou une expulsion revient à accepter les deux hypothèses suivantes : soit les poursuites sont classées sans suite et la mesure paraît *a posteriori* disproportionnée compte tenu du manque de fiabilité ou d'opportunité des poursuites, soit elles aboutissent à une condamnation où l'inculpé fait forcément défaut si la mesure est exécutée. Ce défaut peut néanmoins difficilement lui être imputable. Ceci semble difficilement compatible avec la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable.

S'il faut une condamnation effective, doit-elle être obligatoirement de nature pénale ? En effet, le Conseil d'État a par exemple déjà estimé que « les comportements réprimés pénalement ne sont pas les seuls qui puissent porter atteinte à l'ordre public »³⁰. Travail clandestin³¹, mariage gris ou blanc³², fraude sociale ou fiscale³³ sont autant de terrains où le droit pénal peut céder le pas à d'autres branches du droit faisant également usage des notions d'ordre public, de sanctions ou d'autorités poursuivantes.

Est-ce à dire que les renvois et les expulsions peuvent être fondés sur des faits non constitutifs d'une infraction pénale ? Au vu de l'interprétation de la notion d'ordre public émise au Sénat citée plus haut, de l'absence – à première vue – de décisions jurisprudentielles allant dans ce sens ainsi qu'une doctrine autorisée³⁴, une réponse négative semble s'imposer.

28 *Ibid.* ; C.E., n° 96.922 du 22 juin 2001 ; C.C.E., n° 144.225 du 27 avril 2015 ; C.C.E., n° 127.012 du 14 juillet 2014 ; *contra* : C.C.E., n° 14.501 du 25 juillet 2008 ; C.E., arrêt n° 105.412 du 5 avril 2002. Les implications d'un OQT au regard du respect dû aux droits de la défense dépassent le cadre de cette contribution. Notons néanmoins que, dans ces jurisprudences contradictoires, le délai entre l'exécution de l'OQT et la fixation de l'affaire devant un tribunal est un des éléments pris en compte. S'il était court, il a pu justifier l'annulation de l'OQT attaqué.

29 Il faut encore souligner la possibilité, rarement mise en œuvre en pratique, d'obtenir un laissez-passer pour assister aux audiences requises. Cela ne vaut bien entendu que si le dossier ayant fondé l'OQT pour motifs d'ordre public n'est pas classé sans suites.

30 C.E., n° 88.980 du 13 juillet 2000.

31 Cass., 2 janvier 2013, P.12.2019.F. À l'occasion d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de Mons statuant dans le cadre du contrôle de légalité des mesures de privation de liberté et d'éloignement des étrangers, la Cour de cassation a estimé que « le travail frauduleux peut constituer une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

32 C.C., 26 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1147 et s. ; C.C.E., n° 102252 du 30 avril 2013 ; Soulignons néanmoins l'article 79bis de la loi du 15 décembre 1980 pénalisant divers comportements dans le cadre des mariages de complaisance depuis l'adoption de la loi du 2 juin 2013.

33 Voir ci-dessous la notion de faits personnels graves développée à l'article 1^{er}, 4^e, du Code de la Nationalité Belge reprenant les fraudes fiscales et sociales.

34 F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *op. cit.*, p. 74.

Une condamnation définitive est-elle nécessaire pour fonder l'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale requise à l'article 20, alinéa 1 ou 2, de la loi précitée ?

Le Conseil du Contentieux des Étrangers estime à cet égard « que l'article 20 n'exige nullement que l'étranger concerné par un tel arrêté se soit vu condamné par une décision de justice coulée en force de chose jugée »³⁵. Cette décision, à première vue isolée, nous semble contestable à triple titre : à savoir au regard de la présomption d'innocence, du droit à un recours effectif et de celui à un procès dans un délai raisonnable.

En matière pénale, « le respect de la présomption d'innocence s'applique tout au long de la procédure, jusqu'à ce qu'intervienne une condamnation définitive ; ce principe incombe aux autorités judiciaires [...], mais aussi aux autres autorités publiques »³⁶, dont fait évidemment partie l'Office des Étrangers. Aussi, la présomption d'innocence ne saurait cesser de s'appliquer en appel du seul fait que la procédure en première instance a entraîné la condamnation de l'intéressé, lorsque l'instance se poursuit en appel³⁷. Lorsque l'autorité administrative fonde une décision de renvoi ou d'expulsion sur une condamnation en première instance, *a fortiori* si celle-ci a lieu par défaut, cette décision est selon nous incompatible avec la présomption d'innocence de l'étranger, peu importe d'ailleurs que les décisions d'expulsion ou de renvoi soient prises par des autorités administratives et non judiciaires, que celles-ci poursuivent un but de prévention de l'ordre public et non de répression et qu'elles ne soient pas liées au respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁸.

Le droit effectif à un double degré de juridiction ou celui de bénéficier d'un procès dans un délai raisonnable peuvent également être mis à mal dans la mesure où l'étranger, renvoyé ou expulsé durant 10 ans, peut faire usage des voies de recours internes soit en temps utile mais uniquement par l'intermédiaire de son conseil – sans pouvoir le rencontrer en personne ni assister lui-même aux audiences ultérieures, soit après 10 ans, ce qui est difficilement compatible avec l'exigence du délai raisonnable. S'il revient illégalement sur le territoire en souhaitant se défendre en second degré d'instance, il s'expose à la sanction prévue à l'article 76 de la loi du 15 décembre 1980.

35 Ibid. ; C.C.E., n° 86.027, du 21 août 2012, p. 7.

36 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1132 ; voy. aussi M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Bruxelles, La Charte, 2014, p. 24 et s.

37 Cour eur. D.H., arrêt *Konstas c. Grèce* du 24 mai 2011, § 36.

38 F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *op. cit.*, p. 73 : « Par principe, l'article 6 de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne s'applique pas au contentieux administratif des étrangers, en raison de sa nature même, les contestations portées devant le juge administratif ne ressortissant ni à un droit ou à une obligation de caractère civil ni à une accusation en matière pénale ».

Ceci ne vaut bien entendu qu'en dehors des hypothèses de laissez-passer, de levée ou de suspension de la mesure. Cela étant, l'octroi de ces possibilités dépend du pouvoir d'appréciation de la même autorité qui a pris la décision de renvoi ou d'expulsion. Elles semblent peu utilisées en pratique.

Nous estimons par conséquent qu'une décision irrévocable devrait être exigée pour fonder un renvoi ou une expulsion.

D. Les notions de comportement personnel et d'actualité de la menace

L'article 20, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit par ailleurs que « les arrêtés de renvoi et d'expulsion doivent être fondés exclusivement sur le comportement personnel de l'étranger ». Ainsi, si une condamnation pénale constitue la base de la procédure de renvoi (ou d'expulsion), il ne s'agit pas de l'unique critère déterminant la dangerosité de l'étranger³⁹.

À titre d'exemples, ne pas contester adhérer à une doctrine fondée sur le fanatisme religieux, la xénophobie et l'antisémitisme, être actif dans ce milieu depuis plus de vingt ans ou n'avoir aucun respect pour l'intégrité physique d'autrui ont pu être jugés comme des comportements personnels attestant de la dangerosité d'un étranger renvoyé⁴⁰.

La valeur ajoutée de ce troisième alinéa réside en réalité dans la précision apportée par les termes « exclusivement » et « personnel », interdisant à l'autorité de fonder sa décision sur des faits commis par d'autres individus, quand bien même l'intéressé en aurait été proche. Un parallèle peut à nouveau être effectué avec la notion de fait personnel grave citée plus haut⁴¹.

Dans le même sens, la Cour de Justice de l'Union européenne estime de façon constante que « l'existence d'une condamnation ne peut être ainsi 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 » et que « le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout état de cause, l'existence, en dehors du trouble social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave »⁴².

L'exigence de devoir vérifier l'actualité de la menace à l'ordre public visée à l'article 20 est un point contesté en jurisprudence et par une certaine doctrine⁴³. Cela

39 F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *op. cit.*, p. 74.

40 C.C.E., n° 86.027 du 21 août 2012.

41 Cass., 28 mai 2004, *Rev. dr. étr.*, 2005, p. 581 ; *Rev. dr. ULg.*, 2005, pp. 402 à 411, note WILMET.

42 C.J.U.E, Z. Zh. et I. O. (NL), C-554/13 du 11 juin 2015, point 60 ; C.C.E., n° 16.654 du 29 septembre 2008, p. 4.

43 F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *op. cit.*, p. 74 ; *voy.* notamment C.C.E., n° 69.477 du 28 octobre 2011 ; C.C.E., n° 65.224 du 29 juillet 2011.

étant, la Cour européenne des droits de l'homme semble exiger à cet égard de vérifier l'actualité de la dangerosité du délinquant, à tout le moins au moment de la mise en œuvre de l'éloignement⁴⁴.

E. Les contrepois offerts par les garanties nationales ou européennes

L'article 21 de la loi du 15 décembre 1980⁴⁵ fournit des garanties contre le renvoi ou l'expulsion. Le plus souvent, elles sont liées à la durée de la présence régulière sur le territoire ou à la qualité des attaches avec le pays. Vu l'angle pénal adopté ici, il convient de souligner plus particulièrement la garantie offerte au parent d'au moins un enfant séjournant régulièrement en Belgique qui, sauf en cas d'atteinte grave à la sécurité nationale, ne pourra pas faire l'objet d'un renvoi ou d'une expulsion si l'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale n'a pas été matérialisée par une condamnation pénale d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Notons néanmoins qu'en dehors du § 1^{er} de cet article, les garanties prévues contre le renvoi ou l'expulsion ne sont pas absolues.

