

I. Edito

Visites domiciliaires : une résurrection condamnée par le Conseil d'État : suite et fin de cette saga ?

Un projet de loi visant à autoriser les visites domiciliaires afin de procéder à l'arrestation et l'expulsion d'étrangers en séjour irréguliers¹ a enflammé la législature passée. Ce texte, enterré par le gouvernement en 2018, est ressuscité en juillet 2019 sous forme d'une proposition de loi déposée par plusieurs députés NVA. Cette résurrection vient d'être sévèrement condamnée par le Conseil d'État. La vigilance reste toutefois de mise, d'autres alternatives étant actuellement envisagées.

Un projet de loi visant à autoriser à pénétrer un domicile privé, moyennant autorisation d'un juge d'instruction, afin de procéder à l'arrestation et à l'expulsion d'étrangers en séjour irréguliers² a marqué la législature passée. Le monde judiciaire, le secteur associatif et le milieu académique s'étaient mobilisés exprimant publiquement leur désaccord avec ce projet qu'ils jugeaient attentatoire aux droits fondamentaux³. Certains dénonçaient une instrumentalisation du juge d'instruction dont le rôle était cantonné par le projet de loi à une intervention ponctuelle dans le cadre d'une procédure administrative dont le pouvoir exécutif conservait l'initiative et le contrôle plein et entier. Les juges d'instruction eux-mêmes s'étaient mobilisés affirmant publiquement « *refuser de devenir le bras armé de l'Office des étrangers* »⁴. De nombreuses communes avaient emboîté le pas adoptant des motions contre le projet⁵.

Face à cette levée de boucliers, le gouvernement avait renoncé à celui-ci, du moins provisoirement. Le ministre de la justice annonçait alors se résigner à abandonner cette loi devenue « inaudible » ou « taboue »⁶.

En juillet 2019, ce texte renaît de ses cendres. Il est déposé sous forme de proposition de loi par des députés NVA⁷. Il a toutefois peu de chance d'être adopté en l'état. Le Conseil d'État, appelé à donner son avis, s'est montré catégorique : le texte à l'examen ne présente pas suffisamment de garanties en termes de respect des droits fondamentaux et doit fondamentalement être revu.

Nous proposons de revenir brièvement sur le texte de la proposition actuellement à l'examen (I). Nous nous pencherons ensuite sur les critiques émises à l'égard de ce texte par le Conseil d'État (II). Nous concluons, enfin, en nous interrogeant sur le sort que pourraient connaître ces visites domiciliaires (III).

Une résurrection du texte proposé sous la législature passée

La proposition reprend en tous points le texte proposé sous la précédente législature et s'inscrit dans une même logique de rapatriement effectif des étrangers en séjour irrégulier.

En l'état actuel de notre droit, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement bénéficie en principe d'un délai de trente jours pour quitter le territoire de son plein gré⁸. Ce délai expiré, le ministre ou son délégué est autorisé à prendre à son égard une série de mesures afin d'assurer la bonne exécution de cette décision d'éloignement⁹. Il est notamment autorisé à procéder à son arrestation administrative et son maintien en

1 Projet de loi du 7 décembre 2017 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., Ch.*, 2017-2018, n° 2798/001.

2 *Ibid.*

3 Voir notamment « Visites domiciliaires : une étape de plus dans la criminalisation des sans-papiers », *Le Vif l'express*, 12 décembre 2017 ; « Sans-papiers : la solidarité criminalisée ? », *Alter-échos*, 20 décembre 2017 ; « La plateforme citoyenne ne désarme pas : « Ne votez pas cette loi qui vise à intimider les citoyens solidaires » », *La Libre Belgique*, 22 janvier 2018 ; « Constitutionnellement, des agents dans un domicile, cela doit être l'exception absolue », *Le Soir*, 23 janvier 2018 ; « Visites domiciliaires, un rappel des fondamentaux libéraux », *L'Echo*, 1^{er} février 2018 ; « L'autorisation des visites domiciliaires et la fable de la grenouille », *Le Soir*, 30 octobre 2018 ; C. MACQ ET L. TEPER, « Visites domiciliaires : le juge d'instruction bientôt au service de l'Office des étrangers ? », *Rev. dr. étr.*, n°195, 2018, pp. 521-526 ; M. LENOBLE-PINSON, T. WERTS, « Les visites domiciliaires : regards croisés », *J.T.*, 2018, pp.445 à 447.

