

SOMMAIRE

- Évolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions, par J.-Y. Carlier 117
- Faillites - Excusabilité du failli - Conjoint du failli excusé (article 82, alinéa 2, loi du 8 août 1997) - Cohabitant légal du failli non excusé - Discrimination. (Cour const., 18 novembre 2010, observations de M. Lemal) 126
- I. Liberté de conscience et de religion (article 9, Conv. eur. dr. h.) - Port du voile ou du foulard islamique - Agent des services publics - Enseignant - Devoir de neutralité - II. Pouvoirs publics - Enseignement - Devoir de neutralité - Port du voile ou du foulard islamique. (C.E., ass. gén., 21 décembre 2010) . 129
- Chronique judiciaire
Billet de la semaine - Correspondance - La vie du palais - Échos - Dates retenues.



Dans la collection Les Dossiers
du Journal des tribunaux

La succession légale La détermination des successeurs et de la quotité de leurs droits

par Paul DELNOY.

La présente chronique de jurisprudence, consacrée à la matière de la succession légale, couvre la période allant de 1997 à 2009. Elle porte sur des décisions rendues en 1996 et 1997, mais dont la publication est postérieure à celle de la chronique 1988-1997. Le relevé des décisions publiées a été arrêté au 30 juin 2010.

Un ouvrage de 240 pages, 2010 .. **85,00 €**

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboekservices.com - www.larcier.com

DOCTRINE

Évolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions¹

LA LOI DU 15 DÉCEMBRE 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers a trente ans. Au-delà de réformes ponctuelles et très partielles engagées par un gouvernement en affaires courantes, cet anniversaire devrait être l'occasion d'une réflexion de plus long terme pour une révision en profondeur. Cet article en explore deux aspects : la forme du texte législatif, en proposant une codification, et les garanties procédurales, en proposant une uniformisation des recours devant le Conseil du contentieux des étrangers².

La première branche du titre montre qu'il s'agit d'interroger l'évolution procédurale du statut de l'étranger. En d'autres termes, ce ne sont pas tant les droits garantis à l'étranger que la garantie de ces droits qui seront ici examinés. S'agissant des droits garantis, on sait de longue date que les statuts reconnus à l'étranger sont multiples et varient selon la catégorie d'étrangers concernée, tant en droit international qu'en droit interne. Il ne suffit plus, dans une logique binaire, d'opposer l'étranger au national. Du reste, « le national » lui-même se décline en diverses citoyennetés régionales et communautaires auxquelles la diversité des catégories d'étrangers répond comme en écho plus ou moins lointain. Ici comme ailleurs, la diversité du réel nourrit le pluralisme du droit. Ce faisant, le droit s'enrichit. Les sources, normatives et jurisprudentielles, se multiplient en même temps que leur contenu se diversifie et s'affine. Cette diversité correspond à l'évolution norma-

le des sociétés démocratiques, guidées par le principe d'égalité, déjà posé par Aristote au IV^e siècle avant Jésus-Christ et finement observé par Tocqueville au XIX^e siècle dans *De la démocratie en Amérique*. Dans le même temps, cette diversité de fond de la vie sociale s'accompagne, en droit comme en politique, d'une complexification des formes qui y répondent. S'agissant en particulier du droit des étrangers, faut-il qu'à chaque catégorie particulière d'étrangers réponde une procédure propre? Et si le défi principal était précisément l'inverse : assurer un cadre formel et procédural commun, capable de garantir et de gérer la diversité? De même que la formalisation d'un espace public de discussion est une garantie de la prise en compte de la diversité des forces sociales dans la gestion politique de la société, des procédures communes ne permettraient-elles pas de garantir réellement la diversité des droits reconnus aux groupes et personnes qui composent la société? Dit autrement, c'est sur le socle de l'égalité procédurale de leur garantie que la diversité des droits prend appui. À la diversité de statuts des étrangers — voire entre étrangers et citoyens — pourrait répondre l'unicité de principe de la procédure. Des nuances devront être apportées, mais cette idée — uniformité de procédure, diversité des statuts — guidera la réflexion.

Le deuxième membre de phrase du titre indique qu'un anniversaire se nourrit de bilans et de perspectives. Cela trace le plan. Les constats (1) permettent de préciser les défis (2) qui, eux-mêmes, permettent d'imaginer des propositions (3) soit à long terme, que l'on qualifiera de réformes souhaitées (3, A), soit, tenant compte

(1) Au professeur François Rigaux, dont une part importante de l'œuvre et de l'action fut consacrée à l'amélioration de la condition des étrangers et à sa connaissance, à une époque où cette matière était ignorée des facultés.
(2) De nombreux universitaires et praticiens ont développé une réflexion de fond lors de deux colloques organisés à Louvain-la-Neuve et à Louvain à l'occasion des trente ans de la loi. Les actes du premier, organisé par l'Association pour le droit des étrangers (ADDE), seront publiés dans un numéro spécial de la *Revue du droit des étrangers*. Les actes du second, organisé par la KU Leuven et l'Universiteit Antwerpen, donneront lieu à un volume de la collection « Migratie en migrantenrecht » (die Keure). Je remercie Marie-Claire Foblets, Dirk Van Heule et Marleen Maes, organisateurs de ce colloque d'avoir accepté la présente publication en français de cette contribution, qui paraîtra dans le numéro 14 de « Migratie en migrantenrecht ».

des réalités, à plus court terme, des réformes souhaitables (3, B).

Parmi ces réformes souhaitables, deux propositions paraissent à la fois fondamentales et réalisables : la codification des textes et l'uniformisation de la procédure au Conseil du contentieux des étrangers. Ces deux propositions, de court à moyen terme, participent du souci d'unicité des formes pour une meilleure garantie de la diversité des statuts. D'une part, la rédaction d'un code de droit des étrangers faciliterait la lisibilité et la connaissance des textes. La codification ne préjuge pas du contenu des droits. Elle n'est pas davantage en soi une garantie procédurale, mais facilite le travail des acteurs à la procédure. D'autre part, l'uniformisation de la procédure garantirait de même une simplification et une égalité formelle des droits reconnus. Par exemple, quoi qu'en dise la Cour constitutionnelle, rien, hormis l'historique des textes, ne justifie qu'un citoyen de l'Union européenne ne puisse bénéficier que d'une procédure en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers, alors qu'un candidat réfugié bénéficie d'une procédure de plein contentieux³. Ces deux propositions, codification de texte et uniformisation de procédure, visent également à rencontrer deux objectifs plus pragmatiques qui seront soulignés : efficacité (tant protectionnelle qu'économique) et cohérence.

1

Les constats

Sans prétention à l'exhaustivité, on peut consigner quelques constatations d'ordre historique (A), quant à l'évolution des textes (B) et à la structure des recours (C).

A. Histoire

Sans analyser l'évolution historique du droit des étrangers en Belgique⁴, rappelons simplement qu'au-delà du trentième anniversaire de la loi du 15 décembre 1980, il est possible de fêter le quarantième anniversaire de l'élaboration de cette loi. C'est, en effet, à la suite des grèves des étudiants étrangers et belges, à Louvain en 1970, que fut instituée, par arrêté ministériel du 19 mai 1971, une commission d'étude du statut des étrangers en Belgique. La commission remit son rapport rédigé sous forme d'avant-projet de loi, dès février 1972⁵. Ce re-

tour à 1970 permet deux considérations. Premièrement, en ajoutant ainsi dix ans à l'anniversaire célébré, on ouvre conjointement à l'ambition et à la modestie. À l'ambition, car plus que la trentaine, la quarantaine permet de prendre distance, de relativiser les réalités du moment et d'autoriser des propositions plus générales. À la modestie, car à la dizaine supplémentaire, qui ouvre à la sagesse, il est aisé de voir que si quelques propositions émanaient des colloques organisés à l'occasion de cet anniversaire, encore faudrait-il probablement une dizaine d'années supplémentaires pour que le législateur, ou aujourd'hui les législateurs, traduisent ces idées en textes. La deuxième considération souligne le rôle joué par le monde académique dans l'élaboration de la loi du 15 décembre 1980. Présidée par Henri Rolin, professeur à l'U.L.B., la commission était principalement composée d'universitaires. Même si l'avant-projet élaboré par la commission Rolin subit diverses modifications, parfois regrettables, ces travaux, conduits en toute indépendance, ont permis une première forme de codification du statut administratif des étrangers⁶.

B. Textes

À deux égards, cette « petite » codification visait à une réelle efficacité. D'une part, qualitativement, la commission était parfaitement consciente qu'elle devait aller à l'essentiel, ne pouvant élaborer un statut global de l'étranger qui comprendrait également le statut social et professionnel des travailleurs immigrés. En conséquence, dès 1972, François Rigaux soulignait que « pour l'avenir, il est urgent de concevoir, puis d'arrêter, une politique consciente et cohérente d'immigration et d'accueil »⁷. Sachant que la même demande peut se lire et s'entendre aujourd'hui, dans divers cénacles nationaux et européens, on mesure à quel point l'étranger et la question des migrations demeurent à la marge des agendas politiques, une fois passées les périodes de crise hivernale ou de musculation électorale. La commission Rolin, en centrant son travail sur la condition d'accès, de séjour et d'éloignement des étrangers, tendait à une réelle efficacité. En effet, elle s'attaquait ainsi à « la discrimination la plus fondamentale à l'égard de l'immigré [qui] a pour source la précarité de son « droit » à se trouver sur le territoire de l'État dont il n'est pas ressortissant »⁸. Aujourd'hui encore, une réforme de la codification de ces seuls textes relatifs au séjour pourrait avoir une « influence décisive sur l'amélioration du statut global » des étrangers⁹.

