

La prise en compte du risque de refoulement lors du processus de retour dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme et dans la jurisprudence belge

Colette Van Lul¹

Ancienne agente belge auprès de la Cour de justice de l'Union européenne

Le principe de non-refoulement tel qu'universellement consacré par la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés interdit à un État partie d'expulser ou de refouler un réfugié vers un territoire où il risque de subir des persécutions.

Ce principe est consacré au niveau européen par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui proscriit toute forme de torture, de peines et de traitements inhumains ou dégradants.

Il demeure possible pour les États européens de prendre, à l'égard de ressortissants d'État tiers entrés irrégulièrement sur leur territoire et qui ne remplissent pas les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence, une décision de retour vers leur pays d'origine. Cette possibilité est toutefois conditionnée au respect du principe absolu de non-refoulement.

De nombreuses discussions existent concernant le moment où l'examen du risque de persécution et de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme doit être réalisé. Est-ce lors de la prise de décision de retour ou lors de son exécution ?

La présente contribution examine sur ce point la jurisprudence des deux Cours européennes – la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme – ainsi que celle des juridictions belges sous la plume avisée de l'autrice qui, en tant qu'ancienne agent belge à la Cour de justice de l'Union européenne, a traité de cette question.

Lors de la parution du rapport de la Commission Bossuyt chargée par les autorités belges de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, la position de cette Commission était que cet examen du risque devait avoir lieu au moment de l'exécution de la décision de l'éloignement. Toutefois, suite à l'évolution des jurisprudences, se pose la question de savoir si cette position est toujours d'actualité ?

Pour y répondre, l'évolution des éléments pris en considération pour effectuer cette évaluation du risque est examinée, dans un premier temps, au travers de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.) et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme et dans un second temps, via la jurisprudence de certaines juridictions belges à savoir, celle du Conseil d'État, du Conseil du contentieux des étrangers et de la Cour constitutionnelle.

Il existe de nombreuses discussions concernant le moment de l'évaluation de l'article 3 de la Convention européenne

des droits de l'homme (ci-après « CEDH »), lorsqu'une décision de retour est envisagée. Cette évaluation doit -elle avoir lieu avant l'adoption d'une décision de retour et/ou lors de l'exécution de l'éloignement ? Quels sont les éléments à prendre en considération lors de cette évaluation ? Pour y

¹ La présente contribution a été coordonnée par les juristes de l'ADDE en collaboration avec l'autrice.

répondre, la jurisprudence des deux Cours européennes ainsi que de certaines juridictions belges sera analysée.

L'article 3 de la CEDH, qui illustre parfaitement la logique de protection de l'individu, prévoit que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». C'est l'un des rares articles auxquels aucun État ne peut apporter de dérogation, de limite, d'aménagement ou de réserve.

Cette disposition implique qu'un État ne peut renvoyer un étranger vers un pays où il existe un risque réel qu'il subisse de tels mauvais traitements. Cela correspond au principe de non-refoulement garanti par l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié. Ce principe² est également repris à l'article 5 de la Directive 2008/115/CE³, dite « Directive retour », qui impose aux États membres de respecter le principe de non-refoulement lorsqu'ils la mettent en oeuvre.

Comme il ressort des explications de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, « la Charte »)⁴, le droit garanti à l'article 4 de celle-ci correspond à celui qui est garanti à l'article 3 de la CEDH, tandis que l'article 19, paragraphe 2, de la Charte reflète la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « Cour européenne des droits de l'homme ») relative à l'article 3 de la CEDH. Conformément à l'article 52, paragraphe 3 de la Charte, il résulte que le sens et la portée de ces dispositions doivent être les mêmes que ceux que leur confère l'article 3.⁵ Le présent article évalue, par conséquent, le risque de violation de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 de la Charte.

En se fondant principalement sur la jurisprudence des Cours européennes, sur celle de la Cour constitutionnelle et sur

la volonté du législateur, la Commission Bossuyt (chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé des étrangers)⁶, a conclu que l'examen au regard de l'article 3 de la CEDH doit s'opérer au moment de l'exécution de la décision d'éloignement et non au moment de sa délivrance.⁷

Toutefois, depuis la publication de ce rapport, la jurisprudence a évolué. C'est pour cette raison qu'elle sera examinée afin de déterminer le moment précis de l'évaluation et les éléments exacts à prendre en considération.

I. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 3 CEDH DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Tout d'abord, il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 3 de la CEDH fait peser sur les États les obligations positives⁸ suivantes :

1. L'obligation de mettre en place un cadre législatif et réglementaire de protection ;
2. Dans certaines circonstances bien définies, l'obligation de prendre des mesures opérationnelles pour protéger des individus précis face au risque de traitements contraires à cette disposition et ;
3. L'obligation de mener une enquête effective sur des allégations défendables d'infliction de pareils traitements.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, pour tomber sous le coup de l'article 3⁹, un mauvais traitement doit en général atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime.¹⁰

La Cour a reconnu dans son arrêt *Soering c. Royaume-Uni*¹¹ que l'article 3 CEDH interdit l'extradition vers un pays étranger d'une personne si celle-ci est susceptible d'y être victime de

2 Le principe de non-refoulement est également repris dans d'autres dispositions telles que l'article 4 et l'article 19, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (interdisant les traitements inhumains et dégradants à l'instar de ce que l'article 3 de la CEDH prévoit), et les articles 3, b), et 4 du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant le Code frontières Schengen.

3 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, *J.O.U.E.*, 2008, L. 348, p. 98.

4 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 2007, C.303, p. 17.

5 CJUE (gde ch.), *MP*, 24 avril 2018, C-353/16, EU:C:2018:276, point 38 et CJUE, *C.K.e. a*, 16 février 2017, PPU, C-578/16, EU :C:2017:127, point 67.

6 M. BOSSUYT, Rapport final de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé d'étrangers, 15 septembre 2020.

7 *Ibidem*, p. 25.

8 Guide de l'article 3 de la CEDH, Conseil de l'Europe, 31 août 2022, p. 6.

9 Cour eur. D.H (gde ch.), *Savran c. Danemark*, 7 décembre 2021, § 122.

10 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Muršić c. Croatie*, 20 octobre 2016, § 97.

11 Cour eur. D.H. (plén.), *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 111.

torture.

Dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*¹², la Cour européenne des droits de l'homme a recherché s'il existait un risque réel que l'expulsion du requérant soit contraire aux règles de l'article 3 compte tenu de l'état de santé de D. « à l'heure actuelle ». « Pour cela, la Cour eur D.H. a évalué ce risque à la lumière des éléments dont elle dispose au moment où elle examine l'affaire¹³, et notamment des informations les plus récentes sur la santé du requérant »¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment tenu compte du fait que le destinataire de la décision d'expulsion se trouvait à un stade terminal de sa maladie et que le retrait abrupt des prestations médicales fournies dans l'État d'accueil, ainsi que l'absence d'un traitement adéquat dans son pays d'origine, réduiraient son espérance de vie et lui causeraient des souffrances physiques et mentales aiguës.¹⁵

La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'appréciation de la violation de l'article 3 doit se concentrer sur les conséquences prévisibles de l'expulsion du requérant vers le pays de destination, compte tenu de la situation générale dans ce pays et des circonstances propres à l'intéressé.¹⁶

Dans son arrêt *Sheekh c. Pays-Bas*, « la Cour estime que, compte tenu de la nature absolue de la protection garantie par l'article 3, elle doit se convaincre que l'appréciation effectuée par les autorités de l'État contractant concerné est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et par celles provenant d'autres sources fiables et objectives, comme par exemple celles provenant d'autres États contractants ou non contractants, des agences des Nations Unies et des organisations non gouvernementales réputées pour leur sérieux. Dans l'exercice de la mission de contrôle que lui confie l'article 19 de la Convention, la Cour adopterait une approche par trop étroite au regard de l'article 3 dans les affaires concernant des étrangers menacés d'expulsion ou d'extradition si, en sa qualité de juridiction internationale chargée de contrôler le respect des droits de l'homme, elle ne devait prendre en considération que les éléments fournis par les autorités internes de l'État contractant concerné, sans comparer ces éléments avec ceux provenant d'autres sources fiables et objectives. Cela implique par ailleurs que, pour apprécier la réalité dans le chef d'étrangers menacés d'expulsion ou d'extradition d'un risque allégué de

traitements contraires à l'article 3, la Cour doit se livrer à un examen complet et *ex nunc* de la situation qui règne dans le pays de destination, cette situation pouvant changer au fil du temps. Dès lors que la responsabilité que l'article 3 fait peser sur les États contractants dans les affaires de cette nature tient à l'acte consistant à exposer un individu au risque de subir des mauvais traitements, l'existence de ce risque doit s'apprécier principalement par référence aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion ».¹⁷

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la CEDH que la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de cet article si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement, que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures, dont les autorités peuvent être tenues pour responsables, et cela à condition que les souffrances en résultant atteignent le minimum de gravité requis par cet article.¹⁸

Dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*¹⁹ qui concernait l'éloignement d'une personne séropositive se trouvant dans un état stable grâce au traitement médical qui lui était administré dans l'État d'accueil, la Cour a rappelé que ni le fait d'ordonner l'expulsion d'un étranger atteint d'une maladie grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie étaient inférieurs à ceux disponibles dans l'État partie, ni le fait que l'intéressé connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, ne constituaient en soi des circonstances « exceptionnelles » suffisantes pour emporter violation de l'article 3.

