

**« Le séjour précaire devant le Tribunal d'application des peines »
Note sous Cass. (2^e ch.), 26 avril 2017, R.G. P.17.0375.F¹**

« Pour les étrangers en prison, la porte de sortie, c'est la porte d'embarquement. »

Cette affirmation pourrait presque résumer la position de l'actuel gouvernement en la matière². Cette volonté politique se traduit par différentes mesures et législations. Parmi celles-ci, la loi du 5 février 2016 dite « pot-pourri II » a modifié la loi du 17 mai 2006³ en vue d'exclure les condamnés qui ne sont pas « autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire » du bénéfice de pratiquement toutes les modalités d'exécution de la peine⁴ et de faciliter et accélérer leur éloignement du Royaume, et ce, au principal motif qu'il serait « impossible » pour ces condamnés de « préparer ou développer une réinsertion en Belgique après la libération »⁵.

Outre les trois questions préjudicielles et le recours en annulation actuellement pendants devant la Cour Constitutionnelle au sujet de cette modification législative, une controverse jurisprudentielle est rapidement apparue à propos des étrangers sous « annexe 35 »⁶.

Il s'agit pour l'essentiel d'étrangers ayant introduit un recours contre une décision leur refusant la protection internationale, refusant le regroupement familial, ou retirant le droit de séjour en qualité de membre de la famille, retirant ou refusant la reconnaissance du séjour à des citoyens de l'Union,... à moins que ces décisions soient fondées sur des « raisons impérieuses de sécurité nationale »⁷. L'annexe 35 est délivrée à l'étranger par l'administration communale, sur instruction de l'Office des étrangers.⁸ L'annexe 35 est intitulée « document spécial de séjour », mais précise que l'étranger qui en est titulaire « n'est ni admis, ni autorisé au séjour mais peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du Contentieux des Etrangers ».

¹ Voir également : J. HARDY et O. NEDERLANDT, « L'annexe 35 : sésame pour les condamnés sans titre de séjour devant le tribunal de l'application des peines ? », note sous Cass. (2^e ch.), 26 avril 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017 (à paraître).

² Accord gouvernement du 10 octobre 2014, p. 123 ; K. GEENS, *Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficacité pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2014-2015, n°54-1019/001, pp. 44 – 51.

³ Loi 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, *M.B.*, 15 juin 2006. Relevons le fait que les condamnés concernés par cette législation sont les condamnés à une ou plusieurs peines dont le total à exécuter est supérieur à trois ans. Pour les condamnés à des peines inférieures ou égales à trois ans, la matière est régie par la voie de circulaires ministérielles, voir à cet égard : Observatoire International des Prisons, « Combien de temps en prison ? Mieux vaut savoir calculer », <http://oipbelgique.be/fr/?p=440>.

⁴ Voir les articles 20 et 25/1 de la loi du 17 mai 2006. L'article 20 de la loi du 17 mai 2006 dispose que : *la permission de sortie visée à l'article 4, § 3, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine ne sont pas accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume*. L'article 25/2 dispose que : *La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume*. Partant, les étrangers sans droit au séjour ne peuvent plus que solliciter la permission de sortie visée à l'article 4, §2 de la loi du 17 mai 2006, la libération provisoire pour raisons médicales et la libération provisoire en vue de la remise ou de l'éloignement du territoire.

⁵ Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2015-2016, n°54-1418/001, p. 131.

⁶ Document conforme à l'annexe 35 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ; voy. S. SAROLÉA, « L'annexe 35 réhabilitée ? », Note sous Cass., 26 avril 2017 », Newsletter EDEM, mai 2017 ;

⁷ Voy. les articles 39/70 et 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 et l'exception insérée récemment par l'article 3 de la loi du 15 mars 2017 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.

⁸ Article 111 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981.

Par l'arrêt du 26 avril 2017, la Cour de cassation a cassé un jugement du tribunal de l'application des peines de Bruxelles du 22 mars 2017⁹, par lequel le tribunal avait refusé d'octroyer la surveillance électronique, au motif que l'étranger concerné, détenteur d'une annexe 35, n'était « pas admis ni autorisé au séjour ». La Cour de cassation motive sa position en affirmant que « l'étranger à qui ce document a été délivré, bien qu'il ne soit ni admis ni autorisé au séjour, peut demeurer sur le territoire et n'est pas en séjour illégal, et que tant que cette situation perdure, la finalité de réinsertion sociale poursuivie par l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine n'est pas impossible à atteindre ».¹⁰

La position de la Cour de cassation constitue une avancée à deux niveaux au moins.

Premièrement, la Cour ne se réfère pas à l'avis de l'Office des étrangers, mais au fait que l'intéressé est détenteur d'une annexe 35. Or, interprétation stricte de l'article 25/2 de la loi du 17 mai 2006 aurait pu conduire les juges à se limiter à ce qui « ressort d'un avis de l'Office des étrangers », et refuser la modalité sollicitée au motif qu'il est affirmé dans cet avis que l'étranger « n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ». La Cour de cassation fait toutefois primer la réalité sur une lecture formelle de l'avis de l'Office des étrangers.

