Mercuriale 2019 – Version intégrale de l'étude présentée dans le discours de rentrée prononcé par Monsieur le procureur général près la Cour de cassation de Belgique André HENKES à l'audience solennelle du 2 septembre 2019

LA PRIVATION DE LIBERTÉ D'UN ÉTRANGER ET LE RECOURS AUPRÈS DU POUVOIR JUDICIAIRE[1]

INTRODUCTION

1. Selon le droit international, il relève de la souveraineté de chaque pays de déterminer si un étranger[2] peut rester sur son territoire, pour quelle durée et sous quelles conditions.

Il est donc évident que la législation nationale définit très largement la politique dans le domaine de l'asile et de la migration. En Belgique, le statut juridique des étrangers est régi, entre autres, par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.[3]

2. Cependant, l'État doit également tenir compte des obligations internationales telles que le respect des droits de l'Homme (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et Convention relative aux droits de l'enfant) et la protection des réfugiés (Convention internationale relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951) et des apatrides (Convention relative au statut des apatrides et annexes, signée à New York le 28 juillet 1951). Le droit de l'asile et de la migration connaît également une européanisation croissante ces dernières années, ce qui oblige la Belgique, en tant qu'État membre, à mettre sa législation en conformité avec la réglementation européenne.

3. Dès l'élaboration en 1980 de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, le législateur a choisi de restreindre la compétence des juridictions ordinaires dans le domaine du droit des étrangers *strico sensu*, à savoir l'ensemble des dispositions fixant les conditions en droit matériel et les modalités de procédure sous lesquelles l'accès au territoire et l'autorisation de séjour sont accordés ou refusés aux ressortissants étrangers, ainsi que dans quel cas ils peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire. Le législateur a préféré confier le volet de la protection juridique des étrangers en ce qui concerne les décisions en matière de séjour à des juridictions administratives (spécialisées), à savoir le Conseil du Contentieux des Étrangers et le Conseil d'État.

---

[1] Mes plus vifs remerciements vont à Madame le référendaire E. Van Stichel, Monsieur le conseiller F. Van Volsem et Monsieur l'avocat général D. Vandermeersch, qui ont contribué de manière substantielle et décisive à la présente étude. La version française de la mercuriale est l'œuvre du Service de la concordance des textes de la Cour, que je remercie pareillement pour sa disponibilté et diligence.

[2] À savoir, aux termes de l'article 1er, § 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980, quiconque ne fournit pas la preuve qu'il possède la nationalité belge.

[3] *M.B.* 31 décembre 1980.

Cela vaut nettement moins pour le droit des étrangers au sens large, qui recouvre non seulement les critères d'admission et de séjour en droit matériel et les modalités de procédure, mais également l'ensemble des dispositions (pénales et sociales) concernant l'application effective de la réglementation relative au séjour.
Dans ce domaine, la compétence des juridictions ordinaires n'a pas été affectée. Par exemple, les chambres correctionnelles des tribunaux de première instance et des cours d'appel sont compétentes en ce qui concerne l'application effective du droit des étrangers au travers du droit pénal.[4] En ce qui concerne la réglementation relative au séjour au travers du droit social, cette compétence appartient aux juridictions du travail en première instance et en degré d'appel.[5] Veiller à l'application de la réglementation relative au séjour par le biais de la privation de liberté administrative incombe aux juridictions d'instruction.[6]

4. Le présent discours d'ouverture se limite au recours formé auprès du pouvoir judiciaire contre une mesure de privation de liberté administrative, tel qu'il est régi par les articles 71-74 de la loi du 15 décembre 1980 (**première partie**). Dans ce cadre, est exposé un aperçu non exhaustif de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. L'efficacité du recours auprès du pouvoir judiciaire soulève des questions et deux propositions concrètes et dûment formulées de modification du régime actuel sont formulées à cet égard (**seconde partie**).

PREMIERE PARTIE. PRIVATION DE LIBERTÉ ET RECOURS AUPRÈS DU POUVOIR JUDICIAIRE – APERÇU

A. Fondement conventionnel et législatif

5. Conformément à l'article 5, § 1er, f), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après : Conv. D.H.), la privation de liberté d'un étranger est possible pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre lequel une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Une personne peut donc être détenue dans le simple but de faire respecter la législation nationale en matière de migration, même si aucune infraction n'a été commise. L'article 5, § 2, de la Conv. D.H. doit néanmoins être observé. Conformément audit article, toute personne privée de liberté doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de sa détention.

L'article 5, § 4, de la Conv. D.H. dispose ensuite que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue

[4] Par exemple : la répression du séjour illégal, de la traite et du trafic d'êtres humains, des marchands de sommeil, des mariages de complaisance.
[5] Par exemple : les cas dans lesquels des étrangers peuvent prétendre à des allocations sociales.
[6] S. BOUCKAERT, "De invloed van de gewone rechtscolleges in het domein van het Belgische verblijfsrecht (1980-2010): verregaander dan door de wetgever gewild of ingeschat en daarom problematisch?" dans M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE et M. MAES (dir.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 14: dertig jaar vreemdelingenrecht, Bruges, die Keure, 2011, 175-176.

à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.[7] Par conséquent, un étranger placé en détention en vue de son éloignement du territoire a le droit de faire examiner sa privation de liberté par un juge indépendant et impartial.
Ce contrôle judiciaire est régi par les articles 71 à 74 de la loi du 15 décembre 1980.

B. Décisions susceptibles d'un recours auprès du pouvoir judiciaire

6. L'article 71, alinéas 1 et 2, de la loi du 15 décembre 1980 énumère les cas dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une privation de liberté administrative. Il s'agit des situations suivantes :

1) Privation de liberté d'étrangers en séjour illégal en Belgique

- au cas où l'étranger s'est vu délivrer un ordre de quitter le territoire (article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980) ;
- pendant la procédure de reconnaissance par les autorités belges d'une mesure d'éloignement prise par un autre État-membre (article 8*bis*, § 4, de la loi du 15 décembre 1980) ;
- afin de ramener l'étranger à la frontière par la contrainte (article 27 de la loi du 15 décembre 1980) ;
- pour une prolongation de la détention sur la base de l'article 27 de la loi du 15 décembre 1980 après un délai de deux mois (article 29, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980) ;
- afin de garantir l'exécution d'une mesure d'éloignement prise à l'égard de citoyens de l'Union et des membres de leur famille (article 44*septies* de la loi du 15 décembre 1980) ;

2) Privation de liberté sur le territoire belge de demandeurs de protection internationale

- pendant la procédure dite de Dublin, plus précisément pendant la procédure en détermination de l'État-membre qui est responsable de l'examen de la demande de protection internationale (article 51/5, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980) ou lorsqu'il est établi que la Belgique n'est pas l'État-membre qui est responsable de l'examen de cette demande et afin de garantir le transfert effectif de l'étranger vers l'État-membre qui est compétent pour l'examen de la demande de protection internationale (article 51/5, § 4, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980) ;
- pour le même cas que le précédent, mais le demandeur de protection internationale se trouve dans un autre pays et la Belgique est tenue de le reprendre en charge, et ce avant d'avoir rendu une décision par laquelle elle se déclare incompétente (article 51/6, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 ;
- lorsque l'étranger, qui a introduit une demande de protection internationale, est exclu du bénéfice de la protection temporaire (article 57/32, § 2, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980) ;

[7] Cet article garantit la protection des personnes privées de liberté par arrestation ou détention. Il n'est pas applicable tant que la décision ordonnant la privation de liberté n'est pas exécutée : Cass. 6 août 2013, P.13.1320.N, *T.Vreemd.* 2014, 72.

- quand le demandeur de protection internationale peut être maintenu sur le territoire, sur la base de l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, lequel énonce les motifs de maintien suivants :
    - pour établir ou vérifier l'identité ou la nationalité du demandeur ;
    - pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient être obtenus si le demandeur n'était pas maintenu, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur ;
    - lorsque le demandeur est maintenu dans le cadre d'une procédure de retour, pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et lorsqu'il peut être démontré, sur la base de critères objectifs, tels le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a introduit la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour ;
    - lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige.

3) Privation de liberté à la frontière

- de l'étranger qui, en application des dispositions de la loi du 15 décembre 1980, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières ou l'étranger qui tente d'entrer en Belgique sans remplir les conditions d'entrée (articles 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980) et qui présente une demande de protection internationale à la frontière (article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980).

7. Lorsque l'étranger est maintenu sur la base des articles 7, alinéa 3, 27, 44*septies* et 74/5 de la loi du 15 décembre 1980, la durée du maintien ne peut excéder deux mois. La mesure peut toutefois être prolongée par périodes de deux mois, pour autant que les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger[8], qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.

La première décision de prolongation peut être prise par l'Office des étrangers. À partir de la deuxième prolongation, seul le ministre peut encore décider de prolonger la durée du maintien.

Après cinq mois, l'étranger doit être mis en liberté. Dans les seuls cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, le maintien en détention peut être prolongé chaque fois d'un mois. La durée totale du maintien ne peut toutefois dépasser huit mois.

8. Dans le cas visé à l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, la durée du maintien est limitée à deux mois mais une prolongation jusqu'à six mois maximum est également possible lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige.

[8] Le délai de sept jours ouvrables visé à l'article 29, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 ne commence pas à courir à partir de la privation de liberté initiale de l'étranger, mais à partir de sa mise en détention qui coïncide avec le moment où son refus d'être rapatrié a été constaté : Cass. 23 janvier 2018, P.17.1318.N, *www.cass.be*.

9. Dans le cas visé à l'article 8*bis*, § 4, de la loi du 15 décembre 1980, la durée de la détention ne peut excéder un mois. Il est tenu compte de la durée de cette détention dans le calcul des cinq mois visés à l'article 29, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 (prolongation de la mesure visée à l'article 27 de cette même loi).

10. Dans le cas visé à l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger peut être maintenu pendant un double délai maximal de six semaines : une première fois en vue de la détermination de l'État membre qui est responsable et une seconde fois en vue de l'exécution du transfert. Lorsque le transfert n'est pas exécuté dans le délai de six semaines, l'étranger ne peut plus être maintenu sur la base de ce motif.
Conformément au dernier alinéa de l'article 51/5, § 4, de la loi du 15 décembre 1980, le délai de maintien est toutefois interrompu d'office tant que le recours introduit contre la décision de transfert a un effet suspensif. Le délai de maintien est donc prolongé d'office d'un délai de six semaines dès que le recours introduit contre la décision de transfert n'a plus d'effet suspensif.

11. L'étranger qui fait l'objet d'une mesure administrative de privation de liberté prise par le ministre[9] ou son délégué[10] peut introduire un recours contre celle-ci auprès de la chambre du conseil. Alors que la loi antérieure du 28 mars 1952 ne prévoyait qu'un seul cas de privation de liberté susceptible d'un recours, la loi du 15 décembre 1980 a généralisé cette possibilité de recours contre une mesure administrative de privation de liberté.[11]

C. L'introduction du recours auprès du pouvoir judiciaire

1) Le dépôt d'une requête auprès de la juridiction d'instruction

a. Par l'étrangé privé de liberté

12. L'étranger qui souhaite introduire un recours contre une mesure administrative de privation de liberté doit, pour ce faire, déposer une requête auprès de la chambre du conseil du tribunal correctionnel. Cette requête doit être signée par l'étranger ou par son conseil. Elle ne doit pas nécessairement être signée en personne par l'étranger ou par son conseil faisant état d'une procuration spéciale.[12]

---

[9] Est visé le membre du gouvernement (ministre ou secrétaire d'État) qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences (article 1er, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980) ou, autrement dit, en charge de l'Asile et de la Migration.

[10] À savoir en premier lieu un membre du personnel de l'Office des étrangers, voire également un agent communal ou un fonctionnaire de police : L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 46.

[11] J. DE CODT, « La compétence territoriale de la chambre du conseil à l'égard de l'étranger privé de liberté » (note sous C.M.A. Bruxelles 7 septembre 2007), *Rev. dr. pén.* 2008, 178-179 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 632-633.

[12] Cass. 8 décembre 1998, P.98.1489.N, *Pas.* 1998, 1196, avec les concl. de M. G. BRESSELEERS, avocat général ; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." dans F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven,* Bruges, die Keure, 2011, 194.

Si la requête de l'étranger ne précise pas expressément le titre de maintien qu'elle concerne, la juridiction d'instruction détermine, sur la base des éléments de la cause, de quel titre il s'agit.[13] Lorsqu'il apparaît sans ambiguïté que l'étranger a dirigé son recours contre la décision administrative le privant de liberté, sa requête de mise en liberté ne peut être déclarée irrecevable pour le seul motif qu'elle ne désigne pas la décision visée par le recours.[14]

Seul l'étranger qui fait l'objet d'une mesure administrative de privation de liberté peut introduire un recours. Le recours formé au nom d'un mineur d'âge, autorisé dans un but humanitaire à résider avec sa mère privée de liberté en exécution de la loi du 15 décembre 1980, est sans objet et, partant, irrecevable, dès lors que ce mineur ne fait pas personnellement l'objet de la mesure privative de liberté.[15]

L'étranger ne peut introduire ce recours qu'en tant qu'il a été effectivement privé de liberté.[16]

Il ne résulte d'aucune disposition légale que, devant la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles, la langue de la procédure est, pour le recours d'un étranger contre une mesure privative de liberté prise à son égard, déterminée par la langue administrative.[17] Devant la juridiction d'instruction qui a son siège à Bruxelles, l'étranger peut, quelle que soit la langue dans laquelle la décision administrative qu'il conteste est rédigée, introduire son recours en français ou en néerlandais.[18]

Bien que la loi du 15 décembre 1980 ne le prescrive pas expressément, il est conseillé de motiver le recours, ne serait-ce que pour faciliter l'examen de la cause par le ministère public et par le tribunal.[19]

La loi du 15 décembre 1980 ne fixe pas de délai dans lequel le (premier) recours auprès de la chambre du conseil doit être introduit. D'aucuns recommandent de le faire aussi rapidement que possible après la privation de liberté, le cas échéant déjà le jour même de la mise en détention.[20]

b. Par le ministre

13. Pour certaines mesures administratives de privation de liberté, le ministre doit saisir la chambre du conseil. Il en est ainsi lorsque le ministre, dans les cas visés aux articles 7, alinéa 6, 29, alinéa 3, 44*septies*, § 1er, alinéa 3, 74/5, § 3, alinéa 2, et 74/6, § 1er,

---

[13] Cass. 11 avril 2018, P.18.0257.F, *www.cass.be* .
[14] Cass. 26 novembre 2008, P.08.1533.F, *Pas.* 2008, 2680.
[15] Cass. 24 mai 2006, P.06.0593.F, *Pas.* 2006, 1194.
[16] Cass. 6 août 2013, P.13.1320.N, *T.Vreemd.* 2014, 72.
[17] Cass. 24 décembre 2003, P.03.1564.F, *Pas.* 2003, 2090.
[18] Cass. 24 février 2016, P.16.0177.F, *Pas.* 2016, 486.
[19] L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 636.
[20] S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 589 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 636 ; V. VEREECKE, (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS), *Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347.

alinéa 6, de la loi du 15 décembre 1980, décide de prolonger une nouvelle fois la détention ou le maintien de l'étranger (article 74 de la loi du 15 décembre 1980).

Dans ce cas, le ministre doit lui-même saisir la chambre du conseil dans les cinq jours ouvrables de sa décision de prolongation, afin que celle-ci se prononce sur la légalité de la prolongation (article 74, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980). Si le ministre omet de le faire, l'étranger doit être remis en liberté (article 74, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980).

L'étranger maintenu ne peut alors déposer une requête auprès de la chambre du conseil qu'à partir du trentième jour qui suit la prolongation de la détention (article 71, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980).
Dès lors que le ministre n'est tenu de saisir la chambre du conseil qu'en cas de renouvellement de la prolongation et donc après quatre mois, et que la durée maximale du maintien dans les cas susmentionnés est, en principe, limitée à cinq mois[21] depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 avril 1999[22], cette dernière possibilité n'a de sens que dans les cas où une prolongation est décidée lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige. En effet, une prolongation jusqu'à un maximum de huit mois[23] n'est possible que dans ces cas.

2) Tribunal territorialement compétent

14. L'article 71, alinéas 1 et 2, de la loi du 15 décembre 1980 détermine quel tribunal est territorialemet compétent. Cela n'est pas contraire au droit au recours devant un juge garanti à l'article 5, § 4, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lequel n'implique pas que l'étranger peut choisir lui-même son juge et n'empêche pas davantage que le juge territorialement compétent soit désigné légalement. La circonstance qu'il découle de la délimitation légale des compétences que l'étranger est tenu d'introduire sa demande de mise en liberté devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel d'un lieu autre que celui où a été rendue ou signifiée la décision de privation de liberté, n'implique aucune restriction qui entache substantiellement le droit d'accès au juge.[24] En effet, elle implique uniquement qu'un autre juge doit connaître de la cause.[25]

15. En principe, le tribunal territorialement compétent est celui du lieu de sa résidence sur le territoire belge ou du lieu où il a été trouvé (article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980).

Le lieu de résidence de l'étranger est le lieu de son habitation effective au moment où la mesure administrative est prise et non le lieu où se trouve l'établissement qui le reçoit ensuite de sa privation de liberté.[26] La circonstance que la détention de l'étranger se trouve prolongée

---

[21] Hormis dans le cas visé à l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, la durée étant alors limitée à deux mois hormis prolongation pour des motifs de sécurité nationale et d'ordre public, le maintien pouvant alors durer maximum six mois.
[22] Loi du 29 avril 1999 visant à réduire la durée de la détention administrative des étrangers en séjour illégal sur le territoire belge, *M.B.* 26 juin 1999.
[23] Hormis dans le cas de l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980 : six mois.
[24] Cass. 21 septembre 2010, P.10.1490.N, *Pas.* 2010, 2331.
[25] Cass. 20 juillet 2010, P.10.1120.N, *non publié.*
[26] Cass. 26 novembre 2008, P.08.1616.F, *Pas.* 2008, 2681.

en application de l'article 7, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 est sans incidence à cet égard.
Par exemple, s'il s'avère que l'étranger résidait régulièrement à Anvers où il a été trouvé, la chambre du conseil d'Anvers est territorialement compétente et non celle de Liège, même si l'intéressé a été placé en détention à Vottem et s'y trouvait toujours au moment de la prolongation de sa privation de liberté.[27]

Le lieu où l'étranger a été trouvé, au sens de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, est le lieu où il a été intercepté. Il ne s'agit pas du lieu où l'étranger était déjà détenu[28], ni davantage du lieu où il s'est déplacé librement pour répondre à une convocation de l'Office des étrangers, lequel, à cette occasion, lui a notifié une mesure de rétention.[29]

16. Le lieu de détention de l'étranger n'est donc, en principe, pas déterminant pour la compétence territoriale de la chambre du conseil[30], à moins que, dans le cadre d'une détention préventive ou sur la base d'une condamnation pénale, l'étranger ne séjourne en prison au moment où une mesure administrative de privation de liberté est prise à son égard.[31] Même lorsque l'étranger est maintenu dans un lieu déterminé situé aux frontières, en application de l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980, le lieu de détention détermine le tribunal territorialement compétent (article 71, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980).

17. Relevant de la procédure pénale, les dispositions relatives à la compétence territoriale de la juridiction d'instruction sont d'ordre public, le juge étant, dès lors, tenu de veiller d'office à leur application à tous les stades de la procédure.[32] La Cour de cassation vérifiera elle aussi d'office, pour autant que les pièces auxquelles elle peut avoir égard le permettent[33], si la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation sont territorialement compétentes.[34] Le cas échéant, la Cour casse l'arrêt attaqué et, par extension, l'ordonnance dont appel de la chambre du conseil, soit sans renvoi s'il n'est laissé à un éventuel juge de renvoi matière à statuer,[35] soit avec renvoi.[36]

3) Le déroulement ultérieur de la procédure

---

[27] Cass. 12 septembre 2012, P.12.1502.F, *Pas.* 2012, 1641.
[28] Cass. 21 septembre 2010, P.10.1490.N, *Pas.* 2010, 2331.
[29] Cass. 30 novembre 2016, P.16.1140.F, *Pas.* 2016, 2348, *www.cass.be* , avec les concl. de D. VANDERMEERSCH.
[30] Voir également : Cass. 27 juillet 2010, P.10.1165.N, *Pas.* 2010, 2141 : le lieu de détention n'est pas un lieu de résidence ni davantage le lieu où la personne concernée est trouvée au sens de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980. Voir également : Cass. 27 juillet 2010, P.10.1132.N, *non publié.*
[31] Cass. 13 juillet 2016, P.16.0725.F, *non publié ;* ch. cons. Turnhout 2 mai 1997, *T.Vreemd.* 1997, 301.
[32] Cass. 26 novembre 2008, P.08.1616.F, *Pas.* 2008, 2681 ; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." dans F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 194.
[33] Cass. 20 juillet 2010, P.10.1120.N, *non publié* : la Cour ne peut examiner un moyen relatif à la compétence que lorsqu'un examen des faits ne lui est pas imposé, lesquels ne ressortent pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard.
[34] Cass. 11 mai 2010, P.10.0607.N, *Pas.* 2010, 1472.
[35] Cass. 11 mai 2010, P.10.0607.N, *Pas.* 2010, 1472.
[36] Cass. 27 juillet 2010, P.10.1132.N, *non publié.*

18. La procédure devant la chambe du conseil se déroule conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, à l'exception de celles relatives au mandat d'arrêt, au juge d'instruction, à l'interdiction de communiquer, à l'ordonnance de prise de corps, à la mise en liberté provisoire ou sous caution et au droit de prendre communication du dossier administratif (article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980).

19. Le dossier administratif peut être consulté par le conseil de l'étranger au greffe du tribunal pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience (article 72, alinéa 5, de la loi du 15 décembre 1980).[37] Le greffier en informe le conseil de l'étranger par lettre recommandée (article 72, alinéa 6, de la loi du 15 décembre 1980). Si ce droit de consultation pendant une période de deux jours ouvrables précédant l'audience n'est pas respecté, l'étranger doit être mis en liberté en raison de la violation de ses droits de défense.[38] Cette omission peut toutefois être rectifiée devant la chambre des mises en accusation par la mise à la disposition du dossier pendant deux jours ouvrables précédant l'audience de la chambre des mises en accusation.[39]

Lorsque le dossier administratif est mis à la disposition du conseil de l'étranger sous forme de copies, celles-ci ne doivent pas être déclarées conformes par le greffier de la juridiction d'instruction.[40]

20. La procédure se déroule à huis clos. Cela n'est pas contraire aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, qui renvoie à la procédure à huis clos prévue en matière de détention préventive, déroge, dans le cadre et le respect des limites fixées à l'article 52.1 de la Charte de l'Union européenne, à la règle de la publicité des audiences.[41]

L'étranger concerné ou son avocat, le ministre, son délégué ou son conseil sont entendus en leurs moyens et le ministère public en son avis.
Lorsque l'étranger introduit un recours contre une mesure privative de liberté, le ministre est ainsi partie dans la procédure devant la chambre du conseil.[42] Doivent être communiqués au ministre, à son délégué ou à son conseil le lieu, le jour et l'heure auxquels la cause est fixée afin de lui donner la possibilité d'exposer ses moyens devant la chambre du conseil. La circonstance que le ministre ne fait pas usage de cette possibilité est sans incidence et ne le prive pas de cette qualité. S'il omet de faire usage de cette possibilité, la Cour soulève, le cas échéant, un moyen d'office.[43]

---

[37] Cass. 17 septembre 2013, P.13.1522.N, *Pas.* 2013, 1714.
[38] Ch. cons. Liège, 22 décembre 1997, *J.L.M.B.* 1998, 170 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 638, lequel renvoie également à ch. cons. Bruxelles, 6 mai 1999, *non publié.*
[39] Cass. 24 mars 1999, P.99.0293.F, *Pas.* 1999, 444.
[40] Cass. 24 mars 1998, P.98.0345.N, *Pas.* 1998, 394 ; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." dans F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven,* Bruges, die Keure, 2011, 196.
[41] Cass. 23 décembre 2015, P.15.1596.F, *Pas.* 2015, 2999, avec les concl. de D. VANDERMEERSCH.
[42] Et, le cas échéant, en cas d'appel, dans la procédure devant la chambre des mises en accusation et, en cas de pourvoi en cassation, dans la procédure devant la Cour de cassation.
[43] Cass. 29 avril 2008, P.08.0583.N, *Pas.* 2008, 1048 ; Cass. 27 mai 2009, P.09.0737.F, *Pas.* 2009, 1338.

4) Décision de la chambre du conseil

21. La chambre du conseil doit statuer dans les cinq jours ouvrables du dépôt de la requête. Si ce délai n'est pas observé, l'étranger est mis en liberté (article 72, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980).

En ce qui concerne le bien-fondé de la demande de mise en liberté, la chambre du conseil peut uniquement décider de mettre l'étranger en liberté ou de maintenir son arrestation. Par analogie avec l'article 35, § 5, de la loi du 20 décembre 1990 relative à la détention préventive, elle n'est pas compétente pour ordonner la mise en liberté de l'étranger sous conditions, comme par exemple la condition que l'étranger séjourne dans un centre d'accueil ouvert. L'application de la réglementation relative à la mise en liberté provisoire ou sous caution est, en effet, expressément exclue (article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980). Seul le ministre en a le pouvoir (article 73, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980).[44]

5) Appel auprès de la chambre des mises en accusation

22. L'ordonnance de la chambre du conseil est susceptible d'appel auprès de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel (article 72, alinéas 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980).

L'appel doit être interjeté dans un délai de vingt-quatre heures, qui court contre le ministère public à compter du jour de la décision, alors que ce délai court contre l'étranger et l'Office des étrangers à compter du jour de la signification de la décision.[45]

Contrairement à la procédure relative à la détention préventive, l'appel ne peut être introduit qu'au greffe de la chambre du conseil qui a rendu l'ordonnance attaquée. Il n'est pas possible d'interjeter appel dans le centre fermé.[46]

L'appel a un effet suspensif. Par conséquent, l'étranger reste en détention pendant la procédure d'appel.

L'article 30, § 4, de la loi du 20 décembre 1990 n'est pas d'application à la procédure en appel.[47]

---

[44] S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 652. Ce dernier se demande si ce point de vue est compatible avec C.J.U.E. 5 juin 2014, C-146/14 PPU, Bashir Mohamed Ali Mahdi c. Bulgarie.