En tout état de cause, l'alinéa 4 de l'article 20 précise que « lors de la prise d'un arrêté d'expulsion, il est tenu compte de la durée du séjour dans le Royaume, de l'âge de la personne concernée, des conséquences pour la personne et les membres de sa famille, ainsi que de l'existence ou de l'absence de liens avec le pays d'origine ».

Enfin, l'article 20, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 rend l'avis de la Commission consultative des Étrangers obligatoire avant toute expulsion et l'alinéa 1^{er} précise que le Roi déterminera les cas où cet avis sera nécessaire pour un renvoi. L'arrêté royal du 17 mai 2007⁴⁶ rend l'avis obligatoire en cas de renvoi d'un « étran-

44 Voy. Cour eur. D.H., (Gde Ch.), *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, note de G. DE BECO, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une leçon de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp 1091-1108, *in casu* pp. 1103 et 1104.

45 Article 21 de la loi du 15 décembre 1980 : « § 1^{er}. Ne peut en aucun cas être renvoyé ou expulsé du Royaume : 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 § 2. Sauf en cas d'atteinte grave à la sécurité nationale, ne peut être ni renvoyé ni expulsé du Royaume : 1° l'étranger qui y séjourne régulièrement depuis vingt ans au moins ; 2° l'étranger qui n'a pas été condamné à une peine de prison égale ou supérieure à cinq ans et qui exerce l'autorité parentale en qualité de parent ou de tuteur ou assume l'obligation d'entretien visée à l'article 203 du Code civil vis-à-vis d'au moins un enfant séjournant de manière régulière en Belgique. § 3. Sauf en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale, ne peut être renvoyé du Royaume : 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 ».

46 Arrêté royal du 17 mai 2007 fixant des modalités d'exécution de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29535, article 13.

ger qui n'est pas établi dans le Royaume et qui est ou a été autorisé ou admis au séjour de plus de trois mois, qui avant sa condamnation pénale, entretenait une vie conjugale ou familiale effective avec son conjoint ou son partenaire enregistré résidant légalement dans le Royaume ou exerçait l'autorité parentale en qualité de parent ou de tuteur ou assumait l'obligation d'entretien visée à l'article 203 du Code civil vis-à-vis d'au moins un enfant résidant légalement dans le Royaume ou qui entretient une telle relation conjugale ou familiale effective dans la période pendant laquelle il était privé de sa liberté ».

L'article 56 de la loi du 15 décembre 1980 rend également obligatoire l'avis de la Commission consultative des Étrangers avant de délivrer un arrêté ministériel de renvoi à un étranger auquel la protection subsidiaire a été accordée.

Sans nous y attarder de manière excessive, il nous semble également utile de préciser les critères que la Cour européenne des droits de l'homme retient pour contrebalancer la marge d'appréciation des États dans l'éloignement prolongé des étrangers délinquants⁴⁷.

Les arrêts *Boultif c. Suisse* et *Üner c. Pays-Bas* sont certainement les arrêts phares de la jurisprudence européenne, abondante en la matière. Dans le premier cité, la Cour énumère pour la première fois une liste de huit critères permettant d'évaluer la compatibilité de l'expulsion prolongée des étrangers délinquants avec l'article 8 de la Convention. Ceux-ci sont « [1] la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, [2] la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, [3] la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, [4] la nationalité des diverses personnes concernées, [5] 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, [6] le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, [7] la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge [...], [8] la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse »⁴⁸. À l'occasion du second, la Cour ajoute deux critères à sa liste : « [1] l'intérêt et le 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 [...] et [2] la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination »⁴⁹. Dans l'arrêt *Maslov c. Autriche*⁵⁰, la Cour affine quelque peu sa jurisprudence pour les cas où l'étranger délinquant est mineur.

47 G. DE BECO, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1095.

48 Cour eur. D.H., arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, § 48.

49 Cour eur. D.H., arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, §§ 56-57.

50 Cour eur. D.H., arrêt *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008.

Néanmoins, cette liste de critères est critiquée dans la mesure où il n'existe pas d'indications claires sur la manière dont ils doivent être pondérés, ce qui rendrait aléatoire et imprévisible la jurisprudence strasbourgeoise et encouragerait les États à faire primer leur souveraineté au détriment du droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers menacés de renvoi ou d'expulsion⁵¹.

1 Les interdictions d'entrée liées à un ordre de quitter le territoire⁵²

a. Fondement légal

L'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980, inséré par la loi du 19 janvier 2012, constitue la base légale de l'interdiction d'entrée sur le territoire pouvant assortir cette fois un OQT.

« Art. 74/11, § 1^{er}. La durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas.

La décision d'éloignement est assortie d'une interdiction d'entrée de maximum trois ans, dans les cas suivants : 1° lorsqu'aucun délai n'est accordé pour le départ volontaire ou ; 2° lorsqu'une décision d'éloignement antérieure n'a pas été exécutée.

Le délai maximum de trois ans prévu à l'alinéa 2 est porté à un maximum de cinq ans lorsque 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.

La décision d'éloignement peut 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.

§ 2. Le ministre ou son délégué s'abstient de délivrer une interdiction d'entrée lorsqu'il met fin au séjour du ressortissant d'un pays tiers conformément à l'article 61/3, § 3, ou 61/4, § 2, sans préjudice du § 1^{er}, alinéa 2,2°, à condition qu'il ne représente pas un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale.

Le ministre ou son délégué peut s'abstenir d'imposer une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires.

51 G. DE BECO, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1092-1096.

52 Pour plus de détails sur la directive ou sur l'interdiction d'entrée, voy. T. WIBAULT, « La transposition de la directive Retour en droit belge », *Rev. dr. étr.*, 2012, n° 169, pp. 369-401 ; B. DHONDT, « Van vreemdeling tot banneling... en terug ? – Een analyse van rechtspraak over de fundamentele grenzen aan het inreisverbod », *T. Vreemd.*, 2014, n° 2, pp. 183-194.

§ 3. L'interdiction d'entrée entre en vigueur le jour de la notification de l'interdiction d'entrée. L'interdiction d'entrée ne peut contrevenir au droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie aux articles 9^{ter}, 48/3 et 48/4. »

b. La justification de la mesure

L'interdiction d'entrée étudiée ici trouve son origine dans la directive 2008/115/CE⁵³ adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 16 décembre 2008. Selon celle-ci, l'interdiction d'entrée est « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres pendant une durée déterminée qui accompagne une décision de retour »⁵⁴ visant à « conférer une dimension européenne aux effets des mesures nationales de retour [...] excluant toute entrée et tout séjour sur le territoire de l'ensemble des États membres [et dont la durée] devrait être fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne devrait normalement pas dépasser cinq ans »⁵⁵. Selon la Commission, « cette 'européanisation' des conséquences des mesures nationales de retour devrait avoir un effet préventif et renforcer la crédibilité d'une politique de retour véritablement européenne »⁵⁶.

La loi du 19 janvier 2012⁵⁷ a transposé quasiment tel quel le contenu de la directive à l'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980.

Soulignons enfin que le législateur belge mentionne explicitement que « le ratio de la directive 2008/115 n'est pas la protection de l'ordre public »⁵⁸. Il renvoie sur ce point *expressis verbis* aux travaux de la Commission⁵⁹.

53 Directive 2008/115/CE 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 – plus communément appelée Directive « Retour » ; ci-après « la directive ».

54 Article 3(6) de la directive ; *voir* aussi : Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005), 391 final, p. 4.

55 Considérant 14 de la directive.

56 Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005), 391 final, p. 8.

57 Loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (1), M.B., 17 février 2012, pp. 11412 et s.

58 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, Doc. parl., Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, p. 7.

59 Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005), 391 final, p. 5. Le contenu est en effet édifiant : « D'aucuns se sont demandé s'il fallait aborder la question de l'éloignement pour des raisons liées à la sécurité nationale et à l'ordre public dans le cadre de la présente proposition, notamment l'éloignement des terroristes présumés. La présente proposition ne contient aucune disposition expresse à cet égard et ce, pour trois raisons :

– Toutes les directives CE adoptées dans le domaine de l'asile et de l'immigration contiennent déjà des clauses dites « d'ordre public » qui permettent aux États membres de procéder au retrait du titre de séjour et d'éloigner les ressortissants de pays tiers qui constituent une menace à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Dans son document de travail « de l'après-11-septembre » COM(2001) 743 du 5 décembre 2001, la Commission a tiré la conclusion suivante : « Il semble que la meilleure façon

c. Le champ d'application personnel et matériel

L'interdiction d'entrée liée à un OQT se distingue de celle accompagnant un renvoi ou une expulsion par son champ d'application personnel et matériel.

Ratione personae d'abord. Alors que les secondes peuvent s'appliquer aux étrangers autorisés à un court séjour, établis ou résidents de longue durée, la présente interdiction d'entrée n'a quant à elle vocation à s'appliquer qu'aux étrangers en séjour illégal⁶⁰. Cela découle de l'intitulé même de la directive européenne et du titre III^{quater}⁶¹ de la loi du 15 décembre 1980 dans lequel s'insèrent les articles traitant de l'interdiction d'entrée. Les travaux parlementaires belges sont très clairs sur ce point⁶². Selon ceux-ci, les étrangers visés par les renvois et les expulsions « ne sont pas des 'ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier' au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2008/115/CE et de l'article 1^{er}, 3^o et 4^o, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 ».