4 « Loi sur les visites domiciliaires : les juges d'instruction refusent de devenir le bras armé de l'Office des étrangers », *La Libre Belgique*, 22 janvier 2018.

5 « Visites domiciliaires : 49 communes se prononceront cette semaine en Wallonie et à Bruxelles », *La Libre Belgique*, 26 février 2018.

6 « Le projet de loi sur les visites domiciliaires est de facto enterré », *Le Soir*, 3 septembre 2018.

7 Proposition de loi du 9 juillet 2019 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 de mesures d'éloignement, *Doc., Ch.*, 2019, n° 0066/001.

8 Art. 74/14 de 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, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584 ci- après « loi du 15 décembre 1980 ».

9 *Ibid.*

centre fermé¹⁰ afin de le ramener de force à une frontière¹¹. Toutefois, les autorités ne sont pas autorisées par la loi à s'introduire dans un domicile privé pour procéder à cette arrestation administrative¹². Le texte en projet entend y remédier en les autorisant à pénétrer le lieu de résidence de l'étranger en séjour illégal sans que son consentement ou le consentement du propriétaire des lieux ne soit requis, afin de l'arrêter administrativement en vue de son éloignement. Par ailleurs, lorsque l'étranger ne peut pas produire de document d'identité, le texte autorise ces mêmes autorités à fouiller le lieu de résidence de l'étranger afin de chercher des documents d'identité ou des éléments permettant de déduire son identité, et d'emporter ces documents.

La proposition de loi soumet cette « visite » à l'autorisation préalable d'un juge d'instruction. L'intervention de ce magistrat est présentée par les auteurs du texte comme de nature à garantir le respect des droits des personnes concernées et éviter tout risque d'abus ou d'arbitraire¹³. Or, il est permis de douter des garanties que présente l'intervention d'un juge d'instruction dans le cadre de cette procédure dès lors que le texte en projet ne lui offre que peu de marge de manœuvre. Son rôle se limitera à autoriser ou non la mesure sur la base des seules informations qui lui seront communiquées par les autorités administratives. Les personnes concernées n'auront, en outre, aucun moyen de s'opposer à l'exécution de la mesure ou même d'avoir accès aux informations recueillies. Le texte ne prévoit, par ailleurs, aucun dispositif spécifique afin de soumettre *a posteriori* la régularité de ces « visites » à un contrôle juridictionnel.

De plus, en autorisant à pénétrer le lieu de résidence de l'étranger, ce dispositif autorise à s'introduire et fouiller le domicile de toute personne hébergeant des sans-papiers. Ainsi, outre de stigmatiser l'étranger en séjour illégal qui se voit appliquer un dispositif réservé à ceux qui enfreignent une loi pénale¹⁴, le dispositif proposé stigmatiserait ceux qui leur viennent en aide.

Une proposition recalée par le Conseil d'État

La proposition de loi a été soumise à l'avis du Conseil d'État. Celui-ci s'est montré très critique estimant que ces visites domiciliaires entraîneraient de graves ingérences dans le droit au respect de la vie privée ainsi que le principe de l'inviolabilité du domicile de l'étranger ou des personnes qui l'hébergeraient¹⁵. Le droit à la vie privée ainsi que le principe d'inviolabilité du domicile protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les articles 15 et 22 de notre Constitution peuvent faire l'objet de restrictions pour autant qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles poursuivent un objectif légitime et qu'elles soient proportionnées. En l'espèce, le Conseil d'État estime que la proposition à l'examen ne prévoit pas suffisamment de garanties de nature à garantir le respect de ces droits.