La Cour européenne des droits de l'homme, expose **qu'il faut, en effet, se garder de compromettre le juste équilibre inhérent à l'ensemble de la Convention entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu**. Conclure le contraire reviendrait à faire peser sur les États une charge trop lourde en leur imposant de pallier les disparités entre leur système de soins et le niveau de traitement existant dans le pays tiers en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son

12 Cour eur. D.H., *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, §§ 49 à 54.

13 Cour eur. D. H., *Ahmet c. Autriche*, 17 décembre 1996, § 38 à 43.

14 Cour eur. D.H., *D. c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 50.

15 *Ibidem*, §§ 50 à 52.

16 Voir par exemple : Cour eur. D.H., *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, 11 janvier 2007, § 136 et Cour eur. D. H., *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, §§ 107 et 108.

17 Cour eur. D.H., *Salah Sheekh c. Pays-Bas, ibidem* et Cour eur. D.H., *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 107.

18 Voir, en ce sens, Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 175 et CJUE, *C.K. e.a.*, C 578/16 PPU, *op. cit.*, point 68.

19 Cour eur. D.H., (gde ch.), *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, notamment § 42.

territoire.²⁰

Afin d'établir si ladite affaire était marquée par des circonstances exceptionnelles, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné la gravité de l'état de santé de la requérante au moment où l'éloignement était envisagé, sans se livrer à un examen détaillé du point de savoir si celle-ci pouvait effectivement obtenir le traitement et les soins nécessaires dans le pays de destination. La Cour a considéré que le fait que la requérante n'était pas, à l'époque du prononcé de l'arrêt, dans un état critique, était apte à voyager notamment, était de nature à exclure l'existence de « **circonstances très exceptionnelles** »²¹ et, partant, une violation de l'article 3 de la CEDH.

Plusieurs arrêts ont appliqué cette jurisprudence à l'éloignement de personnes gravement malades dont la maladie était sous contrôle grâce à l'administration des médicaments dans l'État contractant concerné et qui étaient aptes à voyager.²²

Toutefois, dans l'arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*,²³ la Cour est parvenue à une conclusion différente, estimant que l'extradition du requérant vers les États-Unis, où il était poursuivi pour activités terroristes, aurait entraîné un mauvais traitement, en particulier parce que les conditions de détention dans la prison de très haute sécurité où il serait incarcéré risquaient d'aggraver son état de schizophrénie paranoïaque. La Cour a jugé au paragraphe 57 de l'arrêt que le risque de détérioration significative de l'état de santé mentale et physique du requérant était suffisant pour enfreindre l'article 3 de la Convention.

La jurisprudence postérieure à *N. c. Royaume-Uni* n'a toutefois fourni aucune indication au sujet de ce qui est précisément visé par « cas très exceptionnel » dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, autre que celui envisagé dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*.

La Cour a ensuite décidé de clarifier ce qu'il faut entendre par « autre cas très exceptionnel »²⁴ afin de permettre que l'article 3 CEDH soit interprété et appliqué d'une manière

qui rende les garanties qu'elle contient concrètes et effectives et non théoriques et illusoire.²⁵ Quant au point de savoir si ces conditions sont remplies, dans les affaires concernant l'éloignement d'un étranger, **la Cour rappelle qu'elle se garde d'examiner elle-même les demandes de protection internationale ou de contrôler la manière dont les États contrôlent l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux**. En effet, **en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, ce sont les autorités internes qui sont responsables de la mise en oeuvre et de la sanction des droits et libertés garantis et qui sont, à ce titre, tenues d'examiner les craintes exprimées par les requérants et d'évaluer les risques qu'ils encourent en cas de renvoi dans le pays de destination au regard de l'article 3.**

« **Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1^{er} de la Convention** »²⁶. Il en résulte que les autorités nationales ont l'obligation de protéger l'intégrité des intéressés en effectuant l'examen de l'article 3 par la voie de procédures adéquates²⁷. Dans le cadre de celles-ci, il appartient aux requérants de produire des éléments susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure litigieuse était mise à exécution, ils seraient exposés à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article 3.

L'évaluation du risque allégué doit faire l'objet d'un contrôle rigoureux²⁸ à l'occasion duquel les autorités de l'État de renvoi doivent envisager les conséquences prévisibles du renvoi sur l'intéressé dans l'État de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé. L'évaluation du risque implique, par conséquent, d'avoir accès à des sources générales telles que les rapports de l'Organisation mondiale de la santé ou les rapports d'organisations non gouvernementales, ainsi qu'aux attestations médicales établies au sujet de la personne malade. Comme la Cour l'a rappelé, l'obligation négative consiste à ne pas exposer un individu à un risque de mauvais traitements prohibés par l'article 3. Il s'ensuit que les conséquences sur l'intéressé du renvoi vers l'**État de destination** doivent être

20 *Ibidem*, voir précisément §§ 44, 47 et 50.

21 Cour eur. D. H. (gde. Ch.), *N. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, point 51. La Cour eur. D.H. conclut au point 51: « Elle n'est pas marquée par des circonstances très exceptionnelles comme celles qui caractérisaient l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (précitée), et la mise à exécution de la décision d'expulser l'intéressée vers l'Ouganda n'emporterait pas violation de l'article 3 de la Convention. »

22 Voir notamment Cour eur. D.H., *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, §§ 103 à 106; Cour eur. D.H., *S.H.H. c. Royaume-Uni*, §§ 56 à 61; Cour eur. D.H., *A.S. c. Suisse*, 30 juin 2015, §§ 35 à 37.

23 Cour eur. D.H., *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013, § 49.

24 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili c. Belgique*, *op. cit.*, § 183.

25 Voir notamment, Cour eur. D.H. (gde ch.), *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, § 121 et Cour eur. D.H. (gde ch.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, § 175.

26 Cour eur. D.H. (gde ch.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §§ 286 et 287 et Cour eur. D.H. (gde ch.), *F.G. c. Suède*, 23 mars 2016, §§ 117 et 118.

27 Cour eur. D.H. (gde ch.), *F.G. c. Suède*, *op. cit.*, § 117.

28 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, §§ 128 et 129; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Hirsi Jamaa et autre c. Italie*, *op. cit.*, §§ 116 à 120.

évaluées en comparant son état de santé **avant l'éloignement et son état de santé après son expulsion**.

À cet égard, la Cour de Strasbourg rappelle qu'elle a déjà examiné l'accessibilité des soins²⁹ en évoquant la prise en considération du coût des médicaments et traitements, l'existence d'un réseau social et familial et la distance géographique pour accéder aux soins.³⁰

Dans l'hypothèse où, après l'examen des données de la cause, de sérieux doutes persistent quant à l'impact de l'éloignement sur les intéressés – en raison de la situation générale dans l'État de destination et/ou de leur situation individuelle – il appartient à l'État de renvoi d'obtenir de l'État de destination, comme condition préalable à l'éloignement, des assurances individuelles et suffisantes que des traitements adéquats sont disponibles et accessibles aux intéressés afin qu'ils ne se retrouvent pas dans une situation contraire à l'article 3.³¹ « La Cour tient à préciser qu'en cas d'éloignement de personnes gravement malades, le fait qui provoque le traitement inhumain et dégradant et engage la responsabilité de l'État de renvoi au regard de l'article 3, n'est pas le manquement par l'État de destination à disposer d'infrastructures médicales. N'est pas davantage en cause une quelconque obligation pour l'État de renvoi de pallier les disparités entre son système de soins et le niveau de traitement existant dans l'État de destination, en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. La responsabilité sur le terrain de la Convention qui se trouve engagée dans des cas de ce genre est celle de l'État de renvoi du chef d'un acte, en l'occurrence l'expulsion, qui aurait pour résultat d'exposer quelqu'un à un risque de traitement prohibé par l'article 3.»³²

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme souligne que la circonstance que l'État tiers soit un État partie à la Convention n'est pas déterminante et que les autorités de l'État de renvoi ne sont pas dispensées, pour cette raison, de leurs obligations préventives au titre de l'article 3 de la Convention, à savoir « **examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré** ». ³³

Dans son arrêt *M.E. c. France* du 6 juin 2013³⁴, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme sa jurisprudence relative à l'évaluation du risque de violation de l'article 3 CEDH dans le pays de renvoi. En examinant le grief tiré du seul article 3, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle les principes généraux relatifs à l'évaluation du risque de subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants dans le pays de renvoi.

Elle rappelle d'abord que la charge de la preuve se partage en deux temps. De son côté, le requérant doit produire des éléments établissant le risque, tandis que les autorités nationales ont la charge de « dissiper les doutes »³⁵, éventuellement générés par ces éléments.

Ensuite, l'établissement des circonstances factuelles par les juridictions internes doit en principe prévaloir.³⁶

La Cour rappelle également que le risque de violation de l'article 3 CEDH s'apprécie en tenant compte à la fois de la « situation générale » prévalant dans le pays de renvoi et des « circonstances propres au cas individuel de l'intéressé ». ³⁷

Enfin, elle termine par rappeler que **l'appréciation du risque se réalise en fonction des informations disponibles au jour où la Cour européenne des droits de l'homme examine l'affaire**.³⁸

Dans l'arrêt *M.E. contre France*³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le renvoi du requérant viole l'article 3 CEDH en raison des éléments de preuves objectifs pour évaluer l'appréciation des circonstances factuelles réalisées par les autorités nationales. En l'occurrence, il avait transmis des convocations et autres documents corroborant la réalité des poursuites pénales exercées à son encontre et démontrant qu'il était une cible privilégiée des violences interconfessionnelles.