Le Conseil d'État a souhaité en conclure que les arrêtés de renvoi et d'expulsion ne pouvaient viser des personnes en séjour illégal mais bien des ressortissants de pays tiers ayant bénéficié d'un titre de séjour en Belgique auquel il a été mis fin. Cette lecture ne semble pas correspondre au souhait initial de la Commission européenne⁶³.

Tous les étrangers en séjour illégal (et ne jouissant pas du droit communautaire à la libre circulation⁶⁴) présents sur le territoire belge sont indistinctement visés, qu'ils soient ou non délinquants. En effet, le législateur belge n'a pas, jusqu'à présent, fait usage de la possibilité offerte par l'article 2, § 2, sous b), de la directive

de renforcer la sécurité consiste à appliquer ces dispositions avec rigueur plutôt qu'à modifier en profondeur les différentes propositions en question ».

– Il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'État d'éloigner un terroriste présumé. Parfois, il peut être préférable d'engager des poursuites pénales à son encontre ou de le maintenir sous surveillance dans un État membre, plutôt que de l'éloigner vers un pays tiers.

– Même s'il apparaissait justifié de poursuivre l'harmonisation de la notion d'« éloignement pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité nationale », une telle harmonisation ne devrait pas être proposée dans le contexte d'une directive relative à la cessation du séjour irrégulier et au retour, mais plutôt dans le cadre de la directive régissant les conditions d'entrée et de séjour et relative à la cessation de la présence ou du séjour régulier.

Néanmoins, une fois que le séjour légal d'un ressortissant de pays tiers a été terminé pour des raisons d'ordre public, cette personne devient un ressortissant de pays tiers séjournant illégalement dans le territoire d'un État membre aux fins de cette directive et les règles de cette directive devront être appliquées à cette personne ».

L'affirmation selon laquelle la proposition ne contient aucune disposition expresse relative à l'ordre public est immédiatement mise à mal au sein de la proposition elle-même qui fait référence à cette notion de nombreuses fois.

60 Art. 1^{er}, 4^o, de la loi du 15 décembre 1980 : « 4^o séjour illégal : la présence sur le territoire d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour ».

61 Titre III^{quater} intitulé : « Dispositions applicables au retour des ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal sur le territoire ».

62 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, p. 7.

63 Section de législation du Conseil d'État, avis n° 49.947 donné le 27 juillet 2011 ; T. WIBAULT, « La transposition de la directive Retour en droit belge », *op. cit.*, p. 370.

64 Art. 2, § 3, de la directive.

lui permettant d'exclure du champ d'application de celle-ci les ressortissants de pays tiers « faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition ».

L'article 74/11, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 dispose que l'Office des Étrangers peut, pour des raisons humanitaires, s'abstenir dans certains cas particuliers d'imposer une interdiction d'entrée bien que l'étranger soit en séjour illégal.

Il doit par ailleurs s'abstenir d'en délivrer une à l'étranger qui est victime de l'infraction de traite ou de trafic des êtres humains et qui a coopéré avec les autorités, mais pour qui, le ministre ou son délégué a décidé de mettre fin au séjour s'il a renoué un lien avec l'auteur présumé de l'infraction, a cessé de coopérer ou si les autorités judiciaires ont mis fin à la procédure. Cependant, l'Office des Étrangers retrouve la possibilité de délivrer une interdiction d'entrée accompagnant un OQT à pareille victime dans deux cas : soit, l'étranger est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale⁶⁵, soit il ne respecte pas l'obligation de retour précédente décernée sans interdiction d'entrée⁶⁶. L'ordre public s'invite ainsi très rapidement dans une loi supposée ne pas le défendre.

Ratione materiae ensuite. Comme nous l'avons vu, les expulsions et les renvois ne peuvent s'appliquer qu'en présence d'une atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale. L'interdiction d'entrée liée à un OQT a un champ d'application matériel beaucoup plus large puisqu'elle est délivrée dans quatre hypothèses dont trois n'ont pas de lien, du moins explicite, avec l'ordre public⁶⁷.

Lorsqu'aucun délai n'est accordé pour le départ volontaire ou lorsqu'une décision d'éloignement antérieure n'a pas été exécutée, l'interdiction d'entrée est obligatoirement délivrée par l'autorité administrative.

Lorsque 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 ou lorsque le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale, la mesure est facultative et relève alors du pouvoir d'appréciation de l'autorité.

Un examen attentif des hypothèses où l'interdiction d'entrée est obligatoirement délivrée confirme pour le surplus que la notion d'ordre public est sous-jacente à l'ensemble du dispositif et en structure l'exécution. En effet, là où, en règle, un

65 L'article 74/11, § 2 modifie la formulation en optant pour « représente un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale ». Le sens est le même et on n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles le législateur a modifié la formulation de cette menace à l'ordre public d'un article à l'autre.

66 Art. 74/11, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 ; Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, p. 23.

67 Art. 74, § 1^{er}, al. 2 à 4, de la loi du 15 décembre 1980.

délai de 30 jours est accordé pour procéder à un départ volontaire – dont l'encouragement constitue le leitmotiv numéro un pour établir une politique de retour à la fois efficace et humaine⁶⁸ – ce délai peut être ramené à un délai inférieur à 7 jours voire supprimé s'il existe un risque de fuite ou si le ressortissant d'un pays tiers constitue un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale⁶⁹.

Selon le Centre fédéral Migration, l'Office des Étrangers opte plus souvent pour la suppression du délai d'exécution de la décision par un retour volontaire que pour une diminution de ce délai⁷⁰.

La notion d'atteinte à l'ordre public refait ainsi à nouveau surface de manière explicite comme étant un des motifs suffisants pour n'accorder aucun délai pour le départ volontaire et, dans ce dernier cas, rendre obligatoire la délivrance d'une interdiction d'entrée⁷¹, quand bien même la menace pour l'ordre public ne pourrait raisonnablement pas être qualifiée de grave⁷².

La notion de risque de fuite n'est elle-même définie ni dans la loi du 15 décembre 1980 ni dans la directive. Les travaux parlementaires en donnent une définition particulièrement vague et évoquent une série « d'éléments objectifs et sérieux » desquels l'autorité administrative pourrait déduire un risque de fuite⁷³. Parmi eux, nous retrouvons entre autres le fait de demeurer sur le territoire au-delà du délai octroyé par la décision d'éloignement ou d'entrer illégalement et de se maintenir sur le territoire sans tenter de régulariser sa situation. À notre estime, la lecture croisée de ces éléments permet en réalité de couvrir l'ensemble des situations possibles de séjour illégal, rendant par conséquent possible la délivrance d'une interdiction d'entrée de façon quasi automatique ou à tout le moins très fréquente.

Cette hypothèse est étayée par le constat que le nombre d'interdictions d'entrée liées à un OQT délivrées durant un an est nettement plus élevé que celui des renvois ou des expulsions sur une période de dix ans⁷⁴. Il aurait sans doute été plus clair de préciser, ainsi que cela a été proposé lors des travaux préparatoires

68 Voy. considérant n° 2, 4 et 10, de la directive ; Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005), 391 final, p. 4.

69 Art. 74, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

70 Centre fédéral Migration, *Rapport annuel Migration 2013*, op. cit., p. 194.

71 Art. 74/11, § 1^{er}, al. 2, 1°, de la loi du 15 décembre 1980.

72 Art. 74/11, § 1^{er}, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980. En définitive, le niveau de gravité de la menace pour l'ordre public influence la durée de l'interdiction qui sera délivrée. Si elle est grave, l'autorité délivrera obligatoirement une interdiction d'entrée en n'accordant éventuellement aucun délai pour le départ volontaire et la durée de l'interdiction pourra dépasser les 3 ans maximum prévus initialement.

73 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, pp. 15-16.

74 D'une part, entre 2000 et 2010, on totalise environ 40 expulsions et 2800 renvois ; voy. Question n° 3-7775 de M. Cornil du 28 mars 2007, Bulletin 3-90, session 2006-2007 et Question n° 76 de Théo Francken du 19 janvier 2011 – le fait, étonnant, que les chiffres varient d'une réponse à l'autre incite à la prudence. D'autre part, rien que pour 2013, on dénombre 9235 OQT assortis d'une interdiction d'entrée (dont au minimum 919 pour des motifs liés à l'ordre public) ; voy. Centre fédéral Migration, *Un nouveau cadre pour la politique de retour*, juin 2014, p. 47.

de la directive, que « le risque de fuite ne découle pas d'emblée du seul fait qu'un ressortissant de pays tiers séjourne illégalement sur le territoire d'un État membre »⁷⁵. Cette vision coïncide par ailleurs avec les principes énoncés dans la directive elle-même selon laquelle « les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier »⁷⁶.

Vu cette interprétation particulièrement large du risque de fuite, n'y aurait-il pas lieu de considérer qu'en réalité, l'interdiction d'entrée vise à sanctionner administrativement l'infraction pénale de séjour illégal ?