On peut par ailleurs imaginer aller plus loin et considérer qu'il n'est pas nécessaire que l'étranger soit effectivement en possession de l'annexe 35 au moment de son passage devant le TAP, pour peu qu'il ressorte d'une analyse du dossier que l'étranger a actuellement droit à un tel document.¹¹ Il ne serait en effet pas cohérent que le TAP rejette une modalité en raison du fait que l'étranger ne détient pas (encore) l'annexe 35, alors qu'il y a droit et qu'il l'obtiendra dès qu'il se présentera à l'administration communale.

Deuxièmement, la Cour de cassation affirme qu'il est possible pour un condamné sous annexe 35 de réaliser des démarches en vue de sa réinsertion sociale, ce qui est précisément un des motifs principaux des modalités sollicitées devant le TAP. La Cour considère que « tant que cette situation perdure, la finalité de réinsertion sociale poursuivie par l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine n'est pas impossible à atteindre ».

La Cour de cassation, à l'instar du Conseil d'Etat¹², constate que l'étranger détenteur d'une annexe 35 n'est pas en séjour illégal. D'aucuns diraient que l'étranger sous annexe 35 n'est pas « admis » ou « autorisé » au séjour, mais bien « habilité à séjourner dans le Royaume » au sens des articles 20 et 25/2 de la loi du 17 mai 2006, mais la Cour de cassation se garde d'affirmer cela.

⁹ TAP Bruxelles (81^{ème} ch.), 22 mars 2017, R.G. 15/1142/SE, 16/0194/LC, 16/0230/LPE, inédit

¹⁰ Après cassation, le TAP de Bruxelles, par un jugement du 12 juin 2017, a octroyé la surveillance électronique au condamné qui avait introduit le pourvoi en cassation contre le jugement du 22 mars 2017 : TAP Bruxelles (80^e ch.), 12 juin 2017, R.G. 15/1142/SE + 16/0194/LC + 16/0230/LPE, inédit.

¹¹ L'annexe 35 étant délivrée par l'administration communale, sur présentation de l'étranger, il est fréquent que l'intéressé ne soit pas en sa possession au sein de l'établissement pénitentiaire, puisque ce document « l'attend » à la commune, et qu'il ne pourra s'y rendre que s'il obtient la mesure sollicitée devant le TAP.

¹² C.E., 25 novembre 2014, n°229.317 ; Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait à connaître d'un recours en annulation introduit à l'encontre de l'article 31 de l'arrêté royal du 17 août 2013 modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, qui a remplacé l'annexe 35 prévue par l'arrêté royal du 8 octobre 1981. Suite à cette modification, à la différence de la précédente annexe 35 qui prévoyait que celui ou celle à qui elle était délivrée était « autorisé(e) à séjourner dans le Royaume en attendant qu'il ait été statué sur son recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers », la nouvelle annexe 35 précise que celui ou celle à qui elle est octroyée « n'est ni admis(e), ni autorisé(e) au séjour mais peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du contentieux des étrangers ». Le Conseil d'Etat conclut notamment que la disposition querellée devant lui n'implique pas que les étrangers sous annexe 35 sont en séjour illégal.

La Cour considère donc qu'il n'y a *que* la situation de séjour illégal qui ferait obstacle à l'obtention d'une mesure devant le TAP. Cet enseignement pourrait être transposable à d'autres situations de séjour, particulièrement les étrangers « sous attestation d'immatriculation » : ce document de séjour permet à l'étranger concerné de séjourner sur le territoire dans l'attente d'une décision sur sa demande de séjour, sans qu'il soit nécessairement considéré comme admis ou autorisé au séjour par l'Office des étrangers. D'ailleurs, l'étranger sous annexe 35 sera souvent (re)mis en possession d'une telle attestation d'immatriculation si son recours a mené à l'annulation de la décision lui refusant le séjour. Ici encore, il serait difficilement compréhensible que l'étranger qui est dans l'attente de l'issue du recours, qu'il a introduit à l'encontre d'une décision lui refusant le séjour, et donc « sous annexe 35 » durant le recours, bénéficie d'un statut plus favorable que lorsqu'il est dans l'attente d'une décision administrative en réponse à sa demande de séjour initiale, et donc « sous attestation d'immatriculation ».

Les détenus candidats au regroupement familial ou à la protection internationale, peuvent se réjouir de ces nouvelles perspectives.

Cette jurisprudence nous paraît heureuse, car la Cour de cassation sauvegarde la possibilité pour les tribunaux de l'application des peines d'individualiser l'exécution de la peine de certains condamnés sans droit de séjour. En effet, prévoir deux régimes juridiques d'exécution de la peine totalement distincts selon que les condamnés se trouvent en « séjour légal » ou « séjour illégal » est souvent inadapté face à la réalité juridique, sociale et humaine de nombreux condamnés. Les tribunaux de l'application des peines connaissent de situations de séjour complexes, et il est donc important qu'ils conservent une certaine marge de manœuvre pour rendre des décisions en phase avec la réalité du justiciable.

Julien HARDY,
Avocat au Barreau du Brabant wallon

Olivia NEDERLANDT,
Chercheuse F.R.S. - FNRS à
l'Université Saint-Louis – Bruxelles