La Cour a ensuite considéré⁴⁰ que l'application de l'article 3 de la CEDH aux seuls éloignements des personnes se trouvant à l'article de la mort, comme elle l'avait fait depuis l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* précité, a pour effet de priver du bénéfice de cette disposition les étrangers gravement malades ne se trouvant pas dans un état aussi critique. Par conséquent, la

29 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013, § 55; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Tatar c. Suisse*, 4 novembre 2014, § 47 à 49.

30 Cour eur. D.H. (gde ch.), *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, §§ 34 à 41.

31 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Tarakhel c. Suisse*, *op. cit.*, § 120.

32 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili c. Belgique*, *op. cit.*, § 192.

33 Cour eur. D.H. (gde ch.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, §§ 357-359 et Cour eur. D.H. (gde ch.), *Tarakhel c. Suisse*, *op. cit.*, §§ 104-105.

34 Cour eur. D.H., *M.E. c. France*, 6 juin 2013.

35 Cour eur. D.H., *M.E. c. France*, *op. cit.*, § 47.

36 *Ibidem*, § 47.

37 *Ibidem*, § 48.

38 *Ibidem*, § 49.

39 *Ibidem*, § 51.

40 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili*, *op. cit.*, §§ 181 et 183.

Cour européenne des droits de l'homme a déterminé ce qu'il convient d'entendre par « autres cas très exceptionnels », « les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un **risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie** ». ⁴¹

Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les affirmations du requérant, selon lesquelles ledit traitement n'était pas disponible dans son pays d'origine et selon lesquelles ce requérant ne disposait d'aucune garantie d'accès à d'autres traitements médicaux dans son pays d'origine n'étaient crédibles ⁴². Une violation de l'article 3 de la CEDH pouvait ainsi être constatée, selon la Cour, en l'**absence d'évaluation par les autorités nationales compétentes du risque encouru** par le requérant à l'aune des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie. ⁴³

Par l'arrêt *Paposhvili*, la Cour européenne des droits de l'homme juge que la CEDH offre une protection contre le renvoi aux étrangers gravement malades, non seulement lorsque leur maladie a atteint un stade critique, mais également lorsque leur renvoi impliquerait un « **déclin grave, rapide et irréversible** » ⁴⁴ de leur état de santé, ce qu'il revient en priorité aux autorités nationales de déterminer à l'aide de procédures adéquates. Cette évaluation doit porter sur le degré de souffrance qu'engendrerait l'absence de traitement adéquat, premièrement, et sur la possibilité effective d'accéder à un traitement adéquat dans le pays d'origine, deuxièmement. En ce qui concerne le degré de souffrance, la Cour européenne des droits de l'homme appelle qu'il ne s'agit pas de déterminer si le requérant bénéficiera, dans le pays de renvoi, de soins équivalents à ceux dispensés dans le pays d'accueil. « Le paramètre de référence n'est pas le niveau de soins existant dans l'État de renvoi » ⁴⁵, mais bien le degré de gravité consacré par l'article 3 CEDH, soit un engagement du pronostic vital ou un « déclin grave, rapide et irréversible » de l'état de santé.

En ce qui concerne l'accessibilité à un traitement adéquat, elle doit s'analyser en tenant compte du coût des médicaments

⁴¹ *Ibidem*, § 183.

⁴² *Ibidem*, §§ 194 à 198.

⁴³ *Ibidem*, §§ 205 à 206.

⁴⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili c. Belgique*, *op. cit.*, § 183 et Cour eur. D.H. (gde ch.), *Savran*, *op. cit.*, § 45.

⁴⁵ *Ibidem*, § 189.

et traitements, de l'existence d'un réseau social et familial, et de la distance géographique pour accéder aux soins requis. ⁴⁶ En cas de « sérieux doutes », il revient à l'État de renvoi de solliciter de l'État d'accueil des « assurances individuelles et suffisantes » relatives à l'accessibilité des soins ⁴⁷. En l'espèce, la Cour constate que les autorités belges n'ont nullement procédé à ces évaluations.

Le critère retenu dans l'arrêt *Paposhvili* ⁴⁸ afin de vérifier si l'exécution d'une mesure d'éloignement à l'encontre d'une personne gravement malade constitue un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3 de la CEDH, a été confirmé dans l'arrêt rendu par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Savran c. Danemark*. ⁴⁹ Cet arrêt préserve le droit général pour les États de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, tout en reconnaissant la nature absolue de cet article 3.

Quant à la portée de ce critère, comme signalé, à juste titre, par Monsieur l'Avocat général Priit Pikamäe dans ses conclusions rendues dans l'arrêt X, C-69/21 ⁵⁰, il convient de souligner que:

« Si celui-ci implique certainement un élargissement de la portée de l'article 3 de la CEDH résultant de la définition d'un seuil de gravité permettant d'inclure les personnes n'étant pas proches de la mort parmi les bénéficiaires de la protection offerte par cet article, la Cour européenne des droits de l'homme a été particulièrement soucieuse de mettre en évidence le caractère relatif de cet élargissement ⁵¹, tel qu'il ressort notamment de trois éléments :

Premièrement, elle a réitéré que les cas dans lesquels l'article 3 de la CEDH fait obstacle à l'exécution de l'éloignement d'une personne gravement malade sont « très exceptionnels »;

Deuxièmement, elle a indiqué que ces cas « correspondent à un seuil élevé pour l'application de l'article 3 [de la CEDH dans les affaires relatives à l'éloignement des étrangers gravement malades] »;

Troisièmement, le seuil de gravité qu'elle a fixé implique

⁴⁶ *Ibidem*, § 190.

⁴⁷ *Ibidem*, § 191.

⁴⁸ *Ibidem*, § 183 notamment.

⁴⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), *Savran*, *op. cit.*, § 133.

⁵⁰ Concl. Av. gén., M. PRIIT PIKAMÄE in C.J. (gde ch.); arrêt X, C-69/21, 9 juin 2022, EU:C:2022:913 point 59.

⁵¹ N. MAVRONICOLA, "Specifying the Non-Refoulement Duty under Article 3 ECHR", *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 181.

que le déclin de l'état de santé de la personne soumise à une mesure d'éloignement soit non seulement « grave » et « irréversible », mais également « rapide ». ⁵² Alors que les deux premiers éléments sont des attributs essentiels du préjudice risqué lorsqu'il est question d'une violation purement virtuelle, même si elle est prévisible, de la CEDH, ⁵³ ce dernier élément ne trouve d'autre explication que celle tenant à l'intention de limiter autant que possible le cercle d'individus pouvant bénéficier de la protection prévue à l'article 3 de la CEDH. » ⁵⁴

Quant au moment d'effectuer l'évaluation de l'article 3, dans l'arrêt *Chahal* ⁵⁵, la Cour européenne des droits de l'homme considère : « Étant donné que cela ne s'est pas encore produit, **la date à retenir doit être celle de l'examen de l'affaire par la Cour.** Partant, s'il est vrai que les faits historiques présentent un intérêt dans la mesure où ils permettent d'éclairer la situation actuelle et son évolution probable, **ce sont les circonstances présentes qui sont déterminantes** » ⁵⁶.

Dans son arrêt *F. G. c. Suède* du 23 mars 2016, rendu en grande chambre, la Cour a précisé que : « Si le requérant n'a pas encore été expulsé, **la date à retenir pour l'appréciation doit être celle de l'examen** de l'affaire par la Cour ». ⁵⁷

La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'« **Une évaluation complète et ex nunc est requise lorsqu'il faut prendre en compte des informations apparues après l'adoption** par les autorités internes de la décision définitive » ^{58 59}.

« Dès lors que la responsabilité que l'article 3 fait peser sur les États contractants dans les affaires de cette nature tient à l'acte consistant à exposer un individu au risque de subir des mauvais traitements, **l'existence de ce risque doit s'apprécier principalement par référence aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment du renvoi** ». ⁶⁰ Cette réserve montre que « le principe de l'évaluation *ex nunc* a pour finalité principale de fournir une garantie lorsqu'un laps de temps notable s'est écoulé entre l'adoption de la décision interne et l'examen par la

Cour du grief de violation de l'article 3 exposé par le requérant, et donc lorsque la situation dans le pays de destination a peut-être évolué en ce qu'elle se serait détériorée ou améliorée ». ⁶¹

« La Cour souligne que, dans des affaires de ce type, **tout constat** relatif à la situation générale dans un pays donné et à sa dynamique ainsi que tout constat relatif à l'existence de tel ou tel groupe vulnérable **procède par essence d'une appréciation factuelle ex nunc à laquelle elle se livre sur la base des éléments disponibles** » ⁶².

II. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CI-APRÈS, « C.J. »)

La C.J. s'est prononcée à de multiples reprises concernant la portée de l'article 5 de la Directive 2008/115 précitée dite « Directive retour ».