D'autre part, quantitativement, la commission Rolin ne semblait pas dans le travers des textes législatifs pléthoriques qui, voulant tout insérer dans la loi, ignorent le rôle de mise en œuvre du pouvoir exécutif et le rôle d'interprétation du pouvoir judiciaire. Le texte initial de l'avant-projet de loi élaboré par la commission se limitait à 89 articles. La loi finalement votée le

15 décembre 1980 comportera 95 articles. Aujourd'hui, si le dernier article porte toujours le numéro 95, c'est un leurre. Au fil des modifications successives, des articles ont été abrogés, d'autres ajoutés, conduisant à un total de 275 articles. La numérotation en est devenue complexe et fantaisiste, recelant des articles 39/85, 42octies, 57/7ter, 57/23bis, ... L'organisation et le fonctionnement du Conseil du contentieux des étrangers comporte à lui seul 52 articles allant jusqu'à déterminer les traitements, retraites et pensions des membres du Conseil et du greffe (articles 39/37 à 39/44). Telles dispositions figureraient plus adéquatement dans une législation distincte. Pour ces seuls motifs formels, une nouvelle codification serait déjà souhaitable.

En limitant l'avant-projet à 89 articles, la commission Rolin réalisait un exploit, celui d'élaborer les grandes lignes d'un véritable statut administratif de l'étranger, l'extrayant de l'arbitraire d'une simple police des étrangers, tout en laissant place au Roi pour l'exécution et au juge pour l'interprétation. L'avant-projet remplissait fort bien le triple objectif que la commission s'était fixé et qui pourrait, aujourd'hui encore, répondre aux attentes d'une codification du droit des étrangers : premièrement, « dissiper les obscurités et les incertitudes accompagnant l'interprétation de la loi ... proposer des règles plus claires et plus cohérentes » ; deuxièmement, « prévoir des règles spéciales dont certaines sont commandées par les obligations internationales » ; et troisièmement, « assurer une protection plus efficace des droits individuels, en précisant dans la loi elle-même les droits et les obligations de l'étranger ainsi que les pouvoirs du ministre de la Justice [à l'époque] et de son administration, et en systématisant les voies de recours dont les actes administratifs sont susceptibles »¹⁰.

C. Recours

Ce dernier objectif souligne l'importance des voies de recours, principal objet du présent texte consacré à l'évolution procédurale du droit des étrangers. Depuis l'origine, les voies de recours sont inscrites dans le titre III de la loi du 15 décembre 1980, aux articles 62 à 74. Ici aussi toutefois, les modifications successives qui ont, à certains égards, renforcé la protection juridictionnelle, ont malheureusement obscurci la lisibilité du texte. En effet, si la « demande de levée de mesure de sûreté » (article 68) et le « recours auprès du pouvoir judiciaire » (articles 71 à 74), qui concerne la privation de liberté, figurent encore dans ce titre III consacré aux voies de recours, le « recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers » y est simplement mentionné à l'article 63, sans même un renvoi aux dispositions qui régissent ce recours (les articles précités 39/1 à 39/85 du titre Ibis relatif au Conseil du contentieux des étrangers). Or le recours au Conseil du contentieux des étrangers est aujourd'hui le recours essentiel en la matière et le praticien ne le trouvera pas sous le titre consacré aux voies de recours. Du reste, sous ce titre, l'article 63 de la loi est trompeur en visant « un recours auprès

(3) Cour const., 27 mai 2008, n° 81/2008.

(4) Pour la période antérieure à la loi du 15 décembre 1980, on relira le numéro spécial des *Annales de droit de Louvain*, 1970, vol. 4, pp. 292-652, qui a servi d'outil de base aux travaux de la commission Rolin de 1971 à 1972 pour la préparation de ce qui sera la loi du 15 décembre 1980. Pour un historique de la loi du 15 décembre 1980, voy. B. HUBEAU, « De verblijfs-wetgeving als onderdeel van het vreemdelingenstatuut : algemene inleiding en begrippen », in *Migratie- en migrantenrecht*, Bruges, die Keure, 1999, n° 3, pp. 3-25, et 2001, n° 6, pp. 3-26.

(5) Pour une présentation de ce rapport, voy. L. DE WILDE (secrétaire de la commission) « Geplande wijzigingen aan de Wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingen-politie », *R.W.*, 1971-1972, pp. 1081-1116 et F. RIGAUX (membre de la commission), « Aspects actuels

de la réforme de la condition des étrangers en Belgique », *J.T.*, 1972, pp. 258-264.

(6) Pour des critiques sur l'évolution du texte, voy. F. RIGAUX, « Le projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », *J.T.*, 1978, pp. 394-395.

(7) F. RIGAUX, *op. cit.*, *J.T.*, 1972, p. 257.

(8) *Ibidem*.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*. L'ordre des deuxième et troisième objectifs est ici inversé par rapport au texte original, pour les besoins du présent texte.

du Conseil du contentieux des étrangers », alors que l'article 39/2 vise expressément, en deux paragraphes distincts, deux types de recours différents. Il y a, d'une part, les « recours introduits à l'encontre des décisions du commissaire général aux réfugiés et aux apatrides » (§ 1^{er}). Il y a, d'autre part, « les autres recours pour violation des formes substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir » sur lesquels « le Conseil statue en annulation » (§ 2). Il s'en déduit *a contrario* que, s'agissant des recours relatifs à la qualité de réfugié visés au premier paragraphe, le Conseil statue selon ce qu'il est convenu d'appeler une procédure de « pleine juridiction ». On n'étudiera pas ici de façon détaillée ces recours présentés dans des études de référence¹¹. On portera l'examen uniquement sur la distinction qui partage les deux types de recours. Elle s'explique historiquement. Elle ne se justifie pas pour autant.

L'explication historique est simple. Le motif essentiel qui a conduit à la création du Conseil du contentieux des étrangers était l'engorgement du Conseil d'État. Confronté à un accroissement du contentieux relatif au droit des étrangers, sans augmentation conséquente de moyens, le Conseil d'État avait accumulé un « arriéré gigantesque »¹². Afin de limiter son rôle à celui d'une juridiction suprême générale en matière administrative, il parut opportun de créer un tribunal administratif de première instance, spécialement pour la matière du droit des étrangers. Ce fut l'un des objets principaux de la loi du 15 septembre 2006. C'est la compétence visée par l'article 39/2, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 ainsi révisée qui reprend la formulation de la compétence du Conseil d'État en annulation des actes administratifs telle qu'inscrite à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Parallèlement, puisqu'une juridiction administrative existait déjà en matière de procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié, il parut opportun d'insérer la compétence de cette commission permanente

de recours des réfugiés (elle-même créée en 1987) au sein du même Conseil du contentieux des étrangers¹³. Ici toutefois, il s'agit d'une compétence de plein contentieux, en appel des décisions du commissaire général aux réfugiés et apatrides, avec effet dévolutif¹⁴. Voici donc une juridiction hybride¹⁵ qui, pour une partie du contentieux — le droit d'asile — agit en qualité de juridiction d'appel de plein contentieux et, pour une autre — le droit des étrangers en général¹⁶ — au contentieux objectif de légalité. Si des magistrats, bien au fait de chaque compétence qu'ils doivent déployer selon la matière pour laquelle ils siègent, sont capables de résister au risque de schizophrénie, il n'est pas certain que le justiciable, même bien conseillé, s'y retrouve aisément. Plus fondamentalement, cette différence de traitement se justifie-t-elle? Le séjour, qui serait la conséquence de la reconnaissance de la qualité de réfugié, mérite-t-il une protection plus complète que celui qui découlerait de la reconnaissance de liens familiaux ou de critères liés au droit de séjour des citoyens européens? Interrogée, notamment, sur ce point spécifique du droit à un recours effectif pour les citoyens européens, la Cour constitutionnelle n'y voit pas de discrimination condamnable. La Cour estime que la protection juridictionnelle offerte par le recours en annulation au Conseil du contentieux des étrangers répond suffisamment aux exigences du droit communautaire et notamment des articles 15 et 31 de la directive 2004/38. La Cour affirme que « le fait que le Conseil du contentieux des étrangers statue non pas en pleine juridiction, mais en qualité de juge d'annulation lorsqu'il agit sur la base du paragraphe 2 de l'article 39/2 ne prive pas les justiciables dans cette procédure d'un recours effectif ». En effet, précise-t-elle, « dans les matières visées à l'article 39/2, § 2, le Conseil du contentieux des étrangers exerce un contrôle juridictionnel tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit. Le Conseil du contentieux des étrangers examine, à cet égard, si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée aux faits établis »¹⁷. À dire vrai, telle formulation ressemble à certaines publicités vantant l'équivalence entre l'ersatz et l'original. Elle pourrait ici se traduire comme suit : le recours en annulation n'est pas un recours de plein contentieux, mais il a les mêmes qualités que le recours de plein contentieux. Deux ordres de commentaires sont possibles. Soit les recours sont effectivement similaires et, dans ce cas, il est judicieux de les uniformiser (*infra*, 3). Soit ils sont distincts et cette distinction doit être justifiée.

Il n'est pas certain qu'il faille opposer radicalement les deux types de recours et que le recours en annulation offre nécessairement une protection moins forte que le recours de plein contentieux. D'une part, s'agissant de la portée de l'arrêt, comme l'ajoute la Cour constitutionnelle, lorsque la décision attaquée est annulée, « l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil du contentieux des étrangers : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé ». En d'autres termes, après annulation, l'administration fait le travail de révision au fond que le Conseil ne fait pas. D'autre part, s'agissant des motifs de l'arrêt, la Cour rappelle que, même en annulation, le Conseil examine « si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée aux faits établis »¹⁸. Les praticiens savent, en effet, que plus que sur des questions de forme, le débat au contentieux de l'annulation se centre souvent sur le principe de proportionnalité. Différentes analyses de doctrine ont montré avec pertinence que la marge est étroite entre la révision au fond et l'examen de la proportionnalité interne, y compris au regard des engagements internationaux. On peut s'interroger sur l'existence même de cette marge lorsque la Cour constitutionnelle précise que « le Conseil du contentieux des étrangers examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée *en fait* »¹⁹. Ainsi, dans un arrêt antérieur à la décision de la Cour constitutionnelle, le Conseil du contentieux des étrangers avait lui-même précisé, à l'égard d'une requérante qui revendiquait un contrôle de plein contentieux, que celle-ci « niet antoont in welke mate het wettigheidsonderzoek gevoerd door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen haar belangen zou schaden en op welke wijze het eindresultaat van haar betrachtting zou verschillen van een behandeling van het beroep bij volle rechtsmacht »²⁰.