En cause, notamment, l'absence de modalités particulières qui permettraient de prendre adéquatement en compte les intérêts des tiers qui vivent régulièrement dans l'habitation faisant l'objet de la visite domiciliaire, notamment les intérêts des enfants mineurs. Le Conseil d'État regrette que rien ne soit prévu concernant les heures pendant lesquelles la visite domiciliaire peut être concrètement organisée, ni quant à l'encadrement de la mise en œuvre concrète de la mesure, par exemple, en prévoyant, que la visite domiciliaire s'opère en présence et sous le contrôle d'un magistrat. Il dénonce par ailleurs l'absence de contrôle *a posteriori* de l'autorisation de visite domiciliaire. Il est certes prévu que l'étranger reçoive une copie de l'autorisation de visite domiciliaire au moment de celle-ci, mais aucun recours contre la décision du juge d'instruction, en vue d'invalider celle-ci, n'est organisé. L'étranger dispose, dans une certaine mesure et à supposer qu'il soit maintenu en détention, d'un recours contre la mesure privative de liberté prise à son égard dans le cadre

10 Notamment lorsqu'il existe des raisons de croire que l'étranger « évite ou empêche la préparation de son retour », qu'il existe « une risque de fuite » ou « pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure d'éloignement ».

11 Art. 27 et s. de la loi du 15 décembre 1980 précitée.

12 Ainsi, comme le relèvent les auteurs de la proposition de loi, dans un certain nombre de cas, après avoir interjeté appel à l'encontre de son maintien, l'étranger est remis en liberté du fait que la visite domiciliaire et le maintien consécutif à celle-ci constituent une violation de l'article 8 CEDH et de l'article 15 de la Constitution en raison de l'absence d'autorisation et du défaut de consentement claire implicite ou explicite de l'étranger. Voir à cet égard les décisions suivantes auxquelles les auteurs renvoient : Corr. Gand (ch. cons.), 14 novembre 2016, GE.56.ET.48/2016; Bruxelles (mis. acc.), 22 décembre 2015, n° 2015/VE/190, T. *Vreemd*. 2016 (sommaire), liv. 2, 244, note X.

13 Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi précitée, p. 10.

14 Voir pour plus de précisions quant aux dispositifs applicables en matière pénale ainsi que pour une comparaison de ceux-ci avec le dispositif de visites domiciliaires en projet : C. MACQ ET L. TEPER, précité, pp. 523 et 524 ainsi que l'avis du Conseil d'État n° 68.144/4 du 16 novembre 2020, *Doc.*, Ch., n° 00066/002, pp. 4 à 9.

15 Voir l'avis du Conseil d'État n° 68.144/4 du 16 novembre 2020, *Doc.*, Ch., n° 00066/002.

duquel il peut faire valoir l'existence d'irrégularités commises lors de la visite domiciliaire¹⁶. Toutefois, le Conseil d'État souligne le fait que ce recours a un champ d'application limité et surtout ne protège en aucune manière les droits à l'inviolabilité du domicile et au respect de la vie privée et familiale dont sont titulaires les autres personnes vivant dans l'habitation où la visite domiciliaire a été organisée¹⁷.

Le Conseil d'État conclut appelant à une révision en profondeur du texte de manière à prévoir « *des modalités particulières de nature à garantir les droits fondamentaux de toutes les personnes concernées par la mesure de visite domiciliaire* »¹⁸.

Suite(s) et fin de cette saga ?

Vu l'avis très critique du Conseil d'État, il y a peu de chance que le texte actuellement sur la table soit adopté en l'état. L'abandon de cette proposition de loi ne signerait toutefois pas nécessairement la fin de la saga.

Le texte pourrait être revu tenant compte des critiques formulées par le Conseil d'État.