Dans le cadre de l'adoption d'une décision de retour, la C.J. a tout d'abord souligné dans l'arrêt *Boudjida* ⁶³ que l'intéressé est tenu à un **devoir de coopération loyale** qui lui impose d'informer, dans les meilleurs délais, l'autorité de toute évolution pertinente de sa vie familiale. Grâce à cette coopération loyale, l'évolution de la situation familiale est prise en compte, avant qu'une décision de retour soit adoptée. Dans son arrêt *Mukarubega*, la C.J. rappelle que : « le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour afin de tenir compte de l'évolution pertinente de la vie familiale du ressortissant d'un pays tiers ne peut être instrumentalisé pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative et ce, en vue de préserver l'équilibre entre le droit fondamental de l'intéressé d'être entendu avant l'adoption d'une décision lui faisant grief et l'obligation des États membres de lutter contre l'immigration illégale ». ⁶⁴

Dans son arrêt *Abdida*, la C.J. considère que : « l'exécution d'une décision de retour impliquant l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie vers un pays dans lequel les traitements adéquats n'existent pas pourrait dès lors constituer, dans certains cas, une violation de l'article 5 de la directive 2008/115 » ⁶⁵ et demeure générale concernant les éléments à prendre en considération lors de

52 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Paposhvili*, op. cit., § 183 et Cour eur. D.H. (gde ch.), *Savran*, op. cit., § 45.

53 Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, op. cit., § 90.

54 Av. gén., *M. PRIIT PIKAMÄE*, op. cit.

55 Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 86.

56 *Ibidem*.

57 Cour eur. D.H. (gde ch.), *F. G. c. Suède*, 23 mars 2016, § 115.

58 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, §§ 87 à 95.

59 Cour eur. D.H., *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, 28 juin 2011, § 215.

60 Cour eur. D.H. (gde ch.), *Saadi c. Italie*, op. cit., § 133.

61 Cour eur. D.H., (gde ch.), *Khasanovet Rakhmanov c. Russie*, 29 avril 2022, § 106.

62 *Ibidem*, § 107.

63 CJUE, *Boudjida*, 11 décembre 2014, C-249/13, EU :C:2014:2453, point 50.

64 CJUE, *Mukarubega*, 5 novembre 2014, C-166/13, EU :C:2014:2336, point 71.

65 CJUE (gde ch.), *Abdida*, 18 décembre 2014, C-562/13, EU:C:2014:2453, point 49.

cette évaluation.

Ensuite, dans son arrêt *K.A. e.a.*, la C.J. insiste sur la nécessité de prendre en considération les éléments de la vie familiale et l'intérêt de l'enfant mineur lors de l'adoption d'une décision de retour. La C.J. conclut que : « l'article 5 de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une pratique nationale en vertu de laquelle une décision de retour est adoptée à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers, qui a déjà fait l'objet d'une décision de retour, sans que soient pris en compte les éléments de sa vie familiale, et notamment l'intérêt de son enfant mineur, mentionnés dans une demande de séjour aux fins d'un regroupement familial introduite après l'adoption d'une telle interdiction d'entrée sur le territoire, sauf lorsque de tels éléments auraient pu être invoqués antérieurement par l'intéressé ». ⁶⁶

Ultérieurement, dans son arrêt *C.K. e.a.* ⁶⁷, la C.J. rappelle qu' : « il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la CEDH, qui doit être prise en compte pour interpréter l'article 4 de la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865N.S, points 87 à 91), que la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 de la CEDH si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement, que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures, dont les autorités peuvent être tenues pour responsables, et cela à condition que les souffrances en résultant atteignent le minimum de gravité requis par cet article (voir, en ce sens, Cour européenne des droits de l'homme, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, § 174 et 175) ⁶⁸. »

La C.J. considère qu' « il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'article 3 de la CEDH n'oblige, en principe, pas un État contractant à s'abstenir de procéder à l'éloignement ou à l'expulsion d'une personne lorsque celle-ci est apte à voyager et à condition que les mesures nécessaires, appropriées et adaptées à l'état de la personne soient prises à cet égard (voir, en ce sens, Cour eur. D.H., 4 juillet 2006, *Karim c. Suède*, § 2, et 30 avril 2013, *Kochieva e.a. c. Suède*, § 35) ⁶⁹. La Cour de justice ⁷⁰ a également jugé que : « dans de tels cas exceptionnels, l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers atteint d'une grave maladie vers un pays dans lequel

les traitements adéquats n'existent pas pourrait constituer une méconnaissance du principe de non-refoulement et, partant, une violation de l'article 5 de la directive 2008/115, lu à la lumière de l'article 19 de la Charte. » ⁷¹

La C.J. souligne ⁷² que lorsqu'il s'agit d'une affection grave d'ordre psychiatrique, il convient de ne pas s'arrêter aux seules conséquences du transport physique de la personne concernée d'un État membre vers un pays tiers, mais **de prendre en considération l'ensemble des conséquences significatives et irrémédiables qui résulteraient de l'éloignement.** ⁷³

La C.J. conclut que « l'article 4 et l'article 19, paragraphe 2, de la Charte, tels qu'interprétés à la lumière de l'article 3 de la CEDH, s'opposent à ce qu'un État membre expulse un ressortissant d'un pays tiers lorsque cette expulsion aboutirait, en substance, à exacerber de manière significative et irrémédiable les troubles mentaux dont il souffre, spécialement lorsque, comme en l'occurrence, cette aggravation mettrait en danger sa survie même ». ⁷⁴

Il ressort de la jurisprudence de la C.J. que le seuil de gravité requis aux fins de l'application de l'article 4 de la Charte équivaut au seuil de gravité requis, dans les mêmes circonstances, en vertu de l'article 3 de la CEDH. ⁷⁵ Toutefois, le critère appliqué dans l'affaire *M.B.*, auquel la C.J. a déjà recouru dans l'arrêt *C.K. e.a.* ⁷⁶ diffère de celui issu de l'arrêt *Paposhvili*. « S'il est vrai, que l'expression "détérioration significative et irrémédiable" semble sémantiquement équivalente à celle de "déclin grave et irréversible", il y a lieu de constater que ce critère n'exige ni que la dégradation de l'état de santé de l'intéressé engendre des "souffrances intenses" ou une "réduction significative de l'espérance de vie", ni que cette dégradation soit également "rapide" ». ⁷⁷ Sur ce dernier point, la C.J. a précisé que la **mise en oeuvre de ce critère implique la prise en compte de l'ensemble des conséquences significatives et irrémédiables qui résulteraient de l'éloignement.** ⁷⁸

Par après, dans l'affaire *Gnandi* ⁷⁹, la C.J. considère que « [...],

66 CJUE (gde ch.), *K.A. e.a.*, 8 mai 2018, C-82/16, EU :C:2018:308, points 102 à 107.

67 CJUE, *C.K. e.a.*, *op. cit.*, point 75.

68 *Ibidem*, point 68.

69 *Ibidem*, point 78.

70 CJUE (gde ch.), *MP, op. cit.*, point 44.

71 Voir, en ce sens, CJUE (gde ch.), *Abdida, op. cit.*, point 48.

72 CJUE (gde ch.), *MP, op. cit.*, point 42.

73 Voir, par analogie, CJUE, *C.K. e.a.*, *op. cit.*, point 76.

74 CJUE (gde ch.), *MP c. Secretary of State for the Home Department, op. cit.*, point 43.

75 CJUE, *C.K. e.a, op. cit.*, point 67 et CJUE (gde ch.), arrêt *MP, op. cit.* point 37.

76 *Ibidem*.

77 Concl. Av. gén., M. PRIIT PIKAMÄE, *op. cit.*, point 68.

78 CJUE (gde ch.), *MP, op. cit.*, points 41 et 42 et C.J., *C.K. e.a.*, *op. cit.* point 76.

conformément à l'article 5 et à l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la même directive, les États membres sont tenus de respecter le principe de non-refoulement s'agissant de ressortissants d'un pays tiers en séjour irrégulier et de reporter leur éloignement dans le cas où il se ferait en violation de ce principe ». ⁸⁰ Au point 53 de l'arrêt, la C.J. rappelle que: « le principe de non-refoulement est garanti en tant que droit fondamental à l'article 18 et à l'article 19, paragraphe 2, de la Charte, et est réaffirmé, notamment, au considérant 2 de la directive 2005/85 ainsi qu'au considérant 8 et à l'article 5 de la directive 2008/115 ». ⁸¹

Plus tard, dans son arrêt *Commission/Hongrie* ⁸², la C.J. rappelle ce qu'il ressort de l'arrêt *K.A. e.a.* précité et conclut que: « (...), sans préjudice des exceptions prévues à l'article 6, paragraphes 2 à 5, de la directive 2008/115, **les États membres doivent adopter une décision de retour** à l'encontre des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire et relevant du champ d'application de cette directive, **dans le respect des garanties matérielles et procédurales que celle-ci instaure, avant de procéder, le cas échéant, à leur éloignement** ». ⁸³ Ultérieurement, la C.J. souligne ⁸⁴ que « lorsque l'autorité nationale compétente envisage d'adopter une décision de retour, elle doit, notamment, veiller au respect du principe de non-refoulement » ⁸⁵ et qu': « **avant qu'une modification du pays de destination puisse être entreprise, l'autorité nationale compétente doit procéder à une nouvelle évaluation du respect du principe de non-refoulement, distincte de celle qu'elle a dû réaliser à l'occasion de l'adoption de la décision de retour antérieure** ». ⁸⁶