Selon les législateurs européen et belge, l'interdiction d'entrée est une mesure préventive de l'ordre public et non une sanction⁷⁷. Tant la jurisprudence européenne que la jurisprudence belge⁷⁸ ont suivi jusqu'à ce jour ce point de vue à propos des interdictions de territoire liées aux renvois et aux expulsions, malgré quelques opinions dissidentes⁷⁹. Notons cependant que la nouvelle interdiction d'entrée peut s'appliquer, et s'applique quotidiennement, à des étrangers non délinquants, ou, pour reprendre la terminologie administrative, qui ne perturbent pas l'ordre public ou la sécurité nationale autrement que par leur présence non autorisée sur le territoire. D'où la question posée : le séjour illégal « non qualifié » est-il désormais considéré comme une menace à l'ordre public suffisante pour justifier l'éloignement prolongé dans le temps des étrangers ? L'interdiction d'entrée nouvelle consiste-t-elle dès lors en une sanction administrative de ce séjour illégal qui en pratique n'est pas réprimé pénalement⁸⁰ ? Ou n'est-elle qu'un moyen de pression

75 Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, fait au nom de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (Rapp. M. WEBER), *PE. Doc.*, A6-0339/2007 du 20 septembre 2007, pp. 11 et 53 ; Avis du Comité des Régions sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, séance du 27 avril 2006, *J.O.U.E.*, 29 août 2006, 2006/C-206/27, p. 33 ; le Comité « demande que le seul fait de séjourner illégalement sur le territoire d'un État membre ne puisse être interprété d'emblée comme un indice concluant de l'existence d'un risque de fuite. Cette approche constituerait une condamnation a priori irrecevable, en ce qu'elle serait en contradiction avec l'article 6 de la C.E.D.H. (Droit à un procès équitable) ».

76 Considérant n° 6 de la directive.

77 Voy. par exemple : Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, p. 7 ; Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *COM* (2005), 391 final, p. 8.

78 Voy. par exemple : Cour eur. D.H., arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, § 56 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000, § 39 ; C.C.E., n° 86.027 du 21 août 2012 ; C.C.E., n° 56.610 du 24 février 2011 ; C.C.E., n° 74.061 du 27 janvier 2012.

79 Voy. Notamment Cour eur. D.H., arrêt *Baghli c. France* du 30 novembre 1999, opinion dissidente commune aux juges COSTA et TULKENS ; X. ROLIN, « La double peine, une punition de la nationalité », *Rev. dr. étr.*, 2002, liv. 118, pp. 205-2016.

80 Si ce n'est en complément d'autres infractions pénales commises – tels que des vols ou des infractions à la législation sur les stupéfiants. À notre connaissance, l'infraction de séjour illégal prise isolément n'est en effet ni poursuivie ni réprimée par le ministère public.

pour inciter ces étrangers en séjour illégal à rentrer « volontairement » ? Cette interrogation se retrouve par ailleurs au sein des travaux préparatoires de la directive⁸¹.

Au-delà de cette interrogation sur la nature de l'interdiction d'entrée liée à un OQT, il nous semble également légitime de questionner l'efficacité d'un moyen – l'interdiction d'entrée – utilisé dans le cadre d'une directive dont l'objectif annoncé est la mise sur pied d'une politique de retour, politique qui, selon la Commission européenne, fait « partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine »⁸². L'interdiction d'entrée ne pousserait-elle pas en réalité toujours plus – car pour des périodes plus longues – d'étrangers dans l'impossibilité ou l'extrême difficulté d'obtenir un séjour légal⁸³ ? Le séjour illégal s'éteint par l'éloignement effectif de l'étranger, d'effet ponctuel. Si cet éloignement est insuffisant à freiner l'immigration illégale en Europe, fallait-il pour autant estimer qu'empêcher plus longtemps tous les étrangers en séjour illégal éloignés d'obtenir un séjour légal par la suite y contribuerait davantage ? Ne fallait-il pas estimer au contraire que cela risquait de renforcer l'immigration illégale ?

d. La portée territoriale et la durée de l'interdiction d'entrée

Bien que la loi, tout comme la directive, parle des « États membres », l'interdiction s'appliquera en réalité sur le territoire de l'ensemble des États membres qui ont transposé la directive (à savoir tous les États membres, y compris ceux ne faisant pas partie de l'espace Schengen, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande) et des quatre États Schengen associés (la Suisse, la Norvège, le Liechtenstein et

81 Avis du Comité des Régions sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, séance du 27 avril 2006, *J.O.U.E.*, 29 août 2006, 2006/C-206/27, p. 33 – le Comité « estime que l'expression 'menace grave à la sécurité nationale et à l'ordre public' doit désigner exclusivement les atteintes qui dépassent un certain seuil de gravité contre les intérêts vitaux des États membres, et qui justifient une décision d'interdiction de réadmission. Les atteintes ayant de faibles conséquences sur le bien commun ainsi que par exemple le séjour illégal non qualifié ne doivent pas être assortis de cette sanction ». Notons ici que l'interdiction d'entrée est clairement visée comme une sanction, et non comme une mesure préventive, du séjour illégal.

82 Considérant n° 1 et 2 de la directive ; Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *COM* (2005), 391 final, p. 2.

83 Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, fait au nom de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (Rapp. M. WEBER), *P.E. Doc.*, A6-0339/2007 du 20 septembre 2007, pp. 44 et 46 reprenant l'avis de la Commission du Développement du 22 juin 2007 selon lequel « une telle politique de retour doit être accompagnée par des mesures qui permettent aux migrants un accès à des séjours réguliers. Le combat contre l'immigration irrégulière doit nécessairement être complété par l'ouverture de voies régulières à la migration et le rôle positif des migrants pour les pays d'accueil doit être reconnu et mis en évidence. Surtout, les droits des migrants doivent être respectés – se déplacer est une liberté fondamentale. Parmi ces droits, la participation à la vie de la société d'accueil et une possibilité effective d'intégration doivent être effectivement prises en compte et promues ».

l'Islande). Dans l'hypothèse où le ressortissant de pays tiers bénéficie d'un titre de séjour dans un autre État membre de l'Union européenne, la Belgique pourra lui délivrer une interdiction d'entrée valable uniquement pour le territoire belge, par exemple lorsqu'elle estime que l'intéressé représente un risque pour l'ordre public. Dans cette hypothèse, l'interdiction d'entrée ne sera pas reprise dans le SIS (Schengen Information System) mais bien dans la BNG (Banque de données nationale générale)⁸⁴.

La durée de l'interdiction d'entrée varie en fonction de sa justification. Lorsqu'aucun délai n'est accordé pour le départ volontaire ou lorsqu'une décision d'éloignement antérieure n'a pas été exécutée, elle est obligatoirement délivrée et sera d'une durée de 3 ans maximum. En pratique, « le travail au noir est [...] généralement invoqué comme élément d'ordre public justifiant une durée de trois ans d'interdiction d'entrée »⁸⁵.

Ce maximum est porté à 5 ans lorsqu'il y a eu recours à la fraude, celle-ci étant considérée comme une « circonstance aggravante »⁸⁶.

En présence d'une menace grave pour l'ordre public, la limite des 5 ans peut être dépassée.

L'exposé des motifs précise que si « la directive ne fixe pas la durée maximale de l'interdiction, [elle] impose toutefois de procéder à un examen individuel [...] et de prendre en compte 'toutes les circonstances propres à chaque cas' et de respecter le principe de proportionnalité »⁸⁷. Toutefois, le Centre fédéral Migration soulignait en juin 2014 « un usage quasi systématique des durées maximales des interdictions d'entrée (respectivement 3 ans et 5 ans) [et le fait qu'] une interdiction d'entrée d'une durée-type de 8 ans est également délivrée aux personnes qui représentent une menace [grave] pour l'ordre public ou la sécurité nationale »⁸⁸. À l'encontre de cette pratique, le Conseil du Contentieux des Étrangers a considéré que le droit à la vie privée et familiale pouvait être violé quand les autorités ne tiennent pas compte de l'existence de la famille pour fixer la durée de l'interdiction d'entrée⁸⁹.

La Cour de Justice de l'Union européenne a par ailleurs précisé dans l'arrêt *Filev et Osmani* du 19 septembre 2013⁹⁰ que la directive devait être interprétée comme s'opposant aux réglementations nationales prévoyant des interdictions d'entrée

84 Centre fédéral Migration, *Un nouveau cadre pour la politique de retour*, juin 2014, p. 34.

85 Centre fédéral Migration, *Rapport annuel Migration 2013*, op. cit., p. 194.

86 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2011-2012, n° 53-1825/1, p. 23.

87 *Ibid.*

88 Centre fédéral Migration, *Un nouveau cadre pour la politique de retour*, juin 2014, p. 35.

89 Centre fédéral Migration, *Rapport annuel Migration 2013*, op. cit., p. 196 ; C.C.E., n° 98.799 du 14 mars 2013 ; C.C.E., n° 91.251 du 9 novembre 2012 ; C.C.E., n° 92.552 du 30 novembre 2012 ; C.C.E., n° 96.520 du 2 février 2013.

90 C.J.U.E., *Filev et Osmani c. Allemagne*, 19 septembre 2013, affaire C-297/12.

sans limitation dans le temps, et ce, indépendamment de toute demande de l'étranger pour qu'elle soit limitée.

- e. La notion de menace pour l'ordre public : une nouvelle lecture suite à l'arrêt du 11 juin 2015 de la Cour de Justice de l'Union européenne ?

La notion d'atteinte à l'ordre public est centrale dans les renvois et les expulsions. De façon moins explicite, celle voisine de menace pour l'ordre public l'est presque tout autant pour les interdictions d'entrée liées à un OQT. Un récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne nous semble apporter une grille de lecture nouvelle à cette notion⁹¹.