À l'inverse, certains soutiendront la distinction entre le contrôle de plein contentieux et le contrôle de légalité objective, soulignant les limites de ce dernier, le Conseil ne pouvant substituer son appréciation à celle de l'administration. Ainsi, dans le même arrêt, le Conseil estime, non sans contradiction, que s'agissant d'évaluer la validité du mariage, la requérante demanderait au Conseil d'aller « tot een opportuiniteitsonderzoek hetgeen niet tot de bevoegdheid van de Raad behoort » dans le cadre du contrôle de légalité. De même, à propos d'un recours relatif à un refus de régularisation de séjour, le Conseil du contentieux des étrangers motive son rejet comme suit : « in zoverre het de bedoeling van verzoeker lijkt te zijn om aan de hand van haar betoog de Raad haar aanvraag te laten heronderzoeken, dient te

(11) G. DEBERSAQUES, D. VANHEULE et M.-C. FOBLETS (dir.), *Vreemdelingenrecht geannoteerd*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 107 et s. et p. 242 et s.; K. DE HAES et J.-F. HAYEZ (dir.), *Le statut administratif des étrangers*, Bruxelles, ADDE, 2009, pp. 277 et s.; P. HUBERT, *Le statut administratif des étrangers après les réformes du 15 septembre 2006*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 235 et s.; S. SAROLEA, M. KAISER, I. DOYEN et J.-P. JACQUES, *La réforme du droit des étrangers*, Bruxelles, Kluwer, 2007; F. BERNARD, « Les procédures administratives dans la nouvelle procédure d'asile », *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 63; Ph. BOUVIER, « Les procédures d'urgence et les procédures simplifiées devant les juridictions administratives », *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 9; G. DEBERSAQUES et F. DE BOCK, « Rechtsbescherming tegenover de overheid bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen », in X, *Migratie- en migrantenrecht : De nieuwe Vreemdelingenwet - België in lijn met de Europese regelgeving*, Bruges, die Keure, 2007, n° 12, pp. 353-433; F. DE BOCK, « De rechtsmacht en de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen : Overzicht van rechtspraak juni 2007-november 2007 », *T. Vreemd.*, 2008, pp. 37-49; I. DOYEN, « La mise en place de la nouvelle juridiction administrative spécialisée en matière de contentieux des étrangers », *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 75; M. KAISER, « La réforme du contentieux des étrangers », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 315-404; P. LEWALLE (dir.), *Le contentieux administratif - Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, C.U.P., 2008.

(12) H. DUMONT, « La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration - Introduction et appels au législateur », in *La protection juridictionnelle du citoyen...*, op. cit., p. 10. Voy. aussi S. LUST, « De hervorming van de Raad van State anno 2006 », in *Migratie- en migrantenrecht*, n° 12, op. cit., p. 437.

(13) Loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 18 juillet 1987.

(14) Cour const., 27 mai 2008, n° 81/2008, B.15.2.

(15) B. LOUIS, « Le Conseil du contentieux des étrangers : une nouvelle juridiction administrative, hybride et ambitieuse », *A.P.T.*, 2008, pp. 243-289.

(16) L'article 39/1 vise les « décisions individuelles prises en application des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ». Les travaux préparatoires font référence, outre bien évidemment à la loi du 15 décembre 1980, à l'hypothèse d'une loi de régularisation des étrangers comme la loi du 22 décembre 1999 (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2005-2006, n° 2479-001, « Exposé des motifs », p. 93). Voy. aussi G. DEBERSAQUES et F. DE BOCK, op. cit., *Migratie- en migrantenrecht*, n° 12, p. 359.

(17) Cour const., 27 mai 2008, n° 81/2008, B.37.3 et B.16.3.

(18) Cour const., 27 mai 2008, n° 81/2008, B.16.3.

(19) *Ibidem* (italiques ajoutées).

(20) *RvV*, 18 décembre 2007, n° 5128. La motivation est d'autant plus intéressante qu'elle constitue une manière d'*obiter dictum* s'ajoutant au rejet du moyen invoquant un examen de plein contentieux du droit au regroupement familial d'une étrangère (nigérienne) épouse d'un citoyen européen (belge) tiré de la directive 2004/38, au motif que la directive ne s'appliquerait pas aux situations purement internes et que la loi belge limite, dans ce cas, le contrôle à la légalité de l'acte (article 39/2, § 2). Sur l'évolution au regard des situations purement internes, voy. les conclusions de l'avocat général E. Sharpston sur l'affaire *Ruiz Zambrano*, C-34/09, du 30 septembre 2010.

worden omgemerkt dat het evenwel niet tot de bevoegdheid van de Raad behoort zijn beoordeling van de aanvraag om machtiging tot voorlopig verblijf op basis van artikel 9, derde lid, van de Vreemdelingenwet, in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van deze aanvraag is uitgegaan van juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is kunnen komen »²¹. Bien que la formulation annonce les termes de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, les deux branches de la motivation du Conseil du contentieux des étrangers paraissent difficilement conciliables. Si dans celle-là, le Conseil souligne que les deux types de contrôle ont des effets similaires, dans celle-ci, l'étendue de son contrôle serait bien différente.

Plus encore que les effets de l'arrêt, ce sont les effets du recours qui distinguent l'annulation par rapport au plein contentieux. En principe, le recours de plein contentieux, en matière d'asile, est suspensif de plein droit alors que le recours en annulation ne l'est pas. Il y a certes des exceptions croisées. D'une part, le recours de plein contentieux n'est pas suspensif lorsqu'il s'agit d'une demande d'asile introduite par un citoyen européen (article 39/2, § 1^{er}, alinéa 3, et article 57/6, alinéa 1^{er}, 2^o). En soi, cette exception n'est pas contraire au droit communautaire européen qui, depuis le protocole Aznar, confirmé par la directive 2004/83, exclut, en principe, les citoyens européens du champ personnel des bénéficiaires du droit d'asile. La jurisprudence communautaire admet, en outre, que des étrangers ressortissants d'États tiers puissent bénéficier des droits dont les citoyens européens ne bénéficient pas; la Cour limitant le principe d'égalité du droit communautaire à l'égalité entre citoyens européens nationaux ou non de l'État de résidence²². Cette inégalité entre candidats réfugiés pose toutefois question au regard de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés²³. D'autre part, si, à l'inverse, la plupart des recours en annulation ne sont pas suspensifs de plein droit, mais peuvent faire l'objet d'une demande en suspension selon la procédure du référé administratif (articles 39/82 à 39/85), certains recours en annulation bénéficient également de la suspension de plein droit. Ces recours concernent les décisions qui, avant la création du Conseil du contentieux des étrangers, pouvaient faire l'objet d'un recours administratif interne sous forme de demande en révision (articles 64 à 67 abrogés)²⁴. La com-

mission Rolin avait voulu rappeler que « la plupart des actes administratifs relatifs au droit de séjour... ont traditionnellement été considérés comme des prérogatives du pouvoir exécutif », en manière telle qu'il ne fallait pas « instituer contre ces actes un recours de pleine juridiction »²⁵. Toutefois, la commission Rolin avait entendu donner « un caractère quasi juridictionnel » à ce recours, d'une part, en prévoyant un débat contradictoire devant la Commission consultative des étrangers, chargée de donner un avis avant nouvelle décision du ministre; d'autre part en attribuant un caractère suspensif de plein droit à l'introduction de la demande en révision. L'article 39/79 actuel de la loi reprend, à peu de chose près, les mêmes neuf hypothèses dans lesquelles le recours en annulation au Conseil du contentieux des étrangers suspend d'office l'exécution de la mesure attaquée (principalement le droit de séjour ou d'établissement des étudiants, des membres de la famille, des citoyens de l'Union européenne). L'importance qualitative et quantitative de ces cas réduit fortement le principe du caractère non suspensif du recours en annulation au Conseil du contentieux des étrangers, et corrélativement, celui de la différence, ou prétendue différence, entre les deux recours. Comme l'avait relevé, il y a quarante ans, la commission Rolin, c'est surtout une question de principe qui est en cause au regard des prérogatives du pouvoir exécutif. C'est déjà pointer, parmi les défis, le délicat rapport entre le respect de la souveraineté et la protection des droits de l'homme.

2

Les défis

En synthèse, on peut distinguer des défis d'ordre théorique (A) et des défis d'ordre pratique (B).

A. Théoriques

1. Souveraineté nationale contre droits de l'homme?

En attirant l'attention, d'une part, sur la conception traditionnelle du droit de séjour des étrangers lié aux prérogatives du pouvoir exécutif; d'autre part, sur les garanties procédurales qui doivent entourer les décisions relatives à ce droit de séjour, la commission Rolin mettait le doigt sur l'équation fondamentale qui traverse toute l'évolution du droit des étrangers. Selon les époques, les lieux et les circonstances, on mettra en lumière tantôt la souveraineté nationale qui permet à chaque État, « selon un principe de droit international bien établi [...] de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »²⁶, tantôt les droits de l'homme dont doit bénéficier

l'étranger en sa qualité d'être humain, quels que soient les traitements différenciés dont il pourrait faire l'objet. Sans doute faut-il s'interroger, sinon sur son fondement, au moins sur l'évolution de ce « principe de droit international bien établi ». En 1758, Elmer de Vattel, qui tente de concilier droit naturel (droit interne) et droit positif (droit externe), écrit que « le Souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de domaine et d'empire ». La souveraineté nationale est ici le prolongement public du droit privé de propriété. Ce n'est pas dire, selon Vattel, que l'étranger ne dispose d'aucun droit d'accès au territoire, mais ce ne sera que par exception, au titre de « droit de nécessité », « quand une vraie nécessité oblige à entrer dans le pays d'autrui, par exemple, si vous ne pouvez autrement vous soustraire à un péril imminent, si vous n'avez point d'autre passage pour vous procurer les moyens de vivre, ou ceux de satisfaire à quelque autre obligation indispensable, vous pouvez forcer le passage qu'on vous refuse injustement »²⁷. Ce pouvoir arbitraire du souverain va évoluer. Toutefois, « selon une opinion dominante en droit international, la souveraineté de l'État s'analyse comme une compétence certes non plus arbitraire, mais néanmoins encore discrétionnaire »²⁸. L'État conserve sa compétence de réglementation en matière d'admission des étrangers sur son territoire, sous réserve de ses engagements internationaux fondés soit sur des réciprocités (comme la libre circulation au sein de l'Union européenne), soit sur le respect des droits de l'homme (comme la Convention de Genève relative aux réfugiés, formalisation d'un « droit de nécessité »). Or, souligne Jean-François Flauss, « les progrès de l'humanisation du droit international conduisent à une relecture de la notion de souveraineté : celle-ci n'est plus seulement appréhendée comme une compétence, mais aussi comme une responsabilité »²⁹. La souveraineté devient « fonctionnelle », « elle se rapporte à une méthode d'organisation et évoque le pouvoir et la responsabilité de l'État de décider — au nom de la collectivité — face à une personne »³⁰. Du reste, cette fonction se diffuse en amont de l'État dans les ensembles régionaux comme l'Union européenne et infuse en aval dans les entités fédérées comme les communautés et les régions. Le droit des étran-

(21) RvV, 13 février 2008, n° 7266. Les deux décisions sont citées in G. DEBERSAQUES, D. VANHEULE et M.-Cl. FLOBETS (dir.), *Vreemdelingenrecht geannoteerd, op. cit.*, sous article 39/2, p. 114.