[45] S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 653 ; V. VEREECKE (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS)*, Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347-348.

[46] S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593 ; V. VEREECKE (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS)*, Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347.

[47] Cass. 3 août 2010, P.10.1272.F, *Pas.* 2010, 2180.

La chambre des mises en accusation doit statuer dans les quinze jours de la déclaration d'appel. À défaut, l'étranger est mis en liberté.

En principe, l'arrêt par lequel la chambre des mises en accusation ordonne le maintien de la privation de liberté doit être signifié à l'étranger dans les vingt-quatre heures.[48] Le dépassement de ce délai n'est toutefois pas sanctionné, de sorte qu'une signification tardive est sans incidence sur la légalité de la décision ordonnant le maintien de la privation de liberté d'un étranger.[49]

Si la chambre des mises en accusation décide de ne pas maintenir la privation de liberté, l'étranger n'est remis en liberté que lorsque la décision est coulée en force de chose jugée, à savoir à l'expiration du délai dans lequel un pourvoi en cassation peut être introduit (article 73, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980).[50] En cas de mise en liberté, le ministre peut toutefois enjoindre à l'étranger de résider en un lien déterminé jusqu'à l'exécution de la mesure d'éloignement ou jusqu'au moment où il aura été statué sur le recours en annulation par le Conseil du Contention des étrangers (article 73, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980).

6) L'introduction d'un nouveau recours

23. En vertu de l'article 71, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger ne peut introduire une nouvelle requête que de mois en mois. Cela n'implique pas la violation de l'article 5, § 4, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, cet article n'empêche pas que certaines restrictions soient légalement émises au droit d'introduire un recours devant le juge. Le délai d'un mois pour introduire une nouvelle requête de mise en liberté n'implique pas une restriction qui porte substantiellement atteinte au droit d'accès au juge.[51]

L'article 71, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 tend à éviter que la privation de liberté d'un étranger soit constamment soumise à l'appréciation des juridictions d'instruction. Il en résulte que ce délai d'un mois doit être calculé à compter de la dernière ordonnance ou du dernier arrêt de la juridiction d'instruction ordonnant le maintien de la privation de liberté et non à partir du dépôt de la requête.[52]

Par conséquent, si, par exemple, il s'avère que l'étranger a introduit le 8 décembre 2010 une première requête de mise en liberté déclarée non fondée par l'arrêt rendu le 30 décembre 2010 par la chambre des mises en accusation et qu'il ressort clairement de l'arrêt du 30 décembre 2010 que la chambre des mises en accusation a décidé que les mesures de privation de liberté et d'éloignement du territoire du 26 octobre 2010 ainsi que la prolongation du 24

---

[48] Cela vaut également pour l'ordonnance de la chambre du conseil.
[49] Cass. 15 juillet 2014, P.14.1042.F, *Pas*. 2014, 1688.
[50] Cass. 21 mars 2001, P.01.0163.F, *Pas.* 2001, 450, *T.Vreemd.* 2001, 217, avec la note de D. VANHEULE ; Cass. 7 décembre 2016, P.16.1183.F, *Pas.* 2016, … ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 654 ; V. VEREECKE (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS)*, Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 348.
[51] Cass. 21 septembre 2010, P.10.1456.N, *Pas.* 2010, 2329.
[52] Cass. 31 août 2010, P.10.1423.N, *Pas.* 2010, 2162 ; Cass. 21 septembre 2010, P.10.1456.N, *Pas.* 2010, 2329 ; Cass. 22 février 2011, P.11.0225.N, *Pas.* 2011, 624.

décembre 2010 ont été prises conformément à la loi, l'arrêt peut légalement décider, sur la base de ces constatations, que la seconde requête de mise en liberté, introduite le 3 janvier 2011 et dirigée contre la mesure de prolongation de la détention prise le 24 décembre 2010, est irrecevable parce qu'en vertu de l'article 71, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger ne peut introduire une telle requête que de mois en mois.[53]

24. Ce délai d'attente d'un mois ne s'applique pas à la décision de prolongation du délai de détention ou de maintien.[54]

D. Compétence matérielle de la juridiction d'instruction

1) Uniquement un contrôle de légalité et non d'opportunité

25. Conformément à l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, la chambre du conseil vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Par conséquent, la compétence de la juridiction d'instruction se limite à un simple contrôle de légalité. La juridiction d'instruction ne peut se prononcer sur l'opportunité de la mesure privative de liberté, ceci étant une prérogative exclusive du secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration. L'article 237, alinéa 3, du Code pénal ainsi que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs interdisent à la juridiction d'instruction de censurer la mesure privative de liberté au point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité.[55]

En cas de prolongation de la mesure privative de liberté après deux mois, la chambre du conseil jouit d'un plus large pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, elle vérifiera également si les conditions ont été observées pour ce faire et si, par conséquent, les démarches nécessaires en vue du retour effectif de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention, si ces démarches se sont poursuivies avec toute la diligence requise et s'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.[56]

---

[53] Cass. 22 février 2011, P.11.0225.N, *Pas.* 2011, 624.

[54] Cass. 18 septembre 2013, P.13.1515.F, *Pas.* 2013, 1721, avec les concl. de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ.

[55] Cass. 17 novembre 2010, P.10.1676.F, *Pas.* 2010, 2969 ; Cass. 21 décembre 2011, P.11.2042.F, *Pas.* 2011, 2689, *R.W.* 2012-13, 1138, note de B. DE SMET ; Cass. 17 décembre 2014, P.14.1810.F, *Pas.* 2015, 3023 ; Cass. 10 juin 2015, P.15.0716.F, *Pas.* 2015, 1532, *J.L.M.B.* 2015, 1362, note de P. MARTENS, *R.W.* 2016-17, 823, note de B. DE SMET ; Cass. 30 novembre 2016, P.16.1114.F, *www.cass.be*, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.* 2017, 1286, avec la note de P. MARTENS.

[56] Article 7, alinéa 5, article 29, alinéa 2, article 44*septies*, § 1er, alinéa 2, article 74/5, § 3, alinéa 1er. Ces conditions ne sont pas prévues à l'article 74/6, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980. Une prolongation après deux mois est, dans ce cas, possible lorsque la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige.

Le contrôle de légalité porte sur la validité formelle de l'acte, notamment quant à l'existence de sa motivation et au point de vue de sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne[57] qu'à la loi du 15 décembre 1980.[58]

Le contrôle implique aussi que la réalité et l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative soient également vérifiées. Le juge examine si la décision s'appuie sur une motivation que n'entache aucune erreur manifeste d'appréciation ou de fait.[59]

La circonstance qu'un fait invoqué par l'autorité administrative puisse être qualifié infraction, n'y change rien. La chambre des mises en accusation peut bel et bien vérifier si l'étranger a commis l'acte punissable allégué, aussi longtemps que l'instruction est en cours.[60]

La juridiction d'instruction saisie du recours introduit par un étranger contre une mesure privative de liberté en vue de son éloignement du territoire, est tenue non seulement de vérifier la légalité de la mesure privative de liberté, mais également de la décision sous-jacente d'éloignement qui est le soutien de la privation de liberté.[61] En effet, la mesure privative de liberté constitue *« l'accessoire d'une décision administrative sous-jacente dont la légalité détermine à son tour la légalité de la privation de liberté et tombe comme telle sous l'application de l'article 149 de la Constitution »*.[62] En d'autres termes, si la mesure privative de liberté est illégale, la privation de liberté l'est également.

Bien que le contrôle de la légalité de la décision administrative englobe celui de l'exactitude des motifs de fait sur lesquels elle repose, il ne s'en déduit pas que la juridiction d'instruction doive se prononcer en outre sur la fausseté ou l'authenticité des documents de voyage saisis concernant l'étranger.[63]

Les articles 71 et 72 de la loi du 15 décembre 1980 ne confèrent aux juridictions d'instruction que le pouvoir de contrôler la légalité des mesures privatives de liberté qui y sont mentionnées. Il ne peut ainsi être demandé à la chambre du conseil de contrôler la légalité

---

[57] Comme la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

[58] Cass. 17 novembre 2010, P.10.1676.F, *Pas*. 2010, 2969 ; Cass. 21 décembre 2011, P.11.2042.F, *Pas*. 2011, 2837, *R.W.* 2012-13, 1138, note de B. DE SMET ; Cass. 2 janvier 2013, P.12.2050.N, *www.cass.be*, *T. Vreemd*. 2013, 338 ; Cass. 19 mars 2013, P.13.0337.N, *Pas*. 2013, 732 ; Cass. 3 avril 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd*. 2013, 248 ; Cass. 11 septembre 2013, P.13.1497.F, *Pas*. 2013, 1635, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass. 17 décembre 2014, P.14.1810.F, *Pas*. 2015, 2999 ; Cass. 10 juin 2015, P.15.0716.F, *Pas*. 2015, 1530, *J.L.M.B*. 2015, 1362, avec la note de P. MARTENS, *R.W.* 2016-17, 823, avec la note de B. DE SMET ; Cass. 30 novembre 2016, P.16.1114.F, *www.cass.be*, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.* 2017, 1286, avec la note de P. MARTENS ; Cass. 7 février 2018, P.18.0078.F, *www.cass.be*.

[59] Cass. 30 novembre 2010, P.10.1735.N, *Pas.* 2010, 3046 ; Cass. 15 février 2011, P.11.0144.N, *Pas.* 2011, 524 ; Cass. 17 décembre 2014, P.14.1810.F, *Pas.* 2015, 2999.

[60] Cass. 30 novembre 2010, P.10.1735.N, *Pas.* 2010, 3046.

[61] Article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 ; Cass. 17 novembre 2010, P.10.1676.F, *Pas*. 2010, 2969 ; Cass. 3 avril 2013, P.13.0509.N, *T.Vreemd*. 2013, 248 ; Cass. 26 septembre 2017, P.17.0944.N, non publié.

[62] I. VEROUGSTRAETE, R. BOES, F. FISCHER, J. DU JARDIN et T. ERNIQUIN, Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2000, Bruxelles, 2000, 133 ; L. DENYS, Overzicht van het vreemdelingenrecht, Heule, Inni Publishers, 2015, 640 et la note de bas de page (2405).

[63] Cass. 13 février 2013, P.13.0162.F, *Pas*. 2013, 423.

d'autres mesures, comme les modalités d'exécution de la mesure de rétention[64] ou d'une interdiction d'entrée.[65]

2) Le contrôle de légalité après la loi du 19 janvier 2012 transposant la Directive retour

26. Par la loi du 19 janvier 2012[66], la Belgique a partiellement transposé la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (communément désignée par la 'Directive européenne « retour »') en droit national. Cette Directive vise la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement, afin que les personnes concernées soient rapatriées dans le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité.[67]

Ainsi, outre l'instauration de règles de base pour la procédure de retour d'étrangers hors Union européenne (désignés comme étant les ressortissants des pays tiers), des modifications ont notamment été apportées aux articles 7, 8*bis* et 27 de la loi du 15 décembre 1980. L'accent est dorénavant mis sur le retour volontaire et la mise en détention d'un étranger est soumise à des conditions supplémentaires.

L'étranger ne peut désormais être maintenu que pour autant que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives ne puissent être appliquées efficacement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement (articles 7, alinéa 3, 8*bis*, § 4, 27, § 3, de la loi du 15 décembre 1980).

L'exposé des motifs précise à cet égard que le recours à des mesures coercitives est expressément subordonné au respect des principes de proportionnalité, d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et des objectifs poursuivis.[68]
Par conséquent, la loi du 15 décembre 1980 confirme que la détention d'un étranger doit être nécessaire et proportionnée et doit être appliquée à titre subsidiaire, en particulier après qu'il a été établi qu'aucune autre mesure moins sévère n'est possible.

À ce sujet, la Cour de cassation s'est prononcée, par arrêt du 21 janvier 2014, ainsi qu'il suit :[69]

"L'article 15.1 de la Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dispose que : "À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le

---

[64] Cass. 2 septembre 2015, P.15.1180.F, *Pas.* 2015, 1849.
[65] Cass. 26 septembre 2012, P.12.1533.F, *Pas*. 2012, 1745.
[66] Loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.* 17 février 2012.
[67] Préambule de la Directive 2008/115/CE, n° 2.
[68] Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Chambre, 2011-2012, n° 53 - 1825/001, 18.
[69] Cass. 21 janvier 2014, P.14.0005.N, *Pas.* 2014, 178.

ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :
a) il existe un risque de fuite, ou
b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement."
En vertu de l'article 7, alinéa 3 , de la loi du 15 décembre 1980, à moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger, qui doit être reconduit à la frontière, peut être maintenu à cette fin, pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, et sans que la durée de maintien ne puisse dépasser deux mois.
Il suit de ces dispositions, qui entraînent une limitation de la liberté personnelle et qui sont, dès lors, de stricte interprétation, qu'afin de reconduire un étranger à la frontière et compte tenu du principe de subsidiarité, il ne peut être maintenu que lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.
Lorsque seuls sont énoncés des motifs] qui sont en soi étrangers au risque de fuite ou au fait d'éviter ou d'empêcher la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, [la privation de liberté n'est pas justifiée. »

27. L'arrêté d'exécution du 8 octobre 1981 prévoit que le ministre ou son délégué peut prendre des mesures préventives pour éviter le risque de fuite pendant le délai octroyé pour le départ volontaire, telles que :
- signaler régulièrement sa présence auprès du bourgmestre ou de l'Office des étrangers ;
- déposer une garantie financière ;
- remettre une copie des documents d'identité.[70]

28. Par ailleurs, un nouvel article 74/13 a été inséré dans la loi précitée du 19 janvier 2012, en vertu duquel le ministre ou l'Office des étrangers doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé de l'étranger lorsqu'il prend une décision d'éloignement. Par conséquent, l'ordre doit être motivé sur ce point et cette obligation de motivation relève du contrôle de la légalité de la chambre du conseil.[71] Le fait que ledit article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 ne requiert pas une motivation formelle[72] ne signifie, par conséquent, pas que la mesure d'éloignement ne doit pas faire apparaître qu'il a été tenu compte de l'intérêt de l'enfant ou des problèmes de santé. Il n'est toutefois pas requis que la mesure privative de liberté expose les raisons pour lesquelles une mesure moins coercitive serait inapte à réaliser l'éloignement.[73]

3) Le contrôle de légalité après les lois des 24 février, 15 mars 2017 et 8 mai 2019

[70] Article 110*quaterdecies* de l'arrêté royal du 8 octobre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
[71] S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 592 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 645 ; V. VEREECKE (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS)*, Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 354.
[72] Cass. 3 avril 2013, P.13.0509.N, *T.Vreemd.* 2013, 248.
[73] Cass. 16 mai 2012, P.12.0749.F, *Pas.* 2012, 1116.

29. Par les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017[74], entrées en vigueur le 29 avril 2017, la loi du 15 décembre 1980 a été modifiée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et le radicalisme. Ces modifications législatives confèrent à l'Office des étrangers et au ministre davantage de compétences et de possibilités de mettre un terme au droit de séjour d'étrangers. Dans certains cas, il n'y a plus de possibilités de recours suspensif contre des décisions mettant un terme au droit de séjour. En contrepartie la loi du 15 décembre 1980 prévoit, de manière limitée, un droit d'être entendu. De plus, les modifications législatives introduisent également pour les citoyens de l'Union et leur famille les mesures préventives et coercitives existantes pour les ressortissants de pays tiers, lesquelles représentent la transposition de la Directive retour.

Plusieurs articles de la loi du 24 février 2017 ont ensuite été modifiés par la loi du 8 mai 2019.[75] Ces modifications visent notamment à préciser que l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 tient toujours lieu de base juridique pour justifier la délivrance d'un ordre de quitter le territoire et font suite à plusieurs arrêts du Conseil pour le contentieux des étrangers dont le sens est différent. Elles visent à établir une distinction claire entre, d'une part, la base juridique pour refuser, annuler ou retirer le séjour et, d'autre part, la base juridique permettant, le cas échéant, de délivrer un ordre de quitter le territoire. [76]

30. Dans sa version actuelle, l'article 43 de la loi du 15 décembre 1980 dispose :

"§ 1. Le ministre ou son délégué peut refuser l'entrée et le séjour aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles :

1° (…) ;
2° pour des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou de santé publique.
§ 2. Lorsque le ministre ou son délégué envisage de prendre une décision visée au paragraphe 1er, il tient compte de la durée du séjour du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille sur le territoire du Royaume, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans le Royaume et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine. »

L'article 43, § 2, précité de la loi du 15 décembre 1980 transpose dans le droit belge l'article 28, § 1er, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres[77]. L'article 28, § 1er, de la directive

[74] Loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.* 19 avril 2017 ; Loi du 15 mars modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.* 19 avril 2017.
[75] Loi du 8 mai 2019 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.* 9 juillet 2019.
[76] Proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, Doc.* Chambre, 2018-2019, n° 54 - 3618/001, 3, 5, 10-17 ; n° 54 - 3618/003, 3-4.
[77] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États

précitée dispose : « *Avant de prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'État membre d'accueil tient compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine."*

Le considérant 23 de la directive prévoit que l'éloignement des citoyens de l'Union et des membres de leur famille pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique constitue une mesure pouvant nuire gravement aux personnes qui, ayant fait usage des droits et libertés conférés par le Traité, se sont véritablement intégrées dans l'État membre d'accueil. Il convient dès lors de limiter les possibilités de faire application de ces mesures, sur la base du principe de proportionnalité, afin de tenir compte du degré d'intégration des personnes concernées, de la durée de leur séjour dans l'État membre d'accueil, de leur âge, de leur état de santé, de leur situation familiale et économique et de leurs liens avec leur pays d'origine.

Le considérant 24 prévoit par ailleurs qu'en conséquence, plus l'intégration des citoyens de l'Union et des membres de leur famille est forte dans l'État membre d'accueil, plus forte devrait être la protection contre l'éloignement. C'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles, pour des motifs impérieux de sécurité publique, qu'une mesure d'éloignement devrait pouvoir être prise contre des personnes ayant séjourné pendant de longues années sur le territoire de l'État membre d'accueil, notamment lorsqu'elles y sont nées et y ont séjourné toute leur vie.

La Cour de justice a décidé que l'article 28, paragraphe 1er, de la directive 2004/38/CE doit être interprété en ce sens que, lorsque les mesures envisagées impliquent l'éloignement de l'individu concerné de l'État membre d'accueil, ce dernier doit prendre en compte la nature et la gravité du comportement de cet individu, la durée et, le cas échéant, le caractère légal de son séjour dans cet État membre, la période qui s'est écoulée depuis le comportement qui lui est reproché, sa conduite pendant cette période, le degré de sa dangerosité actuelle pour la société, ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec ledit État membre.[78]

Par arrêt du 30 avril 2019, la Cour de cassation a décidé qu'il s'ensuit que l'État membre qui restreint les libertés de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille doit mettre en balance, d'une part, la protection des intérêts fondamentaux invoqués au soutien d'une telle restriction et, d'autre part, les intérêts de cette personne relatifs à l'exercice de ces libertés ainsi que sa vie privée et familiale. L'État membre doit à cette occasion tenir compte des facteurs énoncés à l'article 28, § 1er, de la directive 2004/38/CE dans la mesure où ils sont pertinents dans la situation en cause.
La Cour a ensuite décidé qu'il résulte des dispositions précitées et de l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 que la juridiction d'instruction qui est chargée du contrôle de la

membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CCE et 93/96/CEE, *JO* 2004, L 158, 77.

[78] C.J.C.E. (grande chambre) du 2 mai 2018, affaires jointes n° C-331/16, C-366/16, http://curia.europa.eu (4 mai 2018), avec les concl. de SAUGMANDSGAARD ØE, H. ; *JO* 2018/C 231/04 du 2 juillet 2018 (dispositif) liv. 231, 4 et http://eur-lex.europa.eu (3 juillet 2018) ; *T.Vreemd.* 2018 (reflet DE CONINCK, J., KROEZE, H., GREMMELPREZ, F.), 279.

légalité de la mesure privative de liberté et d'éloignement du territoire d'un citoyen de l'Union vérifie, sans pouvoir se prononcer sur son opportunité, s'il ressort des motifs de cette décision que l'autorité administrative a effectué le contrôle de proportionnalité visé à l'article 43, § 2, de la loi du 15 décembre 1980.[79]

31. Conformément au nouvel article 44*septies* de la loi du 15 décembre 1980, les citoyens de l'Union et leur famille peuvent être maintenus en détention pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure d'éloignement et pour autant que des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou de santé l'exigent et que d'autres mesures moins coercitives ne puissent s'appliquer efficacement.
Par conséquent, la loi du 15 décembre 1980 prescrit ici également que la rétention doit être nécessaire et s'appliquer à titre subsidiaire.

La durée du maintien ne peut, en principe, excéder deux mois, mais peut être prolongée jusqu'à huit mois maximum, conformément aux conditions légales.[80]

En vertu de l'article 44*octies* de la loi du 15 décembre 1980, ne peuvent être maintenus en détention :
- les citoyens de l'Union mineurs d'âge non accompagnés ;
- les membres de la famille d'un citoyen de l'Union mineurs d'âge non accompagnés ;
- les familles des citoyens de l'Union lorsqu'elles se composent d'au moins un mineur d'âge.

31-1. Un recours en annulation de la loi précitée du 24 février 2017 a été introduit auprès de la Cour constitutionnelle.

Par arrêt du 18 juillet 2019[81], la Cour constitutionnelle a décidé de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles libellées ainsi qu'il suit :

1. Le droit de l'Union, et plus particulièrement les articles 20 et 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 « relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE » doivent-ils être interprétés comme s'opposant à une législation nationale qui applique aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles des dispositions similaires à celles qui constituent la transposition, en ce qui concerne les ressortissants d'États tiers, de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier », à

[79] Cass. 30 avril 2019, P.19.0355.F, *non publié*.
[80] Voir *supra,* n° 7.
[81] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, *http://www.const-court.be* (19 juillet 2019).

savoir, des dispositions qui permettent de contraindre le citoyen de l'Union ou le membre de sa famille à se conformer à des mesures préventives pour éviter tout risque de fuite pendant le délai qui lui a été octroyé pour quitter le territoire à la suite de la prise d'une décision de fin de séjour pour raison d'ordre public ou pendant la prolongation de ce délai ?

2. Le droit de l'Union, et plus particulièrement les articles 20 et 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 « relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE » doivent-ils être interprétés comme s'opposant à une législation nationale qui applique aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille qui ne se sont pas conformés à une décision de fin de séjour pour motif d'ordre public ou de sécurité publique une disposition identique à celle qui est appliquée aux ressortissants d'États tiers dans la même situation en ce qui concerne le délai maximal de détention aux fins d'éloignement, à savoir, huit mois ?

S'agissant de la première question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a, en effet, constaté qu'il existe un doute quant à l'applicabilité par analogie aux citoyens européens des dispositions de la Directive retour concernant les mesures préventives en cas d'éloignement d'un ressortissant d'un État tiers.[82]

La seconde question préjudicielle a trait à la compatibilité de l'article 44*septies* susmentionné de la loi du 15 décembre 1980 avec le droit de l'Union. Ledit article 44*septies* établit une identité de traitement entre les citoyens de l'Union, les membres de leur famille et d'autres étrangers en ce qui concerne la durée maximale de huit mois de la détention en vue de l'éloignement. Il s'agit d'un régime identique à celui prévu à l'article 74/5, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

La Cour constitutionnelle était également appelée à se pencher sur les moyens invoquant la violation du droit au respect de la vie privée et familiale et du principe d'égalité et de non-discrimination par les articles 21 et 22 de la loi du 15 décembre 1980, tels qu'ils ont été modifiés par les articles 12 et 13 de la loi précitée du 24 février 2017. Ces articles s'appliquent désormais à tous les étrangers ressortissants de pays tiers à l'Union européenne et mettent un terme à l'exclusion, en vigueur sous l'empire de la loi antérieure, des mesures d'éloignement pour raisons d'ordre public ou de sécurité nationale d'étrangers nés sur le territoire belge ou qui y sont arrivés avant l'âge de douze ans et qui y ont principalement et régulièrement séjourné depuis.
La Cour constitutionnelle a décidé que ces moyens ne sont pas fondés, sous la réserve que les articles 21 et 22 de la loi du 15 décembre 1980 soient interprétés comme limitant aux cas de

[82] À savoir les articles 44*quater*, alinéa 2, 44*quinquies*, § 1er, 3°, et 44*sexies*, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 : C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.59.1 à B.61.

terrorisme ou de criminalité très grave la possibilité d'éloigner un étranger qui est né en Belgique ou qui est arrivé sur le territoire avant l'âge de douze ans et qui y a séjourné principalement et régulièrement depuis.[83]

L'article 44*bis*, § 4, de la loi du 15 décembre 1980 précise que, lorsque le ministre ou son délégué envisage de prendre une décision mettant fin au séjour d'un citoyen de l'Union européenne ou d'un membre de sa famille pour raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, il tient compte de la situation familiale de l'intéressé. Le moyen qui critique l'absence, audit article, de l'obligation explicite pour l'autorité qui prend une décision de fin de séjour à l'égard d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, de tenir compte de manière primordiale de l'intérêt supérieur des enfants qui peuvent être concernés, directement ou indirectement, par cette décision, a été déclaré non fondé sous la réserve que ledit article 44*bis*, § 4, soit interprété comme imposant au ministre ou à son délégué de tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants mineurs qui pourraient subir les conséquences de la décision mettant fin au séjour du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille.[84]

En ce qui concerne le délai dans lequel le ministre ou son délégué doit répondre à la demande de suspension ou de levée de l'interdiction d'entrée d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, la Cour constitutionnelle a considéré que l'article 44*decies*, § 2, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 doit être interprété en ce sens qu'il oblige le ministre ou son délégué à prendre une décision dans le délai prévu de six mois, sans préjudice des voies de recours existantes.[85]

Par ailleurs, s'agissant du moment à partir duquel la demande de suspension ou de levée de l'interdiction d'entrée peut être introduite, la Cour constitutionnelle a décidé que l'article 44*decies* de la loi du 15 décembre 1980 ne crée pas de différence de traitement au détriment des citoyens de l'Union ou des membres de leur famille. L'article 74/12 de la loi du 15 décembre 1980, applicable à la demande de levée ou de suspension de l'interdiction d'entrée imposée aux ressortissants de pays tiers, prévoit que la demande peut, dans certains cas, être introduite après l'écoulement d'un délai correspondant à deux tiers de la durée de l'interdiction. Or, l'article 44*decies*, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 indique quant à lui que la demande de levée ou de suspension de l'interdiction d'entrée peut être introduite par le citoyen de l'Union ou le membre de sa famille après un délai raisonnable, et en tout cas après trois ans à compter de son exécution. La Cour constitutionnelle a considéré que, dès lors qu'elle ne définit pas ce qu'il faut entendre par « délai raisonnable » et qu'elle ne donne aucune indication concernant les éléments à prendre en compte pour juger du caractère raisonnable du délai, aucune demande de levée ou de suspension d'une interdiction d'entrée ne pourrait être déclarée irrecevable au motif qu'elle serait prématurée.