Dans son arrêt du 11 juin 2015, *Z. Zh. et I.O. c. Pays-Bas*⁹², la Cour de Justice de l'Union européenne s'est penchée sur la notion de « danger pour l'ordre public » inscrite à l'article 7, § 4, de la directive. Cet article – qui trouve son équivalent à l'article 74/14, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 – prévoit une dérogation au principe général du retour volontaire en donnant la possibilité au législateur national de ne prévoir aucun délai ou bien un délai inférieur à 7 jours en présence d'un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, d'un risque de fuite ou du non-respect d'une obligation de retour précédente.

La Cour considère d'abord qu'un danger pour l'ordre public résulte davantage d'une combinaison d'éléments que d'un seul pris isolément. Ainsi, un danger pour l'ordre public peut selon elle résulter tant d'une condamnation pénale que de poursuites. De plus, la condamnation ne doit pas nécessairement être irrévocable. Néanmoins, pris isolément, ces éléments ne peuvent suffire. La Cour rappelle ainsi la nécessité d'un examen individuel de chaque cas et le principe de proportionnalité qui doit présider dans les décisions prises par les États membres. Elle impose de prendre en compte une série d'éléments n'ayant pas nécessairement trait à l'infraction commise ou supposée. Parmi ces éléments, la Cour mentionne « la nature et la gravité de l'acte commis, le temps écoulé depuis sa commission ainsi que la circonstance que le ressortissant était en train de quitter le territoire de l'État membre » ou encore « tout élément qui a trait à la fiabilité du soupçon du délit ou crime reproché au ressortissant » (§ 65). Ces éléments ne constituent pas une liste exhaustive. Elle rappelle néanmoins le principe selon lequel un danger pour l'ordre public suppose, « en tout état de cause, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (§ 60).

91 Pour plus d'approfondissements de cette notion, voy. Centre fédéral Migration, *Rapport annuel Migration 2013*, op. cit., pp. 192-198 : « Sous la loupe : l'ordre public, la détention et l'éloignement ».

92 C-554/13.

Elle s'oppose de la sorte fermement aux pratiques nationales considérant systématiquement qu'un étranger ayant commis une infraction (ou étant supposé l'avoir commis) est réputé constituer un danger pour l'ordre public (§ 54).

Elle relève de plus que les éléments pertinents pour déterminer s'il existe un danger pour l'ordre public ne sont pas substantiellement les mêmes que ceux qui sont pertinents pour apprécier le risque de fuite (§ 56). Elle n'insiste cependant pas outre mesure sur l'existence de modalités permettant d'encadrer le risque de fuite (obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de payer une caution, de résider dans un lieu déterminé ou d'être en rétention) et qui devraient idéalement être appliquées avant de supprimer le délai pour un départ volontaire en rendant automatique la délivrance d'une interdiction d'entrée. Elle précise que lorsqu'il a été estimé qu'un ressortissant constitue un danger pour l'ordre public, il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel examen des éléments qui ont abouti à cette conclusion lorsqu'il est fait usage de la possibilité de s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire. Toutefois, même lors de ce dernier examen, il est nécessaire de vérifier au cas par cas si l'absence de délai de départ volontaire est compatible avec les droits fondamentaux du ressortissant (§ 75).

Cet arrêt nous semble intéressant dans la mesure où, sans aller jusqu'à donner une définition claire et objective du danger pour l'ordre public, il devrait cadrer le pouvoir d'appréciation des États membres en ne leur permettant plus, par exemple, d'estimer de façon stéréotypée qu'un étranger en séjour illégal « non qualifié » est réputé constituer un danger pour l'ordre public pour ce seul motif.

De plus, la Cour de Justice de l'Union européenne se prononce pour la première fois sur la manière d'interpréter la notion de danger pour l'ordre public dans le cadre d'une directive visant exclusivement les étrangers en séjour illégal.

2 *La perspective d'introduire en droit belge une peine autonome d'interdiction du territoire*

L'accord de Gouvernement et le plan Justice annoncent, sans autre précision, que l'opportunité d'introduire en droit belge une peine autonome d'interdiction du territoire sera examinée. On peut penser que cette proposition s'inspire d'une peine similaire existante à l'étranger, la peine d'interdiction du territoire français. Nous nous proposons de l'examiner dans un premier temps. Ensuite, nous développerons quelques réflexions quant à l'opportunité d'inscrire cette nouvelle peine dans l'arsenal pénal belge.

a. La peine d'interdiction de territoire en droit français

D'aucuns situent les origines de la peine d'interdiction du territoire français à une loi du 8 août 1893. Cependant, il existe généralement un consensus pour consi-

dérer qu'elle trouve sa source dans une loi du 31 décembre 1970. En effet, c'est la première fois que le droit pénal français va faire une distinction aussi nette entre les nationaux et les étrangers quant aux peines susceptibles d'être prononcées. Depuis lors, la peine a subi plusieurs changements que cette contribution ne se propose néanmoins pas d'évoquer⁹³.

Actuellement, la peine d'interdiction du territoire français est régie par les articles 131-30, 131-30-1 et 131-30-2, du Code pénal français repris intégralement à l'article L541-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

L'article 131-30, alinéa 1^{er}, du Code pénal indique ainsi que « lorsqu'elle est prévue par la loi, 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 ».

Plusieurs éléments sont à relever à propos de cette peine.

- À l'inverse des mesures administratives en droit belge décrites plus haut et qui existent également en droit français, cette mesure constitue bien une peine prononcée par un juge pénal. Il faut en déduire que lorsque la mesure d'interdiction est prononcée par le juge pénal, le préfet se trouve dans un champ de compétence liée : l'alinéa 2 de l'article 131-30, du Code pénal dispose en effet que l'interdiction « entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ». Il ne devra par conséquent plus prendre d'arrêté de reconduite à la frontière. Seule la décision administrative fixant le pays de renvoi est susceptible de faire l'objet d'un recours administratif⁹⁴.
- Il s'agit toujours d'une peine facultative pour le juge.
- La peine d'interdiction du territoire ne doit pas être confondue avec la peine d'interdiction de séjour prévue à l'article 131-31 du Code pénal interdisant au condamné de paraître dans le périmètre d'un territoire donné défini par le juge, et correspondant souvent aux lieux où les méfaits ont été constatés.
- La peine d'interdiction du territoire est en règle une peine complémentaire mais peut, en matière délictuelle uniquement, être prononcée à titre principal en vertu de l'article 131-11 du Code pénal. Il n'est toutefois précisé nulle part quand le juge doit choisir l'une ou l'autre voie. Il garde

93 Pour un historique, *voy.* notamment M. HOESTLAND, C. SAAS, « L'ITF : une peine injustifiable », *Plein droit*, 2000, n° 45, pp. 12-16 ; S. MAUGENDRE, « Interdiction du territoire français : un régime pénal d'exception », 18 novembre 2015, disponible en ligne : <http://stephane-maugendre.fr/avocat/droit-penal/interdiction-du-territoire-francais-un-regime-penal-dexception/> (consulté le 4 décembre 2015).

94 B. JARREAU, « L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français. Arrêts *Ezzouhdi* et *Abdouni* des 13 et 27 février 2001 », *Cahiers du CREDHO*, n° 8.

pleine latitude en la matière. En matière criminelle, la peine a par contre toujours le caractère d'une peine complémentaire.

- Selon l'alinéa 2 du même article, si le juge prononce une peine d'interdiction à titre principal, il peut, mais ne doit pas, prononcer une peine subsidiaire en fixant « la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie [...] en cas de violation par le condamné [de son interdiction de territoire ...]. L'emprisonnement ou l'amende que fixe la juridiction ne peuvent excéder les peines encourues pour le délit pour lequel la condamnation est prononcée ». Le Code pénal ne répond pas explicitement à la question de la peine subsidiaire possible en présence d'une interdiction du territoire prononcée à titre complémentaire.
- Concernant la durée, selon l'article 131-30 précité, l'interdiction peut être définitive ou limitée à 10 ans au maximum. À nouveau, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la détermination de la durée. Dans quelques cas, la durée de la peine est fixée à moins de 10 ans⁹⁵.
- La peine ne peut être appliquée que lorsqu'elle est prévue par la loi pour un étranger coupable d'un crime ou d'un délit. Il faut donc en conclure d'une part qu'elle est exclue pour les contraventions et, d'autre part, que son champ d'application est potentiellement vaste. En effet, alors qu'à l'origine, la peine d'interdiction du territoire français est avant tout prévue pour des faits liés aux stupéfiants, elle a été élargie au fur et à mesure du temps à près de deux cents crimes et délits différents. À titre d'exemples, le site officiel de l'administration française cite des infractions prévues par le Code pénal (contre les personnes, les biens ou la nation, l'État ou la paix publique) ainsi que des infractions situées hors de ce Code pénal (telles que le mariage de complaisance, la reconnaissance frauduleuse d'enfant, certaines infractions à la législation sur le travail et sur l'hébergement collectif)⁹⁶. Certains questionnent la pertinence de ces choix au regard du fait que la « délinquance en col blanc » semble épargnée par l'interdiction du territoire français⁹⁷.

Les dispositions prévues aux articles 131-30-1 et 131-30-2 du Code pénal tempèrent néanmoins la marge d'appréciation dont dispose le juge pénal. Ce régime est en réalité assez similaire à celui prévu à l'article 21 de la loi du 15 décembre 1980 mais a, à notre estime, le mérite d'offrir davantage de sécurité juridique en

95 Voy. par exemple l'article L8224 du Code du travail prévoit une interdiction de maximum 5 ans ou l'article L624-2 et 3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile de 3 ans maximum.