(22) C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras et Koupantantzé, Rec.*, I-4585, s'agissant de droits sociaux accordés à des candidats réfugiés et refusés à des citoyens européens (allocation en faveur des demandeurs d'emploi en Allemagne).

(23) Sur l'ensemble, voy. J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés - De la protection aux droits - Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, t. 332, 2007, p. 53, n° 14.

(24) J.-Y. CARLIER, « Les recours administratifs en matière de droit des étrangers », in P. NIHOUL (dir.), *L'administration contestée - Les recours administratifs internes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 193-215; L. DENYS et J. VAN EX, « De evolutie van de rechtsmiddelen in vreemdelingenwet », in *Migratie- en migrantenrecht*,

n° 2, p. 95; L. DENYS, « De rechtsmiddelen », in *Migratie- en migrantenrecht*, n° 3, p. 223.

(25) F. RIGAUX, *op. cit.*, J.T., 1981, p. 106, n° 70.

(26) Par exemple, C.E.D.H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, point 73. La formule est récurrente dans la jurisprudence de la Cour.

(27) E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, républié in *The Classics of International Law*, Clarendon Press, 1983. Ici livr. II, ch. VII, § 94, p. 324 et ch. IX, § 123, p. 344. Pour une excellente synthèse, voy. V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-133, ici pp. 31 et 33; voy. aussi S. SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations - De la protection des migrants aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

(28) J.-F. FLAUS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme - Les principes en droit international », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, vingtième journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 45-74, ici p. 47.

(29) *Ibidem*.

(30) S. SAROLEA, « La souveraineté en droit belge : mythe et réalité », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 75-111, ici p. 81.

gers devient ainsi un « droit-carrefour »³¹ entre l'exercice de la police administrative, garante de l'ordre public, et le respect des droits de l'homme, boucliers de la dignité humaine. Au travers de l'universalité des droits de l'homme, l'étranger devient « l'aiguillon du droit international »³². Toutefois, le poids respectif des deux plateaux de la balance — souveraineté et droits de l'homme — demeure, en droit des étrangers, diversement apprécié. S'agissant, par exemple, du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en ce domaine, une distance certaine sépare ceux qui considèrent que les juges de Strasbourg, outrepassant leurs compétences, sont « sur un terrain glissant »³³ et ceux qui considèrent que les « efforts timides de la Cour européenne des droits de l'homme en faveur des étrangers devraient être poursuivis et intensifiés »³⁴. Ce poids peut également varier en fonction des catégories d'étrangers concernés.

2. Diversité contre uniformisation ?

La diversité des statuts de l'étranger, notamment du point de vue du droit de séjour, est une réalité désormais reconnue. Elle correspond pour grande part à la prise en compte de la diversité du réel mais aussi, et surtout, « des critères qu'un législateur met en œuvre pour distinguer entre les catégories d'étrangers qui sont les bienvenus et les autres »³⁵, car le droit des étrangers est à la fois un droit d'exclusion et d'insertion³⁶. Schématiquement, cette diversité peut se classer selon deux critères : vulnérabilité et proximité. Dans la première catégorie, il y a les étrangers qui feront l'objet de formes spécifiques de protections et de statuts en fonction de leur plus ou moins grande vulnérabilité³⁷. Celle-ci peut être liée à une situation de faiblesse résultant de leur condition personnelle : femmes, enfants, malades (article 9^{ter} de la loi), victimes de la traite ou du trafic des êtres humains (articles 61/2 à 61/5), dans une certaine mesure, étudiants (articles 58 à 60) ou chercheurs (articles 61/10 à 61/13). Elle peut aussi résulter de circonstances extérieures comportant un risque de violation grave des droits de l'homme : réfugiés et personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire (articles 48 à 57/36), personnes ne pouvant être expulsées en raison d'un risque réel de traitement inhumain et dégradant (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) ou d'atteinte

disproportionnée à la vie privée ou familiale (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme).

Les autres personnes relèveront du droit commun, à moins qu'elles entrent dans une catégorie protégée en raison du second critère, la proximité. Cette proximité peut être sociale ou politique : citoyens de l'Union européenne (articles 40 à 47), bénéficiaires de conventions (par exemple avec le Maroc et la Turquie). Elle peut aussi être temporelle ou familiale : ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (articles 15^{bis} et 61/6 à 61/9), membres de la famille d'étrangers résidents (articles 10 à 13), de citoyens de l'Union européenne (article 40^{bis}) ou de Belges (article 40^{ter}).

Selon la place de ces deux curseurs marquant une plus ou moins grande vulnérabilité et une plus ou moins grande proximité, l'étranger sera plus ou moins protégé et « tombera » *in fine* dans le statut de droit commun (articles 9 et 9^{bis}). Le critère de proximité conduit également à accorder un statut plus égalitaire à l'étranger « résidant » qu'à l'étranger « accédant »³⁸. La multiplication des statuts d'étrangers peut conduire à une « perte ou pour le moins [à un] changement du sens initial donné à certains statuts »³⁹.

Par une démarche utilitariste compréhensible, les personnes tenteront d'instrumentaliser les diverses procédures qui s'offrent à elles pour intégrer telle ou telle catégorie protectionnelle. Pour y remédier, on peut limiter l'inflation des statuts différents. Mais il serait vain de songer à un statut unique et uniforme compte tenu de la diversité du réel. Plus que sur la diversité des statuts, c'est sur celle des procédures qu'il est possible d'influer. D'une certaine façon, le nombre restreint des différentes procédures de recours, moins nombreuses que les différents statuts, limite ce risque d'instrumentalisation et permet de construire une cohérence d'ensemble. Le principe d'égalité, tel que déjà interprété par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, s'inscrit au premier plan dans « l'égalité comme sujet de droit », bénéficiaire des mêmes garanties procédurales qu'il soit belge ou étranger⁴⁰. Le même principe d'égalité doit prévaloir entre catégories d'étrangers. Ce n'est pas dire que des différences de traitement ne peuvent être établies entre catégories d'étrangers⁴¹. Mais, s'agissant des procédures, si la Cour accepte des exceptions aux procédures normales en raison d'objectifs poursuivis par une politique d'immigration, c'est de façon proportionnée et « pour autant qu'un même niveau de protection soit garanti »⁴².

En d'autres termes, sauf nécessité, il faut tendre, pour les recours en droit des étrangers, à des procédures uniformes.

B. Pratiques

Partant du principe que « les leçons d'autrui sont nécessaires à l'esprit pour lui apprendre ce qui est de son ressort »⁴³, on sera attentif aux questionnements similaires qui peuvent se poser dans d'autres ordres juridiques, en ce compris pour les défis pratiques qui y sont relevés⁴⁴. Sans effectuer ici un travail de droit comparé, on tirera profit de l'étude détaillée faite par Stephen Legomsky sur les possibilités de réformes du système américain de recours en matière de droit des étrangers⁴⁵. Analysant les dysfonctionnements du système administratif et judiciaire en droit américain des étrangers, Stephen Legomsky pointe quatre causes principales : 1. de graves sous-financements, 2. des réductions de garanties procédurales, 3. une politisation des procédures en particulier de nominations, 4. l'incompétence de certains magistrats. Avec d'importantes nuances, notamment pour ce qui est de la politisation, on peut considérer que des causes similaires affectent les procédures en Europe et en Belgique. L'examen détaillé de ces causes est ici de peu d'utilité. Est plus importante la combinaison de quatre objectifs que Legomsky attribue à la mise en place de procédures adéquates en droit des étrangers comme en d'autres disciplines : 1. l'exactitude des décisions (*accuracy*), 2. l'efficacité (*efficiency*), 3. le caractère acceptable des décisions (*acceptability*), 4. la cohérence (*consistency*). On peut considérer que le deuxième et le quatrième objectifs relèvent plus de l'organisation du système de recours dans son ensemble, alors que le premier et le troisième ciblent davantage les décisions individuelles au cas par cas. Il est aussi intéressant de rapprocher ces quatre objectifs pratiques des deux défis théoriques relevés ci-dessus (A). Chaque objectif peut concerner l'ensemble des défis théoriques, mais, de façon particulière, chaque branche des défis théoriques est plus concernée par deux de ces objectifs.

La première branche, qui concerne la tension entre la souveraineté nationale et les droits de l'homme, est plus directement concernée par les objectifs d'efficacité et d'exactitude. L'efficacité, notamment par un bon usage des deniers publics et par des procédures rapides, est un souci majeur de l'administration qui met en œuvre la souveraineté nationale. Si cette efficacité requiert des efforts et des objectifs, pour les juges comme pour les fonctionnaires, elle doit s'accompagner de moyens suffisants sous peine d'aboutir à l'effet inverse conduisant au mieux au désintérêt, au pire au *burn out*. Selon une étude américaine, « the immigration judges complained of too little time per case; the pressure to provide immediate, detailed, [...] decision even in complex cases, with no time to reflect, and no transcripts; unprepared lawyers (on both sides); difficulties with interpreters; insufficient staffing, including very few law clerks; faulty and outdated computers and recording devices; and inadequate work space »⁴⁶. En

(31) Th. DI MANNO, « Présentation », in Th. DI MANNO, M.-P. ELIE (dir.), *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13.