L'article 62, § 2, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, remplacé par l'article 45 de la loi précitée du 24 février 2017, prévoit une exception à l'obligation de motivation formelle des décisions administratives *« lorsque des motifs intéressant la sûreté de l'État s'y opposent »*.
La Cour constitutionnelle a considéré qu'afin d'être compatible avec le respect du droit de tout administré à la motivation formelle des actes administratifs de portée individuelle, cette

[83] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.24.10.
[84] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.55.1 à B.55.3.
[85] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.70.1 à B.70.4.

disposition doit être interprétée comme ne permettant une exception à cette obligation que dans les hypothèses énumérées par l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991 :[86]

« L'obligation de motiver imposée par la présente loi ne s'impose pas lorsque l'indication des motifs de l'acte peut :
***1°** compromettre la sécurité extérieure de l'État;*
***2°** porter atteinte à l'ordre public;*
***3°** violer le droit au respect de la vie privée;*
***4°** constituer une violation des dispositions de matière de secret professionnel ».*

L'article 1er/3 de la loi du 15 décembre 1980, inséré par l'article 5 de la loi du 24 février 2017, empêche que la délivrance d'un titre de séjour temporaire à un étranger, dans l'attente de la décision de l'autorité compétente au sujet d'une nouvelle demande de séjour et, le cas échéant, de l'issue du recours introduit contre cette décision, ne rende caduque la décision d'éloignement, matérialisée dans l'ordre de quitter le territoire, précédemment délivrée à cet étranger. Cette disposition dispense donc l'autorité qui prend une décision de refus de séjour de délivrer, dès lors au même moment, un nouvel ordre de quitter le territoire si un tel ordre avait déjà été délivré à la personne concernée avant l'introduction de la demande d'autorisation de séjour refusée. La Cour constitutionnelle a décidé à ce sujet que dans l'hypothèse visée par les parties requérantes de l'existence d'un ordre de quitter le territoire délivré antérieurement à l'introduction d'une nouvelle demande de séjour et au rejet de celle-ci, la décision d'exécuter l'ordre de quitter le territoire constitue une décision d'éloignement au sens de l'article 12, paragraphe 1er, de la Directive retour. Cette décision ne peut être prise qu'après que le ministre ou son délégué s'est assuré qu'elle ne comporte pas de risque de violation des articles 3 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'égard de l'étranger intéressé. Elle doit être motivée et elle peut faire l'objet d'un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers.[87]

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle a également considéré que, quel que soit l'État qui lui a accordé la protection internationale, en vertu de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'étranger réfugié ne peut jamais être reconduit à la frontière ni de l'État qu'il a fui ni d'un autre État dans lequel il serait exposé à un refoulement vers l'État qu'il a fui tant que perdurent la situation et les circonstances qui ont motivé la reconnaissance de la protection internationale.[88]

La Cour constitutionnelle a rejeté les moyens pour le surplus.

4) Le contrôle de légalité après les lois des 21 novembre et 17 décembre 2017

[86] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.79.1 à B.79.4.
[87] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.8.1.
[88] C. const. n° 112/2019, 18 juillet 2019, http://www.const-court.be (19 juillet 2019), B.26.3.4.

32. Les lois des 21 novembre et 17 décembre 2017[89] visent à transposer en droit belge les directives 2013/32/UE du 26 juin 2013[90], 2013/33/UE du 26 juin 2013[91] et 2011/95/UE du 13 décembre 2011[92] du Parlement européen et du Conseil. Ces directives ont été adoptées afin de poursuivre une politique commune dans le domaine de l'asile et du retour.

Le règlement du Parlement européen et du Conseil européen n° 604-2013 du 26 juin 2013, dit « Règlement Dublin III », est un texte normatif de l'Union européenne, consacré au règlement juridique du droit d'asile en vertu de la Convention de Genève (art. 51) dans l'Union européenne pour des étrangers qui formulent une demande d'asile dans un pays et sont interpellés dans un autre pays de l'Union européenne. Entré en vigueur le 19 juillet 2013 et appliqué à partir du 1er janvier 2014, et succédant au règlement Dublin II, ce texte institue un principe simple en théorie, mais qui pose de nombreux problèmes en pratique : le pays dans lequel a été formulée la demande d'asile est celui qui est chargé de son instruction et de la décision finale.

En Belgique, toute demande de protection internationale (anciennement « demande d'asile » doit être introduite auprès de l'Office des étrangers (OE). Elle peut être introduite à la frontière, sur le territoire ou dans le centre fermé. Pour éviter qu'une personne n'introduise des demandes d'asile dans plusieurs pays européens, un règlement a été adopté par tous les pays de l'Union Européenne (Règlement Dublin III). Le principe en est que toute personne peut demander l'asile, mais dans un seul pays de l'Union seulement.

En ce qui concerne spécifiquement le maintien des « demandeurs de protection internationale » (désignés précédemment par « demandeurs d'asile »), les articles 51/5, 74/5 et 74/6 de la loi du 15 décembre 1980 ont été modifiés. La définition du « risque de fuite » a été reformulée et des critères objectifs ont été fixés par la loi du 15 décembre 1980 afin d'établir ce risque.

a. Privation de liberté d'étrangers pendant la procédure de Dublin (article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980)

33. Conformément au nouvel article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger peut faire l'objet d'une mesure administrative de privation de liberté pendant la procédure dite de Dublin, afin de déterminer l'État qui est responsable de l'examen de la demande de protection internationale (§ 1er), ou lorqu'il est établi que la Belgique n'est pas

[89] 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 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.* 12 mars 2018 ; Loi du 17 décembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.* 12 mars 2018.

[90] Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

[91] Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

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

l'État membre responsable du traitement de la demande de protection internationale (§ 2), et afin de garantir le transfert effectif de l'étranger vers l'État membre responsable de l'examen de la demande de protection internationale (§ 3).

L'étranger peut être maintenu afin de déterminer l'État membre responsable et garantir le transfert effectif sous les conditions suivantes (article 51/5, § 1er, § 3 et § 4, de la loi du 15 décembre 1980) :
- sur la base d'un examen individuel, il existe un risque non négligeable de fuite de la personne ;
- le maintien doit être proportionné ;
- aucune autre mesure moins coercitive ne peut effectivement être appliquée.

L'étranger ne peut être maintenu que pour la durée nécessaire, d'une part, à la détermination de l'État membre responsable et, d'autre part, à la mise en oeuvre du transfert vers l'État membre responsable, pendant une durée maximale de six semaines à chaque fois.[93]

Conformément au dernier alinéa de l'article 51/5, § 4, de la loi du 15 décembre 1980, le délai du maintien est toutefois interrompu d'office tant que le recours introduit contre la décision de transfert a un effet suspensif. Ce délai est donc prolongé d'office d'une durée de six semaines dès que le recours introduit contre la décision de transfert n'a plus d'effet suspensif.

Aucun étranger ne peut être maintenu au seul motif qu'il est soumis à la procédure de Dublin (article 51/5, § 5, de la loi du 15 décembre 1980).

Les mesures moins coercitives seront fixées par arrêté royal (article 51/5, § 6, de la loi du 15 décembre 1980).

b. Privation de liberté à la frontière (article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980)

34. Peuvent être maintenues à la frontière, en attendant l'autorisation d'entrer en Belgique ou leur refoulement, les personnes suivantes :
- l'étranger qui, en application de la loi du 15 décembre 1980, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières ;
- l'étranger qui tente d'entrer en Belgique sans remplir les conditions d'entrée (articles 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980) et qui présente une demande de protection internationale à la frontière.

Aucun étranger ne peut être maintenu au seul motif qu'il a présenté une demande de protection internationale (artikel 74/5, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 décembr 1980).

La durée du maintien à la frontière se limite, en principe, à deux mois, mais peut être prolongée par périodes de deux mois si l'étranger fait l'objet d'une mesure de refoulement exécutoire et si les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mesure de refoulement, qu'elles sont

[93] Voir *supra,* n° 10.

poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.

À partir de la deuxième prolongation, seul le ministre peut encore décider de prolonger la durée du maintien.

Après cinq mois, l'étranger doit être mis en liberté. Dans les seuls cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige, le maintien peut être prolongé chaque fois par périodes d'un mois. La durée totale du maintien ne peut toutefois dépasser huit mois.

Conformément à l'article 74/5, § 3, dernier alinéa, de la loi du 15 décembre 1980, la durée du maintien est suspendue d'office pendant le délai utilisé pour introduire un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers. Ceci vaut également si un délai est accordé au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou à la partie requérante ou intervenante afin d'examiner les nouveaux éléments apportés par l'une des parties ou afin de communiquer ses remarques.

c. Privation de liberté sur le territoire (article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980)

35. Conformément à l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, le maintien sur le territoire d'un demandeur de protection internationale ne peut être appliqué légalement que quand cela s'avère nécessaire sur la base d'un examen individuel et qu'aucune mesure moins coercitive ne peut être efficacement appliquée.

Le dernier alinéa de l'article 74/6, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 mentionne l'assignation d'un lieu de résidence comme une mesure moins coercitive. En vertu de l'avant-dernier alinéa dudit article, les autres mesures de maintien moins coercitives sont fixées par arrêté royal.

L'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 énonce les motifs de maintien suivants :
- pour établir ou vérifier l'identité ou la nationalité du demandeur ;
- pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient être obtenus si le demandeur n'était pas maintenu, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur ;
- lorsque le demandeur est maintenu dans le cadre d'une procédure de retour, pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et qu'il peut être démontré, sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a introduit la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour ;
- lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige.

Il est également stipulé ici qu'aucun étranger ne peut être maintenu au seul motif qu'il a introduit une demande de protection internationale (article 74/6, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980).

La durée du maintien ne peut excéder deux mois mais peut être prolongée pour une période de deux mois pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale (article 74/6, § 1er, alinéas 4 et 5, de la loi du 15 décembre 1980).

À partir de la deuxième prolongation, seul le ministre peut encore décider de prolonger d'un mois la durée du maintien. La durée totale du maintien ne peut toutefois dépasser six mois (article 74/6, § 1er, alinéa 6, de la loi du 15 décembre 1980).

Ainsi qu'il est également prévu à l'article 74/5, § 3, dernier alinéa, de la loi du 15 décembre 1980, la durée du maintien est suspendue d'office pendant le délai utilisé pour introduire un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers. Ceci vaut également si un délai est accordé au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou à la partie requérante ou intervenante afin d'examiner les nouveaux éléments apportés par l'une des parties ou afin de communiquer ses remarques (article 74/6, § 1er, alinéa 7, de la loi du 15 décembre 1980).

d. Le risque de fuite

36. La définition du risque de fuite à l'article 1er, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 a été reformulée de telle sorte que cette définition ne s'applique dorénavant pas uniquement à l'étranger ayant reçu l'ordre de quitter le territoire mais également au demandeur de protection internationale, et ce tant pendant la procédure en détermination de l'État responsable (la procédure de Dublin) que pendant l'examen ultérieur de la demande par les autorités belges compétentes.

L'existence d'un risque de fuite est déterminante pour décider si un délai peut être octroyé pour le départ volontaire ou si un étranger peut être maintenu en détention.

L'article 1er, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 définit le risque de fuite comme étant *« le fait qu'il existe des raisons de croire qu'un étranger qui fait l'objet d'une procédure d'éloignement, d'une procédure pour l'octroi de la protection internationale ou d'une procédure de détermination de ou de transfert vers l'État responsable du traitement de la demande de protection internationale, prendra la fuite, eu égard aux critères énumérés au § 2. »*

En vertu de l'article 1er, § 2, de la loi du 15 décembre 1980, le risque doit être actuel et réel et être établi au terme d'un examen individuel, les autorités devant tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à chaque cas.
Il suffit d'un ou plusieurs des critères objectifs suivants pour qu'il soit question d'un risque de fuite :

(i) l'intéressé n'a pas introduit de demande de séjour à la suite de son entrée illégale ou durant son séjour illégal ou n'a pas présenté sa demande de protection internationale dans le délai prévu par ladite loi ;
(ii) l'intéressé a utilisé des informations fausses ou trompeuses ou des documents faux ou falsifiés, ou a recouru à la fraude ou a employé d'autres moyens illégaux dans le cadre d'une procédure de protection internationale, de séjour, d'éloignement ou de refoulement ;

(iii) l'intéressé ne collabore pas ou n'a pas collaboré dans ses rapports avec les autorités chargées de l'exécution et/ou de la surveillance du respect de la réglementation relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers ;

(iv) l'intéressé a manifesté sa volonté de ne pas se conformer ou a déjà contrevenu à l'une des mesures suivantes :

a) une mesure de transfert, de refoulement ou d'éloignement ;

b) une interdiction d'entrée ni levée ni suspendue ;

c) une mesure moins coercitive qu'une mesure privative de liberté visant à garantir son transfert, son refoulement ou son éloignement, qu'elle soit restrictive de liberté ou autre ;

d) une mesure restrictive de liberté visant à garantir l'ordre public ou la sécurité nationale ;

e) une mesure équivalente aux mesures visées aux a), b), c) ou d), prise par un autre État membre ;

(v) l'intéressé fait l'objet d'une interdiction d'entrée dans le Royaume et/ou dans un autre État membre, ni levée ni suspendue ;

(vi) l'intéressé a introduit une nouvelle demande de séjour ou de protection internationale immédiatement après avoir fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ou de séjour ou mettant fin à son séjour, ou immédiatement après avoir fait l'objet d'une mesure de refoulement ou d'éloignement ;

(vii) alors qu'il a été interrogé sur ce point, l'intéressé a dissimulé avoir déjà donné ses empreintes digitales dans un autre État lié par la réglementation européenne relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande de protection internationale à la suite de l'introduction d'une demande de protection internationale ;

(viii) l'intéressé a introduit plusieurs demandes de protection internationale et/ou de séjour, dans le Royaume ou dans un ou plusieurs autres États membres, qui ont donné lieu à une décision négative ou qui n'ont pas donné lieu à la délivrance d'un titre de séjour ;

(ix) alors qu'il a été interrogé sur ce point, l'intéressé a dissimulé avoir déjà introduit précédemment une demande de protection internationale dans un autre État lié par la réglementation européenne relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande de protection internationale ;

(x) l'intéressé a déclaré ou il ressort de son dossier qu'il est venu dans le Royaume à des fins autres que celles pour lesquelles il a introduit une demande de protection internationale ou de séjour ;

(xi) l'intéressé fait l'objet d'une amende pour avoir introduit un recours manifestement abusif auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers.

5) Applications dans la jurisprudence de la Cour de cassation

a. Le contrôle de légalité implique la compatibilité de la mesure privative de liberté avec les articles 3, 8, 12 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

(i) Article 3 Conv. D.H.

37. Est un traitement inhumain, au sens de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout acte par lequel une douleur aiguë ou des souffrances graves, physiques ou morales, sont intentionnellement infligées. Quant aux traitements dégradants, ils s'entendent de tout acte qui cause à celui qui y est soumis, aux yeux d'autrui ou aux siens, une humiliation ou un avilissement graves.
L'arrestation ou la détention régulière d'une personne afin de procéder à son éloignement du territoire est une mesure prévue à l'article 5, § 1er, f), de la Convention et ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant au sens susmentionné lorsque, ainsi qu'il ressort de l'arrêt, les modalités d'exécution de la privation de liberté ne sont pas elles-mêmes mises en cause et que les mesures moins coercitives prises pour assurer le retour se sont avérées insuffisantes par le fait du ressortissant concerné.[94]

38. Lorsqu'un étranger invoque dans ses conclusions que la décision d'éloignement du territoire et de maintien en détention à cette fin viole l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'un retour sous la contrainte dans son pays d'origine constitue, en raison de son état de santé, un traitement inhumain ou dégradant, l'arrêt qui décide que ledit moyen n'est pas fondé parce qu'il a déjà été examiné par les juridictions administratives et parce que l'examen de la défense selon laquelle un retour forcé de l'étranger dans son pays d'origine constituerait un traitement inhumain ou dégradant relève d'une appréciation en opportunité qui échappe à la compétence du juge, n'est pas légalement justifié. Ce premier motif qui consiste en un simple renvoi, sans en préciser la teneur, aux motifs de décisions administratives non identifiables, ne permet pas à la Cour d'exercer son contrôle. Quant au second motif, l'éloignement d'un étranger et la mesure privative de liberté prise à cette fin peuvent aboutir à une situation tombant sous l'application de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'après son éloignement ou en raison de celui-ci, l'étranger risque de subir soit la torture soit des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il s'ensuit que, lorsqu'un étranger invoque un tel risque, la juridiction d'instruction doit en apprécier l'existence au titre d'un contrôle de légalité et non d'opportunité.[95]

39. Lorsque l'étranger court le risque, après son éloignement ou en raison de celui-ci, de subir soit la torture soit des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la juridiction d'instruction doit en apprécier l'existence, ce contrôle ressortissant à celui de la légalité et non de l'opportunité.
La chambre des mises en accusation décide de ne pas maintenir la mesure privative de liberté en se fondant sur les constatations que l'étranger est soudanais, que son éloignement doit se faire vers son pays d'origine, que, eu égard aux informations connues, la situation générale au Soudan demeure préoccupante en raison de violations persistantes des droits de l'homme, situation dont il n'est pas contesté qu'elle est étayée par de nombreux rapports circonstanciés émanant d'ONG, et en considération d'un taux très élevé de reconnaissance des demandeurs d'asile originaires du Soudan auxquels la protection subsidiaire est accordée, il appartient à l'État belge de faire préalablement les vérifications nécessaires, notamment au regard de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

[94] Cass. 21 décembre 2011, P.11.2042.F, *Pas.* 2011, 2837, *R.W.* 2012-13, 1138, note de B. DE SMET.
[95] Cass. 18 janvier 2012, P.11.2130.F, *Pas.* 2012, 146, *J.L.M.B.* 2012, 928, avec la note de D. ANDRIEN.

fondamentales. Par ces motifs, qui ne sont pas entachés d'une erreur manifeste d'appréciation, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision.[96]

40. Le caractère inconditionnel et absolu de l'interdiction de la torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants n'empêche pas que l'étranger qui invoque le risque de tels traitements en cas de retour doit produire des éléments susceptibles d'accréditer ses dires. La juridiction d'instruction chargée de vérifier la légalité de la mesure de privation de liberté aux fins d'éloignement peut et doit vérifier si le risque est invoqué de manière suffisamment plausible.[97]

(ii) Article 8 Conv. D.H.

41. L'éloignement d'un étranger et la mesure privative de liberté prise à cette fin peuvent aboutir à une violation de ses droits au respect de la vie privée prévus par l'article 8 de la Convention. L'affirmation par l'étranger qu'un tel risque existe ressortit au contrôle de légalité, et non d'opportunité, de la mesure administrative.[98]

42. Le droit au respect de la vie privée, prévu par l'article 8 de la Convention, n'est pas un droit absolu. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit lorsque cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé, de la morale ou des droits et libertés d'autrui.
De la circonstance qu'un étranger en séjour illégal en Belgique a une adresse fixe, réussit des études secondaires, n'est pas connu de la police et n'obéit pas aux ordres de quitter le territoire qui lui sont notifiés sans contrainte, il ne saurait se déduire que sa privation de liberté selon les formes légales cesserait d'obéir aux fins prévues par l'article 8, § 2, de la Convention ou constituerait un acte hors de proportion avec l'éloignement que des mesures moins coercitives n'ont pu assurer. Les juges d'appel qui, par les motifs précités, ont estimé que la détention de l'étranger devait être considérée comme une ingérence disproportionnée dans sa vie privée ou familiale et ont décidé de libérer l'étranger, n'ont pas légalement justifié leur décision.[99]

43. Par arrêt du 20 octobre 2010, la Cour de cassation a également décidé que le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention, n'est pas un droit absolu. Ces dispositions n'empêchent pas la loi de subordonner l'entrée sur le territoire à l'obligation de détenir un passeport muni d'un visa, et ne lui interdisent pas de prévoir les mesures de contrainte nécessaires pour assurer le respect de cette obligation.
La chambre des mises en accusation qui constate, à la lecture de l'ordre de quitter le territoire, que l'étranger est entré illégalement en Belgique, qu'il n'est pas en possession des

[96] Cass. 31 janvier 2018, P.18.0035.F, *www.cass.be.*
[97] Cass. 3 janvier 2018, P.17.1202.F, *www.cass.be.*
[98] Cass. 21 mars 2012, P.12.0291.F, *J.L.M.B.* 2012, 931.
[99] Cass. 21 décembre 2011, P.11.2042.F, *Pas.* 2011, 2837, *R.W.* 2012-13, 1138, avec la note de B. DE SMET.

documents requis, que le non-respect d'un ordre précédent donne à penser qu'il n'obtempérera pas volontairement à la nouvelle décision, et que l'union projetée en Belgique ne le dispense pas de la formalité du visa à obtenir préalablement dans son pays, considère légalement que ces motifs figurant dans l'acte administratif fondent raisonnablement la mesure privative de liberté et la décision d'éloignement qui en est le soutien. La chambre des mises en accusation peut décider, sans violer les articles 8 et 12 de la Convention et 22 de la Constitution, que la mesure critiquée correspond à une ingérence prévue par la loi et refuser de la déclarer arbitraire, disproportionnée ou attentatoire au respect de la vie familiale.[100]

44. Sur la base des constatations selon lesquelles un étranger séjourne illégalement dans le pays depuis quelque temps déjà, qu'il n'y a pas qu'en Belgique qu'il peut avoir une vie de famille, qu'il ne serait pas impossible de développer et de poursuivre une vie de famille dans son pays d'origine ou ailleurs et qu'il n'établit pas de manière convaincante qu'il serait le père effectif de l'enfant à naître, l'arrêt justifie en droit sa décision de maintien de la privation de liberté sans violer l'article 8 de la Convention.[101]

45. Lorsque, dans le cadre du recours qu'il exerce contre la mesure privative de liberté, l'étranger soutient dans des conclusions écrites que cette mesure viole l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la juridiction d'instruction doit vérifier le bien-fondé de cette allégation et motiver sa décision. Cette vérification ressortit au contrôle de légalité et non d'opportunité.
Il ressort des pièces de la procédure que le demandeur a invoqué dans des conclusions écrites un moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention. L'étranger y reproche à l'autorité publique, d'une part, une ingérence illégale dans l'exercice de sa vie privée et familiale, qu'il déduit de l'absence de vérification par cette autorité de l'actualité et de la réalité de la menace qu'il présente pour l'ordre public, de l'absence d'évaluation d'un changement matériel des circonstances et de l'absence de prise en compte de sa vie familiale, et, d'autre part, une ingérence disproportionnée au regard des éléments concrets de sa vie privée et familiale. L'arrêt attaqué décide que ce moyen est sans fondement, au seul motif de l'interdiction faite aux juridictions d'instruction de se prononcer sur l'opportunité de la mesure privative de liberté. Ainsi, les juges d'appel n'ont pas répondu aux conclusions de l'étranger contestant la légalité de la décision administrative.[102]

46. Par arrêt du 1er octobre 2014, la Cour de cassation a décidé qu'il résulte des directives 2003/9/CE et 2005/85 du Conseil que, lorsque le ressortissant d'un pays tiers a introduit une demande de protection internationale après avoir été placé en rétention en vertu de l'article 15 de la directive 2008/115, sa privation de liberté ne peut être maintenue que si elle apparaît objectivement nécessaire pour éviter que l'étranger se soustraie définitivement à son retour.
La juridiction d'instruction apprécie, au cas par cas, l'ensemble des circonstances pertinentes qui sont soumises à son examen. À cette occasion, elle peut avoir égard, notamment, aux éléments inhérents au respect du droit à la vie privée et familiale, tel que garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

---

[100] Cass. 20 octobre 2010, P.10.1545.F, *Pas.* 2010, 2683.
[101] Cass. 3 avril 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248.
[102] Cass. 14 septembre 2016, P.16.0936.F, *Pas.* 2016, 1709, avec les concl. de M. NOLET DE BRAUWERE.

L'étranger était, en l'espèce, un demandeur d'asile qui, après avoir été débouté par le Conseil du contentieux des étrangers et avoir fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire, a introduit une seconde demande d'asile toujours pendante.
Lorsque le Conseil du contentieux des étrangers ne conteste ni la cohabitation de l'étranger avec une dame enceinte de ses œuvres, ni le projet de mariage existant entre eux, ni la nécessité pour l'étranger d'être présent aux côtés de sa mère gravement malade, la chambre des mises en accusation peut constater que le titre privatif de liberté omet d'examiner ces circonstances soumises à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, par ce motif, ordonner légalement la libération de l'étranger.[103]

47. Par arrêt du 5 avril 2017[104], la Cour de cassation a cassé un arrêt de la chambre des mises en accusation de Bruxelles parce qu'il n'apparaît pas des considérations de l'arrêt que les juges d'appel ont vérifié l'incidence des lacunes observées dans l'examen des circonstances propres à la vie familiale de l'étranger sur les droits consacrés par l'article 8 de la Convention. La Cour de cassation s'est prononcée ainsi qu'il suit :

> *« Aux termes de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné.*
> *Il apparaît de l'arrêt du Conseil d'État du 17 novembre 2016 statuant dans le cadre du recours du demandeur contre l'arrêté ministériel de renvoi du 2 avril 2010 et joint aux pièces de la procédure administrative, que le demandeur avait développé les éléments de sa vie familiale intervenus depuis le moment où cet arrêté a été pris. Ceux-ci étaient dès lors connus de l'administration.*
> *La décision déférée au contrôle de la chambre des mises en accusation ne mentionne aucun élément relatif à la vie familiale du demandeur.*
> *L'arrêt considère d'abord que ce n'est pas parce qu'un étranger en situation irrégulière a fondé une famille et mis les autorités du pays d'accueil devant le fait accompli que celui-ci a l'obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, de l'autoriser à s'y installer et que la durée du séjour illégal, fût-elle longue, ne constitue pas en soi un critère suffisant pour fonder une violation de cette disposition. Il précise ensuite qu'il n'est pas contesté et qu'il est incontestable que le demandeur a toujours résidé de manière irrégulière et précaire depuis son arrivée et qu'il se maintient sciemment dans cette situation.*
> *Dès lors que le titre privatif de liberté omet d'examiner les circonstances propres à la vie familiale du demandeur, il n'apparaît pas de ces considérations que les juges d'appel ont vérifié l'incidence des lacunes dénoncées par le demandeur sur les droits consacrés par l'article 8 de la Convention. Ainsi, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision. »*

(iii) Article 12 Conv. D.H.