96 X, « Étranger en France : interdiction judiciaire du territoire français », www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2784 (consulté le 4 décembre 2015).

97 S. MAUGENDRE, « Interdiction du territoire français : un régime pénal d'exception », *op. cit.*

ne faisant plus appel à la notion vague d'atteinte grave à la sécurité nationale ou à l'ordre public. En effet, il précise quelles sont les catégories d'étrangers protégées soit par un devoir, pour le juge correctionnel, de motiver spécialement sa décision soit par l'impossibilité, dans certains cas, pour le juge de prononcer une interdiction du territoire français, sous réserve de quelques infractions graves pour l'ordre public.

Il faut encore relever, sans nous attarder, la possibilité d'obtenir le relèvement de la décision d'interdiction du territoire français. Celle-ci est prévue aux articles 702-1 et suivants du Code de procédure pénale. L'article L541-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que « il ne peut être fait droit à une demande de relèvement d'une interdiction du territoire que si le ressortissant étranger réside hors de France » sauf s'il subit en France au moment de l'introduction de sa demande une peine d'emprisonnement ferme ou lorsqu'il fait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence. *A contrario* de l'article 131-30 du Code pénal, lorsque peine est prononcée à titre principal, seul un recours en grâce auprès du Président de la République est possible.

Précisons également qu'obtenir la réhabilitation judiciaire d'une interdiction du territoire n'est possible que dans la mesure où cette peine n'est pas définitive. En effet, l'article 786 du Code de procédure pénale indique que, dans le cas où une personne a été condamnée à une autre peine que l'emprisonnement ou l'amende, le délai pour introduire une demande de réhabilitation débute à l'expiration de la peine, ce qui, dans le cas d'une interdiction définitive est impossible. Cette différence de traitement a fait l'objet d'une récente décision prise le 27 novembre 2015 par le Conseil constitutionnel français estimant que l'article 786, alinéa 3, du Code de procédure pénale était néanmoins conforme à la Constitution⁹⁸. Gageons que cette décision ne manquera pas d'être critiquée par les détracteurs de la peine d'interdiction – définitive – du territoire français.

Il est utile d'évoquer quelques spécificités que présente l'interdiction du territoire français par rapport aux mesures belges d'éloignement présentées plus haut.

La première est qu'il est explicitement prévu à l'article 131-30 que « lorsque l'interdiction du territoire accompagne une peine privative de liberté sans sursis, son application est suspendue pendant le délai d'exécution de la peine [et qu'] elle reprend [...] à compter du jour où la privation de liberté prend fin ». Si cela n'est sans doute pas à l'avantage des condamnés, cela a au moins le mérite de clarifier un point qui a pu et peut toujours faire débat en droit belge⁹⁹.

98 Conseil const. fr., décision n° 2015-501, QPC du 27 novembre 2015, disponible en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-501-qpc/decision-n-2015-501-qpc-du-27-novembre-2015.146570.html (consulté le 4 décembre 2015).

99 F. MOTULSKY, M. BOBRUSHKIN, K. DE HAES, « L'étranger et l'ordre public », *op. cit.*, p. 74 ; « Il n'est pas rare que l'arrêté ministériel [de renvoi] fixe son entrée en vigueur à la date de la libération de son destinataire – Le Conseil d'État a, en effet, établi « que s'il a été indiqué aux cours des travaux

Ensuite, il faut souligner que l'article 132-40 du Code pénal prévoit que si une juridiction prononce, à titre principal, une peine d'emprisonnement avec sursis et qu'elle prononce, à titre de peine complémentaire, la peine d'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus, « il est sursis à son exécution durant le temps de la mise à l'épreuve [lié au sursis de l'emprisonnement] ». En adoptant cette position au travers de la loi du 23 novembre 2003, le législateur français a rétabli pour les victimes la possibilité d'obtenir une indemnisation auprès de l'auteur si ce dernier est condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis, même partiel, ce qui n'était pas possible auparavant.

Enfin, et c'est particulièrement intéressant dans le cadre de l'exécution des peines, l'article 131-30 du Code pénal prévoit en son dernier alinéa qu'une peine d'interdiction du territoire prononcée en même temps qu'une peine d'emprisonnement ne fait pas obstacle à ce que cette peine fasse l'objet, aux fins de la préparation d'une demande en relèvement, de mesures de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique ou de permissions de sortie. On notera que la fin à poursuivre est bien la préparation d'une demande de relèvement, généralement conditionnée à l'indemnisation des victimes. L'objectif est par conséquent le même que celui poursuivi à propos du sursis.

Ceci contraste néanmoins fortement avec le contenu de loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, dite « pot-pourri II » qui prive concrètement les étrangers en séjour illégal de la possibilité de se voir octroyer une permission de sortie¹⁰⁰, un congé pénitentiaire, une interruption d'exécution de peine, une détention limitée, une surveillance électronique ou une libération conditionnelle¹⁰¹. Il nous faut sou-

préparatoires relatifs à l'article 26 de la loi du 15 décembre 1980 que 'le délai à partir duquel commence à courir la période de dix ans prend cours à dater de la signature de l'arrêt quelle que soit la date de la notification', cette précision ne figure nullement dans le texte et se concilie mal avec celui-ci lorsque l'étranger est en Belgique au moment de la signature de l'arrêt et y reste par la suite de manière prolongée, notamment du fait d'une détention ; que rien n'interdit qu'un arrêté d'expulsion précise dans son dispositif qu'il entre en vigueur à la date de la libération de la personne qu'il concerne ».

100 Sauf pour ce qui concerne les permissions de sortie visées à l'article 4, § 2, de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, à savoir celles visant la défense d'intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels ou le fait de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison. Cette précision découle de l'avis, sévère, du Conseil d'État selon lequel : « même si la situation de séjour illégal de l'intéressé peut s'avérer pertinente dans l'octroi de certaines modalités d'exécution de la peine, il est permis de douter qu'il en est effectivement ainsi *dans tous les cas et pour chacune des modalités d'exécution de la peine*. Ainsi ne semble-t-il pas justifié de refuser une permission de sortie (de courte durée) pour raisons médicales, pour résoudre des problèmes administratifs (notamment justement à propos du séjour) ou pour préserver des intérêts familiaux, compte tenu du droit à la vie familiale, garanti par le droit international et la Constitution », *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 262-309, *in casu* p. 284, point 38 à 40.2.

101 Voy. à cet égard les nouveaux articles 20 et 25/2, de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine insérés respectivement par les articles 148 et 153, de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016, p. 13130 et entrés en vigueur le 29 février 2016.

ligner ici que la peine française peut s'appliquer indistinctement à des étrangers en séjour légal ou illégal, à l'inverse des mesures administratives d'éloignement prévues en droit belge.

Pour terminer, il nous semble important de souligner, sans approfondir, que la peine d'interdiction du territoire français, dans le langage commun souvent appelée la « double peine », a généré de longue date et génère encore souvent de vives oppositions citoyennes et des débats juridiques jusque devant les juridictions européennes. À cet égard, nous nous contenterons ici de renvoyer le lecteur à d'autres contributions plus complètes¹⁰².

b. La peine d'interdiction du territoire en questions

L'analyse qui précède nous amène à poser quelques questions et à formuler différentes réflexions.

La première, et sans doute la plus importante d'entre elles, nous semble toucher au principe de l'égalité devant la loi pénale garanti par la Constitution en ses articles 10 et 11.

La peine d'interdiction du territoire est basée sur la distinction entre nationaux et étrangers fondée sur le critère de la nationalité. Or, si l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme interdit les discriminations sur la base de l'origine nationale, le critère de la nationalité est par contre repris explicitement à diverses reprises dans le Code pénal¹⁰³ au sein d'articles introduits ou modifiés par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations. N'y a-t-il pas un paradoxe à, d'une part, alourdir les peines des auteurs d'infractions motivées par la haine ou le mépris à l'égard d'une personne en raison de [...] sa nationalité et d'autre part, permettre de prononcer des peines différentes – s'ajoutant le plus souvent à une peine principale privative de liberté – à l'encontre de ces mêmes étrangers en raison de leur nationalité précédemment protégée ?

102 M.-F. VALETTE, « 'Double peine' : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D. H.*, 2007/72, p. 1101 ; B. JARREAU, « L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français. Arrêts *Ezzouhdi* et *Abdouni* des 13 et 7 février 2001 », *op. cit.* ; D. LIGER, « La réforme de la double peine », *AJ Pénal*, 2004/3, pp. 102-106 ; I. HUET, « La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme », in P. LAMBERT et C. PETTITI (dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 59-74 ; C. DELANGHE, « Double peine : le difficile chemin de l'abolition », *Rev. dr. étr.*, 2005, pp. 249-258 ; voy. également le numéro de la revue du GISTI *Plein droit* entièrement consacré à la double peine (2000, n° 45) ; S. MAUGENDRE, « Interdiction du territoire français : un régime pénal d'exception », *op. cit.* ; voy. encore le film de B. TAVERNIER, « Vies brisées » et la campagne lancée en 2001 « Une peine point barre » (ou « Une peine ») par des associations de défense des étrangers, des syndicats et des organisations caritatives ; signalons enfin que le service d'études juridiques du Sénat français a procédé en février 2003 à une étude comparative de différentes législations européennes sur la question de la « double peine » selon l'intitulé même du rapport : www.senat.fr/lc/lc117/lc117.pdf (consulté le 4 décembre 2015).