En ce qui concerne le retour d'un mineur non accompagné, dans son arrêt C-441/19, la C.J. relève les éléments qui sont à prendre en considération spécifiquement : « Ledit article 5, sous a) de la directive 2008/115, a pour effet que, lorsqu'un État membre entend prendre une décision de retour à l'encontre d'un mineur non accompagné, au titre de la directive 2008/115, il doit, **à tous les stades de la procédure, nécessairement prendre en compte l'intérêt supérieur de**

l'enfant ⁸⁷. Il en résulte que: « l'État membre concerné doit, par conséquent, **dûment prendre en compte plusieurs éléments** en vue de décider d'adopter ou non une décision de retour à l'encontre d'un mineur non accompagné, notamment **l'âge, le sexe, la vulnérabilité particulière, l'état de santé physique et mental, le placement dans une famille d'accueil, le niveau de scolarisation et l'environnement social de ce mineur** » ⁸⁸. Il en découle qu' « avant de prendre une décision de retour, **l'État membre concerné doit mener une investigation afin de vérifier, concrètement,** qu'un accueil adéquat est disponible pour le mineur non accompagné en cause dans l'État de retour. En l'absence de disponibilité d'un tel accueil, ledit mineur ne peut pas faire l'objet d'une décision de retour au titre de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de cette directive ». ⁸⁹

La C.J. précise sa jurisprudence dans l'arrêt C-112/20, en soulignant que: « la finalité de l'article 5 de la directive 2008/115 est **de garantir, dans le cadre de la procédure de retour, le respect de plusieurs droits fondamentaux** ⁹⁰. La C.J. conclut que « l'article 5, sous a), de la directive 2008/115 impose aux États membres de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en oeuvre de cette directive ⁹¹ », alors que l'article 5, sous b), de cette Directive oblige les États membres à tenir également dûment compte de la vie familiale ⁹².

Dans son ordonnance du 5 mai 2021 ⁹³, la C.J. a rappelé que dans l'arrêt *Abdida* ⁹⁴, elle a jugé que: « les articles 5 et 13 de la directive 2008/115, lus à la lumière de l'article 19, paragraphe 2, et de l'article 47 de la Charte, ainsi que l'article 14, paragraphe 1^{er}, sous b), de cette directive 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 ce ressortissant de pays tiers à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé et, qui ne prévoit pas la prise en charge, dans la mesure du possible, des besoins de base dudit ressortissant de pays tiers, afin de garantir que les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies puissent effectivement être prodigués, durant la

79 CJUE (gde ch.), *Gnandi*, 19 juin 2018, C-181/16, EU:C:2018:465, point 47.

80 *Ibidem*, point 47.

81 CJUE, *H.T.*, 24 juin 2015, C-373/13, EU:C:2015:413, point 65.

82 CJUE (gde ch.), *Commission/Hongrie*, 17 décembre 2020, C-808/18, EU :C:2020, 1029, point 250.

83 *Ibidem*, point 253.

84 CJUE (gde ch.), *FMS, FNZ, SA, SA junior*, 14 mai 2020, C-924/19PPU et C-925/19PPU, EU :C:2020:367.

85 Voir, en ce sens, CJUE, *Boudjlida*, *op. cit.*, point 49, ainsi que CJUE (gde ch.), *K.A. e.a.*, *op. cit.*, point 103.

86 CJUE (gde ch.), *FMS, FNZ SA, SA junior*, *op. cit.*, points 118-119.

87 CJUE, *T.Q.*, 14 janvier 2021, C-441/19, EU:C:2021:9, point 44.

88 CJUE, *T.Q.*, *op. cit.*, point 47.

89 CJUE, *T.Q.*, *op. cit.*, points 55 et 56.

90 CJUE, *M.A.*, 11 mars 2021, C-112/20, EU:C:2021:197, point 35.

91 *Ibidem*, point 31.

92 *Ibidem*, point 41.

93 CJUE, ordonnance, *VT*, 5 mai 2021, C-641/20, EU :C:2021:374, point 32.

94 CJUE (gde ch.), *Abdida*, *op. cit.*, point 63.

période pendant laquelle cet État membre est tenu de reporter l'éloignement du même ressortissant de pays tiers à la suite de l'exercice de ce recours. »

Ultérieurement, la C.J. relève qu'« il ressort de l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous a), de la directive 2008/115, que cette circonstance ne justifie pas la non-adoption d'une décision de retour à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers dans une telle situation, mais seulement le report de l'éloignement de celui-ci, en exécution de ladite décision »⁹⁵. Comme le souligne l'Avocat général dans ses conclusions⁹⁶, « **l'article 9, paragraphe 1^{er} sous a) de la directive 2008/115 offre aux États membres une voie juridique leur permettant de reporter l'éloignement dans le cas où celui-ci serait contraire au principe de non-refoulement** tout en délivrant aux personnes intéressées une confirmation écrite de leur situation conformément au considérant 12 de ladite directive »⁹⁷ « Cette voie permet aux autorités nationales de faire en sorte que la décision de retour soit simplement suspendue et d'éviter ainsi la survenance de tout doute concernant la légalité du maintien en vigueur de l'interdiction d'entrée qui l'accompagne ».⁹⁸

Par son arrêt X, C-69/21⁹⁹, la C.J. change sa jurisprudence en soulignant que « l'article 5 et l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous a), de la directive 2008/115 exigent que, avant d'adopter une décision de retour ou de procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers atteint d'une maladie grave, les États membres puissent écarter tout doute sérieux quant au risque que le retour de ce ressortissant engendre une aggravation rapide, significative et irrémédiable de cette maladie ou de la douleur causée par cette dernière. Lorsqu'un tel doute ne peut être écarté, l'autorité nationale compétente ne peut adopter une décision de retour ni procéder à l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers concerné ». Ainsi la C.J. souligne qu'« 58 Il s'ensuit que, lorsqu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, serait exposé, en cas de retour dans un pays tiers, à un risque réel de traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article

4 de la Charte, lu en combinaison avec l'article 1^{er} de celle-ci, et de l'article 19, paragraphe 2, de la Charte, ce ressortissant ne peut faire l'objet d'une décision de retour vers ce pays, tant que perdure un tel risque »

« 81..., l'État membre concerné doit s'assurer que, lorsque l'état de santé de la personne concernée l'exige, celle-ci reçoive non seulement des soins de santé pendant l'éloignement proprement dit, mais aussi à l'issue de celui-ci, dans le pays de destination (voir, par analogie, arrêt du 16 février 2017, C.K. e.a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, points 76 à 82).

Au point 89 de cet arrêt, la C.J. rappelle que « les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux qui sont reconnus à ce ressortissant par la Charte »¹⁰⁰ et conclut que: « L'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte, impose d'examiner, notamment, si l'adoption d'une décision de retour ou d'une mesure d'éloignement à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers atteint d'une maladie grave et bénéficiant, dans l'État membre concerné, d'un traitement antalgique indispensable dans le pays de destination, n'affecte pas le contenu essentiel de son droit à la vie privée et respecte le principe de proportionnalité ».¹⁰¹

Comme souligné par l'Avocat général dans ses conclusions rendues pour cette affaire C-69/21¹⁰², le critère auquel la C.J. a recouru dans l'arrêt K. e.a diffère de celui issu de l'arrêt *Paposhvili*.¹⁰³ En effet, la C.J. dit avoir « entendu fixer le seuil de gravité pertinent pour l'application de l'article 4 de la Charte dans ces types d'affaires à un niveau inférieur à celui qui est requis par l'article 3 de la CEDH selon l'arrêt *Paposhvili*¹⁰⁴, de sorte que le premier article s'oppose à l'éloignement d'une personne gravement malade dans un éventail de situations plus large que le second » Ainsi que la C.J.¹⁰⁵ l'a rappelé à plusieurs reprises, « la CEDH ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union,¹⁰⁶ la cohérence poursuivie à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte ne pouvant ainsi porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la C.J.¹⁰⁷ Il

95 CJUE, B.Z., 3 juin 2021, C-546/19, EU:C:2021:432, point 59.

96 Concl. Av. gén. M. PRIIT PIKAMÄE, préc. CJUE, B.Z., 10 février 2021, C-546/19, EU:C:2021:105, point 87.

97 Aux termes du considérant 12 de la Directive 2008/115 : « [...] Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, [les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement] devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation [...] ».

98 CJUE, B.Z., op. cit., point 59.

99 CJUE (gde ch.), X, 22 novembre 2022, C-69/21, EU:C:2022:913, point 80.

100 CJUE, Z et O, 11 juin 2015., C-554/13, EU:C :2015:377, point 69.

101 CJUE (gde ch.), X, op. cit., point 98.

102 Concl. Av. gén. M. PRIIT PIKAMÄE, préc. CJUE (gde ch.), X, op. cit., points 69 et 70.

103 Cour eur. D.H., *Paposhvili*, op. cit.

104 CJUE, C.K. e.a, op. cit., point 127.

105 Concl. Av. gén. M. PRIIT PIKAMÄE, préc. CJUE (gde ch.), FMS, FNZ SA, SA junior, 23 avril 2020, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, points 148 et 149.