---

[103] Cass. 1er octobre 2014, P.14.1415.F, *Pas.* 2014, 2028, avec les concl. de M. D. VANDERMEERSCH.
[104] Cass. 5 avril 2017, P.17.0318.F, *www.cass.be, J.dr.jeun.* 2017, 35, note de BVK.

48. Par arrêt du 20 octobre 2010[105], la Cour de cassation a décidé que l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, invoqué par l'étranger, garantit à l'homme et à la femme, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. L'étranger en séjour illégal ne puise pas dans cette disposition le droit de ne pas être éloigné du Royaume du seul fait qu'il projette de s'y marier.

49. Par arrêt du 20 novembre 2013[106], la Cour de cassation a décidé qu'en garantissant le droit au mariage, l'article 12 de la Convention ne soustrait pas son exercice au respect des lois nationales qui le régissent. Parmi ces lois figure l'article 146*bis* du Code civil, aux termes duquel il n'y a pas de mariage lorsqu'il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour. En adoptant les motifs de l'avis du ministère public, la chambre des mises en accusation considère que l'intention du demandeur n'est pas de créer une communauté de vie avec la personne qu'il déclare vouloir épouser. Par cette appréciation, qui gît en fait, l'arrêt décide légalement que la mesure privative de liberté ne viole pas l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(iv) Article 8 et article 13 Conv. D.H.

50. De la circonstance, d'une part, que l'étranger a invoqué dans sa défense l'applicabilité de l'article 8 de la Convention et, d'autre part, que la chambre des mises en accusation répond à cette défense, il ressort qu'il n'a pas été porté atteinte au droit à un recours effectif de l'étranger, tel qu'il est établi par l'article 13 de la Convention.[107]

b. Le contrôle de légalité englobe celui du caractère arbitraire ou disproportionné invoqué de la mesure privative de liberté

51. L'absence d'un contrôle d'opportunité n'empêche pas un étranger de soumettre au contrôle des juridictions d'instruction une privation de liberté arbitraire ou disproportionnée.[108]

c. Le contrôle de léglaité se limite à la décision à apprécier

52. Les articles 72, alinéa 2, et 73, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 attribuent aux juridictions d'instruction le pouvoir de libérer l'étranger détenu si elles constatent que la mesure privative de liberté, ou la décision d'éloignement sur laquelle elle se fonde, est illégale.

---

[105] Cass. 20 octobre 2010, P.10.1545.F, *Pas.* 2010, 2683.
[106] Cass. 20 novembre 2013, P.13.1735.F, *Pas.* 2013, 2306.
[107] Cass. 3 avril 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248.
[108] Cass. 18 octobre 2016, P.16.0969.N, *Pas*. 2016, …

Ils ne leur attribuent pas le pouvoir de lever la mesure privative de liberté au motif qu'une autre décision d'éloignement, postérieure à cette mesure ou sur laquelle celle-ci ne se fonde pas, serait entachée d'illégalité ou qu'un arrêt du Conseil du contentieux des étrangers suspend l'exécution de cette autre décision qui n'était pas soumise au contrôle de la légalité de la juridiction d'instruction, au motif que l'exécution immédiate de cette décision risque de causer un préjudice difficilement réparable en raison de la possible violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.[109]

d. Le contrôle de légalité ne peut s'opérer que sur la base des pièces présentes au moment de la décision contestée

53. En raison du contrôle limité des juridictions d'instruction, celles-ci ne peuvent prendre en compte un élément produit après l'ordre de quitter le territoire avec décision de maintien dans un lieu déterminé que si cet élément est de nature à révéler l'illégalité dont ces mesures seraient entachées au moment où elles ont été prises.
La chambre des mises en accusation qui déclare fondé, en raison de la grave maladie dont il est atteint, l'appel de l'étranger dirigé contre l'ordonnance de la chambre du conseil qui avait rejeté sa requête de mise en liberté et qui, pour motiver sa décision, tient compte d'un certificat médical dont l'Office des étrangers n'a pu avoir connaissance au moment de la délivrance de l'ordre de quitter le territoire parce qu'il n'a été produit qu'après cet ordre, a substitué son appréciation d'opportunité à celle de l'autorité administrative. L'arrêt est, partant, cassé.[110]

e. Le contrôle de légalité n'englobe pas celui des procès-verbaux qui ne relèvent pas du dossier administratif

54. Si le contrôle de la légalité de la décision administrative englobe celui de l'exactitude des motifs de fait sur lesquels elle repose, il ne s'en déduit pas que la juridiction d'instruction doive se prononcer en outre sur le procès-verbal de police à l'origine de l'interception de l'étranger. De la circonstance que ce procès-verbal ne figure pas dans le dossier de l'Office des étrangers, il ne résulte pas que celui-ci n'a pas motivé sa décision ou que la juridiction d'instruction devait conclure à l'impossibilité d'en vérifier la légalité.[111]

f. Le contrôle de légalité et la signature de la décision administrative de privation de liberté

---

[109] Cass. 19 avril 2017, P.17.0349.F, *www.cass.be.*
[110] Cass. 30 novembre 2016, P.16.1114.F, *Pas.* 2016, ..., *Rev.dr.pén.* 2017, 493, avec les concl. de D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.* 2017, 1286, note de P. MARTENS.
[111] Cass. 9 décembre 2015, P.15.1497.F, *Pas.* 2015, 2829.

55. La chambre des mises en accusation décide légalement qu'une décision de privation de liberté est entachée d'un vice de forme substantiel en raison du défaut de signature d'un délégué du secrétaire d'État.[112]

56. La chambre des mises en accusation peut légalement décider que l'ordre de quitter le territoire avec maintien en vue de l'éloignement de l'étranger qui a été signé électroniquement par les fonctionnaires de l'Office des étrangers, est conforme à la législation relative à la signature électronique et est, par conséquent, valable. En effet, ni la loi du 15 décembre 1980, ni aucune autre disposition ne requièrent que la décision de privation de liberté soit signée au moyen d'une signature électronique avancée telle qu'elle est visée par l'article 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, alors en vigueur.[113]
L'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001 prévoit qu'une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.
Par conséquent, il appartient au juge d'apprécier la valeur probante de la signature électronique et donc de vérifier s'il y a suffisamment de garanties pour que celui dont la signature scannée figure sur la décision a aussi effectivement signé la décision.[114]

57. L'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que, dans le cadre du contrôle de la légalité des mesures de privation de liberté d'étrangers, il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives au mandat d'arrêt et au juge d'instruction.
L'article 16, § 6, alinéa 1er, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive dispose : *« Le mandat est signé par le juge qui l'a décerné et revêtu de son sceau. À défaut de la signature du juge, l'inculpé est mis en liberté. (...). »*
Cette disposition ne concerne que la signature d'un mandat d'arrêt par le juge qui le décerne, mais non la signature par un fonctionnaire délégué d'un ordre de quitter le territoire assorti d'un maintien en vue de l'éloignement.[115]

g. Le contrôle de la légalité et la législation en matière linguistique

---

[112] Cass. 18 juin 2013, P.13.1003.N, *Pas.* 2013, 1398.
[113] L'article 2, alinéa 2, 1°, de la loi du 9 juillet 2001, alors en vigueur, définit la signature électronique ainsi qu'il suit : *« signature électronique " : une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification ».* Pour une telle signature électronique ordinaire, la loi ne prévoit pas d'autres conditions. Voir actuellement à ce propos les dispositions du Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE et le Code de droit économique du 28 février 2013 (notamment le livre XII).
[114] Cass. 3 août 2016, P.16.0862.N, *Pas.* 2016, ...
[115] Cass. 3 août 2016, P.16.0862.N, *Pas.* 2016, ...

58. Par arrêt du 24 février 2016, la Cour de cassation a décidé qu'en application de l'article 51-4, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, l'examen de la demande d'asile a lieu en français ou en néerlandais et que la langue de l'examen est également celle de la décision à laquelle il donne lieu. Si l'étranger n'a pas choisi l'une de ces langues ou a déclaré requérir l'assistance d'un interprète, le ministre ou son délégué détermine la langue de l'examen en fonction des besoins des services et instances.

Devant la juridiction d'instruction qui a son siège à Bruxelles, l'étranger peut, quelle que soit la langue dans laquelle la décision administrative qu'il conteste est rédigée, introduire son recours en français ou en néerlandais.
En vertu de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, le principe de l'unicité de la langue ne vaut que pour les actes de la procédure judiciaire. Ni l'article 5, § 4, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni aucune autre disposition légale n'exigent de joindre la traduction du dossier administratif dans la langue de la procédure.
Si le juge ne connaît pas la langue dans laquelle les pièces administratives ont été rédigées, il peut en demander la traduction, mais aucune interdiction ne lui est faite d'avoir égard à des pièces rédigées dans une langue autre que celle de la procédure. Le respect des droits de la défense lui impose d'en prendre connaissance.[116]

59. Aux termes de l'article 41, § 1er, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, les services centraux utilisent dans leurs rapports avec les particuliers celle des trois langues dont ces particuliers ont fait usage.
Lorsque l'ordre de quitter le territoire constitue l'accessoire d'une décision de refus de séjour, ledit article implique que l'administration utilise à cet effet la langue dont l'étranger a fait usage dans la procédure initiée en vue d'être autorisé à séjourner en Belgique.
Cette disposition ne s'applique pas lorsque l'ordre de quitter le territoire assorti d'une mesure de rétention fait suite au constat que l'étranger persiste à demeurer irrégulièrement sur le territoire après un refus de séjour.[117]

h. Le contrôle de légalité et le droit de l'étranger d'être entendu

60. Par arrêt du 15 octobre 2014, la Cour de cassation a rejeté le moyen pris de la violation des articles 72 de la loi du 15 décembre 1980 et 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et reprochant à l'arrêt de dire légale la mesure de privation de liberté prise par l'administration en vue de l'éloignement de l'étranger alors que celui-ci n'a pas été entendu préalablement à cette décision.
En effet, l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 ne prévoit pas l'audition de l'étranger préalablement à la décision de rétention.
En vertu de l'article 51 de la Charte, les dispositions de cet acte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

---

[116] Cass. 24 février 2016, 16.0177.F, *Pas.* 2016, 486 ; voir dans le même sens : Cass. 16 août 2017, P.17.0886.F, *www.cass.be* ; Cass. 23 août 2017, P.17.0874.F, *non publié.*
[117] Cass. 28 juin 2017, P.17.0670.F, *www.cass.be,* avec les concl. de M. NOLET DE BRAUWERE.

L'obligation de respecter les droits fondamentaux tels que définis dans le cadre de l'Union européenne ne s'impose dès lors aux États membres que lorsqu'ils agissent en application du droit communautaire.
Sous le titre *« Droit à une bonne administration »*, l'article 41.1 de la Charte dispose que toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union. L'article 41.2.a) prévoit que ce droit comporte le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre.
Il ressort du libellé de cet article que le droit d'être entendu constitue un aspect du droit à une bonne administration et qu'il n'a pas vocation à s'appliquer à l'égard des États membres mais seulement des institutions, organes et organismes de l'Union.
Par ailleurs, aucune norme établie par l'Union européenne ne fixe les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant qu'ils fassent l'objet d'un maintien dans un lieu déterminé à la suite d'un ordre de quitter le territoire.
Il s'ensuit qu'aucune violation de l'article 41 de la Charte ne saurait se déduire de la circonstance que la mesure de rétention n'a pas été précédée d'une audition de l'étranger.[118]

61. De même, l'étranger ne peut déduire de l'article 47 de la Charte qui garantit à toute personne le droit à un recours effectif contre une mesure d'éloignement du territoire éventuellement assortie d'une mesure de maintien, l'existence de son droit à être entendu préalablement à une telle mesure de rétention. La Cour a également décidé que l'article 48 de la Charte et les articles 6, § 2, et 6, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacrent le droit de tout accusé à la présomption d'innocence jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie et lui garantissent, dans ce cadre, le respect de ses droits de défense, sont étrangers à une mesure de privation de liberté prise par une autorité administrative en vue d'assurer l'effectivité de l'ordre de quitter le territoire donné à une personne qui ne respecte pas les conditions légales d'accès à ce territoire, de séjour et d'établissement. Selon la Cour, l'article 6, § 1er, de la Convention ne concerne pas le droit invoqué par l'étranger à être entendu préalablement à une mesure administrative de privation de liberté nécessaire à l'exécution d'une décision d'éloignement.[119]

62. Par arrêt du 4 juillet 2018[120], la Cour de cassation a décidé qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que, dans le droit de l'Union, le droit d'être entendu fait partie intégrante du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe général du droit de l'Union. La règle vise à garantir que la personne faisant l'objet d'une décision administrative puisse rectifier des erreurs et faire valoir des circonstances individuelles de nature à influencer la décision. Il appartient au tribunal national de vérifier, à l'aune des circonstances factuelles et juridiques spécifiques de la cause, si l'atteinte portée au droit d'être entendu est de nature telle qu'une autre décision aurait été prise si la personne concernée avait eu l'opportunité d'invoquer des éléments recueillis pour justifier son point de vue. Si elle entend invoquer une violation de son droit à

[118] Cass. 15 octobre 2014, P.14.1399.F, *Pas.* 2014, 2249. Voir dans le même sens : Cass. 9 décembre 2015, P.15.1497.F, *Pas.* 2015, 2829.
[119] Cass. 16 mars 2016, P.16.0281.F, *Pas.* 2016, 656.
[120] Cass. 4 juillet 2018, P.18.0659.N, *www.cass.be*.

être entendue, la personne concernée doit donc rendre admissible le fait que son audition aurait pu induire une autre décision.

i. Le contrôle d'opportunité effectué, à tort, par la juridiction d'instruction

63. Par arrêt du 27 juillet 2010, la Cour a décidé que la légalité de l'ordre de quitter le territoire au sens de l'article 27, § 3, de la loi du 15 décembre 1980[121] n'est pas subordonnée à l'obligation pour le ministre ou son délégué de constater que l'étranger ne dispose pas d'un ancrage durable en Belgique ou qu'il est défavorablement connu des autorités judiciaires et administratives. La chambre des mises en accusation a décidé, à tort, que la privation de liberté de l'étranger constitue un traitement inhumain et dégradant ainsi qu'une ingérence disproportionnée dans sa vie privée et familiale parce que cette considération est elle-même déduite de la seule affirmation que l'étranger dispose d'une adresse fixe depuis plusieurs années et ne s'est jamais fait connaître défavorablement des autorités. Le fait que l'étranger ne soit pas connu défavorablement ne constitue pas un élément d'appréciation de la légalité de la mesure privative de liberté puisque l'ordre de quitter le territoire n'a pas été pris sur la base de l'article 7, alinéa 1er, 3°, de la loi du 15 décembre 1980[122].
La chambre des mises en accusation fonde dès lors sa décision sur une appréciation relative aux attaches sociales durables que l'étranger aurait développées dans le pays.

En appréciant la légalité de la mesure privative de liberté et de la mesure d'éloignement selon des critères qui ne sont pas ceux de la loi du 15 décembre 1980 mais ceux visés à l'article 2, 4°, de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, la chambre des mises en accusation s' immisce, sous le couvert d'un contrôle de conformité de la mesure aux articles 3 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans un examen d'opportunité que l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 ne lui confie pas.[123]

64. De même, par arrêt du 19 mars 2013, la Cour a cassé un arrêt de la chambre des mises en accusation en raison du contrôle d'opportunité de la mesure privative de liberté.[124]
En l'espèce, la chambre des mises en accusation avait confirmé l'ordonnance de la chambre du conseil et considéré que la décision de réécrou du 25 janvier 2013 était illégale sur la base des considérations suivantes :

> *« Ce contrôle de légalité soumet notamment la décision contestée du 16 janvier 20(1)3 de quitter le territoire avec interdiction d'entrée et défense de s'y établir en vue de*

[121] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 12 octobre 2004.
[122] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 26 juin 1999. Cet article confère au ministre ou à son délégué le pouvoir de donner l'ordre de quitter le territoire à l'étranger qui n'est pas autorisé à séjourner si, par son comportement, il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale.
[123] Cass. 27 juillet 2010, P.10.1228.F, *Pas.* 2010, 2157.
[124] Cass. 19 mars 2013, P.13.0337.N, *Pas*. 2013, 732.

l'éloignement aux : - article 62 de la loi du 15 décembre 1980 – 2, 3, 5, 6 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
En faisant presque uniquement référence au passé, à savoir aux faits et décisions d'il y a dix ans, en y attachant peu d'attention, en ne tenant pas compte du changement des circonstances et de l'évolution très favorable (comme notamment la réhabilitation accordée le 22 octobre 2012 au demandeur par la chambre des mises en accusation de Gand), l'ordonnance attaquée ne satisfait pas directement au devoir de motivation légal.
En effet, une « motivation suffisante » implique toute [motivation] qui soutient en réalité la décision prise, qui est fondée sur des faits réellement actuels et est, de plus, proportionnelle à l'objectif visé. La décision attaquée n'y satisfait pas. (...) ».

La Cour a décidé que, par ces motifs, la chambre des mises en accusation a procédé en réalité à l'appréciation de l'opportunité de la mesure privative de liberté, pour laquelle elle est sans compétence.

65. Dans son arrêt du 10 juin 2015, la Cour a dû se pencher sur la question de savoir si la chambre des mises en accusation avait violé l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980.
La chambre des mises en accusation a relevé que l'étranger était porteur d'un visa lors de son arrivée en Belgique, que les décisions de refoulement du territoire et de maintien dans un lieu déterminé prise en application de l'article 74/5, § 1 , 1°, de la loi du 15 décembre 1980[125] lui avaient été notifiées et qu'une décision de retrait de visa avait également été prise à son encontre.
La chambre des mises en accusation a ensuite considéré que la mesure de rétention prise à l'encontre de l'étranger apparaissait disproportionnée eu égard à son attitude et à son parcours administratif. Elle a souligné, d'une part, qu'un visa lui ayant été délivré, il avait légitimement pu estimer disposer d'un séjour régulier et, d'autre part, que les démarches qu'il avait effectuées témoignaient d'une volonté de respecter les règles en matière de droit de séjour. La chambre des mises en accusation qui a estimé qu'eu égard à ces circonstances, il convenait, en l'espèce, de ne pas faire usage de la faculté de maintenir l'étranger dans un lieu déterminé en attendant une autorisation d'entrer dans le Royaume ou son refoulement du territoire, et qui a confirmé l'ordonnance de mise en liberté rendue par la chambre du conseil, a ainsi substitué son appréciation d'opportunité à celle de l'autorité administrative.[126]

66. Il n'appartient pas aux cours et tribunaux de s'immiscer, sous le couvert du contrôle de proportionnalité, dans l'appréciation de l'autorité administrative quant à la nécessité de mettre fin à un séjour illégal et quant à la pertinence des mesures arrêtées dans ce but. Lorsque la chambre des mises en accusation considère que la procédure d'asile mue par l'étranger a échoué, qu'un premier ordre de quitter le territoire lui a été notifié sans succès, qu'il a été débouté de toutes ses demandes de séjour, qu'il n'a pas obtempéré à une précédente décision d'éloignement, et que la contrainte utilisée à son endroit est ajustée au refus persistant de l'intéressé de mettre fin à sa situation illégale, elle a ainsi exercé, dans les

[125] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 22 août 2013.
[126] Cass. 10 juin 2015, P.15.0716.F, *Pas.* 2015, 1530, *J.L.M.B.* 2015, 1362, note de P. MARTENS, *R.W.* 2016-2017, 823, note de B. DE SMET.

limites que la loi assigne à son pouvoir, le contrôle de légalité qui lui incombait en vertu de l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980.[127]

j. Le contrôle de légalité et l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980

67. En vertu de l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980, lors de circonstances exceptionnelles et à la condition que l'étranger dispose d'un document d'identité, l'autorisation de séjour peut être demandée auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne. Ce dernier la transmettra au ministre qui a l'accès au territoire dans ses attributions. Le ministre ou son délégué décide s'il y a lieu d'accorder l'autorisation, laquelle est alors délivrée en Belgique.

Par arrêt du 2 septembre 2015, la Cour de cassation a considéré que ni l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 ni aucune autre disposition légale ne prohibe la délivrance d'un ordre de quitter le territoire avec maintien dans un lieu déterminé, du seul fait que l'étranger en séjour illégal dans le Royaume qui en est l'objet a introduit une demande d'autorisation de séjour invoquant l'article 9*bis* précité.[128]

Par arrêt du 27 juillet 2010, la Cour a décidé qu'en ordonnant la mise en liberté de l'étranger au motif que l'envoi, à la commune, d'une demande d'autorisation de séjour à durée limitée sur laquelle il n'aurait toujours pas été statué, entache la légalité de l'ordre de quitter le territoire d'un doute quant à sa légalité, et que la chambre des mises en accusation viole les articles 9*bis* et 72 de la loi du 15 décembre 1980 en considérant ce seul envoi comme une circonstance dont il revenait à l'administration de tenir compte.[129]

k. Le contrôle de légalité et l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980

68. L'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980 concerne l'examen de la demande d'autorisation de séjour de l'étranger qui souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne

Par arrêt du 24 juin 2015, la Cour a été appelée à se prononcer sur le moyen invoqué par l'étranger maintenu en détention qui reprochait à la chambre des mises en accusation d'avoir déclaré légale la décision de réécrou prise le 26 avril 2015 en application de l'article 27, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, alors que le recours en annulation de la décision de refus de séjour fondée sur l'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980 qu'il avait introduit le 9 octobre 2013 devant le Conseil du contentieux des étrangers était toujours pendant devant cette juridiction.
La Cour de cassation a considéré que, par son arrêt du 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que les articles 5 et 13 de la directive retour, lus à la lumière

[127] Cass. 12 mars 2014, P.14.0314.F, *Pas.* 2014, 705, *R.W.* 2014-15, 1225, et la note de B. DE SMET.
[128] Cass. 2 septembre 2015, P.15.0983.F, *Pas.* 2015, 1844.
[129] Cass. 27 juillet 2010, P.10.1206.F, *Pas.* 2010, 2155, *Rev.dr.étr.* 2010, 335, note, *T.Vreemd.* 2010, 358, note.

des articles 19, § 2, et 47 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale qui ne confère pas un effet suspensif à un recours exercé contre une décision ordonnant à un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie de quitter le territoire d'un État membre, lorsque l'exécution de cette décision est susceptible d'exposer cet étranger à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé.

La chambre des mises en accusation qui, par référence à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 2014, a rejeté le moyen de défense de l'étranger en considérant que le fait qu'en cas d'expulsion hors de l'État partie, l'étranger connaîtrait une dégradation importante de son état et notamment une réduction significative de son espérance de vie, ne suffit pas pour emporter la violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que la mesure privative de liberté n'affectait pas le caractère effectif de son recours, ne constate pas, par ces motifs, que l'exécution de la mesure d'éloignement n'est pas susceptible d'exposer l'étranger à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé.
L'arrêt ayant décidé que le caractère non suspensif du recours en annulation formé par l'étranger n'affectait pas la régularité de son titre de rétention, a, par conséqent, été cassé.[130]

l. Le contrôle de légalité et la problématique des perquisitions

69. Tenue d'examiner la légalité de l'arrestation d'un étranger qui avait été privé de liberté à la suite d'une perquisition menée à son domicile dans le cadre d'une infraction à la législation en matière de séjour, la chambre des mises en accusation ne peut, sans méconnaître les droits de la défense, rejeter le grief soulevé par l'étranger et déduit de l'absence d'une ordonnance autorisant cette perquisition et du dossier judiciaire y afférent, au seul motif que les constatations, non autrement précisées, figurant au dossier administratif de contrôle suffisent pour apprécier la régularité de cette arrestation administrative.[131]

70. Par arrêt du 17 mai 2017[132], la Cour de cassation a décidé que la poursuite des finalités assignées aux fonctionnaires de police par les articles 21 et 34, § 3, de la loi sur la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et 74/7 de la loi du 15 décembre 1980 ne suffit pas, à elle seule, à autoriser ces agents à exécuter une visite domiciliaire au domicile de l'étranger.

m. Le contrôle de légalité et le règlement UE 604/2013 (Dublin III)

---

[130] Cass. 24 juin 2015, P.15.0762.F, *Pas.* 2015, 1723, *J.L.M.B.* 2015, 1365, avec la note de P.M. et L. LEBOEUF, *T.Vreemd.* 2015, 298, avec la note de X. Voir également : Cass. 3 août 2016, P.16.0862.N, *Pas.* 2016, …, par lequel la Cour a considéré que la chambre des mises en accusation a effectivement contrôlé si l'étranger est gravement malade et si l'exécution de la décision d'éloignement l'exposerait à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé. La chambre des mises en accusation ne doit pas, à cet égard, indiquer sur quelles pièces du dossier elle se fonde.
[131] Cass. 20 décembre 2017, P.17.1234.F, *www.cass.be.*
[132] Cass. 17 mai 2017, P.17.0517.F, *www.cass.be.*

71. Le cas échéant, le contrôle de légalité englobe également celui du respect du règlement Dublin III.

Par arrêt du 20 décembre 2017[133], la Cour de cassation a décidé que ce règlement est applicable à la rétention d'un demandeur d'asile dans un État membre, notamment lorsque celui-ci fait l'objet d'une requête de reprise en charge, même si aucune nouvelle demande de protection internationale n'a été introduite dans l'État membre requérant.
En décidant du contraire, après avoir constaté que la mesure privative de liberté avait été ordonnée en vue de la reprise de l'étranger par l'Italie, la chambre des mises en accusation n'a pas justifié légalement sa décision.

n. Le contrôle de légalité et la mesure visée à l'article 54, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 [134]

72. Selon l'article 54, § 2, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre peut, dans des circonstances exceptionnellement graves, mettre l'étranger ayant introduit une demande d'asile à la disposition du gouvernement à titre provisoire, s'il l'estime nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité nationale. La mesure visée par cette disposition n'a pas pour « objectif ultime » l'éloignement de l'étranger concerné du territoire, mais tend uniquement à le priver de sa liberté pendant l'examen de sa demande d'asile, son éloignement étant évidemment exclu si cette demande est acceptée.
L'article 5, § 1er, f) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet la privation de liberté selon les voies légales s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Cette disposition permet la détention régulière d'un étranger durant l'examen de sa demande d'asile en vue de l'empêcher de pénétrer illégalement sur le territoire.[135] Est assimilée à cette situation, celle de l'étranger entré illégalement sur le territoire et qui souhaite y rester sans disposer d'un titre de séjour valable.
Le juge qui examine la légalité d'une décision prise sur la base de l'article 54, § 2, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 ne doit pas vérifier si l'étranger est sous le coup d'une procédure d'expulsion dont l'exécution est effective.[136]

---

[133] Cass. 20 décembre 2017, P.17.1192.F, *www.cass.be.*

[134] Tel qu'applicable avant son abrogation par la loi du 21 novembre 2017 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 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.* 12 mars 2018. La possibilité de maintenir des demandeurs de protection internationale lorsque la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité nationale l'exige, est dorénavant prévue à l'article 74/6, § 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980. La possibilité d'enjoindre à un étranger de résider en un lieu déterminé pendant la durée de l'examen de sa demande de protection internationale, est à présent une mesure de maintien moins coercitive prévue à l'article 74/6, § 1er, alinéa 8, de la loi. Voir à ce sujet : Exposé des motifs du 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 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *Doc. parl.* Chambre, 2016-2017, n° 54-2548/001, 84.