(32) V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté », *op. cit.*, p. 133.

(33) M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

(34) F. RIGAUX, « La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens », in F. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 137-160, ici p. 160.

(35) M.-C. FLOBETS, « Diversité et catégories de personnes dans les sociétés contemporaines », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 125-149, ici p. 147.

(36) F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, Paris, P.U.F., 2000, p. 19.

(37) Sur cet aspect de « l'égalité comme personne dans une situation vulnérable », voy. D. VANHEULE, « L'égalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux étrangers », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 211-229, ici p. 223.

(38) J.-F. FLAUS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 47.

(39) M.-C. FLOBETS, « Diversité et catégories de personnes... », *op. cit.*, p. 126.

(40) D. VANHEULE, « L'égalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux étrangers », *op. cit.*, p. 222.

(41) Par exemple C.A., 22 avril 1998, n° 43/98, *M.B.*, 29 avril 1998, p. 13340; C.E., 12 mars 2004, n° 129.106 et 14 janvier 2005, n° 139.346. Voy. R. ANDERSEN, « Le principe d'égalité et de non-discrimination devant le Conseil d'État au contentieux "étrangers" », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, 231-238, ici p. 233.

(42) D. VANHEULE, *op. cit.*, p. 223.

(43) SAINT-SIMON, *Mémoires* (1743), rééd., Paris, Gallimard, 1983, La Pléiade, vol. I, p. 4.

(44) Dans le même sens, en faveur du dialogue entre Cours constitutionnelles, voy. M. VERDUSSEN, « L'égalité : one case at a time? », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 239-246.

(45) St. H. LEGOMSKY, « Restructuring Immigration Adjudication », 59, *Duke L.J.*, 2010, pp. 1635-1721.

(46) St. L. LUSTIG *et al.*, « Inside the Judges' Chambers : Narrative Responses from the National Association of

contrepoint, l'objectif d'exactitude tend à obtenir des décisions justes. S'il n'est point de vérité mathématique en matière de justice, la décision juste est celle qui encourt peu de risque d'être réformée en cas de recours parce qu'elle fait, en ses motifs et en son dispositif, une correcte application du droit en vigueur. Ce faisant elle respecte les droits des justiciables concernés (droits de l'homme) et tend à l'efficacité par la réduction des recours (souveraineté).

La deuxième branche des défis théoriques, qui concerne la tension entre la diversité des statuts et l'uniformisation des procédures, est plus directement concernée par les objectifs d'acceptabilité et de cohérence. L'acceptabilité rencontre la diversité des statuts en conduisant à prendre des décisions dont la motivation adaptée à son cas rend le dispositif acceptable pour le justiciable. Selon l'adage classique *justice must not only be done, but be seen*⁴⁷, la théorie de l'apparence conduit non seulement à la neutralité professionnelle du magistrat en raison des modalités de sa nomination et de son comportement en audience⁴⁸, mais aussi à sa nécessaire compétence dans la rédaction des motivations qui permettent au justiciable de comprendre et d'accepter la décision. Ce faisant, les objectifs d'efficacité et d'exactitude sont également facilités. La cohérence de la jurisprudence correspond à l'uniformisation des procédures. Elle est à la fois interne à la juridiction concernée (par exemple le Conseil du contentieux des étrangers) mais aussi externe, au regard des autres juridictions du même ordre juridique (par exemple les juridictions civiles et pénales) ou d'autres ordres juridiques (par exemple européens). Si l'exactitude et l'acceptabilité des décisions plaident pour un système de juges spécialisés, la cohérence plaide pour un système de juridictions généralistes. Comme le relève Legomsky, une réforme idéale devrait préserver cette combinaison de l'expertise spécialisée et de la perspective généraliste⁴⁹.

Résumons les constats et défis. Historiquement, la cohérence et l'efficacité de la loi du 15 décembre 1980 a fortement souffert des multiples amendements qu'elle a subis en trente ans d'existence, précédés de dix ans de gestation. En particulier, si les recours juridictionnels se sont accrus, l'effectivité de la protection du droit de séjour des étrangers ne l'est pas en proportion.

Théoriquement, toute l'évolution du droit des étrangers est marquée par la tension entre l'exercice de la souveraineté et la protection des droits fondamentaux. Parallèlement, la di-

versité des statuts qui se sont multipliés peut être compensée par une certaine uniformisation des procédures.

En pratique, des objectifs divers sont poursuivis. Ils sont liés tantôt à l'ensemble du système juridique et de la politique migratoire, comme l'efficacité et la cohérence, tantôt au caractère individuel des décisions et recours, comme l'exactitude et l'acceptabilité.

La formulation de quelques propositions à long ou à court terme tente de croiser ces variables.

3

Les propositions

A. Les réformes souhaitées (long terme)

Si l'on prend du recul, il est correct de considérer que ce n'est pas tant le droit que, en amont, la politique migratoire qu'il convient de réformer. Dans le couple souveraineté nationale contre droits de l'homme, le premier membre pourrait, selon certains, être évacué. Une approche libérale, soutenue de longue date par un auteur comme Joseph H. Carens, permet de proposer une liberté absolue de circulation⁵⁰. D'autres s'attaquent aux causes et proposent avant tout un meilleur équilibre entre les besoins des pays d'émigration et ceux des pays d'immigration, liant, de façon plus étroite, politiques de migrations et de développement durable⁵¹. Les réalistes écarteront ces utopies en rappelant que l'État demeure le principal garant des intérêts collectifs et qu'il doit veiller en priorité à l'intérêt de ses nationaux. Loin de disparaître, sa souveraineté devrait être renforcée. Deux voies paraissent alors tracer les possibles du long terme : soit la confrontation entre souverainetés et droits de l'homme se poursuit (1); soit des cadres nouveaux d'évolution sont mis en place (2).

1. La confrontation

a) Souveraineté

De ce point de vue, que ce soit à un niveau national ou supranational comme celui de l'Union européenne, le principe de souveraineté pourrait être renforcé. Concrètement, s'agissant de procédures, il conduirait à privilégier l'objectif d'efficacité. Puisqu'un État ou un ensemble d'États doit contrôler l'accès et le séjour sur son territoire, autant le faire de façon efficace. Ainsi, le contrôle de l'accès au territoire peut, à titre principal, être porté en amont dans des zones internationales ou dans les pays d'origine. Cela évite d'inutiles allers-retours. C'est l'externalisation de la politique d'asile et d'immigration⁵². À titre subsidiaire, pour ceux

qui, malgré tout, parviendraient sur le territoire, la procédure doit être simplifiée. Ainsi, en Belgique, une première décision administrative pourrait être prise par une administration unique issue de la fusion de l'Office des étrangers et du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides. Quelle que soit la décision, un seul recours serait possible, au contentieux objectif de légalité auprès du Conseil du contentieux des étrangers. Le recours n'aurait pas d'effet suspensif de plein droit; la suspension pouvant être demandée.

b) Droits de l'homme

À l'opposé, du point de vue des droits de l'homme, le lieu de résidence ne doit pas être rattaché au lieu de naissance. La circulation des personnes doit être libre au niveau international comme elle l'est au niveau national. Si, exceptionnellement, en raison de risque d'atteinte grave à l'ordre public, cette liberté de circulation peut être limitée, toute limite devrait bénéficier de recours juridictionnels. Fondées sur le principe d'égalité, les procédures relatives aux étrangers devraient être identiques à celles ouvertes aux nationaux. Ainsi, en Belgique, il faudrait supprimer l'Office des étrangers, critiqué de longue date pour sa « maîtrise intellectuelle quasi exclusive... sur une branche du droit soustraite dans le passé au principe de la séparation des pouvoirs »⁵³. Les conditions de séjour des étrangers, comme les conditions de résidence des Belges, seraient de la compétence des autorités communales. Si une centralisation paraît nécessaire, l'ensemble devrait relever d'une même administration, de préférence une administration des droits de l'homme, rattachée au ministère de la Justice. Considérant que les droits liés au séjour, comme le droit au respect de la vie privée et familiale, ou le droit de ne pas faire l'objet de traitement inhumain et dégradant sont des droits civils, les juridictions d'exceptions relatives aux étrangers devraient être supprimées. Selon la conception moniste, tous les recours relèveraient de la compétence des cours et tribunaux. Les tribunaux du travail connaissent déjà d'importantes questions de droit du travail et de droits sociaux relatives aux étrangers. Comme en matière de jeunesse aujourd'hui, et de famille peut-être demain, des chambres spéciales « étrangers » pourraient être créées au sein des tribunaux de première instance et d'appel. Ce faisant, les objectifs de cohérence et d'acceptabilité seraient atteints par le caractère général de ces juridictions alors que, dans le même temps, les objectifs d'exactitude et d'efficacité seraient sauvegardés par la spécialisation des magistrats. Cela peut aussi se faire en degré d'appel comme Legomsky le propose aux États-Unis, avec des nominations pour

Immigration Judges Stress and Burnout Survey », 23, *Geo. Immigr. L.J.*, 2008, 57, cité par St. H. LEGOMSKY, *op. cit.*, p. 1655.

(47) Rappelé par St. H. LEGOMSKY, *op. cit.*, p. 1649.

(48) Outre la politisation de la nomination et du contrôle des juges de l'immigration aux États-Unis, peu transposable dans notre système, Legomsky attire l'attention sur une réalité sociologique plus large. Très souvent, les juges en matière d'immigration sont issus des instances administratives de l'asile et de l'immigration. Si cela est pour partie normal, il convient d'être attentif aux effets tant quantitativement (par un pourcentage limité destiné à assurer la diversité des provenances) que qualitativement (par une distance professionnelle dans les décisions et dans les relations, notamment lors des audiences, avec les anciens collègues). « These demographics are important because adjudicators with prior immigration enforcement are significantly more prone to rule in favor of the government » (St. H. LEGOMSKY, *op. cit.*, p. 1668).