106 Voir, en matière d'asile, CJUE (gde ch.), J.N., 15 février 2016., C-601/15PPU, EU:C:2016:84, point 45, et CJUE, K., 14 septembre 2017, C-18/16, EU:C:2017:680, point 32.

en résulte que la C.J. dispose du pouvoir d'interpréter les dispositions de la Charte de manière autonome, ces dernières étant les seules applicables dans le domaine du droit de l'Union. La C.J. peut ainsi délaissier la jurisprudence de la Cour et conduire son examen des questions préjudicielles au regard de la Charte, à condition que **l'interprétation qu'elle donne aux droits y figurant et dont le contenu est semblable à ceux inscrits dans la CEDH aboutisse à un niveau de protection plus élevé** que celui garanti par cette dernière ». ¹⁰⁸ « En d'autres termes, cette jurisprudence de la C.J. **reflète un choix d'interprétation plus protecteur du droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants** ». ¹⁰⁹

Et ce alors que précédemment la C.J., dans un arrêt du 3 juin 2021, ¹¹⁰, considérait qu'« il ressort de l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous a), de la directive 2008/115, que cette circonstance [le fait que les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre ne peuvent pas être éloignés, dès lors que le principe de non-refoulement s'y oppose, ndlr.] **ne justifie pas la non-adoption d'une décision de retour à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers dans une telle situation, mais seulement le report de l'éloignement de celui-ci, en exécution de ladite décision** ».

La C.J. maintient sa nouvelle jurisprudence et souligne, dans son arrêt du 22 novembre 2022, que: « **l'article 5 de la directive 2008/115**, qui constitue une règle générale s'imposant aux États membres dès qu'ils mettent en oeuvre cette directive, **oblige l'autorité nationale compétente à respecter, à tous les stades de la procédure de retour, le principe de non-refoulement**, garanti, en tant que droit fondamental, à l'article 18 de la Charte, lu en combinaison avec l'article 33 de la convention relative au statut des réfugiés, ainsi qu'à l'article 19, paragraphe 2, de la Charte ». ¹¹¹

En ce qui concerne les mineurs, dans son ordonnance du 15 février 2023, la C.J. considère qu'« au vu de son objectif de garantir, dans le cadre de la procédure de retour établie par

cette directive, le respect de plusieurs droits fondamentaux, dont les droits fondamentaux de l'enfant, tels qu'ils sont consacrés à l'article 24 de la Charte, l'article 5 de la directive 2008/115 ne saurait être interprété de manière restrictive ». ¹¹²

Elle rappelle sa jurisprudence de l'arrêt du 11 mars 2021, État belge, C-112/20. L'article 5, sous a), de la directive 2008/115 et l'article 24, paragraphe 2, de la Charte exigent de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant à **tous les stades de la procédure**. ¹¹³ La Cour en conclut que l'article 5 de la Directive 2008/115 s'oppose à ce qu'un État membre adopte une décision de retour sans prendre en compte les éléments pertinents de la vie familiale du ressortissant d'un pays tiers concerné, que ce ressortissant a fait valoir afin de s'opposer à l'adoption d'une telle décision ¹¹⁴ et, exige qu'avant de prendre une décision de retour à l'égard d'un mineur, l'autorité compétente effectue une appréciation générale et approfondie de la situation de ce mineur, en tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. ¹¹⁵

En ce qui concerne l'unité familiale, au point 36 de l'arrêt du 22 février 2022 ¹¹⁶, la C.J. réaffirme **le caractère absolu de la protection contre les traitements inhumains et dégradants inscrite à l'article 4 de la Charte**.

La C.J. maintient sa jurisprudence constante dans son arrêt C-528/21 du 27 avril 2023 et conclut que « l'article 5 de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un ressortissant d'un pays tiers, qui aurait dû être le destinataire d'une décision de retour, fasse l'objet, dans le prolongement immédiat de la décision lui ayant retiré, pour des motifs liés à la sécurité nationale, son droit de séjour sur le territoire de l'État membre concerné, d'une décision d'interdiction d'entrée sur le territoire de l'Union, adoptée pour des motifs identiques, **sans qu'aient été pris en compte, au préalable, son état de santé ainsi que, le cas échéant, sa vie familiale et l'intérêt supérieur de son enfant mineur** ». ¹¹⁷

Quant à la possibilité d'adopter une décision de retour en cas d'application du principe de non-refoulement, la C.J. s'est prononcée à ce sujet pour répondre à la deuxième question préjudicielle qui lui a été posée dans l'affaire C-663/21 ¹¹⁸.

¹⁰⁷ Tel qu'il ressort des explications afférentes à l'article 52 de la Charte, selon lesquelles le paragraphe 3 de cet article vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH « sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne ».

¹⁰⁸ Sous condition que ce résultat ne soit réalisé au détriment d'un autre droit consacré dans la Charte. Voir, à cet égard, Concl. Av. gén. KOKOTT, CJUE, *Puškar*, 27 septembre 2017, C-73/16, EU:C:2017:725: point 123.

¹⁰⁹ Concl. Av. gén. M. PRIIT PIKAMÄE, in CJUE (gde ch.), *X*, *op. cit.*, point 69.

¹¹⁰ CJUE, *B.Z.*, *op. cit.*, point 59.

¹¹¹ CJUE, (gde ch.), *X*, *op. cit.* point 55.

¹¹² CJUE, ord. G.S., 15 février 2023, C-484/22, C, EU:C:2023:122, point 23.

¹¹³ Voir, en ce sens, CJUE, *T.Q.*, *op. cit.*, point 54.

¹¹⁴ Voir en ce sens, CJUE (gde ch.), *K.A. e.a.*, *op. cit.*, point 104.

¹¹⁵ CJUE, *T.Q.*, *op. cit.*, point 60.

¹¹⁶ CJUE, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-483/20, EU:C:2022:103.

¹¹⁷ CJUE, *M.D.*, 27 avril 2023, C-528/21, EU:C:2023:341, points 113 et 89 à 92.

Concrètement, la juridiction de renvoi demandait si la Directive 2008/115 devait être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'une décision de retour soit prise à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsqu'il est établi qu'un éloignement de celui-ci, vers le pays de destination envisagé est, en principe exclu pour une durée indéterminée.

Pour répondre à cette question, la C.J. rappelle tout d'abord, que l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2008/115 prévoit que les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions prévues aux paragraphes 2 à 5 de cet article et dans le strict respect des exigences fixées à l'article 5 de cette directive.¹¹⁹ Ce qui implique que, **pour faire l'objet d'une décision de retour, l'autorité compétente doit identifier, parmi les pays tiers visés à l'article 3, point 3, de ladite directive retour, celui vers lequel il doit être éloigné.**¹²⁰

La C.J. souligne ensuite que l'article 5 oblige les États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre cette directive, à respecter le principe de non-refoulement. Sur un plan pratique, **l'article 14 de ladite directive instaure un certain nombre de garanties dans l'attente du retour**, qui bénéficient notamment aux ressortissants de pays tiers dont l'éloignement a été reporté et leur offrent une forme de statut minimal durant la période couverte par un tel report.

Par ailleurs, si la Directive 2008/115 vise, dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité des personnes concernées, à l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, **la C.J. a exclu l'adoption d'une décision de retour dans certaines circonstances :**

1. **Le droit à la vie familiale** pourrait s'opposer, en application de l'article 5 de la directive 2008/115, à l'adoption même d'une décision de retour, plutôt qu'à l'exécution de celle-ci.¹²¹

2. **Dans le cas spécifique des mineurs isolés**, la C.J. a considéré que l'adoption d'une décision de retour devait être exclue sur la base d'éléments de nature à faire obstacle à l'éloignement.¹²²

3. **Dans le cas de ressortissants de pays tiers bénéficiant d'une protection internationale dans un autre État membre**, la C.J.

a estimé qu'en l'absence de possibilité de désigner un pays tiers vers lequel un éloignement pourrait être effectué, aucune décision de retour ne peut être adoptée.¹²³

Dans l'affaire C-663/21, la C.J. confirme sa récente jurisprudence et conclut que l'article 5 doit être interprété comme s'opposant à l'adoption d'une décision de retour à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers lorsqu'il est établi qu'un éloignement de celui-ci vers le pays de destination envisagé est, en vertu du principe de non-refoulement, exclu pour une durée indéterminée.

La C.J. a désormais tranché le moment de l'examen du risque, ne laissant plus aucun doute pour les États membres qui doivent, par conséquent, adapter leurs pratiques à sa jurisprudence.

III. JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT (CI-APRÈS, « CE »)

Quant au Conseil d'État, dans son arrêt du 23 avril 2015, il conclut que « lorsque l'éloignement d'un étranger est susceptible de porter atteinte à ses droits fondamentaux, il appartient à l'autorité d'avoir égard aux droits en cause, et notamment à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **avant d'adopter un ordre de quitter le territoire assorti d'une mesure de maintien en vue d'un éloignement.** »¹²⁴

Dans l'arrêt du 17 mars 2016, le Conseil d'État conclut que : « La compétence de l'autorité pour l'adoption d'un ordre de quitter le territoire n'est pas une compétence entièrement liée, y compris dans les cas où l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 précitée prévoit qu'il "doit" adopter un tel acte. Même dans ces hypothèses, le requérant n'est en effet pas tenu d'édicter un ordre de quitter le territoire s'il méconnaît les droits fondamentaux de l'étranger puisqu'aux termes de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, qui transpose à cet égard l'article 5 de la directive, c'est **"lors de la prise d'une décision d'éloignement" et non pas de "l'éloignement" lui-même** - par hypothèse forcé -, que le ministre ou son délégué doit, le cas échéant, tenir 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 ».¹²⁵

Dans l'arrêt du 30 mai 2017 n°238.349, le Conseil d'État considère que : « Bien que l'article 7, alinéa 1^{er} de la loi du 15 décembre 1980 impose à l'État belge l'obligation d'adopter un ordre de quitter le territoire à l'étranger qui fait l'objet d'une

118 CJUE, AA, 6 juillet 2023, C-663/21:EU:C:2023:540.

119 CJUE, AA, *op. cit.* point 46.

120 CJUE, T.Q., *op. cit.*, point 53 et CJUE, ADDE e.a., 21 septembre 2023, C-143/22, EU:C:2023:689, point 41.

121 Voir CJUE (gde ch.), K.A. e.a., *op. cit.*, point 104.

122 CJUE, T.Q., *op. cit.*, points 55 et 56.

123 CJUE, A.A., *op. cit.*, point 52.

124 CE (11^e ch.), 23 avril 2015, n° 230.956.

125 CE (11^e ch.), 17 mars 2016, n° 234.164.

interdiction d'entrée, il convient de donner à cette disposition une portée qui la rend compatible avec les obligations internationales auxquelles la Belgique est tenue, notamment avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En conséquence, **l'État belge ne doit adopter une mesure d'éloignement**, telle que celle prévue à l'article 7, alinéa 1^{er}, 12°, de la loi du 15 décembre 1980, **que si les obligations internationales précitées ne s'y opposent pas**. C'est au demeurant ce que prescrit l'article 74/13 de la même loi en prévoyant que "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**". La compétence de l'État belge pour adopter un ordre de quitter le territoire, dans le cas visé à l'article 7, alinéa 1^{er}, 12°, de la loi du 15 décembre 1980, n'est donc pas entièrement liée ».

Ensuite, le CE a considéré, dans un arrêt du 20 juin 2017, que « Door aan te nemen dat artikel 3 van het EVRM een uitdrukkelijke motivering in de aanvankelijk bestreden bevelen om het grondgebied te verlaten vereist en enkel op grond van het ontbreken van dergelijke motivering, zonder nader onderzoek van het dossier, een schending van artikel 3 van het EVRM aan te nemen, schendt de RvV die verdragsbepaling. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kon derhalve niet wettig besluiten tot een schending van de materiële motiveringsplicht, enkel op grond van het ontbreken van uitdrukkelijke motieven in de aanvankelijk bestreden bevelen om het grondgebied te verlaten ».¹²⁶

Ensuite, le CE opère un surprenant changement de « sa

126 RvS, 20 juin 2017, n° 238.570.

127 CE (11^e ch.), 28 septembre 2017, n° 239.259, p. 5. Voyez *contra*: CE, 5 octobre 2010, n° 207.909: « qu'en vertu de ce qui précède, l'étranger qui souffre d'une maladie dans un état tel 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 et qui souhaite demander une autorisation de séjour, doit disposer d'un document d'identité ; que si tel n'est pas le cas, l'autorité n'a d'autre choix que de déclarer la demande irrecevable ; que l'exposé des motifs de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi précitée du 15 décembre 1980 précise néanmoins qu'« il est toutefois évident qu'un étranger qui ne produit pas de document d'identité et qui ne démontre pas davantage qu'il est dans l'impossibilité de produire le document d'identité exigé en Belgique, ne sera pas éloigné si son état de santé est sérieux au point que son éloignement constituerait une violation de l'article 3 de la CEDH » ; que sauf à méconnaître le prescrit de l'article 9ter de la loi précitée du 15 décembre 1980, le délégué du ministre ne pourra, même dans ce cas, juger la demande recevable ; qu'en revanche il appartiendra à l'autorité, conformément aux travaux préparatoires précités, d'examiner la situation médicale de l'étranger avant de procéder à son éloignement forcé [...] ».

jurisprudence » au sein de l'arrêt du 28 septembre 2017, car il considère **que c'est « lors de la prise d'un ordre de quitter le territoire, que la partie adverse [Office des Étrangers] doit s'assurer que l'exécution de cette décision d'éloignement respecte les normes de droit international liant la Belgique**, notamment l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »¹²⁷ Le Conseil d'État souligne toutefois que « L'État belge ne peut pas s'abstenir de veiller à ce que l'exécution d'un ordre de quitter le territoire respecte l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, sous prétexte qu'il pourrait opérer une telle vérification lors de la prise de mesures de contrainte destinées à l'éloignement de l'étranger en cas d'inexécution de cet ordre de quitter le territoire. »¹²⁸

Ultérieurement, la chambre du CE qui avait adopté l'arrêt n° 239.259, a annulé un arrêt rendu le 26 juin 2017 par le CCE, en considérant désormais que :

« En ce qui concerne l'atteinte éventuelle à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la circonstance qu'en cas de non-respect à l'injonction de quitter le territoire, la partie adverse puisse adopter des mesures de contrainte pour procéder au rapatriement de l'étranger et doive s'assurer, à ce moment, que cet éloignement respecte l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **n'implique pas qu'elle ne doive pas y veiller également dès la prise de la décision d'éloignement**. En décidant le contraire, l'arrêt attaqué méconnaît la portée de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».¹²⁹

Cette interprétation a d'ailleurs été suivie par une chambre néerlandophone dans les arrêts du 29 mai 2018 n°s 241.623 et 241.625. Dans ces deux arrêts, le CE, invoquant l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016¹³⁰, a décidé que « Bij het nemen van een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten moet reeds worden onderzocht of die verwijderingsmaatregel in overeenstemming is met de normen van de internationale verdragen waardoor België gebonden is, te dezen met artikel 3 van het EVRM. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de mogelijkheid voor de verzoekende partij om bij niet-naleving van het bevel om het grondgebied te verlaten over te gaan tot dwangmaatregelen met het oog op verwijdering in de zin van artikel 1, 7°, van de vreemdelingenwet, zijnde de fysieke verwijdering van het grondgebied. Enerzijds kan de toestand immers in die zin evolueren dat er zich bij het

128 CE (11^e ch.), 28 septembre 2017, n° 239.259.

129 CE (11^e ch.), 8 février 2018, n° 240.691.

130 Cour eur. D.H. (gde. ch.), *Paposhvili c. Belgique*, op. cit.

nemen van de beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten nog geen gevaar voor een schending van artikel 3 van het EVRM voordoet doch naderhand wel, wanneer de verzoekende partij effectief wil overgaan tot verwijdering. Anderzijds kan niet worden verondersteld dat de betrokken vreemdeling het bevel om het grondgebied te verlaten niet zal naleven zodat de verzoekende partij er zich niet van kan onthouden een mogelijke schending van artikel 3 van het EVRM te onderzoeken onder het voorwendsel dat zij dergelijk onderzoek zal voeren bij het nemen van dwangmaatregelen met het oog op de fysieke verwijdering van de vreemdeling. Uit het arrest van het EHRM van 13 december 2016 inzake Paposhvili. België blijkt dat de omstandigheid dat de evaluatie van de medische toestand van de betrokkene ook in extremis had kunnen gebeuren op het ogenblik van de gedwongen uitvoering van de verwijderingsmaatregel, niet tegemoetkomt aan de bekommernissen van artikel 3 van het EVRM wanneer er geen aanwijzingen zijn betreffende de omvang van dergelijk onderzoek en het effect ervan op het bindende karakter van het bevel om het grondgebied te verlaten. »¹³¹

Par ces arrêts précités, le CE revient à son interprétation antérieure de l'article 3 de la CEDH, ce qui permet de conclure que le revirement de jurisprudence effectué par l'arrêt du 28 septembre 2017 ne représentait en fait qu'un arrêt isolé concernant cette interprétation.

Plus tard, dans l'arrêt du 29 mai 2018, le CE a souligné que « Nu het EHRM ook in dat arrest naar die omstandigheden heeft verwezen, heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen er geen betekenis aan gegeven die strijdig is met de bewoordingen of de inhoud ervan door te oordelen dat een mogelijke schending van artikel 3 van het EVRM moet worden onderzocht bij het nemen van een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten en niet pas op het ogenblik van de gedwongen verwijdering van de vreemdeling. »¹³²

Ultérieurement, dans son arrêt du 29 mai 2018, n° 241.632, le Conseil d'État considère que: « la compétence de l'État belge pour adopter un ordre de quitter le territoire dans ce cadre n'est pas une compétence entièrement liée. Le considérant (6) de l'exposé des motifs de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 précitée indique ainsi, notamment, que « conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient être **au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs**

que le simple fait du séjour irrégulier » et le considérant (22), quant à lui, expose que « la présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». En privilégiant la garantie des droits de la défense de la partie adverse, l'arrêt attaqué ne contrevient pas à l'effet utile de la directive précitée mais il est au contraire conforme aux recommandations susvisées que le Parlement européen et le Conseil ont exprimées dans l'exposé des motifs. »¹³³

Le Conseil d'État affine sa jurisprudence dans son arrêt du 7 juin 2018 au sein duquel il souligne que « La règle selon laquelle l'étranger, destinataire d'une décision de retour, **doit être mis en mesure de faire valoir ses observations avant que celle-ci ne soit prise, a pour finalité que l'autorité compétente soit mise en mesure de tenir utilement compte de l'ensemble des éléments pertinents produits et d'instruire le dossier de manière à prendre une décision en pleine connaissance de cause et de motiver celle-ci** de manière appropriée, afin que, le cas échéant, l'intéressé puisse valablement exercer son droit de recours (arrêt *Boudjlida*, C-249/13, du 11 décembre 2014, points 36, 37 et 59). »¹³⁴