[135] Cass. 20 juillet 2010, P.10.1060.F, *Pas.* 2010, 2136.

[136] Cass. 7 février 2017, P.17.0084.N, *www.cass.be.*

73. L'article 25, alinéas 3 à 7, de la loi du 15 décembre 1980 ne s'applique pas à la mesure privative de liberté prévue à l'article 54, § 2, alinéa 2, de la même loi. L'arrêt qui constate que l'étranger a introduit une demande d'asile et que la procédure d'expulsion a été suspendue dans l'attente d'une décision sur ladite demande, et qui apprécie par conséquent la conformité de la mesure privative de liberté contestée à l'aune de l'article 54, § 2, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, justifie légalement sa décision.[137]

74. L'article 54, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 n'implique pas que, lorsqu'il décide de mettre l'étranger à la disposition du gouvernement, le ministre est tenu de mentionner également de manière distincte, outre les circonstances exceptionnellement graves permettant de motiver cette décision, les raisons pour lesquelles des mesures moins coercitives ne sont pas appropriées.[138]

o. Le contrôle de légalité, le principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et le risque de fuite

75. La chambre des mises en accusation considère, à bon droit, que la décision administrative de privation de liberté a respecté le principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 lorsqu'elle se fonde sur les mentions suivantes de l'ordre de quitter le territoire : l'étranger doit être placé en détention pour permettre l'octroi par ses autorités nationales d'un titre de voyage dès lors qu'il n'était en possession d'aucun document d'identité au moment de son arrestation, l'étranger réside en Belgique sans visa valable, deux ordres de quitter le territoire lui ont été notifiés les 29 mars 2010 et 11 mai 2011, il est de nouveau apparu lors d'un contrôle qu'il était en séjour illégal sur le territoire et, malgré la notification antérieure d'une mesure d'éloignement, il est peu probable qu'il obtempère volontairement à cette nouvelle mesure.
Lorsque, dans la décision de privation de liberté, le ministre indique concrètement les circonstances justifiant cette mesure au regard des impératifs de nécessité prévus par l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre motive cette décision conformément à l'article 62 de ladite loi. Aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins coercitive serait inapte à rencontrer cet objectif.[139]

76. La chambre des mises en accusation peut tout autant décider, sans méconnaître le principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, de maintenir la mesure privative de liberté en se fondant sur la constatation que l'ordre de quitter le territoire relève que :

---

[137] Cass. 18 octobre 2016, P.16.0969.N, *www.cass.be.*
[138] Cass. 7 février 2017, P.17.0084.N, *www.cass.be.* Voir également : Cass. 26 août 2015, P.15.1156.N, *Pas.* 2015, 1827.
[139] Cass. 16 mai 2012, P.12.0749.F, *Pas.* 2012, 1116 ; voir également : Cass. 17 mars 2013, P.13.1523.N, *T.Vreemd.* 2014, 72 ; Cass. 12 novembre 2014, P.14.1562.F, *Pas.* 2014, 2526 ; Cass. 16 mars 2016, P.16.0281.F, *Pas.* 2016, 656.

- lors de sa pénétration sur le territoire des États Schengen le 15 septembre 2011, l'étranger a été trouvé en possession de documents déclarés volés, sa véritable identité n'ayant pu, alors, être établie ;
- il a été contrôlé en situation de séjour illégal les 4 octobre 2011, 10 février 2012 et 17 octobre 2012, date à laquelle il a aussi été interpellé pour vol à l'étalage ;
- il a reçu un ordre de quitter le territoire les 15 septembre 2011, 4 octobre 2011, 10 février 2012 et 5 février 2013 ;
- il a été identifié à l'occasion d'une déclaration de mariage à l'officier de l'état civil de Liège le 27 juin 2013 ;
- le projet de l'étranger d'épouser une ressortissante belge, alors que, de l'avis du parquet, il n'a pas l'intention de créer avec elle une communauté de vie durable, indique qu'il ne s'est jamais résolu à quitter le territoire ;
- il est peu probable, au vu de la notification des précédentes mesures d'éloignement, que l'étranger, à nouveau contrôlé en séjour illégal, obtempère volontairement à la nouvelle mesure.[140]

77. Par arrêt du 27 juin 2012, la Cour de cassation a décidé que la chambre des mises en accusation peut légalement ordonner la mise en liberté de l'étranger au motif que le dossier de l'Office des étrangers ne contient aucun élément objectif et sérieux accréditant dans le chef de l'étranger, qui avait donné l'adresse de sa résidence, un risque de fuite actuel et réel. Le nouvel article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, tel que modifié par la loi du 19 janvier 2012, prévoit en effet que l'étranger en séjour illégal dans le Royaume peut, à défaut d'autres mesures moins coercitives mais suffisantes, être maintenu pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de l'éloignement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite. L'article 1, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 définit ce risque comme étant le fait pour un ressortissant d'un pays tiers visé par une procédure d'éloignement de présenter un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. Le ministre ou son délégué apprécie ce risque sur la base d'éléments objectifs et sérieux. Partant, si le titre de privation de liberté s'appuie sur l'affirmation qu'il existe un risque de fuite, il appartient au pouvoir judiciaire de vérifier que ce risque a été apprécié par l'administration conformément aux critères que la loi en donne. Cette vérification relève du contrôle de légalité et non de l'appréciation en opportunité.[141]

Dans ce même arrêt, la Cour a considéré que l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que l'étranger peut être maintenu, non qu'il doit l'être. De plus, cet article prescrit de ne prendre cette mesure qu'à défaut de pouvoir en appliquer efficacement d'autres, moins coercitives mais suffisantes pour reconduire l'étranger à la frontière. S'il est exact que la détention peut reposer sur d'autres causes que le risque de fuite, encore faut-il que la condition de subsidiarité requise par cette disposition légale soit vérifiée. La chambre des mises en accusation a constaté que tel n'était pas le cas, de sorte qu'elle pouvait légalement ordonner la mise en liberté de l'étranger.

78. Par arrêt du 17 décembre 2014, la Cour de cassation a considéré que la chambre des mises en accusation a légalement décidé, sur la base des considérations

[140] Cass. 20 novembre 2013, P.13.1735.F, *Pas.* 2013, 2306.
[141] Cass. 27 juin 2012, P.12.1028.F, *Pas.* 2012, 1489.

mentionnées dans son arrêt, que la mesure administrative de privation de liberté d'un étranger a manqué de satisfaire au principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, de sorte qu'il convenait de libérer l'intéressé.
L'autorité administrative avait justifié la mesure contestée par le fait que l'étranger a fait l'objet de deux condamnations pénales, que les exigences de la sécurité publique doivent primer sur le droit à la vie privée et familiale, qu'il ne possède pas de documents d'identité et qu'il a reçu notification de plusieurs mesures d'éloignement, la dernière étant l'arrêté de renvoi du 10 mars 2010, auxquelles il n'a pas réservé suite, de sorte qu'il était peu probable qu'il obtempère volontairement à un nouvel ordre de quitter le territoire.
La chambre des mises en accusation a légalement considéré que ces motifs ne justifient pas la privation de liberté de l'étranger. La chambre des mises en accusation a examiné la condition de risque de fuite prévue par la loi (article 1, 11°, de la loi du 15 décembre 1980) et a constaté que l'étranger a une résidence depuis deux ans chez son épouse avec qui il a trois enfants, qu'il s'est rendu lui-même à la police parce qu'il se savait recherché et qu'il bénéficie d'un emploi stable. La chambre des mises en accusation a considéré que la motivation de l'ordre de quitter le territoire et les éléments du dossier de l'administration ne permettaient pas de vérifier l'existence du risque actuel et réel de fuite invoqué. Ce risque actuel et réel ne paraissait pas avoir été apprécié conformément aux critères légaux sur la base d'éléments objectifs et sérieux eu égard à la situation actuelle de l'étranger et aux circonstances de son contrôle. La chambre des mises en accusation a ajouté qu'il ne ressortait pas davantage du dossier que l'étranger entraverait la procédure d'éloignement en cours. Par ces considérations qu'il n'appartient pas à la Cour de censurer et qui ne procèdent pas d'un contrôle d'opportunité, la chambre des mises en accusation a légalement décidé que la décision de rétention de l'étranger avait manqué de satisfaire au principe de subsidiarité.[142]

79. La chambre des mises en accusation peut légalement décider que les conditions de privation de liberté prévues à l'article 7, alinéa 3, et à l'article 1, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 ne sont pas réunies en constatant que la mesure de privation de liberté contestée se limite principalement aux simples constats que l'étranger ne possède pas de titre de voyage et n'a pas obtempéré à l'ordre de quitter le territoire du 6 juin 2016, de sorte qu'il était peu probable qu'il obtempère à un nouvel ordre de quitter le territoire. La décision de maintien dans un lieu déterminé ajoutait que la rétention de l'étranger s'imposait pour permettre l'octroi, par ses autorités nationales, d'un titre de voyage.[143]

80. Par arrêt du 6 juillet 2016, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la chambre des mises en accusations qui a considéré, à tort, que l'autorité administrative n'a pas respecté le principe de subsidiarité.
L'autorité administrative a justifié la mesure contestée par le fait que l'étranger demeure sur le territoire sans être porteur des documents requis, qu'il ne respecte pas la réglementation en vigueur, qu'il n'a pas donné suite à deux mesures d'éloignement, dont la seconde lui a été notifiée en octobre 2015, et qu'il est peu probable qu'il obtempère à un nouvel ordre de quitter le territoire. La décision de maintien dans un lieu déterminé ajoutait que, son éloignement ne pouvant être effectué immédiatement, la rétention de l'étranger s'imposait pour permettre l'octroi par ses autorités nationales d'un titre de voyage.

---

[142] Cass. 17 décembre 2014, P.14.1810.F, *Pas.* 2014, 2999.
[143] Cass. 7 septembre 2016, P.16.0913.F, *Pas.* 2016, 1624.

La Cour a considéré que si le risque de fuite doit être justifié par des éléments objectifs et sérieux, l'administration dispose d'une large marge d'appréciation quant à l'évaluation de ceux-ci. De la circonstance qu'un étranger en séjour illégal et interdit d'accès a refusé d'obtempérer aux différents ordres de quitter le territoire qui lui ont été notifiés, il peut se déduire que l'intéressé n'obtempérera pas volontairement à un nouvel ordre de même nature et qu'il sera tenté de prendre la fuite pour éviter d'être appréhendé en vue de son rapatriement.[144]

81. La chambre des mises en accusation peut, sans méconnaître le principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, décider de maintenir la mesure privative de liberté en se fondant sur les constatations que l'étranger n'est pas en possession d'un passeport valable muni d'un visa, qu'il a été condamné le 9 octobre 2012 à une peine d'emprisonnement du chef d'attentat à la pudeur avec violences ou menaces, qu'il a fait l'objet d'une radiation d'office de son domicile en 1998 tandis qu'il n'y a aucune procédure d'inscription en cours, qu'il s'est maintenu illégalement sur le territoire durant une très longue période sans avoir entrepris de démarche en vue de régulariser son séjour et qu'il existe ainsi une possibilité que l'étranger évite ou empêche son éloignement.[145]

82. Viole l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 la chambre des mises en accusation qui examine le principe de subsidiarité sous le seul angle du risque de fuite en énonçant que l'étranger s'est déjà vu notifier plusieurs ordres de quitter le territoire auxquels il n'a pas obtempéré, que rien ne permettait dès lors de considérer qu'il obtempérerait à une nouvelle mesure d'éloignement, que ses demandes d'autorisation de séjour ont été rejetées et qu'il a été intercepté alors qu'il continuait à séjourner sur le territoire du Royaume et à y exercer une activité professionnelle sans passeport ni permis. Ces motifs sont en effet étrangers au risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. L'arrêt de la chambre des mises en accusation prononçant le maintien de la mesure de privation de liberté administrative a par conséquent été cassé.[146]

p. Le contrôle de légalité et l'article 7, alinéa 5, de la loi du 15 décembre 1980

83. Selon l'article 7, alinéa 5, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre ou son délégué peut prolonger la détention par périodes de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable. Lorsqu'elle examine si les autorités ont poursuivi les démarches en vue de l'éloignement avec toute la diligence requise, la juridiction d'instruction peut, selon la Cour de cassation, tenir compte de la circonstance que des vols de rapatriement ont été planifiés, même si, au moment des vols, l'étranger ne s'était pas encore vu délivrer un laissez-passer. Planifier déjà un tel vol alors que la demande de laissez-passer est toujours en attente de réponse ne témoigne pas d'un manque de diligence.[147]

---

[144] Cass. 6 juillet 2016, P.16.0717.F, *Pas.* 2016, 1532.
[145] Cass. 12 octobre 2016, P.16.0957.F, *www.cass.be.*
[146] Cass. 6 mai 2015, P.15.0587.F, *Rev. dr. étr.* 2015, 198.
[147] Cass. 14 août 2018, P.18.0884.N, *non publié.*

q. Le contrôle de légalité et l'article 27, § 3, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980

84. La chambre des mises en accusation ne peut, sans violer les articles 27, § 3, alinéa 1er, 62 et 72 de la loi du 15 décembre 1980, conclure à l'illégalité de la mesure privative de liberté en constatant, d'une part, que cette mesure ne tient pas compte de la circonstance que le défendeur ne s'est pas opposé à la troisième tentative de rapatriement et, d'autre part, que ladite mesure ne réfute pas l'affirmation du défendeur suivant laquelle il a intérêt à demeurer en Belgique pour continuer à y recevoir des soins et être entendu dans le cadre de sa plainte.
En effet, aucune disposition légale ne subordonne la légalité d'un réquisitoire d'écrou à l'obligation, pour l'autorité administrative, de mentionner que l'étranger ne s'est pas opposé à l'une des tentatives de rapatriement dont il a fait l'objet, ou de réfuter ses allégations quant aux intérêts, fussent-ils légitimes, qui le poussent à vouloir demeurer dans le pays où il est entré illégalement.[148]

85. La chambre des mises en accusation peut, sans méconnaître le principe de subsidiarité prévu aux articles 27, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 et 28 du Règlement 604/2013 du 26 juin 2013 (Dublin III), décider que la mesure de réécrou est légale lorsqu'elle constate que cette mesure a été motivée par le refus de l'étranger de donner suite à l'ordre de quitter le territoire et par le fait qu'il a empêché la poursuite de l'exécution de la mesure d'éloignement organisée le 1er avril 2015.[149]

r. Le contrôle de légalité et l'article 74/14, § 3, 3°, de la loi du 15 décembre 1980

86. Selon l'article 74/14, § 3, 3°, de la loi du 15 décembre 1980[150], un ordre de quitter le territoire sur-le-champ (c'est-à-dire sans délai) peut-être décerné au ressortissant d'un pays tiers lorsque celui-ci constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale.

Par arrêt du 2 janvier 2013, la Cour de cassation a décidé que le travail frauduleux peut constituer une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société. La considération de l'Office des étrangers selon laquelle le travail presté par l'étranger sans permis constitue un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale, circonstance permettant de l'éloigner sans délai, ne constitue ni un motif illégal ni un motif entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou de fait. En considérant que le travail frauduleux ne mettait pas gravement en péril l'ordre public et la sécurité nationale, la chambre des mises en accusation a substitué son appréciation en fait à celle de l'Office des étrangers, excédant ainsi les limites du contrôle de légalité que lui assigne l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980.[151]

---

[148] Cass. 11 septembre 2013, P.13.1497.F, *Pas.* 2013, 1635, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH.
[149] Cass. 27 mai 2015, P.15.0647.F, *Pas.* 2015, 1379.
[150] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 17 février 2012.
[151] Cass. 2 janvier 2013, P.12.2019.F, *Pas.* 2013, 7.

s. Le contrôle de légalité et les modifications de la réglementation

87. Lorsqu'elle apprécie la légalité d'une décision de privation de liberté prise sur la base de la loi du 15 décembre 1980, la juridiction d'instruction doit l'examiner au regard des dispositions légales qui s'appliquaient au moment où cette décision a été prise.[152] Un arrêt considère que, même après l'entrée en vigueur de la loi du 21 novembre 2017, la légalité de l'arrêté ministériel du 21 juin 2017 doit toujours être contrôlée au regard des critères définis à l'article 52/4, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, tel qu'il était applicable au moment de l'adoption de cet arrêté ministériel. Cette décision est légalement justifiée.[153]

88. En vertu de l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980[154], le ministre ou son délégué peut, lorsque cela s'avère nécessaire sur la base d'un examen individuel et qu'il n'est pas possible d'appliquer d'autres mesures moins coercitives, maintenir dans un lieu déterminé dans le Royaume le demandeur de protection internationale si la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 21 novembre 2017 que ce motif de rétention remplace l'article 52/4, alinéas 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980.
Déduit de la prémisse qu'il n'existe plus de fondement juridique à la privation de liberté du demandeur après l'entrée en vigueur, le 22 mars 2018, de la loi du 21 novembre 2017, le moyen manque en droit.[155]

89. Par arrêt du 30 octobre 2018, la Cour de cassation a considéré que l'abrogation, au cours du maintien du demandeur d'asile, de la disposition légale qui le fonde, n'implique pas que cette mesure n'aurait plus de base légale après cette modification législative. Aucune disposition ou principe général du droit ne prescrit qu'une nouvelle loi qui ne contient pas de mesures transitoires s'applique toujours aux effets futurs d'une décision prise sous l'empire de la loi antérieure. En outre, l'article 52/4, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 ne comporte pas de disposition pénale, de sorte que l'obligation d'appliquer la loi pénale plus favorable ne s'applique pas.[156]

t. Le contrôle de légalité, l'article 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 [157] et la Directive accueil

90. L'article 8 de la Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale dispose : *« 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention*

---

[152] Cass. 11 juillet 2018, P.18.0677.N, *non publié.*
[153] Cass. 8 mai 2018, P.18.0415.N, *www.cass.be.*
[154] Tel qu'applicable depuis sa modification par la loi du 21 novembre 2017.
[155] Cass. 8 mai 2018, P.18.0415.N, *www.cass.be.*
[156] Cass. 30 octobre 2018, P.18.0991.N, *non publié.*
[157] Tel qu'applicable avant sa modification par la loi du 21 novembre 2017. Cet article était libellé comme suit : *« Peut être maintenu dans un lieu déterminé, situé aux frontières, en attendant l'autorisation d'entrer dans le royaume ou son refoulement du territoire, l'étranger qui tente de pénétrer dans le royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2, et qui introduit une demande d'asile à la frontière ».*

au seul motif qu'elle est un demandeur conformément à la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.
2. Lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent placer un demandeur en rétention, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées.
3. Un demandeur ne peut être placé en rétention que :
a) pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité ;
b) pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur ;
c) pour statuer, dans le cadre d'une procédure, sur le droit du demandeur d'entrer sur le territoire ;
(…)
Les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national.
4. Les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé ».

91. Par arrêt du 27 décembre 2017, la Cour de cassation a considéré qu'il ressort de la lecture combinée des articles 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 et 8.2 de la Directive accueil que le maintien d'un étranger dans un lieu déterminé est non seulement soumis aux conditions prévues à l'article 74/5, § 1er, 2°, précité, mais doit aussi faire l'objet d'un examen individualisé de sa situation, conformément à l'article 8.2 de la Directive accueil.[158]

92. Dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation a, par contre, considéré que, la chambre des mises en accusation ayant constaté que les conditions légales de la détention sur la base de l'article 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 étaient réunies, ni l'article 5.1, f) Conv. D.H. ni aucune autre norme internationale ne lui imposait, dans le cadre du contrôle judiciaire qui lui était soumis, de donner les motifs pour lesquels, compte tenu de la situation personnelle de l'étranger, son maintien dans un lieu déterminé à la frontière était nécessaire en vue de son refoulement.[159]

93. L'article 8.3 de la Directive accueil ne s'applique pas à l'étranger dont la demande de protection internationale a été rejetée. La chambre des mises en accusation qui a considéré que le titre de privation de liberté du 20 février 2018, pris sur la base de l'article 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980[160], ne contient pas d'appréciation individualisée de la situation de l'étranger alors que cette motivation est exigée par l'article 8.3 de la Directive accueil, et que l'illégalité affectant la décision du 20 février 2018 s'étend à celle du

---

[158] Cass. 27 décembre 2017, P.17.1244.F, *www.cass.be.* Voir également : Cass. 4 juillet 2018, P.18.0701.F, *non publié* ; Cass. 18 juillet 2018, P.18.0683.F, *non publié* ; Cass. 25 juillet 2018, P.18.0773.F, *non publié*.
[159] Cass. 3 septembre 2014, P.14.1360.F, *Pas.* 2014, 1728, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH.
[160] Ceci implique le maintien d'un étranger dans un lieu déterminé le temps nécessaire à l'examen de sa demande d'asile et en vue de son refoulement éventuel.

27 février 2018 fondée sur l'article 74/5, § 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980[161], n'a pas légalement justifié sa décision.[162]

94. Selon l'article 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2 de la loi et qui introduit une demande d'asile à la frontière peut être maintenu dans un lieu déterminé situé à la frontière, en attendant l'autorisation d'entrer dans le Royaume ou son refoulement du territoire. L'article 74/5, § 4, 5°, de la loi du 15 décembre 1980 précise que, dans un tel cas de figure, est autorisé à entrer dans le Royaume l'étranger à l'égard duquel une décision n'a pas été prise par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides dans les quatre semaines après la réception de la demande de protection internationale. Le seul écoulement de ce délai ouvre le droit d'entrer en Belgique.[163]

u. Le contrôle de légalité et l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980

95. Par arrêt du 29 mai 2018, la Cour de cassation a considéré qu'il appartient à la juridiction d'instruction d'apprécier si l'administration pouvait décider, sur la base des données factuelles dont elle a tenu compte pour adopter la décision de privation de liberté contestée, si la demande d'asile a été introduite dans le but de reporter ou de déjouer l'exécution d'une décision précédente ou imminente devant conduire à l'éloignement de l'étranger.[164]

v. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980

96. Suivant l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980[165], le ministre ou son délégué peut maintenir dans un lieu déterminé dans le Royaume le demandeur de protection internationale lorsque cela s'avère nécessaire sur la base d'un examen individuel et lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige. Lorsque, par adoption des motifs de l'avis du ministère public, la juridiction d'instruction constate que l'étranger n'est pas en possession d'un passeport valable, dûment muni d'un visa, qu'il n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire, qu'il a été condamné à plusieurs reprises par des juridictions pénales et que le 17 février 2018, il a été impliqué dans un accident de la route, en état d'ivresse et sans être titulaire d'un permis de conduire, elle considère qu'au regard des éléments du dossier, la privation de liberté est nécessaire à la protection de l'ordre public. Par ces motifs, elle examine également si le principe de subsidiarité a été respecté sans qu'il soit nécessaire qu'elle constate que d'autres mesures moins coercitives sont inaptes à rencontrer l'objectif poursuivi.[166]

---

[161] Ceci implique une privation de liberté pour assurer son refoulement à la suite du rejet de sa demande de protection internationale et de ses refus répétés de quitter le pays.
[162] Cass. 25 avril 2018, P.18.0385.F, *www.cass.be.*
[163] Cass. 17 octobre 2018, P.18.1005.F, *www.cass.be.*
[164] Cass. 29 mai 2018, P.18.0494.N, *non publié*.
[165] Tel qu'applicable depuis sa modification par la loi du 21 novembre 2017.
[166] Cass. 14 novembre 2018, P.18.1102.F, *www.cass.be.*

w. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1° et 3°, de la loi du 15 décembre 1980

97. L'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1° et 3°, de la loi du 15 décembre 1980[167] dispose :

« Lorsque, sur la base d'un examen individuel, cela s'avère nécessaire et qu'aucune mesure moins coercitive ne peut être efficacement appliquée, le ministre ou son délégué peut maintenir dans un lieu déterminé dans le Royaume le demandeur de protection internationale :

***1°** pour établir ou vérifier l'identité ou la nationalité du demandeur ; ou*

***2°** (…) ; ou*

***3°** lorsque le demandeur est maintenu dans le cadre d'une procédure de retour, pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et lorsqu'il peut être démontré, sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a introduit la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour ; ou*

***4°** (…) ».*

98. Par arrêt du 27 mars 2019, la Cour de cassation a estimé qu'il résulte de cette disposition que le maintien d'un étranger dans un lieu déterminé est non seulement soumis aux conditions y visées mais doit aussi faire l'objet d'un examen individualisé de sa situation.[168]

En ce qui concerne la condition visée à l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980, la Cour a considéré qu'il ressort de l'exposé des motifs de la loi du 21 novembre 2017 que les instances d'asile doivent disposer d'informations suffisantes concernant l'identité et la nationalité du demandeur afin de pouvoir examiner correctement la demande de protection internationale. Un maintien systématique des demandeurs qui ne sont pas en possession de documents d'identité n'est cependant pas admissible. Il peut toutefois être procédé à un maintien sur la base de ce motif s'il n'y a pas d'explication plausible de l'absence de documents d'identité ou si, lors du contrôle de son identité ou de sa nationalité, l'étranger refuse de coopérer ou a l'intention de tromper les autorités, par exemple s'il refuse de communiquer son identité ou sa nationalité, s'il communique des informations fausses pour établir son identité ou sa nationalité, s'il fournit des documents d'identité ou des documents de voyage faux ou falsifiés, s'il a détruit ou s'est débarrassé d'un document d'identité ou de voyage qui aurait pu contribuer à constater son identité ou sa nationalité, ou s'il a entravé la prise des empreintes digitales visée à l'article 51/3 de la loi du 15 décembre 1980.