(49) St. H. LEGOMSKY, *op. cit.*, pp. 1636, 1680, 1688, 1694.

(50) J. H. CARENS, « Aliens and Citizens : The Case for Open Borders », *The Review of Politics*, 3, 1987, p. 552.

(51) Voy. M.-C. FOBLETS, *Diversité et catégories de personnes...*, *op. cit.*, p. 113 et références citées.

(52) Voy. S. ALÈGRE, D. BIGO et J. JEANDESBOZ, *La dimension externe de l'espace de liberté, sécurité et justice*, étude pour le Parlement européen, PE 410.688, mars 2008; A. BALDACCINI, « The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies : Old Concerns

and New Approaches », in A. BALDACCINI, E. GUILD et H. TONER (éds), *Whose Freedom, Security and Justice?*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 277-298; M. GARLICK, « The EU Discussions on Extraterritorial Processing : Solution or Conundrum? », *I.J.R.L.*, 2006, pp. 601-629; G. GOODWIN-GILL, « The Extraterritorial Processing of Claims to Asylum or Protection : The Legal Responsibilities of States and International Organisations », *U.T.S. Law Review*, 2007, pp. 26-40; E. GUILD, « The Border Abroad - Visas and Border Controls », in K. GROENENDIJK, E. GUILD et P. MINDERHOUD (éd.), *In Search of Europe's Borders*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 87-104; K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Anvers, Intersentia, 2009.

(53) F. RIGAUX, « Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers », *op. cit.*, *J.T.*, 1981, p. 113.

une durée déterminée dans ces chambres⁵⁴. Si, à l'inverse, on plaide pour un dualisme procédural, faisant cohabiter des juridictions civiles et des juridictions administratives, il convient de créer des tribunaux administratifs de première instance compétents, notamment, en matière de droit des étrangers⁵⁵. De même que, en 1980, c'est le droit des étrangers qui a introduit le référé administratif auprès du Conseil d'État, par la suite généralisé; de même le Conseil du contentieux des étrangers, créé en 2006, pourrait être généralisé en une ou plusieurs juridictions administratives de première instance. Faudrait-il dans ce cas prévoir, comme en France, des cours administratives devenues, depuis le 1^{er} janvier 2005, compétentes pour connaître des appels des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière, allégeant la charge du Conseil d'État, ou maintenir le seul Conseil d'État en deuxième instance, la Belgique étant un territoire plus restreint⁵⁶?

Ces deux plaidoyers opposés, l'un pour la souveraineté, l'autre pour les droits de l'homme ne s'accompliront probablement ni l'un ni l'autre pleinement. Des voies moyennes sont possibles. Plutôt que d'opposer souveraineté et droits de l'homme, ces voies reconnaissent la relation complexe et dialectique qui les unit. La souveraineté fonctionnelle sert aussi à protéger les droits de la personne. Souveraineté et droits de l'homme peuvent alors être complémentaires. Les propositions à plus court terme qui suivent vont en ce sens (B). Avant cela, il convient encore de souligner qu'à long terme également des moyens doivent être mis en place pour éviter l'affrontement tant entre les tenants de la souveraineté et ceux des droits de l'homme

qu'entre les États du Nord et ceux du Sud si les tendances aux souverainetés se développaient. C'est d'un cadre de réformes à long terme plus que d'un contenu qu'il s'agit.

2. Les cadres

a) Coopération interétatique : Conférence de La Haye

La gestion des phénomènes migratoires mettant en présence des États d'origine et des États d'accueil, aucune solution viable à long terme n'est possible si ces derniers entendent toujours imposer leur loi aux premiers. « De la même manière que nous gérons le marché intérieur de la main d'œuvre, il faut promouvoir une « gestion des migrations » de main d'œuvre au moyen d'accords bilatéraux et multilatéraux entre pays d'accueil et pays d'origine, à forte dimension normative — c'est-à-dire offrant entre autres des recours aux individus concernés — et traitant des migrations sous divers aspects : admission légale, sécurité sociale, incitation à l'investissement productif des remises de fonds, transferts de capitaux et de technologies par les migrants, intégration dans le pays hôte, reconnaissance des acquis éducatifs et professionnels, etc. »⁵⁷. Le renforcement d'intégrations régionales dans les pays du Sud, comme l'Union africaine ou le Mercosur, permettrait des dialogues plus équilibrés entre unions que le dialogue inégal qui existe actuellement entre certaines unions et des États isolés⁵⁸. Parallèlement, des cadres internationaux existent pour favoriser un dialogue équilibré entre États. L'organisation internationale de travail en est un⁵⁹. Les possibilités de ratification de la convention du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille devraient être approfondies⁶⁰. Nos collègues Foblets, Vanheule et Loones ont démontré que telle ratification ne représentait pas un obstacle insurmontable pour un pays comme la Belgique⁶¹. Le gouvernement flamand a semblé accepter ce point de vue⁶². La Belgique pourrait être un aiguillon en ce sens au sein de l'Union européenne et au sein des discussions de l'initiative de Berne, processus consultatif informel entre États pour un meilleur système de gestion des migrations⁶³.

Compte tenu des divergences d'intérêts dans ces instances (trop au sud pour l'O.I.T., trop au nord pour l'initiative de Berne, selon les points de vue opposés), il pourrait être intéressant de donner un rôle à la Conférence de La Haye de droit international privé. Cet organe multilatéral rassemblant de très nombreux États dans le monde peut se prévaloir d'une longue expérience. D'une part, par ses procédures, lorsque la Conférence élabore des conventions, de longues négociations par des experts et des représentants des États précèdent l'adoption des textes en manière telle que, une fois adoptées, ces conventions connaissent un succès de ratification assez large. D'autre part, sur le contenu, diverses conventions de La Haye de droit international privé concilient les intérêts divergents d'États d'origine et d'États d'accueil et mettent en place des autorités centrales dans chaque État favorisant la formalisation des échanges. Tel est, par exemple, le cas de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale du 29 mai 1993. La Conférence de La Haye a déjà, depuis 2006, mené des réflexions sur l'application possible de ses techniques de coopération internationale aux questions de migrations internationales⁶⁴.

b) The Birthright Privilege Levy d'Ayelet Shachar

Le deuxième cadre de long terme proposé n'est pas un cadre formel d'organisation mais un cadre de base de réflexion. Il s'inspire de l'ouvrage de notre collègue de l'Université de Toronto, Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery - Citizenship and Global Inequality*⁶⁵. Une des propositions de l'ouvrage est d'instaurer une taxe sur la naissance (*the Birthright Privilege Levy*) proportionnelle à la richesse de l'État de naissance, qui serait reversée vers les pays pauvres. Sachant que les migrations ne pourront à elles seules compenser les inégalités mondiales et qu'elles ne sont pas, en soi, souhaitables, l'auteure propose une forme de compensation financière. En quelque sorte, l'héritage collectif de la citoyenneté, dont chacun bénéficie par la naissance en tel lieu, doit être taxé au même titre que l'héritage de propriété privée. Au-delà du discours habituel sur la nécessaire coopération au développement, l'idée tente d'apporter une réponse concrète aux inégalités mondiales choquantes tout en maintenant les États nations garants de l'organisation sociale sur un territoire donné.

Ce faisant, le *Birthright Privilege Levy* est une manière de conciliation du développement des droits de l'homme et du principe d'égalité avec le respect des souverainetés nationales, tout en pouvant réduire notablement la nécessité des migrations. Si la mise en œuvre au niveau mon-

(54) St. H. LEGOMSKY, *op. cit.*, p. 1692 : « Generalists and specialists : Assigning federal district and circuit judges to two year rotations on a new U.S. Court of Appeals for Immigration is a have-your-cake-and-eat-it-too solution ». Des propositions similaires intégrant l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives dans une perspective de défédéralisation de la justice avaient déjà été avancées en 2003 par Jo Vandeurzen et Cathy Berx, pour le CD&V. Voy. X. DELGRANGE et N. LAGASSE, « La création de juridictions administratives par les Communautés et les Régions », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 487, ici p. 514.

(55) Sur ce vieux débat en Belgique, voy. P. VAN ORSHOVEN, « Administratieve rechtbanken? - Ja en neen - Pleidooi voor juridictioneel monisme », *R.W.*, 1994/1995, p. 897. A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, mise à jour J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, Anvers, Kluwer, 2006, p. 790. Sur les compétences résiduelles des juridictions civiles en droit des étrangers avant et après l'abrogation de l'article 70bis de la loi du 15 décembre 1980, voy. J.-Y. CARLIER et F. RIGAU, « L'interdiction du référé face au principe de non-discrimination en droit international », note sous Bruxelles, 27 juillet 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1062; F. MOTULSKY et M. BOBRUSHKIN, « Récents développements du droit des étrangers devant les juridictions de référé civil », *J.T.*, 2001, p. 6; S. SAROLEA, « Le juge civil en droit des étrangers : parachute ou paravent? », in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.), *Le référé civil dans toutes les matières*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 2003, pp. 389-421; D. LINDEMANS, « De afbakening van de bevoegdheid/rechtsmacht tussen de justitiële en de administratieve kortgedingrechter », *R.D.J.P.*, 1987, p. 184.

(56) V. TCHEN, F. RENAULT-MALIGNAC, *Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile*, Paris, Litec, 2008, ici p. XI. Pour le développement de juridictions administratives de première instance en Belgique, voy. P. GILLIAUX, « Les juridictions administratives : de l'oubli à l'inconstitutionnalité », *J.T.*, 2003, pp. 125-129, en particulier p. 128 : « si la création d'un ou de plusieurs tribunaux d'instance à vocation généraliste est nécessaire, celle d'une juridiction spécialisée dans le contentieux des étrangers et singulièrement de l'asile est vitale... ».

(57) D. NAKACHE, F. CREPEAU, « Le contrôle de migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, *op. cit.*, 189-238, ici p. 237.

(58) Voy. par exemple I. YÉPEZ DEL CASTILLO et G. HERRERA (dir.), *Nuevas migraciones latinoamericanas a Europa - Balances y desafíos*, Flacso-Obreal, U.C.L., UB, Quito, 2007.