103 Voy. art. 377bis, 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, du Code pénal.

À notre sens, cette peine est potentiellement discriminatoire sous différents aspects qui touchent d'abord aux objectifs traditionnellement assignés à la peine. Sur le plan de la personnalisation de la peine, on peut se demander si « la nationalité [est] vraiment le critère saillant de la personnalité du délinquant [...] ou pour ainsi dire, de la personnalité de l'étranger »¹⁰⁴.

Dans les faits, un étranger interdit sur le territoire se voit priver de toute possibilité de resocialisation, de réinsertion en Belgique, quand bien même cet objectif est en principe défendu pour les nationaux. Selon Françoise Tulkens et Damien Vandermeersch, au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « l'exclusion des détenus étrangers des possibilités de réinsertion est-elle justifiée par des raisons objectives et raisonnables ? De sérieux doutes sont permis »¹⁰⁵. Par ailleurs, l'étranger expulsé n'est en rien neutralisé. S'il devait présenter un risque de récidive à l'issue de sa peine privative de liberté, ce risque se réalisera « au mieux » ailleurs qu'en Belgique. « Tout l'aspect réformatif, éducatif, pédagogique de la peine [risque d'être] complètement occulté »¹⁰⁶. Si nous devons porter le focus sur l'effet dissuasif général de la peine, il y a quelque chose d'étrange à ne s'adresser qu'à des étrangers si la peine devait s'ajouter aux peines déjà existantes en droit commun. Cela voudrait-il dire que l'effet n'est « général que pour eux »¹⁰⁷, que les peines prévues en droit commun sont suffisamment dissuasives pour les nationaux mais pas pour les étrangers ?

Prenons dans la foulée le cas d'un binational. Il ne pourrait, puisqu'il est belge, être condamné à une peine d'interdiction du territoire. Pourtant, il est également étranger. Qu'est-ce qui le distingue fondamentalement des ressortissants étrangers du même pays que lui, ayant potentiellement de fortes attaches avec la Belgique, mais susceptibles eux, de faire l'objet d'une interdiction du territoire ? Encore une fois, le critère de la nationalité au regard des peines nous laisse perplexe. Le cas du binational nous renvoie qui plus est à tous les débats entourant la question de la déchéance de nationalité¹⁰⁸.

Par ailleurs, cette peine peut être source de discrimination dans le choix des peines mais aussi au stade de leur exécution. Là où le juge dispose d'une palette de peines alternatives et de modalités dans l'exécution des peines pour éviter la

104 M. HOESTLAND, C. SAAS, « L'ITF : une peine injustifiable », *op. cit.*, p. 13.

105 F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *Actualités de droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 123-156, *in casu* p. 149.

106 M. HOESTLAND, C. SAAS, « L'ITF : une peine injustifiable », *op. cit.*, p. 14.

107 *Ibid.*, p. 15.

108 À cet égard, *voy.* Notamment : M.-A. BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *J. T.*, 2015, pp. 833-836 ; P. WAUTELET, « Priver les djihadistes de leur nationalité belge : les garde-fous à respecter », *J. T.*, 2015, pp. 183-184 ; B. RENAULD, « Le Code de la nationalité, version 2013 », *Rev. dr. étr.*, 2012, pp. 565-566 ; D. DE JONGHE et M. DOUTREPONT, « Le Code de la nationalité belge, version 2013 – 'Sois Belge et intègre-toi' à 'Intègre-toi et sois Belge' (troisième partie) », *J. T.*, 2013, pp. 355-356 ; P. WAUTELET, « La nationalité belge en 2014 – L'équilibre enfin retrouvé ? », *in Droit de l'immigration et droit de la nationalité : fondamentaux et actualités*, C.U.P., vol. 51, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 337-341.

prison à un national, il risque d'être fortement limité dans ses possibilités face à un étranger condamné à une peine d'interdiction du territoire. Il est peu concevable de cumuler une peine d'interdiction du territoire à une peine de travail, de surveillance électronique ou de probation¹⁰⁹. À quoi cela rimerait-il de surseoir à l'exécution de peines privatives de liberté si une peine d'interdiction de territoire est automatiquement mise à exécution à l'échéance du délai d'épreuve ? De même, les permissions de sortie, les congés pénitentiaires, la libération conditionnelle visent à éviter les effets néfastes de la prison et à faciliter la réinsertion. Quelle réinsertion est envisageable avec l'épée de Damoclès d'une interdiction du territoire ? Du reste, comme mentionnée plus haut, l'exclusion issue de la loi dite « pot pourri II » des étrangers en séjour illégal du bénéfice des mécanismes de permission de sortie¹¹⁰, de congé pénitentiaire, d'interruption de peine, de détention limitée, de surveillance électronique ou de libération conditionnelle se situe dans la même logique.

La deuxième question d'importance à traiter par le législateur devrait, selon nous, être celle de la compatibilité de cette nouvelle peine au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si des ingérences dans la vie privée et familiale des étrangers délinquants sont admises, ces dernières doivent « être conformes à la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi »¹¹¹. D'aucuns estiment que la question de la justification de ces mesures fait quasiment office de tabou¹¹² au sein des raisonnements adoptés par la Cour strasbourgeoise. Cette question pourrait être reformulée ainsi : « en quoi l'expulsion prolongée d'un étranger délinquant protège-t-elle davantage l'ordre public par rapport aux autres peines qui pourraient lui être appliquées et qui viendraient sanctionner la même infraction commise par un national ? ».

Comme nous avons pu le voir, la jurisprudence strasbourgeoise ne brille pas par sa constance et sa prévisibilité, l'applicabilité des critères dégagés étant fort délicate. Les États sont par ailleurs tenus de prendre en compte, ainsi que l'a rappelé la Cour de Luxembourg, les situations individuelles au cas par cas. Compte tenu du flou actuel, justifier l'introduction de la peine d'interdiction du territoire belge dans l'arsenal pénal s'avère être une mission pour le moins délicate pour le législateur... Quant à garantir à l'avance et de façon générale que son application n'entraînera pas, au cas par cas, d'atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale des étrangers délinquants, cela relève selon nous d'un pari presque perdu d'avance.

109 Quand ces deux dernières peines autonomes seront entrées en vigueur.

110 Dans les limites précisées plus haut, voy. notes 99 et 100.

111 Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, § 54.

112 M.-F., VALETTE, « 'Double peine' : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1114.

De plus, l'établissement de catégories protégées d'étrangers mieux intégrés que d'autres – notamment au regard de leurs attaches familiales ou sociales – est un exercice périlleux puisqu'il consiste à indiquer quels étrangers sont suffisamment intégrés pour être considérés comme des « presque » nationaux et lesquels ne le sont pas. Notons que cette critique est du même ordre que celles qui ont été adressées envers les réformes de la déchéance de nationalité. Par ailleurs, il semble que ramener la preuve de son intégration relève souvent en pratique d'une mission extrêmement difficile.

Enfin, il nous semble nécessaire de souligner que la vie familiale protégée à l'article 8 de la Convention a deux versants, celle de l'étranger délinquant et celle des membres de sa famille, innocents. Quand bien même la Cour de Strasbourg tend parfois à prendre en compte cette dernière, les souffrances des familles sont à notre estime trop souvent oubliées au profit du seul critère de la gravité de l'infraction. Visiter un parent ou un proche en prison est difficile et peut causer d'importants dégâts à la qualité des liens familiaux. Il y a fort à croire que cela sera pire pour un enfant étranger scolarisé en Belgique devant rendre visite à un parent interdit de territoire. Ou bien il faut considérer que la peine « oblige » en quelque sorte la famille du condamné à le suivre dans le pays de destination, ce qui va à l'encontre du principe d'individualisation des peines.

À côté de ces deux questions essentielles, il reste une série de points qui devraient encore, selon nous, être éclaircis par le législateur.

On peut ainsi questionner le rôle qu'aurait à jouer le tribunal de l'application des peines. Pourrait-il relever, diminuer¹¹³ ou prolonger la durée d'une interdiction du territoire ? Ici encore, la compatibilité de la peine d'interdiction du territoire devrait être évaluée au regard des autres dispositions de la loi du 5 février 2016 dite « pot pourri II » concernant les modifications de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire¹¹⁴ puisque celle-ci serait accompagnée de la condition générale de quitter effectivement le territoire et d'une interdiction d'y

113 Un parallèle intéressant peut être établi avec l'actuel article 95/1 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine qui prévoit en son § 1^{er} que « Sans préjudice des articles 28, § 3, et 47, § 3, le juge de l'application des peines peut décider de modifier une condamnation passée en force de chose jugée d'interdiction du droit visé à l'article 382bis, alinéa 1^{er}, 4^o, du Code pénal, en vue de réduire la durée de l'interdiction, d'adapter les modalités ou les conditions de l'interdiction, de la suspendre ou d'y mettre fin ».

114 L'article 154 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 19 février 2016), redéfinit la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire comme étant un « mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner en Belgique, subit sa peine en dehors de la prison dans un autre pays que la Belgique, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est accordée au condamné qui, sur la base d'un jugement exécutoire ou d'un titre exécutoire, doit être transféré dans un autre pays ».

revenir pendant le délai d'épreuve, sauf si le condamné est en ordre de séjour et que le tribunal de l'application des peines lui en donne l'autorisation¹¹⁵.