En ce qui concerne la condition visée à l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 3°, de la loi du 15 décembre 1980, il ressort de cette disposition que la seule circonstance que la demande de protection internationale a été introduite alors que le demandeur est maintenu dans le cadre d'une procédure de retour, ne suffit pas pour considérer qu'il existe des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a introduit la demande de protection internationale à seule fin de

[167] Tel qu'applicable depuis sa modification par la loi du 21 novembre 2017.

[168] Cass. 27 mars 2019, P.19.0261.F, *www.cass.be.*

retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour. Il doit pouvoir être démontré, sur la base de critères objectifs tels le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe de tels motifs raisonnables.
Par la seule considération qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que l'étranger serait en possession d'un passeport valable muni d'un visa valable, la chambre des mises en accusation ne peut constater légalement que, eu égard à sa situation concrète, le maintien de l'étranger est nécessaire pour vérifier son identité ou sa nationalité au sens de l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980.
Par la seule énonciation que ce n'est qu'une fois placé en centre fermé, alors que la procédure d'éloignement était en cours, que l'étranger a introduit la demande de protection internationale, les juges d'appel n'indiquent pas en quoi, sur la base de critères objectifs, il existe des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a introduit la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour.
Dès lors, l'arrêt de la chambre des mises en accusation a été cassé en raison de la violation de l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1° et 3°, de la loi du 15 décembre 1980.

x. Le contrôle de légalité et les articles 74/6, § 1erbis, et 74/13 de la loi du 15 décembre 1980

99. Par un arrêt du 11 avril 2018, la Cour s'est prononcée sur le moyen pris de la violation des articles 9*bis*, 74/6, § 1er*bis*, 74/13 de la loi du 15 décembre 1980, et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'État belge reprochait à l'arrêt la mise en liberté de l'étranger au motif que l'autorité administrative n'avait pas pris en considération sa situation familiale, alors que cette dernière ne constitue pas un critère visé par la loi en cas de maintien de l'étranger dans un lieu déterminé après qu'il a introduit une demande de protection internationale.
Il ressortait de l'arrêt de la chambre des mises en accusation que l'étranger, après avoir introduit une nouvelle demande de protection internationale le 8 février 2018, a fait l'objet, le 12 février 2018, d'une décision de maintien dans un lieu déterminé sur la base de l'article 74/6, § 1er*bis*, de la loi du 15 décembre 1980.
La Cour a considéré que l'article 74/6, §1er*bis* de la loi du 15 décembre 1980, applicable en l'espèce, donne au ministre ou à son délégué le pouvoir de maintenir l'étranger dans un lieu déterminé afin de garantir, le cas échéant, son éloignement effectif du territoire, à la condition qu'il se trouve dans l'une des situations énumérées par la loi.
L'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 exige que le ministre ou son délégué tienne compte, dans le cadre d'une mesure d'éloignement, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé de l'étranger concerné.
Mais ni l'article 8 de la Directive accueil, ni l'article 74/6, § 1er*bis*, de la loi du 15 décembre 1980 qui en assure la transposition en droit belge, tel qu'il était en vigueur à l'époque de la décision contestée, ne prévoient que l'autorité qui décide de maintenir l'étranger dans un lieu déterminé, durant l'examen de sa demande de protection internationale, est tenue de prendre en compte les circonstances relatives à sa vie familiale.
En considérant que l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 impose à l'administration de procéder à une telle analyse dans l'hypothèse visée à l'article 74/6, § 1er*bis*, de la loi du 15

décembre 1980, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision d'ordonner la remise en liberté du défendeur.[169]

y. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er bis, 5° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980

100. En vertu de l'article 8, § 3, alinéa 1er, d), de la Directive accueil, le placement en rétention d'un étranger dont il y a lieu de préparer l'éloignement n'est autorisé que s'il existe des motifs raisonnables de penser que sa demande de protection n'a été présentée qu'à l'effet de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour.
L'article 74/6, § 1er*bis*, 5° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980[170] confère au ministre ou à son délégué le pouvoir de maintenir un étranger dans un lieu déterminé afin de garantir son éloignement effectif du territoire, notamment lorsque sa demande d'asile est présentée hors délai ou que son introduction vise à déjouer un éloignement imminent.
Par arrêt du 6 décembre 2007, la Cour de cassation a considéré que la règle de droit interne précitée permet aux cours et tribunaux de réaliser le contrôle de légalité voulu par la directive.
L'arrêt relève qu'après avoir fait usage d'un faux nom, l'étranger a déclaré, le 5 octobre 2017, soit trois mois après s'être retrouvé en centre fermé, qu'il ne souhaitait pas demander l'asile en Belgique, nonobstant les explications fournies par l'assistante sociale quant à la possibilité qu'il avait de le faire. L'arrêt ajoute que c'est la veille du rapatriement, prévu le 11 octobre 2017, que la demande d'asile a été introduite.
Les juges d'appel ont pu, sur ce fondement, légalement considérer que l'Office des étrangers avait des motifs raisonnables de penser que l'asile sollicité dans de telles conditions l'avait été à des fins dilatoires, ce qui revient à considérer que la demande n'a été introduite que dans ce seul but.[171]

z. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er bis, 9° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980 [172]

101. Par arrêt du 16 janvier 2018, la Cour de cassation a considéré qu'il ressort de la genèse légale de l'article 74/6, § 1er*bis*, 9° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980 que le législateur veut permettre, à titre exceptionnel, la détention d'étrangers avant qu'une décision sur leur demande d'asile soit prise, pour autant que le séjour de ces étrangers soit irrégulier et que les circonstances énoncées dans la loi indiquent clairement qu'il y a recours abusif à la procédure d'asile.[173]

102. Par arrêt du 7 février 2018, la Cour de cassation a considéré qu'il ressort des articles 8, § 3, d), et 9, § 2, de la Directive accueil et 74/6, § 1er*bis*, 9° et 12°, de la loi du 15

---

[169] Cass. 11 avril 2018, P.18.0326.F, *www.cass.be*.
[170] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 22 août 2013.
[171] Cass. 6 décembre 2017, P.17.1188.F, *www.cass.be*.
[172] Tel qu'applicable ensuite de la publication au Moniteur belge le 22 août 2013. Cet article dispose que l'étranger qui est entré dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par l'article 2 ou dont le séjour a cessé d'être régulier et qui introduit une demande d'asile, peut être maintenu par le ministre ou son délégué dans un lieu déterminé afin de garantir l'éloignement effectif du territoire, lorsque :
- l'étranger a déjà introduit une autre demande d'asile (9°) ;
- l'étranger introduit une demande d'asile dans le but de reporter ou de déjouer l'exécution d'une décision précédente ou imminente devant conduire à son éloignement (12°).
[173] Cass. 16 janvier 2018, P.18.0002.N, *www.cass.be*.

décembre 1980 que le maintien de l'étranger dans un lieu déterminé est non seulement soumis aux conditions prévues audit article 74/6, § 1er*bis*, 9° et 12°, mais doit aussi faire l'objet d'un examen du critère relatif au caractère dilatoire de la demande d'asile qui est visé à l'article 8, § 3, d), de la Directive accueil. En considérant que l'article 74/6, §1er*bis*, 9°, de la loi du 15 décembre 1980 n'impose pas à l'administration d'établir le caractère dilatoire de la demande d'asile, l'arrêt ne procède pas au contrôle de légalité prescrit par l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980.[174]

E. L'obligation de motivation incombant à la juridiction d'instruction

103. L'article 149 de la Constitution n'est pas applicable aux décisions des juridictions d'instruction qui statuent sur le maintien d'une mesure privative de liberté prise sur la base de la loi du 15 décembre 1980, ces décisions ne constituant pas des jugements au sens de cette disposition.[175]

L'article 23, 4°, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive[176] et l'article 780, alinéa 1er, 3°, du Code judiciaire[177] ne sont pas davantage applicables aux juridictions d'instruction statuant sur le recours formé contre une décision administrative de privation de liberté prise à l'égard d'un étranger.

Les articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs[178] et les principes de bonne administration[179] ne sont pas applicables non plus aux juridictions d'instruction.

104. La juridiction d'instruction doit cependant répondre aux conclusions d'une partie dans la mesure où elles contiennent des moyens, c'est-à-dire l'énonciation d'un fait, d'un acte ou d'un texte d'où, par un raisonnement juridique, cette partie prétend déduire le bien-fondé d'une demande, d'une défense ou d'une exception.[180] Les articles 71 et 72 de la loi du 15 décembre 1980 constituent le fondement légal de cette règle en instaurant le débat contradictoire devant les juridictions d'instruction, ce qui impose au juge de répondre aux conclusions des parties.[181]

---

[174] Cass. 7 février 2018, P.18.0078.F, *www.cass.be*.
[175] Cass. 20 juillet 2010, P.10.1060.F, *Pas.* 2010, 2136 ; Cass. 30 novembre 2010, P.10.1735.N, *Pas.* 2010, 3046 ; Cass. 15 février 2011, P.11.0144.N, *Pas.* 2011, 524 ; Cass. 13 février 2013, P.13.0162.F, *Pas.* 2013, 423 ; Cass. 3 avril 2013, P.13.0509N, *T. Vreemd.* 2013, 248 ; Cass. 17 septembre 2013, P.13.1522.N, *Pas* 2013, 1714 ; Cass. 2 octobre 2013, P.13.1553.F, *Pas.* 2013, 1843 ; Cass. 26 août 2015, P.15.1156.N, *Pas.* 2015, 1827 ; Cass. 26 septembre 2017, P.17.0944.N, *non publié* ; Cass. 23 janvier 2018, P.17.1318.N, *www.cass.be.*
[176] Cass. 31 juillet 2001, P.01.1011.F, *Pas.* 2001, 1301 ; Cass. 23 janvier 2018, P.17.1318.N, *www.cass.be.*
[177] Cass. 15 mai 2018, P.18.0480.N, *non publié.*
[178] Cass. 31 juillet 2001, P.01.1011.F, *Pas.* 2001, 1301 ; Cass. 20 avril 2011, P.11.0609.F, *Pas.* 2011, 1072 ; Cass. 26 avril 2016, P.16.0434.N, *Pas.* 2016, 936 ; Cass. 23 janvier 2018, P.17.1318.N, *www.cass.be*.
[179] Cass. 15 février 2011, P.11.0144.N, *Pas.* 2011, 524.
[180] Cass. 6 décembre 2017, P.17.1191.F, *www.cass.be* ; voir également Cass. 29 octobre 2008, P.08.1450.F, *Pas.* 2008, 2393 et M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht", F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven,* Bruges, die Keure, 2011, 197.
[181] Cass. 15 mai 2018, P.18.0480.N, *non publié.*

L'obligation de répondre aux conclusions d'une partie vaut uniquement lorsqu'elles ont été remises au juge au cours des débats à l'audience.[182] L'article 152 du Code d'instruction criminelle et les règles qui y figurent pour obtenir des délais pour conclure, ne s'appliquent pas aux juridictions d'instruction.

Cette obligation n'implique pas que la juridiction d'instruction doive répondre à chaque argument invoqué dans les conclusions : il lui suffit de répondre à chaque moyen. Ainsi, la chambre des mises en accusation qui a déduit le risque que l'étranger n'obtempère pas à l'ordre de quitter le territoire de la circonstance qu'il y était entré de manière illégale et s'y était installé de manière irrégulière, n'était pas tenue de répondre à l'argument suivant lequel il n'avait jamais fait l'objet précédemment d'un ordre de quitter le pays et possédait une adresse connue des autorités. La chambre des mises en accusation a ainsi légalement décidé que les décisions d'éloignement du territoire et de privation de liberté, qui énoncent que l'étranger est dépourvu des documents l'autorisant à séjourner dans le Royaume et qu'il convient de garantir son rapatriement effectif à destination de son pays d'origine, ont été prises conformément à la loi.[183]

Le juge qui déclare un recours sans objet ne doit toutefois pas répondre aux moyens qui sont étrangers aux circonstances ayant conduit à sa décision.[184]
Dans le même sens, la Cour de cassation a estimé que la chambre des mises en accusation qui rejette la défense d'un étranger invoquant la méconnaissance du délai raisonnable en considérant qu'il ne lui appartient pas de censurer les éventuelles lenteurs dans le traitement d'une demande d'asile n'est, en outre, pas tenue d'identifier les éléments du dossier administratif permettant de conclure à l'absence de retard dans son traitement, cette défense étant devenue sans pertinence en raison de sa décision.[185]

La chambre des mises en accusation n'est pas tenue de répondre à la défense invoquée dans des conclusions tendant à la réformation de l'ordonnance entreprise au motif du défaut de communication du dossier administratif, lorsqu'il est constaté que le dossier administratif avait été joint à la procédure.[186]

L'obligation de motivation du juge d'appel requiert qu'il réponde aux conclusions des parties, mais non de rencontrer l'argumentation du premier juge.[187]

Aucune disposition légale ne requiert que les décisions des juridictions pénales fassent mention du dépôt de conclusions. Il ne peut être déduit de la seule absence de mention des conclusions dans la décision du juge, que celui-ci n'y a pas eu égard.[188]

L'obligation de motivation des décisions n'implique pas que le juge doive mentionner quelles pièces ont été produites par une partie requérante, ni qu'il doive répondre à ces pièces.[189]

---

[182] Cass. 23 octobre 2013, P.13.1601.F, *Pas.* 2013, 2024, avec les concl. de M. l'avocat général R. LOOP.
[183] Cass. 20 avril 2011, P.11.0609.F, *Pas.* 2011, 1072.
[184] Cass. 6 août 2013, P.13.1320.N, *T. Vreemd.* 2014, 72.
[185] Cass. 13 octobre 2010, P.10.1514.F, *Pas.* 2010, 2584.
[186] Cass. 12 septembre 2012, P.12.1502.F, *Pas.* 2012, 1641, *T.Strafr.* 2013, 303, avec la note de B. MEGANCK.
[187] Cass. 27 mai 2015, P.15.0647.F, *Pas.* 2015, 1379.
[188] Cass. 24 avril 2018, P.18.0334.N, *non publié.*
[189] Cass. 26 septembre 2017, P.17.0944.N*, non publié.*

La chambre des mises en accusation n'est pas tenue de répondre aux moyens de la requête de mise en liberté que l'étranger a adressée à la chambre du conseil, ni aux pièces du dossier administratif, fussent-elles déposées par l'étranger.[190]

La juridiction d'instruction peut motiver sa décision en se référant et en reproduisant les motifs qui figurent dans une pièce de la procédure à la disposition des parties, comme l'avis du ministère public ou les observations faites par l'administration sur la demande de mise en liberté de l'étranger, que l'administration a jointes au dossier administratif. Cela n'implique pas la violation des droits de la défense.[191]

La référence faite par la chambre des mises en accusation aux motifs de l'avis du ministère public pour statuer sur la mesure privative de liberté, implique que les juges d'appel ont reconnu leur pertinence par rapport à la défense proposée devant eux. La circonstance que l'avis aurait précédé cette défense n'enlève pas à la chambre des mises en accusation le pouvoir d'appréciation dont elle dispose à cet égard.[192]

L'article 870 du Code judiciaire[193] a trait à une règle propre à la procédure civile. Cette disposition ne s'applique pas à une décision de la chambre des mises en accusation statuant sur le maintien d'une mesure de privation de liberté en vertu de la loi du 15 décembre 1980.[194]

Aucune disposition légale n'oblige la juridiction d'instruction à mentionner dans le dispositif les articles de loi qui s'appliquent à la mesure administrative à imposer.[195]

F. Pourvoi en cassation

1) Généralités

105. Bien que la loi du 15 décembre 1980 ne le prévoie pas expressément, l'étranger, l'Office des étrangers et le ministère public peuvent former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation.

Le procureur général près la Cour de cassation peut également introduire un pourvoi dans l'intérêt de la loi (article 442 du Code d'instruction criminelle).

---

[190] Cass. 29 octobre 2008, P.08.1450.F, *Pas.* 2008, 2393 ; M. DE SWAEF, « Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht », *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven,* F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), Bruges, die Keure, 2011, 197.

[191] Cass. 17 septembre 2013, P.13.1522.N, *Pas.* 2013, 1714 ; Cass. 24 avril 2018, P.18.0334.N, *non publié.* Voir également : Cass. 15 février 2011, P.11.0144.N, *Pas.* 2011, 524.

[192] Cass. 23 octobre 2013, P.13.1601.F, *Pas.* 2013, 2024 ; Cass. 23 décembre 2015, P.15.1596.F, *Pas.* 2015, 2999, avec les concl. de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

[193] Cet article dispose : « *Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».*

[194] Cass. 18 octobre 2016, P.16.0969.N, *Pas*. 2016, 2008.

[195] Cass. 11 juillet 2018, P.18.0702.N, *www.cass.be.*

Depuis ses modifications par les articles 6, 2°, de la loi du 10 juillet 1996 modifiant la loi du 15 décembre 1980 et 204, 2°, de la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du contentieux des étrangers, l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 juin 1980, autorise le ministre ou son délégué à former un recours contre toutes les ordonnances de la chambre du conseil statuant sur une requête de mise en liberté.
Il s'ensuit que le recours de l'État belge a un objet similaire à celui que le ministère public peut introduire puisqu'il tend au maintien de la décision administrative de privation de liberté assortissant un ordre de quitter le territoire. Dès lors qu'il n'est donc pas assimilable à une partie civile, l'État belge a, comme le ministère public, qualité pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui ordonne la mise en liberté de l'étranger.
Enfin, la circonstance qu'il n'était pas partie à l'instance d'appel ne prive pas l'État belge de la faculté de se pourvoir en cassation.[196]

Depuis l'entrée en vigueur le 1er février 2015, de la loi du 14 février 2014[197], qui a modifié la procédure en cassation, le pourvoi d'un étranger doit, sur le fondement de l'article 425 du Code d'instruction criminelle, être formé par un avocat qui, depuis le 1er février 2016, doit être titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation.[198] Est irrecevable le pourvoi formé par un conseil qui déclare ne pas être titulaire de ladite attestation.[199]

Le pourvoi en cassation a un effet suspensif (article 73, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980). L'étranger n'est remis en liberté qu'au moment où la décision est coulée en force de chose jugée.[200]

2) Applicabilité des dispositions générales du droit de la procédure pénale

106. La procédure en cassation ne se déroule pas conformément à l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive[201], mais selon les dispositions générales du droit de la procédure pénale, plus précisément les articles 416 et suivants du Code d'instruction criminelle.

Selon l'article 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, hormis les exceptions mentionnées à cet article.

---

[196] Cass. 10 septembre 2014, P.14.1374.F, *Pas.* 2014, 1806.
[197] Loi du 14 février 2014 relative à la procédure devant la Cour de Cassation en matière pénale, *M.B.* 27 février 2014.
[198] Cass. 5 avril 2016, P.16.0334.N, *Pas.* 2016, 782, *R.W.* 2016-17, 135, note ; Cass. 6 septembre 2016, P.16.0917.N, *Pas.* 2016, 1619 ; Cass. 7 septembre 2016, P.16.0926.F, *Pas.* 2016, 1627. En degré de cassation, les mémoires et les mémoires en réponse doivent, eux aussi, nécessairement être introduits par un conseil qui est titulaire de l'attestation susmentionnée.
[199] Cass. 14 août 2018, P.18.0842.N, *non publié.*
[200] Voir *supra,* n° 22.
[201] Tel qu'il était applicable avant sa modification par l'article 137 de la loi du 5 février 2016 (*M.B*. 19 février 2016). L'article 137 précité a été annulé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 148/2017 du 21 décembre 2017, les conséquences de cet article étant maintenues jusqu'au 12 janvier 2018.

D'une part, cette disposition, qui ne fait pas état du pourvoi en cassation, ne concerne que l'instruction des recours auprès du pouvoir judiciaire sur lesquels la chambre du conseil et, en degré d'appel, la chambre des mises en accusation statuent et d'autre part, elle se réfère nécessairement à la loi relative à la détention préventive en vigueur au moment de la promulgation de la loi du 15 décembre 1980. La loi en question, du 20 avril 1874, ne contenait aucune disposition relative au pourvoi en cassation. Le pourvoi était introduit conformément aux règles du Code d'instruction criminelle.
La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, qui consacre un chapitre particulier au pourvoi en cassation, n'a pas modifié l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, de sorte que même depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales, l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 n'est pas applicable au pourvoi en cassation. Le pourvoi dirigé contre un arrêt statuant sur une mesure privative de liberté est, par conséquent, soumis aux dispositions du Code d'instruction criminelle.[202]

Ceci signifie qu'un pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu contradictoirement par la chambre des mises en accusation concernant l'application de la loi du 15 décembre 1980, doit être formé dans les quinze jours du prononcé (article 423 du Code d'instruction criminelle). Ce délai peut éventuellement être prolongé sur le fondement de l'article 644 du Code d'instruction criminelle.

3) Déclaration au greffe et signification du pourvoi

107. Le pourvoi en cassation se fait par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée. La déclaration de pourvoi doit permettre à la Cour d'identifier cette décision. L'étranger qui, avant l'entrée en vigueur de la modification introduite par la loi du 14 février 2014[203], a remis sa déclaration écrite de pourvoi, au centre où il est détenu, à un agent dont la qualité n'est pas mentionnée qui a fait parvenir le document au greffe de la cour d'appel de Bruxelles dans les registres duquel il a été transcrit, n'a pas déclaré son pourvoi entre les mains de la personne ayant qualité pour en dresser l'acte. Par conséquent, ce pourvoi est irrecevable.[204]

108. L'Office des étrangers doit faire signifier son pourvoi à l'étranger, à peine d'irrecevabilité.[205]

Conformément à l'article 427, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle, la personne poursuivie n'y est tenue qu'en tant qu'elle se pourvoit contre la décision rendue sur l'action civile exercée contre elle. L'appel de l'administration tendant à maintenir un étranger en état de détention ne constitue pas une action civile au sens de cette disposition. Le pourvoi en

[202] Cass. 27 juillet 2010, P.10.1165.N, *Pas.* 2010, 2141 ; Cass. 22 février 2011, P.11.0225.N, *Pas.* 2011, 624 ; Cass. 21 décembre 2011, P.11.2042.F, *Pas.* 2837, *R.W.* 2012-2013, 1138, avec la note de B. DE SMET ; Cass. 10 septembre 2014, P.14.1374.F, *Pas.* 2014, 1806 ; Cass. 7 septembre 2016, P.16.0926.F, *Pas.* 2016, 1627.
[203] Voir *supra*, n° 105.
[204] Cass. 14 novembre 2012, P.12.1707.F, *Pas.* 2012, 2228.
[205] Article 427 du Code d'instruction criminelle ; Cass. 23 février 2011, P.11.0259.F, *Pas.* 2011, 633, avec les concl. de M. l'avocat général J. GENICOT ; Cass. 1er août 2018, P.18.0783.F, *non publié.*

cassation de l'étranger, qui est assimilé à une personne poursuivie, ne doit dès lors pas être signifié à l'État belge.[206]

4) Mémoire (en réponse)

109. L'article 429, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle précise que, hormis le ministère public, le demandeur en cassation ne peut indiquer ses moyens que dans un mémoire signé par un avocat, titulaire de l'attestation visée à l'article 425, § 1er, alinéa 2, dudit code.