(59) Voy. O.I.T., *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, rapport VI, conférence internationale de travail 92^e session, Genève, B.I.T., 2004. Pour une synthèse des travaux de l'O.I.T. en matière de migrations, voy. G. GOODWIN-GILL, « Migrant Rights and "Managed Migrations" », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 161-187.

(60) Résolution 45/158 de l'ONU. Texte reproduit notamment dans le *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant.

(61) M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE et S. LOONES: *De internationale VN Conventie van 1990 - Rechtsgevolgen van een Belgische ratificatie : een verkennende studie*, K.U.L., U. Anvers, 2004.

(62) Vlaamse regering, resolutie, 30 avril 2004, P.V. 2004/19, point 96.

(63) *Agenda international pour la gestion des migrations*, Berne, Office fédéral suisse des migrations, 2005.

(64) « Some Reflections on the Utility of Applying Certain Techniques for International Co-operation Developed by The Hague Conference on Private International Law to Issues of International Migrations », Preliminary Document, n° 8, mars 2006; First Follow-Up, Prel. Doc., n° 23, mars 2007; Second Follow-Up, Prel. Doc., n° 6, mars 2008; Third Follow-Up, Prel. Doc., n° 8, March 2009 (accessible sur www.hcch.net). Voy. aussi H. VAN LOON, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale - Réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye », *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 420-434.

(65) Pour une présentation, voy. J.-Y. CARLIER, in *Revue Nouvelle*, 2009, n° 12, pp. 88-94, accessible sur www.revuenouvelle.be.

dial d'une telle taxe pose diverses questions et difficultés, la proposition trace un cadre de réflexion qu'il serait bon de ne pas effacer. Le duc de Saint-Simon cité ci-dessus pour la nécessaire attention aux « leçons d'autrui »⁶⁶ décrivait, dans ses *Mémoires*, en une belle langue acérée, les actions politiques et la vie quotidienne à la cour de Louis XIII et de Louis XIV. S'il ne se privait pas de dénoncer les intrigues et les bassesses de ses contemporains, ses « leçons » étaient bien limitées, prisonnier qu'il était de son rang, attaché aux ombres des privilèges de l'aristocratie et ignorant les lumières qu'allumaient à la même époque un Montesquieu⁶⁷ ou un Rousseau⁶⁸. De même aujourd'hui, nous sommes prompts à nous pencher et nous épancher sur les difficultés du Nord global, préférant ignorer, ou feindre d'ignorer, les malheurs du reste du monde. Les œillères du temps, polies d'égoïsme, nous empêchent toujours d'appréhender l'ensemble de la réalité qui nous entoure et d'en tirer certaines conséquences pratiques. Est-il erroné d'affirmer avec Albert Bastenier que « certes, le droit d'avoir des droits n'est pas une chose négligeable. Mais en son état, il procède cependant d'un humanisme bavard et plutôt irresponsable puisqu'il ne se préoccupe jamais d'engendrer ce qu'il prétend poursuivre »⁶⁹? Parmi d'autres, les travaux d'Ayelet Shachar peuvent aider à engendrer ce que les droits de l'homme ont fécondé. Plus modestement, les propositions qui suivent visent à actualiser, pour les étrangers en Belgique, ce droit d'avoir des droits.

B. Les réformes souhaitables (court et moyen termes)

1. La décentralisation

Les lignes qui suivent raisonnent dans le cadre du maintien, en Belgique, de la justice, et partant du droit des étrangers comme compétence fédérale. Rien n'indique que cette loi fasse nécessité. Le transfert de larges compétences en matière de politique migratoire, en ce compris du droit de séjour, aux entités fédérées, Communautés et/ou Régions, ne serait qu'un prolongement des compétences fédérées déjà attribuées en matière de gestion du marché du travail. À cet égard, les compétences distinctes en matière de délivrance du permis de travail – régionales – et d'octroi du droit de séjour – fédérales – ont soulevé diverses difficultés dans le cadre des régularisations lorsque celui-ci dépendait de celle-là. Déjà en 1981, François Rigaux soulignait que « l'une des principales lacunes du travail parlementaire a été la méconnaissance de l'évolution constitutionnelle de la Belgique », certaines compétences ayant « été soustraites au gouvernement national »⁷⁰. Même dans un État comme la France, qui ne se

caractérise pas par sa décentralisation, la délivrance des titres de séjour et des ordres de reconduite à la frontière relève d'une compétence préfectorale. Au sein de chaque département est instituée une commission du titre de séjour, composée de magistrats du tribunal administratif, de représentants du préfet et du maire, « saisie par l'autorité administrative lorsque celle-ci envisage de refuser de délivrer ou de renouveler une carte de séjour » dans certaines hypothèses comme le regroupement familial⁷¹. Dans ce cas, si la législation est nationale, c'est sa mise en exécution qui est, plus qu'en Belgique, décentralisée tant pour les décisions administratives que pour les recours devant les tribunaux administratifs. De même que les directives européennes abandonnent aux États membres une certaine marge dans la transposition, une législation fédérale cadre pourrait permettre aux Communautés et Régions de développer, en plus des politiques relatives au marché de l'emploi et à l'intégration culturelle, des politiques sinon opposées, du moins relativement distinctes sur le droit au séjour. Une telle décentralisation ne serait pas contraire au premier défi théorique rencontrant le souci de réduire la tension entre souveraineté et droits de l'homme. D'une part, la répartition de la souveraineté entre la nation et des instances infra et supranationales correspond à l'évolution des démocraties contemporaines et aux citoyennetés multiples. D'autre part, les droits de l'homme peuvent être mieux pris en considération si l'administré et le justiciable ressentent une certaine proximité avec les instances de décisions. Le maintien d'une législation cadre et, au moins en degré d'appel, de juridictions fédérales permettrait de compenser une accentuation de la diversité des statuts par des cadres uniformes, objet du deuxième défi théorique. Les défis pratiques systémiques d'efficacité et de cohérence, de même que les défis pratiques individuels d'exactitude et d'acceptabilité seraient eux aussi plutôt renforcés qu'affaiblis par une décentralisation. Le seul risque conséquent serait d'élaborer des politiques et des droits à ce point différents qu'une concurrence entre territoires conduirait à des déplacements massifs de migrants. C'est ce même risque qui a amené l'Union européenne à développer une politique migratoire commune comme conséquence et condition de la liberté de circulation interne à l'Union, supprimant les contrôles aux frontières intérieures⁷². Loin d'être uniforme, cette politique migratoire commune tend davantage à certaines harmonisations⁷³. Un même tronc commun, assorti de branches diverses, pourrait tout aussi bien se développer au sein des États fédéraux comme c'est déjà largement le cas en Allemagne ou, hors Union européenne, en Suisse. C'est un autre problème de droit communautaire européen qui se poserait alors : quels sont les droits des nationaux qui, dans leur pays, circulent d'une région à l'autre? Ils ne bénéficient pas du droit européen dans la me-

sure où la circulation interne à un État membre y échappe, s'agissant, du point de vue de la Cour de justice, d'une situation purement interne⁷⁴. C'est alors à l'État fédéral de rencontrer cette question soit par son pouvoir judiciaire comme le suggérerait la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁵ — mais la Cour constitutionnelle n'est pas encline à suivre cette invite⁷⁶ — soit par ses pouvoirs législatif et exécutif⁷⁷.

Quelle que soit l'évolution de la décentralisation en Belgique, si l'on accepte le maintien d'un cadre fédéral commun dont le contenu peut varier, on pourrait, à court terme, retenir les deux propositions de forme et de procédure qui suivent.

2. La forme : codification

Question de forme plus que de contenu, une codification du droit des étrangers n'a guère d'incidence sur le premier défi théorique de tension entre souveraineté et droits de l'homme. Tout au plus, les débats qui précèdent une codification peuvent-ils être l'occasion d'affronter ces questions. En revanche, en proposant une synthèse structurée de la matière, la codification répond au second défi théorique de maintenir une certaine uniformité, au moins formelle, dans la diversité des statuts. Surtout, en offrant aux praticiens un outil de référence clair et structuré, la codification répond certainement à trois des objectifs pratiques relevés : l'efficacité, la cohérence du système et l'exactitude dans les décisions.

Il y a certes des arguments contre la codification. Certains ont été évoqués en Belgique à l'occasion de la codification du droit international privé. Il faut noter toutefois que le droit des étrangers est traditionnellement plus un droit de réglementation que le droit international privé qui fut à l'origine une création jurisprudentielle et doctrinale⁷⁸. En revanche, comme la section législation du Conseil d'État l'avait évoqué dans l'examen de la proposition de code de droit international privé, une codification nationale peut constituer un frein pour l'évolution du droit international et européen en la matière⁷⁹.

(74) C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon c. gouvernement flamand (zorgverzekerings)*, Rec., 2008, I-1683, avec avis contraire de l'avocat général Sharpston qui maintient ce point de vue dans ses conclusions sur l'affaire Ruiz Zambrano, C-34/09, du 30 septembre 2010.

(75) C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *op. cit.*, point 40.

(76) Cour const., 21 janvier 2009, n° 11/2009, point B.16.

(77) Sur ces questions, voy. H. VERSCHUEREN, « De regionalisering van de sociale zekerheid in België in het licht van het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake de Vlaamse zorgverzekerings », *Tijdschrift voor sociale zekerheid*, 2008, n° 1; « Europese krijtlijnen voor een sociaal federalisme », in B. CANTILLON, P. POPELIER et N. MUSSCHE (éd.), *De gelaagde welvaartsstaat - Naar een Vlaamse sociale bescherming in België en Europa?*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 227-257; Y. JORENS, « Arrêt Wallonie c. Flandre, l'accès à une prestation sociale organisée par une collectivité à l'intérieur d'un État membre », *J.D.E.*, 2008, p. 209; J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne - Chronique 2008 », *J.D.E.*, 2009, p. 81, point 9.

(78) Voy. par exemple en France, contre l'idée d'une codification du droit international privé, H. MUIR-WATT, « La codification en droit international privé », *Droits*, 1998, pp. 149-160; plus nuancé, H. BATIFFOL, « Codificación y unificación en Derecho internacional privado », 1972, in *Choix d'articles*, Paris, L.G.D.J., 1976, pp. 125-136.