En outre, le Plan Justice prévoit que cette peine ne puisse être prononcée de façon autonome. Cela fait écho aux peines autonomes que sont les peines de travail, de probation ou de surveillance électronique et pose selon nous deux questions.

D'une part, celle de la définition du champ d'application de la peine, sans doute la question pratique la plus délicate. L'Accord de gouvernement laisse en effet entendre que cette peine devrait pouvoir être prononcée à l'encontre d'une personne reconnue « coupable d'avoir commis une des infractions pour lesquelles cette sanction sera spécifiquement prévue ». Quelles seraient ces infractions ? En France, plus de deux cents infractions autorisent le recours à cette peine. Qu'en serait-il en Belgique ? Pour le législateur, répondre à cette question risque d'être délicat car cela l'obligerait à définir la criminalité pour laquelle il serait possible de traiter un étranger différemment d'un ressortissant belge.

D'autre part, celle de la peine subsidiaire qui serait adjointe en cas de non-exécution de l'interdiction. La situation risque fort d'être la suivante : soit la peine d'interdiction du territoire est prononcée à titre principal au lieu des peines alternatives à l'emprisonnement accessibles aux nationaux, soit elle est complémentaire à une peine privative de liberté. Dans les deux cas, au vu des réflexions émises plus haut, imaginer une sanction subsidiaire au non-respect de l'interdiction du territoire s'avère difficile.

L'accord de Gouvernement prévoit par ailleurs que l'interdiction pourrait être temporaire ou définitive. La durée de l'interdiction est prise en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée et familiale. Là encore, la mission s'avère délicate pour le législateur. Néanmoins, au cas où cette mesure serait bien introduite, il serait sans doute opportun de prévoir différents maxima faisant écho à la gravité de l'infraction commise. Prévoir des interdictions définitives semble inopportun au regard des jurisprudences européennes, tant luxembourgeoises que strasbourgeoises, évoquées plus haut.

Il y aurait encore lieu de s'interroger sur les garanties procédurales entourant l'application de cette peine. Ne pourrait-on en effet pas estimer, vu l'utilisation explicite du mot « peine », que les garanties attachées au procès pénal, notamment celles prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, devront s'appliquer ? Rappelons que ça n'est le cas ni pour les renvois et les expulsions, ni pour les interdictions liées aux OQT. La Cour de Strasbourg considère de façon constante qu'une interdiction de territoire « ne revêt généralement pas un caractère pénal dans les États membres du Conseil de l'Europe [, qu'elle] constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police

115 Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, article 161, b).

des étrangers [et que] le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère préventif »¹¹⁶. Cette position, contestée et contestable, nous semble devoir être revue. Soulignons à cet égard le grand écart conceptuel qu'opère la Cour dans son arrêt *Gurguchiani c. Espagne* du 15 décembre 2009 où elle a estimé que le remplacement d'une peine de prison par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire d'une durée de 10 ans pouvait 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 (§§ 40 et 47-48). En remplacement d'une peine de prison, et donc isolée, il s'agirait d'une peine, mais en addition à celle-ci, il s'agirait d'une mesure de prévention...

L'articulation entre la peine d'interdiction du territoire et les mesures administratives aux mêmes effets devra être également clarifiée¹¹⁷. Au regard de la peine d'interdiction du territoire, rappelons la possibilité offerte aux États membres par l'article 2, § 2, sous b), de la directive précitée leur permettant d'exclure du champ d'application de celle-ci les ressortissants de pays tiers « faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition ».

Quant à la question de l'indemnisation des victimes, les quelques aménagements cités plus haut créés en France à cet égard soulignent combien il serait inopportun d'envisager l'introduction de la peine d'interdiction du territoire sous le seul angle de l'étranger condamné. Le risque est grand pour les victimes de ne jamais se voir indemniser si l'auteur est expulsé et interdit ensuite sur le territoire belge.

Enfin, reste également à savoir si la peine d'interdiction du territoire sera imposée au condamné ou soumise à son accord, comme c'est le cas pour la peine de travail. On peut établir un parallèle entre le retour « volontaire » des étrangers en séjour illégal potentiellement mis sous pression par l'interdiction d'entrée qu'il est possible d'adjoindre aux OQT. S'il devait marquer son accord, l'étranger susceptible d'être condamné à une interdiction du territoire risque fort d'avoir le « choix » entre, d'une part, la refuser, être incarcéré en Belgique et maintenir une vie familiale et sociale existante tout en restant après l'exécution de cette peine sous la menace d'un éloignement administratif suivant son statut de séjour et, d'autre part, y acquiescer en mettant ainsi encore plus à mal sa vie familiale et sociale existante en Belgique. Enfin, il pourrait y acquiescer et être tenté de revenir de façon illégale en Belgique...

116 Cour. eur. D.H., arrêt *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000, § 39.

117 Nous signalons à cet égard mais sans l'analyser ici le récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne *Celaj c. Italie* du 1^{er} octobre 2015 ; C.J.U.E., *Celaj c. Italie*, 1^{er} octobre 2015, affaire C-290/14 ; M. GARCIA, « Sanction pénale et directive 'retour' : quand l'arrêt clarifie des relations incestueuses », disponible en ligne : <http://eumigrationlawblog.eu/sanction-penale-et-directive-retour-quand-larret-celaj-clarifie-des-relations-incestueuses> (consulté le 15 novembre 2015) ; L. TSOURDI, « Politique de retour et sanctions pénales : la CJUE fragilise un équilibre délicat », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2015.

Conclusion

L'introduction de cette peine au sein de l'arsenal pénal nous laisse dubitatif. D'une part, elle nous rappelle, sans s'y confondre, les bannissements d'un autre siècle et d'autre part, nous ne sommes pas insensibles aux nombreux arguments juridiques mais aussi humains et pragmatiques qui en font selon nous bel et bien une « double peine ».

Tant l'opportunité que le besoin d'ajouter cette peine à l'arsenal de celles déjà existantes en droit belge semblent discutables. Mais plus encore, c'est le caractère potentiellement discriminatoire de cette peine qui est le plus susceptible de porter le flanc à la critique, le critère de la nationalité étant à notre estime inadapté aux sanctions du droit pénal.

Ensuite, la vie privée et familiale des étrangers délinquants risque de pâtir de façon disproportionnée de cette peine. Comme souligné, la proportionnalité de la mesure nous apparaît encore moins justifiable lorsqu'on se penche sur la vie familiale des proches de l'étranger condamné.

Enfin, les mouvements d'exclusion de toutes les possibilités de réinsertion post-carcérale et du « tout à la prison » pour les étrangers délinquants, *a fortiori* s'ils sont en séjour illégal, risquent d'être renforcés par cette peine qui nous donne réellement l'impression qu'en bout de course, l'intention, consciente ou non, est de se débarrasser des étrangers indésirables et remuants, sans trop d'égards pour les fortes attaches qu'ils peuvent avoir avec la Belgique ou la quasi absence de liens qu'ils entretiennent avec leur pays d'origine. Comme si leur criminalité n'était qu'une affaire étrangère parce que commise par des étrangers alors qu'elle se déroule en Belgique, impacte la Belgique et que ses origines sont plus que probablement à chercher en Belgique plutôt que dans le pays d'origine...

La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle à « ceux qui contribuent à élaborer la législation criminelle qu'ils n'ont pas à être à la merci de [l'opinion publique et de] l'émotion suscitée dans l'opinion par les présentateurs des journaux télévisés »¹¹⁸. Or, pour être efficace, le droit, et particulièrement le droit pénal, doit rester profondément humain. Nous ne sommes pas d'avis que la nationalité soit le trait le plus distinctif de la personnalité humaine du délinquant, à l'inverse des liens familiaux et sociaux qui la construisent et que cette peine risque de mettre profondément et durablement à mal.

Néanmoins, si nous pouvions choisir entre les renvois, les expulsions, les interdictions d'entrée liées aux OQT et la peine d'interdiction de territoire, nous choisirions sans doute cette dernière. Cette position, étonnante voire iconoclaste au

118 F. TULKENS, D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté », *op. cit.*, p. 146 citant J.-P. MARGUENAUD, « Le droit des détenus au respect de leur décision de devenir parents génétiques », *Revue de science criminelle*, 2008, p. 140.

regard des critiques émises, nous l'adoptons pourtant vu le risque de flou, d'arbitraire et d'imprévisibilité lié à la – trop – grande marge de manœuvre dont dispose le juge administratif et que le juge pénal n'aura probablement jamais. La peine d'interdiction du territoire offrirait à notre sens davantage de sécurité juridique et amènerait, espérons-le, le législateur à engager une réflexion sur le bien-fondé de ces mesures dites de « prévention » basées avant tout sur le critère de la nationalité. Cependant, nous ne nous faisons malheureusement pas beaucoup d'illusions sur le fait que cette nouvelle peine coexisterait avec les mesures administratives existantes au lieu de les exclure... En définitive, au travers de cette peine, le juge pénal serait amené à gérer des flux migratoires avant de gérer la criminalité¹¹⁹.

Martin BOUHON,
Assistant à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCL

119 Pour approfondir cette réflexion, les développements connus par le droit pénal aux États-Unis interpellent ; voy. J. M. CHACON, « Managing migration through crime », *Columbia Law Review*, vol. 109, décembre 2009, pp. 135-148.