Le mémoire doit être déposé au plus tard dans les deux mois qui suivent la déclaration de pourvoi en cassation (article 429, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle). Ce délai peut être prolongé sur le fondement de l'article 644 du Code d'instruction criminelle. Le calcul de ce délai s'opère conformément aux articles 52 et 54 du Code judiciaire.
En tout état de cause, le mémoire doit parvenir au greffe de la Cour de Cassation, quinze jours au plus tard avant l'audience. Ce délai est un délai franc : en d'autres termes, quinze jours francs entiers doivent séparer le jour de l'introduction du mémoire et le jour de l'audience.[207] Par conséquent, la Cour n'a pas égard à un mémoire introduit par un étranger la veille de l'audience ou trois jours seulement avant celle-ci, sauf si le demandeur excipe de la force majeure et que la Cour admet l'existence de celui-ci.[208]

Toutefois, lorsque l'avocat de l'étranger a été mis dans l'impossibilité de déposer son mémoire dans le délai légal de quinze jours francs avant l'audience en raison d'une convocation tardive, la Cour prend ce mémoire en considération.[209] Le conseil de l'étranger ne peut toutefois attendre la réception d'un courrier du greffe fixant la cause. En effet, le pourvoi dirigé contre un arrêt statuant sur pied des articles 72 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 est examiné par la Cour sous le bénéfice de l'urgence, de sorte que le délai de quinze jours francs dans lequel le greffe avertit en principe l'avocat ou l'étranger non représenté de la fixation conformément à l'article 432 du Code d'instruction criminelle, n'est pas applicable. À supposer que le conseil de l'étranger puisse invoquer la force majeure pour le non-dépôt du mémoire au plus tard quinze jours francs avant l'audience en raison de la communication tardive de la fixation, l'étranger doit également démontrer que cette situation de force majeure a perduré jusqu'au moment où le mémoire a été déposé. S'il échoue à apporter cette démonstration, la Cour n'a pas égard au mémoire en raison de son dépôt tardif.[210] En pratique, cela signifie que le demandeur ne peut attendre que la fixation lui soit communiquée, mais qu'il doit déposer son mémoire dès que raisonnablement possible après avoir introduit son pourvoi en cassation et, en tout état de cause, qu'il ne peut attendre la veille ou les derniers jours avant l'audience. Le fait d'attendre les deux derniers jours

---

[206] Cass. 22 décembre 2015, G.15.0228.F, *Pas.* 2015, 2972 ; Cass. 4 octobre 2016, G.16.0207.N, *Pas.* 2016, 1878.
[207] Cass. 19 mai 2015, P.15.0559.N, *Pas.* 2015, 1291.
[208] Cass. 17 janvier 2018, P.18.0031.F, *non publié* ; Cass. 7 février 2018, P.18.0116.F, *www.cass.be.*
[209] Cass. 14 septembre 2016, P.16.0936.F, *Pas.* 2016, 1709 (implicite).
[210] Cass. 21 juin 2017, P.17.0617.F, *www.cass.be*; Cass. 26 juillet 2017, P.17.0757.F, *non publié* ; Cass. 2 août 2017, P.17.0791.F, *non publié.*

ouvrables précédant l'audience pour déposer un mémoire entraîne l'irrecevabilité de celui-ci.[211]

110. Le défendeur en cassation ne peut, lui aussi, indiquer sa réponse que dans un mémoire signé par un avocat, titulaire de l'attestation visée à l'article 425, § 1er, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle. Le mémoire en réponse doit, à peine d'irrecevabilité[212], être remis au greffe de la Cour de cassation, au plus tard huit jours avant l'audience (art. 429, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle). Il s'agit, ici aussi, d'un délai franc impliquant que huit jours francs entiers doivent séparer le jour de l'introduction du mémoire de celui de l'audience.[213]

111. À l'exception de l'étranger, les parties doivent communiquer leur mémoire, à peine d'irrecevabilité, par courrier recommandé[214] à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé (art. 429, al. 4, du Code d'instruction criminelle). La preuve de l'envoi est déposée au greffe dans le même délai que celui applicable au dépôt du mémoire.

5) Prononcé de la Cour de cassation

112. La Cour de cassation n'est pas tenue de statuer dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi. En effet, l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive n'est pas applicable au pourvoi contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation statuant sur la décision de maintien en détention d'un étranger, dès lors que ce pourvoi et l'examen de celui-ci demeurent régis par le Code d'instruction criminelle.

La circonstance que la Cour statue en dehors du délai de quinze jours à compter du pourvoi, n'est pas incompatible en soi avec l'article 5, § 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou avec les articles 13 et 15 de la Directive retour. La proposition de soumettre à la Cour de justice une question préjudicielle à ce sujet a été rejetée.[215]

G. Les conséquences du rapatriement, de la mise en liberté et d'une nouvelle mesure administrative de privation de liberté

1) Recours sans objet

113. Le recours ou le pourvoi de l'étranger devant la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation ou la Cour de cassation est en principe sans objet lorsque

---

[211] Cass. 8 août 2018, P.18.0841.N, *non publié.*
[212] Cass. 3 janvier 2018, P.17.1202.F, *www.cass.be.*
[213] Cass. 15 janvier 2019, P.18.1214.N, *www.cass.be.*
[214] Ou, à l'avenir, par voie électronique, dans les conditions fixées par le Roi.
[215] Cass. 22 mars 2017, P.17.0248.F, *www.cass.be* ; Cass. 20 septembre 2017, P.17.0933.F, *www.cass.be* ; Cass. 29 novembre 2017, P.17.1145.F, *www.cass.be*.

l'étranger est rapatrié ou ramené à la frontière, ou lorsqu'il est mis fin à la privation de liberté, en cours de procédure.[216]

114. Il en va de même lorsque le ministre ou l'Office des étrangers prennent une nouvelle mesure administrative de privation de liberté en cours de procédure.[217]
La juridiction d'instruction requise, sur le fondement de l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, pour se prononcer sur la légalité d'une décision administrative de privation de liberté d'un étranger est, par conséquent, tenue de constater que ce recours est sans objet si l'étranger n'est plus privé de sa liberté en vertu de cette décision, mais sur la base d'un autre titre autonome. Le contrôle de légalité visé à l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 ne concerne en effet que le titre de privation de liberté critiqué.

Une violation de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait se déduire de la seule circonstance que les articles 71 à 74 de la loi du 15 décembre 1980 n'instituent les recours qu'ils prévoient que contre les mesures dont l'étranger fait l'objet.[218]

L'autorité ne peut arbitrairement, mais uniquement dans les cas prévus par la loi du 15 décembre 1980, décerner un nouveau titre de privation de liberté. Ensuite, l'étranger peut, sur la base de l'article 72 de ladite loi et selon la procédure qu'elle détermine, requérir la juridiction d'instruction pour qu'elle procède au contrôle de la légalité de ce nouveau titre de privation de liberté.
Il ne résulte pas de la circonstance que la juridiction d'instruction ne peut plus procéder, sur la base de l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, au contrôle de la légalité d'une décision administrative de privation de liberté d'un étranger parce que sa privation de liberté n'était plus fondée sur ce titre, que la personne concernée ne peut plus faire contrôler par les juridictions civiles ou pénales le caractère illégitime de ce titre et de la privation de liberté qu'il fonde.[219]

Le juge ne peut examiner que l'existence mais non la légalité d'une nouvelle décision prise après la décision contre laquelle l'étranger a introduit le recours visé à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980. La procédure n'a plus d'objet en raison de cette nouvelle décision, qui constitue un titre distinct de celui qui fait l'objet de la requête.[220]

Toutefois, s'il est invoqué de manière motivée que la première décision de privation de liberté est affectée d'une illégalité de nature à invalider la décision subséquente, le juge saisi de cette contestation est tenu de l'examiner en application de l'article 5, § 4, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ceci implique qu'en pareille

---

[216] Voir entre autres : Cass. 4 janvier 1984, *Bull. et Pas.,* 1984, 477 ; Cass. 3 avril 1985, *Bull. et Pas.,* 1985, 977 ; S. BOUCKAERT, P. BAEYENS et N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 594 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 655-656 ; V. VEREECKE (collab. S. MICHOLT et P. STAELENS)*, Vreemdelingenrecht in de praktijk,* Gand/Turnhout, Story Publishers, 2016, 349-350.
[217] Cass. 30 juillet 1993, P.93.1046.N, *Bull. et Pas.,* 1993, 642 ; Cass. 21 octobre 2015, P.15.1257.F, *Pas.* 2015, 2390.
[218] Cass. 27 mars 2019, P.19.0259.F, *www.cass.be*.
[219] Cass. 16 septembre 2014, P.14.1289.N, *Pas.* 2014, 1894 ; Cass. 27 mars 2019, P.19.0259.F, *www.cass.be*.
[220] Cass. 28 août 2012, P.12.1438.F, *Rev. dr. étr.* 2012, 429 ; Cass. 27 mars 2019, P.19.0259.F, *www.cass.be*.

occurrence, la juridiction d'instruction doit vérifier si l'illégalité invoquée qui entache la première décision, s'étend également à la deuxième et nouvelle décision qui en devient également illégale.[221]

2) Applications dans la jurisprudence de la Cour de cassation

a. Une nouvelle mesure administrative de privation de liberté

(i) Un titre autonome ou la prolongation d'un titre existant ?

115. Une décision de prolongation de la détention de l'étranger ne constitue pas un nouveau titre autonome de privation de liberté. En cas de prolongation, la juridiction d'instruction demeure compétente pour contrôler la légalité de la mesure initiale de privation de liberté (ainsi que de la décision de prolongation).[222]

116. Lorsqu'il apparaît que la décision de maintenir l'étranger dans un lieu déterminé, prise en application de l'article 74/5, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, a été prolongée par le délégué du ministre, la chambre des mises en accusation ne peut considérer qu'il s'agit d'un titre autonome et non d'une prolongation, et ne peut décider que le recours n'avait plus d'objet.[223]

117. Une décision de maintien d'un étranger en vue de son éloignement du territoire, prise en application de l'article 74/6, § 1er*bis*, de la loi du 15 décembre 1980, ne constitue pas la prolongation d'un maintien précédent mais un titre autonome indépendant des décisions de maintien antérieures et qui ne forme pas un ensemble avec elles.[224]

(ii) Recours sans objet

118. L'appel formé contre une ordonnance de la chambre du conseil n'a plus d'objet lorsque la privation de liberté de l'étranger se fonde entre-temps sur un titre autonome (délivré en application de l'article 27, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980) autre que celui sur lequel la chambre du conseil a statué (fondé sur l'article 7 de la même loi). Toutefois, lorsque la chambre du conseil s'est prononcée sur les deux titres de détention parce que, devant la chambre du conseil, l'étranger a étendu au second titre la requête qu'il a introduite, la chambre des mises en accusation ne peut déclarer l'appel sans objet en tant qu'il porte sur l'appréciation de ce second titre. Le cas échéant, le procureur général près la

---

[221] Cass. 10 mai 2017, P.17.0447.F, *www.cass.be* ; Cass. 6 décembre 2017, P.17.1153.F, *www.cass.be* ; Cass. 23 janvier 2018, P.17.1282.N, *www.cass.be* ; Cass. 23 janvier 2018, P.17.1318.N, *www.cass.be* ; Cass. 10 avril 2018, P.19.0291.N, *non publié* ; Cass. 25 avril 2018, P.18.0385.F, *www.cass.be.*

[222] Cass. 31 août 2010, P.10.1423.N, *Pas.* 2010, 2162 ; Cass. 22 février 2011, P.11.0225.N, *Pas.* 2011, 624.

[223] Cass. 6 janvier 2010, P.09.1756.F, *Pas.* 2010, 25.

[224] Cass. 27 décembre 2016, P.16.1237.N, *non publié* ; voir également Cass. 2 octobre 2013, P.13.1553.F, *Pas.* 2013, 1843.

Cour forme un pourvoi à l'audience, conformément à l'article 442 du Code d'instruction criminelle.[225]

119. L'article 807 du Code judiciaire, qui permet de modifier ou d'étendre la demande dont le juge est saisi, n'est pas applicable à la procédure par laquelle un étranger introduit un recours auprès du pouvoir judiciaire contre une mesure administrative de privation de liberté prise en application de l'article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980. En effet, l'application des articles 71, alinéa 2, et 72, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 n'est pas compatible avec celle de cette disposition du Code judiciaire.

Lorsqu'il apparaît qu'une nouvelle décision d'écrou a été prise en application de l'article 74/5, § 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980 et que l'étranger a demandé d'étendre sa requête à cette seconde décision sur la base de l'article 807 du Code judiciaire, le juge ne peut examiner que l'existence mais non la légalité d'une nouvelle décision prise après la décision contre laquelle l'étranger a introduit le recours. En effet, la procédure n'a plus d'objet en raison de cette nouvelle décision qui constitue un titre distinct de celui auquel elle succède.[226]

120. La circonstance que, postérieurement au pourvoi en cassation, une nouvelle décision de privation de liberté s'est substituée au premier titre de rétention n'a pas pour effet de rendre ce pourvoi irrecevable, mais de priver d'objet le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui en contrôle la légalité. En considérant que le pourvoi est devenu sans objet en raison de la survenance d'une nouvelle décision administrative, la Cour n'applique pas cette décision au sens de l'article 159 de la Constitution, mais se borne à en constater l'existence.
L'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 dispose que l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté prise en application de l'article 27 de la loi peut introduire un recours contre cette mesure en déposant une requête auprès de la chambre du conseil du tribunal correctionnel, ce qu'en l'espèce l'étranger indique avoir fait le 17 mars 2017. Il résulte de cette disposition que la loi charge les juridictions d'instruction de statuer sur le recours formé par l'étranger contre la mesure privative de liberté dont il faisait l'objet au moment de ce recours. Il n'en résulte pas que ces juridictions, et la Cour saisie d'un pourvoi contre la décision rendue en degré d'appel par la chambre des mises en accusation, demeurent compétentes lorsque l'étranger n'est plus détenu en vertu de cette mesure mais que celle-ci a été remplacée par une autre décision prise sur un fondement différent.[227]

(iii) Obligation de notifier le nouveau titre

121. Si une nouvelle décision d'écrou prise en application de l'article 74/5, § 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980 constitue un titre autonome de privation de liberté, l'existence d'une telle décision ne rend caduc le titre de privation de liberté visé par le recours auprès du pouvoir judiciaire que pour autant que cette nouvelle décision ait été notifiée à l'intéressé conformément à l'article 62 de ladite loi.[228]

---

[225] Cass. 20 octobre 2010, P.10.1553.F, *Pas.* 2010, 2685 ; Cass. 23 août 2011, P.11.1456.F, *Pas.* 2011, 1859.
[226] Cass. 21 août 2012, P.12.1394.F, *Pas.* 2012, 1552.
[227] Cass. 22 mars 2017, P.17.0248.F, *www.cass.be.*
[228] Cass. 21 août 2012, P.12.1394.F, *Pas.* 2012, 1552.

(iv) Incidence de l'illégalité du titre préalable

122. La chambre des mises en accusation, qui constate que l'étranger a invoqué que sa privation de liberté ordonnée par la décision du 21 novembre 2017 est la conséquence d'une visite domiciliaire illégale, est tenue d'examiner cette illégalité ainsi que ses répercussions sur la décision de maintien subséquente du 15 décembre 2017.[229]

123. Par contre, l'affirmation par l'étranger que la chambre des mises en accusation a mal apprécié le risque de traitements inhumains ou dégradants en cas de rapatriement, ne constitue pas une illégalité qui, prêtée à la première décision privative de liberté, serait de nature à vicier par voie de conséquence la seconde. Formé contre une décision qui a cessé de constituer le titre de la détention soumise au contrôle des cours et tribunaux, le pourvoi est devenu sans objet.[230]

(v) Retrait du titre de privation de liberté et remplacement par un nouveau titre

124. Par arrêt du 20 décembre 2017[231], la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la chambre des mises en accusation statuant comme suit :

- la décision de maintien de l'étranger du 6 septembre 2017, prolongée le 30 octobre 2017, est devenue caduque en raison de la décision de réécrou du 28 octobre 2017, qui a fait l'objet d'un retrait le 30 octobre 2017 ;
- le retrait, le 30 octobre 2017, de la décision de réécrou du 28 octobre 2017 ne lie pas les tiers ;
- l'appel de l'État belge a ensuite été rejeté au motif que la prolongation d'un titre caduc est sans effet puisqu'une telle prolongation n'est pas un titre autonome de privation de liberté.

La Cour de cassation a considéré que cette décision n'est pas légalement justifiée. En effet, le retrait est une décision par laquelle une autorité supprime rétroactivement un acte qu'elle a pris, de sorte que celui-ci est censé n'avoir jamais existé. Le retrait a le même effet qu'une annulation. L'annulation d'un acte administratif entraîne sa disparition *ab initio*, de sorte que les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient avant la décision annulée.
En conséquence, le retrait d'une mesure de réécrou remet l'étranger dans la situation où il se trouvait avant cet acte, dont le retrait a fait renaître le précédent titre de détention décerné contre lui.

125. Lorsque l'étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire et de privation de liberté et que l'autorité administrative retire cet acte, par exemple parce qu'il ne satisfait pas à la législation sur l'emploi des langues, et prend régulièrement une nouvelle mesure, fût-elle similaire, celle-ci se substitue à la précédente.

---

[229] Cass. 10 avril 2018, P.19.0291.N, *non publié.*
[230] Cass. 6 décembre 2017, P.17.1153.F, *www.cass.be.*
[231] Cass. 20 décembre 2017, P.17.1208.F, *www.cass.be*.

Le pourvoi dirigé contre un arrêt statuant sur la légalité de la mesure ayant fait l'objet du retrait est devenu sans objet, dès lors que cet acte a disparu de l'ordonnancement juridique.[232]

126. La Cour de cassation a statué ainsi qu'il suit dans un arrêt du 11 avril 2018[233] :
« Lorsque la situation de l'étranger change en raison de la survenance de circonstances justifiant une nouvelle décision de rétention, celle-ci, qui constitue un titre autonome de privation de liberté, remplace l'ancienne décision.
Si, à la suite de la disparition ou de la modification des circonstances de fait ou de droit qui l'avaient motivé, l'acte perd son fondement légal, il disparaît de l'ordonnancement juridique ».
Par conséquent, la décision de réécrou du 19 décembre 2017[234], qui a disparu par l'effet de la décision d'écrou du 3 janvier 2018[235], ne pouvait être prolongée et la chambre des mises en accusation pouvait légalement décider que la détention de l'étranger, ensuite de la décision du 16 février 2018 prolongeant la décision du 19 décembre 2017, n'était pas fondée sur un titre valable, et ordonner la mise en liberté de l'étranger.

(vi) L'article 15.6 de la Directive retour ne fait pas obstacle à la délivrance d'un nouveau titre de privation de liberté

127. Par arrêt du 27 mai 2015, la Cour de cassation a rejeté le moyen pris de la violation de l'article 15.6 de la Directive retour[236], qui soutenait qu'en raison du refus de l'étranger de coopérer à son retour, l'Office des étrangers ne pouvait prendre une nouvelle mesure de rétention mais seulement prolonger la mesure initiale. En effet, il ne saurait se déduire dudit article 15.6 que cette disposition est incompatible avec une nouvelle mesure de rétention à l'égard de l'étranger qui refuse de coopérer à son éloignement, laquelle, même si elle constitue un titre distinct de la décision antérieure, a pour effet de prolonger la période de rétention au sens de la Directive.[237]

(vii) Excès de pouvoir

128. La chambre des mises en accusation, saisie du contrôle de la légalité de la mesure de rétention de l'étranger prise le 13 août 2015 et qui considère que cette procédure n'a plus d'objet dès lors que l'administration a, le 27 août 2015, pris une nouvelle mesure de

---

[232] Cass. 3 mars 2010, P.10.0272.F, *Pas.* 2010, 670.
[233] Cass. 11 avril 2018, P.18.0257.F, *www.cass.be*.
[234] Prise sur le fondement de l'article 27 de la loi du 15 décembre 1980.
[235] Prise sur le fondement de l'article 74/6, § 1er*bis*, de la loi du 15 décembre 1980.
[236] Cet article est libellé ainsi qu'il suit :
« 5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.
6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison:
a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers (…) ».

[237] Cass. 27 mai 2015, P.15.0647.F, *Pas.* 2015, 1379.

rétention constituant un titre distinct de privation de liberté, mais qui décide toutefois, dans le cadre de sa saisine, de maintenir l'étranger à la disposition de l'Office des étrangers, commet un excès de pouvoir et viole l'article 1138, 3°, du Code judiciaire. Un tel arrêt peut être cassé dans l'intérêt de la loi sur le pourvoi formé par le ministère public près la Cour, en application de l'article 442 du Code d'instruction criminelle.[238]

129. Par arrêt du 10 septembre 2014, la Cour a été appelée à statuer sur le moyen reprochant à la chambre des mises en accusation d'avoir déclaré illégale la décision de prolongation de la rétention de l'étranger prise le 14 juillet 2014 au motif de l'illégalité de l'ordre de quitter le territoire du 15 mai 2014, celui-ci étant fondé sur un arrêté ministériel de renvoi illégal, alors que par arrêt du 25 juin 2014, la chambre des mises en accusation avait déjà statué sur la légalité dudit ordre de quitter le territoire.
La Cour a constaté que statuant dans le cadre du recours exercé par l'étranger contre la mesure de privation de liberté prise à son égard le 15 mai 2014, la chambre des mises en accusation a jugé dans son arrêt du 25 juin 2014 que l'ordre de quitter le territoire du 15 mai 2014 sur lequel se fondait la mesure de privation de liberté avait été pris conformément à la loi.
La Cour a ensuite considéré que la chambre des mises en accusation, dès lors qu'elle avait déjà statué de façon définitive sur ce point, a commis un excès de pouvoir et violé l'article 19 du Code judiciaire en examinant à nouveau la légalité de l'ordre de quitter le territoire du 15 mai 2014 dans le cadre du recours dirigé contre la prolongation de la mesure de privation de liberté.[239]

b. Mise en liberté et rapatriement

130. Le pourvoi de l'étranger qui est fugitif et qui, par conséquent, n'est plus détenu, est irrecevable à défaut d'intérêt. En effet, le titre privatif de liberté faisant l'objet de l'appel interjeté par l'étranger en application de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, est suspendu le temps de sa fuite.[240]

131. De même, le pourvoi, introduit par l'étranger après son rapatriement, est irrecevable à défaut d'intérêt.
En effet, l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que le recours visé audit article formé par l'étranger auprès du pouvoir judiciaire concerne exclusivement la mesure privative de liberté dont il fait l'objet. Par conséquent, la juridiction d'instruction ne peut plus examiner la légalité d'une décision administrative de privation de liberté d'un étranger lorsque celui-ci n'est plus privé de liberté à la suite de son rapatriement.
Il n'en résulte toutefois pas que cet étranger ne peut plus soumettre à l'appréciation du juge l'illégalité de ce titre et de la privation de liberté qu'il fonde et ne peut plus prétendre à des dommages et intérêts.
Est ainsi rejeté le moyen invoquant que, même s'il a été rapatrié, l'étranger a un intérêt à soumettre à une juridiction la mesure de privation de liberté parce qu'il s'agit de la seule manière permettant de vérifier s'il a été légalement privé de sa liberté et s'il peut

[238] Cass. 21 octobre 2015, P.15.1257.F, *Pas.* 2015, 2390.
[239] Cass. 10 septembre 2014, P.14.1374.F, *Pas.* 2014, 1806.
[240] Cass. 20 mai 2014, P.14.0698.N, *Pas.* 2014, 1247.

éventuellement prétendre à une indemnisation, et que l'exécution forcée d'une mesure d'éloignement n'y fait pas obstacle et ne peut empêcher le contrôle judiciaire.[241]

132. Par arrêt du 17 janvier 2018, la Cour de cassation était appelée à se pencher sur le pourvoi de l'étranger qui avait été rapatrié le lendemain de l'arrêt de la chambre des mises en accusation et le jour de son pourvoi en cassation.
La Cour a considéré qu'il résulte de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, aux termes duquel l'étranger faisant l'objet d'une mesure privative de liberté, prise en application notamment de l'article 7, alinéa 3, de la loi, peut introduire un recours contre cette mesure en déposant une requête auprès de la chambre du conseil du tribunal correctionnel, que les juridictions d'instruction sont chargées de statuer sur le recours formé par l'étranger contre la mesure privative de liberté dont il faisait l'objet au moment de ce recours. Il ne résulte pas de cette disposition que ces juridictions, et la Cour saisie d'un pourvoi contre la décision rendue en degré d'appel par la chambre des mises en accusation, demeurent compétentes lorsque l'étranger a été éloigné. Le pourvoi a été déclaré sans objet et rejeté.[242]

133. Par arrêt du 7 décembre 2016, la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur le pourvoi de l'État belge contre un arrêt de la chambre des mises en accusation du 8 novembre 2016 qui avait ordonné la mise en liberté de l'étranger parce que son maintien violait les articles 15 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, l'étranger a été arrêté chez lui par des policiers qui ne disposaient ni d'un mandat de perquisition ni du consentement écrit de l'occupant.
Il est ressorti des pièces de la procédure que le Secrétaire d'État à l'asile et la migration a ordonné la mise en liberté de l'étranger le 18 novembre 2016, soit avant la déclaration de pourvoi et l'expiration de son délai.
La Cour de cassation a considéré que cette libération entraîne la caducité de la mesure de maintien du 11 octobre 2016, dont l'étranger avait entendu déférer le contrôle au pouvoir judiciaire.
Est rejeté l'argument de l'État belge selon lequel son recours conserve un intérêt parce que la caducité de la mesure de maintien n'est pas définitive en raison de l'interruption de l'exécution du titre avant l'expiration de sa durée de validité de deux mois, de sorte que le reliquat pourrait être remis à exécution si le pourvoi était accueilli. En effet, ni l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 ni aucune autre disposition de cette loi n'autorisent l'administration ayant levé une mesure de maintien à en reprendre l'exécution au motif que le terme n'en était pas atteint le jour de la libération. L'annulation de la mise en liberté du défendeur ne saurait restituer à l'État le titre à la péremption duquel il a lui-même consenti.
Le pourvoi a donc été déclaré sans objet et rejeté.[243]

134. La mise en liberté invoquée par l'étranger sur la base d'une ordonnance de référé n'enlève pas au pourvoi de l'État belge son objet. Ladite décision émane en effet d'une juridiction qui statue au provisoire, alors que la privation de liberté de l'étranger reste

[241] Cass. 25 novembre 2014, P.14.1707.N, *Pas.* 2014, 2667.
[242] Cass. 17 janvier 2018, P.18.0003.F, *www.cass.be.*
[243] Cass. 7 décembre 2016, P.16.1183.F, *www.cass.be.*

soumise, quant au fond, à l'examen de légalité institué par l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980.[244]

II. CONCLUSION ET PROPOSITIONS AU LÉGISLATEUR

A. Évaluation de la loi du 15 décembre 1980 : une refonte législative s'impose d'urgence

135. La loi du 15 décembre 1980 était destinée à remplacer celle, précédemment en vigueur, du 28 mars 1952 sur la police des étrangers.[245] Cette loi de 1952 était notamment critiquée parce qu'elle ne définissait pas toujours de manière claire et précise les droits et les devoirs des étrangers en Belgique et parce que les décisions pouvant concerner un étranger n'étaient pas susceptibles de recours suffisants, laissant un très large champ d'interprétation au pouvoir exécutif. Il s'agissait avant tout d'une loi destinée à protéger l'État belge des étrangers indésirables. L'éloignement des étrangers du pays était considéré comme une prérogative incontestable de l'État belge souverain. Ce n'est qu'en seconde instance que la loi devait également offrir un certain degré de protection à une série d'étrangers « spéciaux » contre l'arbitraire du pouvoir exécutif.[246]

136. La loi actuelle du 15 décembre 1980 vise à (i) clarifier la législation existante et offrir une sécurité juridique aux étrangers, (ii) garantir une protection plus efficace des droits individuels en précisant dans la loi elle-même les droits et les obligations de l'étranger et en institutionnalisant les voies de recours dont les actes administratifs peuvent faire l'objet et (iii) satisfaire aux obligations internationales, et en particulier le respect des droits de l'homme et du droit de demander l'asile.[247]

137. Mais la loi du 15 décembre 1980 n'a pas davantage été épargnée par les critiques. L'absence de définition préalable de la politique migratoire a, entre autres, été déplorée.

