

Avis d'AVOCATS.BE
au sujet de la proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur
l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers
afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement (DOC 55-0066)

AVOCATS.BE remercie la commission de l'Intérieur, de la Sécurité, de la Migration et des Matières administratives de lui donner la possibilité d'exprimer son avis au sujet de la proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement (DOC 55-066).

Cette proposition de loi reprend le projet de loi déposé sous la précédente législature et qui avait finalement été abandonné (DOC 54 2798/001). Seuls les articles 6 et 7 du projet ne sont pas repris dans la proposition.

Les observations formulées à l'époque par AVOCATS.BE restent donc valables.

Le processus mis en œuvre par la proposition de loi est de permettre à l'Office des étrangers de demander à un juge d'instruction de délivrer une autorisation de pénétrer dans la résidence de l'étranger ou dans la résidence d'un tiers où il y aurait des **motifs raisonnables** de penser que l'étranger s'y trouverait.

Plusieurs observations sont à émettre :

1° Obligations d'entreprendre des démarches préalables à la visite domiciliaire : dans le développement mais plus dans la loi

Le développement de la proposition indique qu'il ne sera possible de recourir à la visite domiciliaire qu'en dernier recours lorsque d'autres démarches auront été essayées en vain (voir p. 6, dernier paragraphe).

Une telle réserve ne se trouve cependant pas dans le texte de loi en telle sorte que l'Office des étrangers ne devra pas démontrer au juge d'instruction (et ultérieurement au Conseil du Contentieux des Etranges) qu'il a tenté des mesures moins intrusives avant de demander une autorisation de pénétrer.

2° Qu'est-ce qu'un motif raisonnable de perquisitionner ?

L'article 5 qui modifie l'article 74/7 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit qu'un juge d'instruction, sur requête de l'Office des étrangers, pourra autoriser la police à entrer dans un lieu de résidence non accessible au public lorsqu'il existe *des motifs raisonnables de croire qu'un étranger en 'séjour irrégulier' s'y trouve.*

La notion de « motifs raisonnables » est laissée à l'appréciation du juge d'instruction puisque les pièces à joindre à la requête doivent être « *tous les documents et renseignements (qu'est-ce qu'un renseignement ?) desquels il ressort qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un étranger se trouve dans un lieu non accessible au public* ».

Le critère de « raisonnable », s'il n'est pas encadré, et donc défini en des termes généraux dont chacun pourra apprécier la portée, revient à autoriser l'arbitraire, tant il est vrai que ce qui est raisonnable pour l'un ne l'est éventuellement pas pour l'autre.

3° Méconnaissance 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 Etats membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier

Le développement de la proposition de loi précise qu'elle crée une base juridique permettant d'entrer dans le lieu de résidence d'un étranger sans son consentement et indique qu'elle transpose de cette manière partiellement la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier, et plus spécifiquement son article 8.

L'article 8 de la directive est libellé comme suit :

« 1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7. [...]

4. Lorsque les États membres utilisent – en dernier ressort – des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers ».

Les considérants de la directive précisent qu'il convient de respecter une procédure équitable et transparente lorsqu'il est mis fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers.

Or, la procédure prévue par la proposition de loi qui permet de déposer une requête unilatérale auprès du juge d'instruction, n'est en rien une procédure transparente : elle est unilatérale et insusceptible de recours, ce qui signifie que l'étranger arrêté à la suite d'une telle procédure ne pourra introduire de recours contre la décision du juge d'instruction qui aura *in fine* permis son arrestation.

4° La mini instruction ne peut être autorisée pour perquisitionner en matière de droit des étrangers puisque qu'elle a été refusée par la Cour constitutionnelle en droit pénal

La Cour constitutionnelle a, par son arrêt numéro 148/2017 du 21 décembre 2017, annulé la possibilité de procéder à une perquisition via une mini-instruction, en ces termes :

« En raison de la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et dans le droit à l'inviolabilité du domicile, la Cour décide que la perquisition ne peut, en l'état actuel

du droit de la procédure pénale, être autorisée que dans le cadre d'une instruction. Permettre la perquisition via la mini-instruction dans le cadre de l'information sans prévoir des garanties supplémentaires pour protéger les droits de la défense viole le droit au respect de la vie privée et le droit à l'inviolabilité du domicile ».

Un tel argument devra être retenu *a fortiori* par la Cour constitutionnelle s'agissant d'une mini instruction dans le cadre d'une procédure administrative dès lors qu'elle a refusé l'autorisation de perquisitionner sur mini instruction dans le cadre d'une procédure pénale.

5° Il n'est pas cohérent de charger le juge d'instruction de telles mesures en raison de la surcharge des juges d'instruction

Il ne faut pas croire que le juge d'instruction sera un « apposeur » de cachet. Il devra examiner le dossier que lui soumettra, généralement en urgence, l'Office des étrangers et son statut de magistrat indépendant le rendra d'autant plus attentif que la procédure n'est pas contradictoire et que la loi prévoit qu'il n'y aura pas de recours possibles. En d'autres termes, cette nouvelle procédure surchargera les juges d'instruction dont on sait que le temps est particulièrement compté.

Par ailleurs, il est paradoxal de confier de nouvelles missions, lourdes et graves aux juges d'instruction au moment même où il est envisagé de les supprimer (Cfr. proposition de loi contenant la Code de procédure pénale [DOC 55/1239](#)) .

Si les juges d'instruction disparaissent du paysage judiciaire, il s'en suivra que la perquisition sera demandée/ décidée par l'exécutif et contrôlée par l'exécutif. On ne peut plus alors parler de contrôle des pouvoirs, dans un domaine qui relève pourtant des garanties fondamentales dans un Etat de droit.

Jean-Marc Picard

Président de la commission droit des étrangers d'AVOCATS.BE