Ce projet pourrait également renaître sous d'autres formes. Ainsi, la Commission Bossuyt chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers proposait dans son rapport final communiqué au mois de septembre une voie alternative aux visites domiciliaires reposant sur l'ouverture d'une enquête judiciaire¹⁹. En résumé, la Commission Bossuyt suggérait d'augmenter la peine applicable à l'infraction de séjour illégal. Actuellement, le simple fait de séjourner illégalement sur le territoire belge est punissable pénalement d'une peine d'emprisonnement allant de huit jours à trois mois²⁰. La proposition de la Commission Bossuyt est de porter le maximum de la peine d'emprisonnement applicable à l'infraction de séjour illégal à un an d'emprisonnement. De cette manière, cette infraction passerait dans une autre catégorie, autorisant la saisine d'un juge d'instruction qui disposerait du pouvoir de délivrer un mandat d'arrêt et un mandat de perquisition. Un juge d'instruction saisi dans le cadre d'une enquête judiciaire relative à une infraction de séjour illégal pourrait ainsi délivrer un mandat de perquisition autorisant des officiers de police à pénétrer un domicile privé de manière à procéder à l'arrestation judiciaire de l'étranger en séjour irrégulier.

Cette proposition a été suggérée à la Commission Bossuyt par l'Association des juges d'instruction. Elle ne fait toutefois pas l'unanimité au sein du monde judiciaire. Le Collège des procureurs généraux également consulté dénonce une forme de dévoiement de la procédure dès lors que « *l'autorisation accordée de pénétrer dans une habitation privée à des fins judiciaires, viserait en réalité des objectifs administratifs* »²¹. Nous rejoignons ces critiques. Modifier une politique criminelle dans l'unique but de satisfaire les objectifs d'une politique migratoire est dangereux en termes de respect des droits fondamentaux. Le droit pénal et le droit de la procédure pénale, matières hautement attentatoires aux droits fondamentaux ne peuvent être détournées des finalités qui leur sont propres sans augmenter le risque d'atteinte à ces droits. Il convient de ne pas minimiser l'impact que peut avoir l'utilisation de dispositifs répressifs à des fins de politique migratoire²².

En conclusion, si l'on peut se réjouir de la position très critique prise par le Conseil d'État à l'égard du texte actuellement sur la table, la vigilance reste de mise. Le dépôt de cette proposition de loi en dépit des nombreuses critiques déjà émises à son égard, de même que la proposition portée par la Commission Bossuyt, démontrent la persistance d'un courant politique prêt à user de toutes les voies susceptibles de conduire à la consécration légale de ces « visites domiciliaires ».

Christelle Macq, doctorante et assistante en droit à l'UCLouvain CRID&P (Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité) - EDEM (Equipe droits européens et migrations), christelle.macq@uclouvain.be

¹⁶ Conformément à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁷ Sous réserve du dépôt d'une plainte sur pied de l'article 148 du Code pénal qui punit pénalement le fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire qui se serait introduit dans un domicile privé contre l'autorisation de son propriétaire, en dehors des cas prévus par la loi ainsi que des formalités prescrites par la loi.

¹⁸ Voir l'avis du Conseil d'État précité, p. 10.

¹⁹ Rapport final de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers présidée par le professeur émérite Marc BOSSUYT présenté à la Ministre de l'Asile et de la Migration le 15 septembre 2020.

²⁰ Voir l'article 75 de la loi du 15 décembre 1980.

²¹ Voir le Rapport final de la Commission Bossuyt précité, p. 23.

²² La criminalisation du séjour illégal qui s'inscrit dans cette logique est, à notre estime, en soi, critiquable. Voir pour une critique de la criminalisation du séjour irrégulier : C. SMEETS, « Plaidoyer contre la criminalisation du séjour irrégulier », *Plein droit*, 2010/1, n°84, pp. 37 à 40.