Les autorités belges ont estimé que la loi du 15 décembre 1980 était libellée de manière suffisamment large pour y revenir ultérieurement et ont préféré commencer par développer un statut global pouvant s'appliquer avec flexibilité aux divers profils d'étrangers : étudiants, réfugiés, touristes, hommes d'affaires, travailleurs, regroupement familial, etc.

---

[244] Cass. 17 novembre 2010, P.10.1676.F, *Pas.* 2010, 2969.

[245] *M.B.* 30-31 mars 1952.

[246] Exposé des motifs du projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Chambre, 1974-1975, n° 653-1, 1 ; J. DE BOCK, "De vreemdelingenwet van 28 maart 1952: 'l'étranger doit être parfait'", *B.T.N.G.* 2008, 159-200; L. DE WILDE, "Geplande wijzigingen aan de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie", *R.W.* 1972, 1082-1115.

[247] Exposé des motifs du projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Chambre, 1974-1975, n° 653-1, 2 ; M. MAES, "De mijlpalen in de Vreemdelingenwet", M.C. FOBLETS, D. VANHEULE et M. MAES (dir.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Bruges, die Keure, 2011, 1-45.

A aussi été reproché à cette même loi le caractère obscur du statut de séjour du demandeur d'asile pendant l'examen de son dossier ainsi que son mutisme sur le sort réservé aux apatrides.[248]

L'exposé des motifs précisait déjà ce qui suit : *« Le projet traduit le souci de l'information. Il entend dissiper les obscurités et les incertitudes qui accompagnent parfois l'interprétation de la loi du 28 mars 1952, des modifications qui y ont été apportées et des réglementations arrêtées sur la base de la loi. La « Commission Rolin » a rendu plus claires et plus cohérentes les règles existantes. Le Gouvernement partage le souci de la Commission. Il n'en reste pas moins que l'actuel projet compte 94 articles au lieu des 17 que compte la loi actuelle. C'est un inconvénient pour le lecteur et l'usager ; il entraînera au surplus la nécessité de modifications législatives si d'aventure telles ou telles dispositions s'avéraient inopportunes ou inadéquates suite à des circonstances nationales ou internationales nouvelles ou à la conclusion de conventions internationales ».*[249]

138. Comme les autorités belges l'avaient pressenti, la situation et la législation à l'échelle nationale et internationale ont exercé une influence sur la loi du 15 décembre 1980. Les crises de l'asile, souvent causées par un conflit extérieur, et l'afflux subséquent de demandes d'asile, l'arriéré dans les services compétents, l'insuffisance de l'accueil, l'augmentation du nombre de recours contre les décisions négatives rendues en matière d'asile et la crainte que la procédure d'asile soit utilisée abusivement comme seule possibilité d'accéder au territoire belge, ont incité les autorités belges à entreprendre des réformes, notamment la création du Conseil du contentieux des étrangers, nouvelle instance judiciaire spécifiquement compétente en la matière.

De même, l'évolution suivie par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme telles la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Convention relative aux droits de l'enfant, et par nos droits fondamentaux consacrés par notre Constitution, a également impacté la loi du 15 décembre 1980.

Il convient également de mentionner l'européanisation du droit des étrangers, qui oblige la Belgique, en tant qu'État membre, à mettre sa réglementation en conformité avec les directives et règlements européens.[250]

La loi du 15 décembre 1980 a dû faire face à ces diverses évolutions et est devenue extrêmement complexe voire illisible, donnant lieu à une sécurité juridique insuffisante pour l'étranger.

---

[248] Rapport sur le projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Sénat, 1980-81, n° 521/2, 4 ; M. MAES, "De mijlpalen in de Vreemdelingenwet", M.C. FOBLETS, D. VANHEULE et M. MAES (dir.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Bruges, die Keure, 2011, 14-15.

[249] Exposé des motifs du projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Chambre, 1974-1975, n° 653-1, 8.

[250] M.-C. FOBLETS et D. VANHEULE, "Anno 2006: de Belgische wetgever brengt het vreemdelingenrecht in lijn met de Europese regelgeving. Een tussentijdse stand van zaken", *R.W.* 2006-07, 902-920.

Divers auteurs, auxquels la Cour se rallie, plaident donc à juste titre, depuis plusieurs années, en faveur d'une refonte en profondeur de l'actuelle loi du 15 décembre 1980 pour concevoir une vision durable de la politique d'asile et de migration.[251] Une telle réforme devrait déboucher sur un texte cohérent et structuré selon une logique interne, énonçant de manière accessible et transparente les droits et obligations des ressortissants étrangers en matière de séjour.

B. Évaluation de l'efficacité du recours auprès du pouvoir judiciaire

1) Généralités

139. Comme expliqué précédemment, l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 limite la compétence de la juridiction d'instruction à un simple contrôle de légalité. Seule l'autorité administrative peut se prononcer sur l'opportunité de la mesure administrative de privation de liberté.

La compétence de la juridiction d'instruction se borne toujours à un contrôle de légalité même s'il a été étoffé à la suite des modifications apportées à la loi du 15 décembre 1980 par les lois des 19 janvier 2012, 24 février 2017, 15 mars 2017, 21 novembre 2017 et 17 décembre 2017 et de l'introduction, notamment, du principe de subsidiarité.

Il ne se dégage pas toujours une ligne claire de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le contrôle de légalité d'une mesure administrative de privation de liberté. La Cour apprécie au cas par cas, si la juridiction d'instruction est restée dans les limites de sa compétence établies par la loi.

De plus, la pratique nous enseigne que le contrôle de légalité aboutit rarement à la mise en liberté effective de l'étranger.
En effet, le recours introduit par l'Office des étrangers contre une décision de mise en liberté de l'étranger prise par la juridiction d'instruction a un effet suspensif. En d'autres termes, l'étranger reste en détention jusqu'à la décision définitive rendue sur ce recours.
En outre, il est possible qu'en cours de procédure, l'Office des étrangers délivre un nouveau titre autonome de privation de liberté ou qu'il retire le titre en question et prenne une nouvelle décision privative de liberté. Il ressort de l'aperçu de jurisprudence exposé ci-dessus qu'en pareille occurrence, la Cour considère que le recours formé contre le titre initial de privation de liberté n'a plus d'objet.
Enfin, le recours auprès du pouvoir judiciaire contre une mesure administrative de privation de liberté ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement, et il est donc possible que l'étranger ait déjà été rapatrié au jour de l'audience devant la juridiction d'instruction ou la Cour de cassation. Dans ce cas également, le recours de l'étranger sera déclaré sans objet.

Les éléments précités induisent souvent un manque d'efficacité du recours auprès du pouvoir judiciaire. Toutefois, dans un État de droit démocratique, il va de soi que le justiciable doit

[251] Voir entre autres : M. MAES, "De mijlpalen in de Vreemdelingenwet", M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE et M. MAES (dir.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Bruges, die Keure, 2011, 38-45.

pouvoir exercer de manière effective le recours prévu par la loi. Afin de maximiser l'efficacité des recours des parties, deux propositions visant à modifier le système actuel sont présentées ci-après. La première proposition concerne la modification de la procédure devant la Cour de cassation. La seconde traite de l'extension de la compétence des juridictions d'instruction. Ces propositions ne valent que dans la mesure où le contrôle de la mesure administrative de privation de liberté reste confié aux juridictions d'instruction sans être transféré au Conseil du contentieux des étrangers.

2) Proposition concernant l'adaptation de la procédure en cassation[252]

140. Par le passé, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà condamné la Belgique à plusieurs reprises en raison de la violation de l'article 5, § 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, parce que l'étranger détenu n'a pu obtenir que le juge statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si cette détention est illégale.[253]

N'y est pas étranger le fait que la procédure en cassation se déroule selon les règles de droit commun du Code d'instruction criminelle et non conformément aux délais de procédure plus courts prévus à l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive[254], alors qu'entre-temps une nouvelle décision administrative autonome de privation de liberté peut avoir été prise ou l'étranger mis en liberté, son recours perdant alors son objet.

Afin de se conformer à cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, par conséquent, de veiller au caractère effectif des voies de recours dont dispose l'étranger qui conteste sa détention et à la brieveté délai dans lequel il est statué sur celle-ci, en tenant compte de la durée limitée des décisions du Ministre, la Cour a déjà en 2016 soumis un avant-projet de loi au ministre de la Justice,.[255]

Cet avant-projet vise à modifier le pourvoi en cassation en cette matière en le soustrayant partiellement à la procédure de droit commun, notamment en raccourcissant les délais, tout en prévoyant un délai suffisant pour introduire le pourvoi et préparer le mémoire.

---

[252] Voir à ce sujet, entre autres : B. DE SMET, "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied" (note sous Cass. 21 décembre 2011), *R.W.* 2012-13, 1139-1142 ; L. DENYS, "Antwoord op de noot "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied"", *R.W.* 2012-13, 1395-1396 ; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht", F. DERUYCK et M. ROZIE (dir.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Bruges, die Keure, 2011.

[253] Cour eur. D.H., arrêt Firoz Muneer c. Belgique, 11 avril 2013 ; Cour eur. D.H., arrêt M.D. c. Belgique, 14 novembre 2013.

[254] Tel qu'il était applicable avant sa modification par l'article 137 de la loi du 5 février 2016 (*M.B.* 19 février 2016). L'article 137 précité a été annulé par l'arrêt n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017, avec maintien des conséquences de cet article jusqu'au 12 janvier 2018.

[255] La Cour est d'avis que, puisque la liberté de l'étranger est en jeu, le pouvoir législatif doit intervenir et que ce changement de perspective ne peut être obtenu par le biais de la jurisprudence.

L'avant-projet de loi implique l'insertion d'un nouvel article 72/1 dans la loi du 15 décembre 1980.[256]
Cet avant-projet de loi modifie par ailleurs l'article 73, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 afin de pallier l'absence de mention de la chambre des mises en accusation. Ainsi, les mots *« ou la chambre des mises en accusation »* sont insérés entre les mots « *si la chambre du conseil »* et « *décide de ne pas maintenir l'arrestation »*.

Plusieurs délais prévus par cet avant-projet ont été repris des articles 97 et 98 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. Pour le reste, la réforme susmentionnée n'affecte pas le régime actuel du pourvoi en cassation et offre un ensemble cohérent.

---

[256] Contenu :
§ 1. L'arrêt de la chambre des mises en accusation qui, en application de l'article 72, alinéa 3, statue sur l'appel dirigé contre l'ordonnance de la chambre du conseil, peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation de la part de l'étranger, du ministère public et du ministre ou de son délégué.
§ 2. Le ministère public se pourvoit dans un délai de vingt-quatre heures à compter du prononcé de l'arrêt. L'étranger et le ministre ou son délégué se pourvoient en cassation dans un délai de cinq jours à compter de la signification de l'arrêt.
§ 3. La déclaration de pourvoi est faite au greffe de la juridiction qui a rendu l'arrêt attaqué.
§ 4. La déclaration de pourvoi de l'étranger ou du ministre ou de son délégué doit être faite par un avocat titulaire de l'attestation de formation en procédure en cassation, visée ä l'article 425, § 1er, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.
§ 5. Le dossier est transmis par le greffe de la cour d'appel au greffe de la Cour de cassation dans les quarante-huit heures à compter de la déclaration de pourvoi.
§ 6. Le ministère public et le ministre ou son délégué sont tenus de faire signifier leur pourvoi ä l'étranger. L'exploit de signification doit être déposé au greffe de la Cour dans le délai prévu pour déposer le mémoire.
§ 7. Le demandeur en cassation ne peut indiquer ses moyens que dans un mémoire qu'il fait parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard le cinquième jour de la déclaration de pourvoi. Le mémoire déposé par l'étranger ou par le ministre ou son délégué doit être signé par un avocat titulaire de l'attestation de formation en procédure en cassation, visée ä l'article 425, § 1er, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.
§ 8. Le ministère public et le ministre ou son délégué communiquent leur mémoire à l'étranger ou à son conseil par courrier recommandé ou, dans les conditions fixées par le Roi, par la voie électronique . Ils peuvent aussi faire remettre le mémoire à l'étranger. La preuve de l'envoi ou de la remise est déposée au greffe dans le délai prévu pour le dépôt du mémoire.
§ 9. Le défendeur en cassation ne peut indiquer sa réponse que dans un mémoire signé par un avocat titulaire de l'attestation visée à l'article 425, § 1er, alinéa 2 , du Code d'instruction criminelle et remis au greffe de la Cour de cassation au plus tard cinq jours avant l'audience.
§ 10. Le greffier constate la remise des mémoires ou des pièces en indiquant la date de réception. Il délivre récépissé au déposant s'il en est requis.
§ 11. Les conditions prévues pour introduire un pourvoi en cassation sont prescrites ä peine d'irrecevabilité du pourvoi. Les conditions requises pour le dépôt et la communication des mémoires sont prescrites ä peine d'irrecevabilité du mémoire.
§ 12. La Cour de cassation statue dans les quinze jours de la déclaration de pourvoi, l'étranger restant entre-temps en détention.
§ 13. Après un arrêt de cassation avec renvoi, la cour d'appel, autrement composée, ou une autre cour d'appel, statuera dans les quinze jours, ä compter du prononcé de cet arrêt, l'étranger restant entre-temps en détention.
§ 14. Les fonctionnaires de police et les fonctionnaires de l'Office des étrangers peuvent être chargés par le ministère public, le ministre ou son délégué, d'effectuer les significations, notifications ou remises ä l'étranger, prévues par cet article, et ce, sans frais.

3) Proposition visant à étendre la compétence des juridictions d'instruction[257]

141. La différence entre la compétence de la juridiction d'instruction en matière de détention préventive et celle qui lui est conférée en cas de recours de l'étranger contre une mesure administrative de privation de liberté est grande.

Dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la juridiction d'instruction doit effectuer à la fois un contrôle de légalité et une appréciation sur l'opportunité : elle doit veiller tant à la légalité du mandat d'arrêt qu'à la nécessité du maintien de la détention et à l'absolue nécessité pour la sécurité publique (article 21, § 4, de la loi du 20 juillet 1990).

Jusqu'à présent, la Cour de cassation a toujours refusé de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle portant sur une possible violation du principe d'égalité. En effet, la procédure sur le recours introduit par un étranger contre une mesure administrative de privation de liberté, en application de l'article 71, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980, est une procédure urgente et présentant un caractère provisoire au sens de l'article 26, § 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. De plus, il ne fait aucun doute qu'un étranger privé de liberté en vue de son renvoi, ne se trouve pas dans une situation comparable à celle d'un inculpé placé sous mandat d'arrêt et maintenu en détention pour des motifs de sécurit publique.[258]

142. Les travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1980 se réfèrent au principe de la séparation des pouvoirs pour justifier que la compétence des juridictions d'instruction se limite au contrôle de légalité[259] : permettre également aux juridictions d'instruction d'examiner l'opportunité de la mesure privative de liberté entrainerait la violation de ce principe.

Toutefois, il ne serait pas illogique qu'un étranger n'ayant commis aucune infraction et privé de liberté au seul motif qu'il se trouve illégalement sur le territoire, puisse à tout le moins bénéficier du même contrôle par le juge qu'une personne privée de liberté parce qu'il existe des indices sérieux de culpabilité du chef d'une infraction grave et que la détention est absolument nécessaire à la sécurité publique.

---

[257] Voir à ce sujet, en particulier : D. VANDERMEERSCH, "La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger", *Rev.Dr.Pén.Crim.* 2015, 602-619. Voir également : B. DE SMET, "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied" (note sous Cass. 21 décembre 2011), *R.W.* 2012-13, 1139-1142 ; L. DENYS, "Antwoord op de noot "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied"", *R.W.* 2012-13, 1395-1396; P. MARTENS, "Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction *(bis)*" (note sous Cass. 20 décembre 2017, P.17.1234.F), *J.L.M.B.* 2017, 1288-1291 ; P. STOCKMANS, "Is de administratieve opsluiting van vreemdelingen een uiterste maatregel?", dans *Ad Rem*, 2010, 57-64.

[258] Cass. 10 septembre 2014, P.14.1374.F, *Pas.* 2014, 1806. Voir également : Cass. 30 novembre 2010, P.10.1735.N, *Pas.* 2010, 3046 ; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 652.

[259] Rapport sur le projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Doc. parl.* Sénat, 1980-81, n° 521/2, 59.

En effet, ce n'est pas parce qu'une mesure administrative de privation de liberté est conforme à la loi qu'elle est également juste et justifiée à la lumière des circonstances concrètes de la cause. Un recours effectif exige que la juridiction d'instruction puisse vérifier, en droit et en fait, si la mesure administrative de privation de liberté est une mesure de dernier ressort qu'aucune autre mesure adéquate mais coercitive ne peut remplacer.

Le pouvoir judiciaire doit garantir le respect du droit à la liberté individuelle et protéger contre l'arbitraire et les abus de pouvoir. Pour atteindre cet objectif, il convient d'étendre les compétences de la juridiction d'instruction pour lui permettre d'apprécier non seulement la légalité mais aussi l'opportunité de la mesure privative de liberté afin qu'elle puisse, en d'autres termes, également examiner si la détention est proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir l'expulsion, et si la mesure est équitable au regard des situations individuelles.

Toute personne privée de liberté - belge ou étrangère, coupable ou innocente - doit pouvoir bénéficier d'un recours de pleine juridiction auprès du pouvoir judiciaire pour que l'absolue nécessité de maintenir sa détention puisse être examinée et évaluée. Donner à la juridiction d'instruction le pouvoir d'examiner également l'opportunité de la mesure administrative de privation de liberté contraindra l'État belge à considérer la détention comme une mesure de dernier ressort dans la pratique.

4) ***Plaidoyer visant à confier le contrôle de la légalité de la mesure administrative de privation de liberté au Conseil du contentieux des étrangers***

143. Ce n'est pas la première fois que la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de confier le contrôle de la légalité de la mesure administrative de privation de liberté au Conseil du contentieux des étrangers plutôt qu'au pouvoir judiciaire.

Comme déjà souligné, cette question se pose à juste titre, tant la réglementation relative aux étrangers est complexe et technique. À l'heure actuelle, certains juges du pouvoir judiciaire ordinaire ne sont que sporadiquement confrontés à une contestation en la matière et ne maîtrisent donc pas à suffisance les aspects techniques du droit des étrangers. Le Conseil du contentieux du droit des étrangers, en revanche, est une juridiction spécialisée déjà familiarisée avec la majeure partie du sujet.

144. Toutefois, un problème d'ordre constitutionnel peut se poser à cet égard.

En effet, aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.
L'article 145 de la Constitution dispose que les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.

Cette différence entre les deux catégories de droits subjectifs (civils ou politiques) constitue le fondement de la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives. Il en résulte que seuls les litiges relatifs aux droits politiques peuvent être confiés à une juridiction administrative. La Cour constitutionnelle s'estime compétente, en

vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, pour examiner si le législateur qui a confié à une juridiction administrative le pouvoir de trancher un litige portant sur un droit subjectif, a implicitement considéré, à juste titre, le droit en question comme un droit politique. À cet égard, la Cour constitutionnelle est guidée par un critère matériel.

Ainsi, la Cour constitutionnelle a décidé, par un arrêt du 27 mai 2008, qu'une contestation relative à la qualité de réfugié porte sur un droit politique. Lorsqu'une autorité étatique se prononce sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, elle agit dans l'exercice d'une fonction étroitement liée aux prérogatives de puissance publique de l'État, au point de se situer en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution.

Le législateur pouvait dès lors, sans méconnaître le principe d'égalité et de non-discrimination et en usant de la possibilité que lui offre l'article 145 de la Constitution, confier le contentieux relatif à un tel droit politique à une juridiction administrative, créée en application de l'article 146 de la Constitution, en l'occurrence le Conseil du contentieux des étrangers.

La Cour de cassation a, elle aussi, déjà considéré que le droit à l'asile ou au séjour sur le territoire est un droit politique.

Par contre, le législateur a confié le recours contre une mesure administrative de privation de liberté aux juridictions d'instruction (article 71 de la loi du 15 décembre 1980). Le Conseil du contentieux des étrangers n'a pas été jugé compétent en la matière.
En effet, le droit à la liberté personnelle semble être un droit civil subjectif pour lequel, selon l'article 144 de la Constitution, seuls les tribunaux ordinaires sont compétents.

Par conséquent, il n'est pas possible de confier l'aspect du contrôle de la légalité d'une mesure administrative de privation de liberté au Conseil du contentieux des étrangers, à moins de modifier la Constitution.

Le plaidoyer de différents experts en faveur d'une modification de la Constitution pourrait se révéler propice à la révision des articles 144 et 145 de notre Loi fondamentale, afin de subordonner la répartition des compétences entre juge ordinaire et juge administratif à un critère différent de celui de la nature (civile ou politique) des droits subjectifs.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

I. PRIVATION DE LIBERTÉ ET RECOURS AUPRÈS DU POUVOIR JUDICIAIRE – APERÇU

A. Fondement conventionnel et légal

B. Décisions susceptibles d'un recours auprès du pouvoir judiciaire

C. L'introduction du recours auprès du pouvoir judiciaire

1) Le dépôt d'une requête auprès de la juridiction d'instruction

1) Par l'étrangé privé de liberté

2) Par le ministre

2) Tribunal territorialement compétent

3) Le déroulement ultérieur de la procédure

4) Décision de la chambre du conseil

5) Appel auprès de la chambre des mises en accusation

6) L'introduction d'un nouveau recours

D. Compétence matérielle de la juridiction d'instruction

1) Uniquement un contrôle de légalité et non d'opportunité

2) Le contrôle de légalité après la loi du 19 janvier 2012 transposant la Directive retour

3) Le contrôle de légalité après les lois des 24 février, 15 mars 2017 et 8 mai 2019

4) Le contrôle de légalité après les lois des 21 novembre et 17 décembre 2017

a. Privation de liberté d'étrangers pendant la procédure de Dublin (article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980)

b. Privation de liberté à la frontière (article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980)

c. Privation de liberté sur le territoire (article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980)

d. Le risque de fuite

5) Mise en œuvre dans la jurisprudence de la Cour de cassation

a. Le contrôle de légalité implique la compatibilité de la mesure privative de liberté avec les articles 3, 8, 12 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

1. Article 3 Conv. D.H.

2. Article 8 Conv. D.H.

3. Article 12 Conv. D.H.

4. Article 8 et article 13 Conv. D.H.

b. Le contrôle de légalité englobe celui du caractère arbitraire ou disproportionné invoqué de la mesure privative de liberté

c. Le contrôle de léglaité se limite à la décision à apprécier

d. Le contrôle de légalité ne peut s'opérer que sur la base des pièces présentes au moment de la décision contestée

e. Le contrôle de légalité n'englobe pas celui des procès-verbaux qui ne relèvent pas du dossier administratif

f. Le contrôle de légalité et la signature de la décision administrative de privation de liberté

g. Le contrôle de la légalité et la législation en matière linguistique

h. Le contrôle de légalité et le droit de l'étranger d'être entendu

i. Le contrôle d'opportunité effectué, à tort, par la juridiction d'instruction
j. Le contrôle de légalité et l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980
k. Le contrôle de légalité et l'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980
l. Le contrôle de légalité et la problématique des perquisitions
m. Le contrôle de légalité et le règlement UE 604/2013 (Dublin III)
n. Le contrôle de légalité et la mesure visée à l'article 54, § 2, de la loi du 15 décembre 1980
o. Le contrôle de légalité, le principe de subsidiarité prévu à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et le risque de fuite
p. Le contrôle de légalité et l'article 7, alinéa 5, de la loi du 15 décembre 1980
q. Le contrôle de légalité et l'article 27, § 3, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980
r. Le contrôle de légalité et l'article 74/14, § 3, 3°, de la loi du 15 décembre 1980
s. Le contrôle de légalité et les modifications de la réglementation
t. Le contrôle de légalité, l'article 74/5, § 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980 et la Directive accueil
u. Le contrôle de légalité et l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980
v. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 15 décembre 1980
w. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er, alinéa 1er, 1° et 3°, de la loi du 15 décembre 1980
x. Le contrôle de légalité et les articles 74/6, § 1er*bis*, et 74/13 de la loi du 15 décembre 1980
y. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er*bis*, 5° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980
z. Le contrôle de légalité et l'article 74/6, § 1er*bis*, 9° et 12°, de la loi du 15 décembre 1980

E. L'obligation de motivation incombant à la juridiction d'instruction
F. Pourvoi en cassation
   1) *Généralités*
   2) *Applicabilité des dispositions générales du droit de la procédure pénale*
   3) *Déclaration au greffe et signification du pourvoi*
   4) *Mémoire (en réponse)*
   5) *Prononcé de la Cour de cassation*
G. Les conséquences du rapatriement, de la mise en liberté et d'une nouvelle mesure administrative de privation de liberté
   1) *Recours sans objet*
   2) *Applications dans la jurisprudence de la Cour de cassation*
      a. Une nouvelle mesure administrative de privation de liberté
         (i) Un titre autonome ou la prolongation d'un titre existant ?
         (ii) Recours sans objet
         (iii) Obligation de notifier le nouveau titre
         (iv) Incidence de l'illégalité du titre préalable

(v) Retrait du titre de privation de liberté et remplacement par un nouveau titre

(vi) L'article 15.6 de la Directive retour ne fait pas obstacle à la délivrance d'un nouveau titre de privation de liberté

(vii) Excès de pouvoir

b. Mise en liberté et rapatriement

II. Conclusion et propositions au législateur

A. Évaluation de la loi du 15 décembre 1980 : une refonte législative s'impose d'urgence

B. Évaluation de l'efficacité du recours auprès du pouvoir judiciaire

1) Généralités

2) Proposition concernant l'adaptation de la procédure en cassation

3) Proposition visant à étendre la compétence des juridictions d'instruction

C. Plaidoyer visant à confier le contrôle de la légalité de la mesure administrative de privation de liberté au Conseil du contentieux des étrangers.

AH/30.08.19