(79) Conseil d'État, avis du 12 février 2001, in *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 2-1225/1, observation

(66) *Supra*, note 43.

(67) Montesquieu, qui meurt en 1755, comme Saint-Simon, publie l'*Esprit des lois* en 1748, année où Saint-Simon rédige les souvenirs de son ambassade extraordinaire en Espagne qu'il intègre dans ses *Mémoires* qu'il achèvera en 1750. Si Saint-Simon et Montesquieu se sont entretenus du despotisme, ce dernier n'espère guère, comme Saint-Simon, une transformation de l'aristocratie en élite méritante.

(68) Plus jeune, Rousseau publie en 1755, *Discours sur les origines de l'inégalité*.

(69) A. BASTENIER, « Provincialiser l'Europe », *La Revue nouvelle*, juillet-août 2010, p. 57.

(70) F. RIGAUX, *op. cit.*, *J.T.*, 1981, p. 113, n° 110.

(71) Articles 312-1 et 312-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

(72) C.J.C.E., 21 septembre 1999, aff. C-378/97, *Wijzenbeek*, Rec., 1999, I-6207, points 40 et 42.

(73) Pour une synthèse, voy. Ph. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 351-363 et les publications du réseau Odysseus présidé par Philippe De Bruycker (www.ulb.ac.be/assoc/odysseus). Pour une présentation détaillée, voy. P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER et K. WOUTERS, *European Migration Law*, Anvers, Intersentia, 2009.

Il est vrai que le droit de l'Union européenne prendra de plus en plus de place en matière de politique migratoire. Le risque d'incompatibilité peut être évité en rappelant, comme dans le Code de droit international privé, la primauté du droit international en général et du droit de l'Union européenne en particulier⁸⁰. À l'inverse, une codification belge novatrice, distinguant clairement les séjours de plein droit (réfugié, protection subsidiaire, vie privée et familiale, résidence de longue durée...) des séjours conditionnés par une autorisation préalable (étudiants, chercheurs, travailleurs...) pourrait servir de modèle à l'élaboration d'une codification européenne. En réalité, en droit des étrangers comme en droit international privé, la codification peut « dans une large mesure apporter clarté, systématisation et structure dans un domaine complexe »⁸¹. En France, Vincent Tchen note que le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (entré en vigueur le 1^{er} mars 2005) a « clarifié de manière salubre l'état du droit en mettant fin à des textes « historiques » maintenus au prix de démentements peu compatibles avec les exigences constitutionnelles de clarté et d'intelligibilité du droit »⁸².

3. La procédure : uniformisation

À mi-chemin des propositions de long terme avancées ci-dessus, entre le renforcement du pouvoir de l'administration, bras de la souveraineté, et la judiciarisation généraliste — civile ou administrative — des recours pour renforcer la garantie des droits de l'homme, une voie moyenne de court terme peut, moyennant une adaptation, se satisfaire de la procédure actuelle en trois niveaux : 1. administration (Office des étrangers et Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides), 2. recours auprès d'une juridiction administrative spécialisée (Conseil du contentieux des étrangers) et 3. cassation administrative (Conseil d'État).

Au premier et au troisième niveaux, des améliorations ponctuelles peuvent être apportées : adaptation des compétences à l'Office des étrangers, meilleure prise en compte des droits du justiciable au Commissariat général, intégration plus large du droit international et européen dans le contrôle de légalité du Conseil d'État. C'est toutefois au deuxième niveau, pour le recours juridictionnel au Conseil du contentieux des étrangers qu'une adaptation plus importante s'impose pour, rencontrant les deux défis théoriques majeurs, amoindrir la tension entre souveraineté et droits de l'homme, d'une part, diversité et uniformisation, d'autre part. Il convient de garder à l'esprit que les droits procéduraux sont « une des premières garanties qui peut être attribuée aux étrangers »⁸³.

Pour des motifs développés dans les constats, le dédoublement de procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers ne devrait pas être maintenu. Tout recours devrait être de plein contentieux et en principe suspensif. Le privilège du préalable de l'administration doit, en matière de séjour des étrangers, être renversé, car l'exécution d'une mesure de refoulement ou d'éloignement du territoire entraîne nécessairement un préjudice grave difficilement réparable si la mesure devait, par la suite, être rapportée. Le principe de la suspension de plein droit pourrait être soumis à des exceptions dûment motivées dans la décision administrative susceptible, dans ce cas, d'un référé administratif. Avant l'introduction du référé administratif généralisé devant le Conseil d'État, lorsque le sursis à exécution était limité aux arrêtés de renvoi ou d'expulsion, « l'absence de sursis à exécution des décisions de refoulement, des ordres de quitter le territoire et des décisions refusant le droit de séjourner [risquait] de n'apporter à l'étranger qu'une satisfaction toute platonique »⁸⁴. Aujourd'hui, l'évolution de la notion de recours effectif telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme conduit, pour le même motif, à faire, dans cette matière, du sursis la règle et du privilège du préalable l'exception⁸⁵. En France, depuis 1990, presque tous les recours contre les « arrêtés de reconduite à la frontière », à l'exception des procédures Schengen, bénéficient du sursis automatique.

Du point de vue des défis théoriques, l'unicité de procédure devant le Conseil du contentieux

des étrangers non seulement permet, à l'évidence, une uniformisation face à la diversité des statuts, mais réduit aussi la tension entre souveraineté et droits de l'homme. Car ce ne sont pas les droits de l'homme seuls qui en sortent renforcés, c'est aussi la souveraineté nationale. L'absence de sursis automatique à exécution devant le juge national multiplie, en effet, les recours à Strasbourg avec demande de suspension. On ne peut critiquer le revirement de jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, dans l'arrêt *Mamatkulov*, donne une portée contraignante à l'invitation faite à un État de suspendre la mesure d'éloignement sous peine de constat de violation de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme et, dans le même temps, refuser au niveau national la suspension automatique⁸⁶. Plus l'effectivité des recours sera forte au niveau national, plus le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme pourra retrouver sa nature subsidiaire. En revanche, du point de vue des défis pratiques, si la cohérence, l'exactitude et l'acceptabilité peuvent être renforcées par la suspension automatique, des doutes peuvent être émis pour l'efficacité. Ne risque-t-on pas de voir se multiplier des recours dilatoires et d'accroître l'arriéré? C'est possible, mais cela n'affecte pas l'efficacité de l'ensemble du système. À défaut de suspension automatique, le justiciable s'adresse, en effet, à d'autres juges soit à Strasbourg comme indiqué ci-dessus, soit, dans le cadre national, au juge civil saisi en référé. Des moyens suffisants pour éviter l'arriéré et l'exception possible d'une décision administrative motivant l'exclusion de sursis automatique conjuguent utilement l'objectif d'efficacité avec les objectifs de cohérence, d'exactitude et d'acceptabilité. Ces mêmes objectifs, en particulier l'efficacité et l'exactitude, peuvent être renforcés en adjoignant au Conseil du contentieux des étrangers un auditoir qui y fait défaut⁸⁷. Représentant l'intérêt public, et partant la souveraineté, l'auditoir permet aussi, par une préparation des dossiers, une plus grande exactitude et cohérence de la jurisprudence. S'agissant, par hypothèse, de procédures de plein contentieux, l'auditoir peut instruire les éléments nouveaux portés à la connaissance en cours de procédure.

Ces réformes de court ou moyen terme ne règlent pas les questions fondamentales de notre relation au « reste » du monde, trop souvent considéré tel. Sans mettre en cause la souveraineté, ces réformes seraient toutefois de nature à renforcer la cohésion sociale de l'ensemble de la population sur un territoire donné. Car la participation de l'étranger à la vie commune de ce territoire sera aussi proportionnée à la manière dont il y fut accueilli lors de son arrivée. Respecter la dignité et les droits fondamentaux de l'étranger dans les règles relatives à son séjour est aussi une manière de construire une société mieux intégrée.

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'U.C.L. et à l'U.Lg., avocat.

I, p. 242. François Rigaux avait, avant la codification, exprimé les mêmes doutes dans « Codification of Private International Law : Pros and Cons », *Louisiana Law Review*, 2000 (50), 1321-1330.

(80) Article 2 du Code de droit international privé, loi du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004.

(81) Exposé des motifs du Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-27/1, p. 13.

(82) Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, *op. cit.*, p. XI.

(83) V. NATALE, « Les droits procéduraux des étrangers à l'entrée et à la sortie du territoire dans les systèmes de Common Law », in Th. DI MANO et M.-P. ELIE (dir.), *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, *op. cit.*,

p. 287; dans le même sens, C. HUBERLANT, « Les garanties de procédure et de recours actuellement accordées aux étrangers », *Annales de droit de Louvain*, 1970, p. 480.

(84) R. ANDERSEN, « La police des étrangers en droit belge », *Arch. pol. crim.*, 1990, p. 89, ici p. 115.

(85) C.E.D.H., 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*. La Cour estime qu'un recours à l'encontre d'une décision de refus d'admission au territoire qui « n'a pas d'effet suspensif de plein droit » (point 65) viole l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si ce recours peut être assorti d'un « référé-suspension ».



larcier

Dans la collection J.L.M.B. Opus

Saisies et confiscations Questions d'actualité

Sous la coordination de :
Pierre FRÉTEUR et Pascal TILLIET.

L'ouvrage rassemble les contributions de :
Benoît CULOT, Philippe DEBLATON, Arnaud FOKAN, Pierre FRÉTEUR, Bernard GILLON, Sandrine LESUISSE, Pascal TILLIET, Alain VALLÉE.

Un ouvrage de 152 pages, 2011 . . 55,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

(86) C.E.D.H., gde ch., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*. Pour la critique, voy. M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, *op. cit.*, p. 107.

(87) En ce sens S. BODART, « Qui est un réfugié? », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 393-421, ici p. 420; B. LOUIS, « Le Conseil du contentieux des étrangers : une nouvelle juridiction administrative, hybride et ambitieuse », *A.P.T.*, 2008, pp. 243-289, ici p. 287.