Le Conseil d'État complète sa jurisprudence en soulignant dans son arrêt du 20 mai 2020 que: « Dès lors que le Conseil du contentieux des étrangers ne constate pas la production d'éléments susceptibles de démontrer un risque réel en cas d'exécution d'une mesure d'éloignement, il ne peut conclure à un manque d'examen sérieux dans le chef de l'autorité, puisque celle-ci s'est limitée à considérer, conformément au prescrit de l'article 3 de la CEDH, que l'intéressé n'étaye pas ses déclarations médicales de certificats médicaux ni que le médicament n'est pas disponible en dans son pays d'origine. »¹³⁵

Enfin, dans son arrêt du 9 juin 2022, le Conseil d'État considère que « L'obligation de motivation formelle d'un acte administratif requiert d'exposer les motifs de fait et de droit qui le fondent. Dès lors que **l'autorité doit** notamment avoir égard, lors de l'adoption d'un ordre de quitter le territoire, au respect des droits fondamentaux de l'étranger, il lui appartient donc **d'expliquer comment elle a respecté les exigences de l'article 74/13 précité en tenant compte notamment de la vie familiale de la personne concernée**. »¹³⁶ Dans cet arrêt, le Conseil d'État souligne que « **L'adoption d'un ordre de quitter le territoire,** sur la base de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 sur

131 RvS, 29 mai 2018, n° 241.623; RvS, 29 mai 2018, n° 241.625; RvS, 9 mars 2020, n° 247.254; RvS, 28 mai 2021, n° 250.723.

132 RvS, 29 mai 2018, n° 241.625.

133 CE (11^e ch.), 29 mai 2018, n° 241.632.

134 CE (11^e ch.), 7 juin 2018, n° 241.738.

135 CE (11^e ch.), 20 mai 2020, n° 247.597.

136 CE (11^e ch.), 9 juin 2022, n° 253.942.

l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, **n'implique pas seulement le constat par l'autorité administrative d'une situation, en l'occurrence le fait que l'étranger demeure dans le Royaume au-delà du délai autorisé** par le visa ou l'autorisation tenant lieu de visa apposée sur son passeport ou sur le titre de séjour en tenant lieu, pour en tirer des conséquences de droit. **L'autorité doit également veiller lors de la prise d'un tel acte à respecter les droits fondamentaux de la personne concernée, comme le prescrit l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980.** »¹³⁷

Il convient de préciser que déjà lors de la publication du rapport de la Commission Bossuyt précité, le CE ne partageait déjà pas son interprétation et estimait déjà que cette évaluation du risque au sens de l'article 3 de la CEDH devait avoir lieu avant l'adoption d'une décision de retour.

IV. LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS (CI-APRÈS, « CCE »)

Dans l'arrêt du 14 décembre 2017, le CCE considère : « qu'au regard du principe de non-refoulement, tel qu'il est affirmé, notamment, par l'article 33 de la Convention de Genève, et l'article 3 de la CEDH, la partie défenderesse ne pouvait envisager un éloignement du requérant sans s'être assurée qu'il ne serait pas renvoyé vers un pays où il encourrait un risque réel d'être soumis à des traitements contraire à l'article 3 de la CEDH. Or, en l'occurrence, force est de constater qu'il ne ressort d'aucun des éléments versés au dossier administratif ou produits par la partie défenderesse que celle-ci aurait procédé à cette vérification, préalablement à l'adoption de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée, ni même que le requérant aurait disposé d'une possibilité effective de faire valoir son point de vue, que ce soit au sujet de sa prise ou reprise en charge par l'Italie ou de son éventuel éloignement vers le Soudan, éventualité que la décision, dont la suspension de l'exécution est demandée, ne permet pas d'exclure, ainsi que cela a été relevé plus haut ». ¹³⁸

Ensuite, dans plusieurs arrêts,¹³⁹ le CCE considère que le risque de violation de l'article 3 de la CEDH doit être examiné **au moment où l'autorité compétente prend une décision d'éloignement**. Le CCE rappelle tout d'abord que l'examen de la question de savoir si la mesure d'éloignement peut porter atteinte à la protection conférée par l'article 3 de la CEDH **ne peut être reporté à une date ultérieure**. L'article 7 de la

loi sur du 15 décembre 1980 précitée, qui constitue à la fois la base légale de la décision d'éloignement et de la décision de retour, **indique clairement dans la phrase introductive qu'une décision peut ou doit être prise sans préjudice de dispositions plus avantageuses contenues dans un traité international**. Par conséquent, lorsqu'il a pris une décision ordonnant de quitter le territoire, **l'autorité compétente doit examiner préalablement** si la mesure d'éloignement était conforme aux normes des conventions internationales auxquelles la Belgique est liée, conformément à l'article 3 de la CEDH ». ¹⁴⁰ Il en résulte que **l'éventuelle violation de l'article 3 doit donc déjà être examinée lorsqu'une décision contenant un ordre de quitter le territoire est prise**.

Citant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le CCE a aussi estimé dans son arrêt du 26 septembre 2017 que **l'autorité compétente aurait dû, avant de prendre sa décision, vérifier de manière aussi rigoureuse que possible si celle-ci ne risquait pas de violer l'article 3 de la CEDH**. ¹⁴¹

Dans son arrêt du 12 octobre 2018, n° 210.906, le CCE souligne qu'« Il est de jurisprudence constante, notamment compte tenu du fait que l'article 3 de la CEDH prévaut sur les dispositions de la loi du 15 décembre 1980, **que l'autorité administrative est tenue de procéder à un examen aussi rigoureux que possible de la cause, en fonction des circonstances dont elle a ou devait avoir connaissance, avant d'adopter une mesure d'éloignement, telle la décision querellée**. » C'est donc bien au moment de l'adoption de l'ordre de quitter le territoire attaqué que la partie adverse était tenue de vérifier que la mesure d'éloignement était conforme aux normes de droit international auxquelles la Belgique est liée, tel l'article 3 de la CEDH, comme cela ressort de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980, lequel prévoit en effet la possibilité d'adopter une ordre de quitter le territoire « sans préjudice de dispositions plus favorables contenues dans un traité international. » Cette jurisprudence ressort notamment d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2018 selon lequel « il appartenait au demandeur de faire préalablement les vérifications nécessaires, notamment au regard de l'article 3 de la Convention » ainsi que d'un arrêt du Conseil d'État qui avait déjà également sanctionné cette pratique dans un arrêt du 28 septembre 2017, lequel prévoyait ce qui suit : « Un ordre de quitter le territoire est une décision d'éloignement, visée à l'article 1^{er}, 6^o, de la loi du 15 décembre 1980, qui constate l'illégalité du séjour d'un étranger et qui lui impose une obligation de retour. L'étranger doit respecter l'obligation de retour et est donc appelé à exécuter l'ordre sans que la partie adverse ne prenne

¹³⁷ CE (11^e ch.), 9 juin 2022, n° 253.942.

¹³⁸ CCE, 14 décembre 2017, n° 196 623.

¹³⁹ Voyez, par exemple : RvV, 8 mars 2018, n° 200 933; RvV, 9 mars 2018, n° 200 976; RvV, 9 mars 2018, n° 200 977; RvV, 5 septembre 2018, n° 208 785; RvV, 12 octobre 2018, n° 210 906.

¹⁴⁰ CE (11^e ch.), 28 septembre 2017, n° 239.259, CE (11^e ch.), 8 février 2018, n° 240.691; voir aussi RvV (VR), 8 mars 2018, n° 200 933; RvV, 9 mars 2018, n° 200 976 et n° 200 977.

¹⁴¹ CCE (CR), 26 septembre 2017, n° 192 584.

une autre décision et ne porte une nouvelle appréciation. C'est donc, **lors de la prise d'un ordre de quitter le territoire, que la partie adverse doit s'assurer que l'exécution de cette décision d'éloignement respecte les normes de droit international liant la Belgique**, notamment l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Afin d'assurer une interprétation de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 qui soit conciliable avec les normes précitées de droit international, **il y a lieu de considérer que cette disposition n'impose pas à la partie adverse d'adopter un ordre de quitter le territoire si son exécution est susceptible de méconnaître ces normes**.¹⁴² Quant à la portée de la violation de l'article 3 de la CEDH, « le Conseil observe que l'acte attaqué n'est pas accompagné d'une mesure d'éloignement, il n'aperçoit pas en quoi la partie requérante risque de subir des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH, à défaut d'explication sur ce point dans la requête. Une décision d'irrecevabilité de la demande d'autorisation de séjour basée sur l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 n'impose pas d'obligation de retour à la partie requérante de telle sorte qu'elle ne l'expose pas au risque de violation de l'article 3 de la CEDH, (voir en ce sens, mutatis mutandis, CE, arrêt n° 244.285 rendu le 25 avril 2019). Le moyen est donc inopérant, en ce qu'il est pris de la violation de l'article 3 de la CEDH ».¹⁴³

Ensuite, dans son arrêt du 21 juin 2021, le CCE souligne: « Ainsi, le caractère irrégulier du séjour ne saurait suffire à lui seul à justifier la délivrance d'un ordre de quitter le territoire sans que d'autres facteurs, notamment liés à la violation des droits fondamentaux garantis par les articles 3 et 8 de la CEDH soient également pris en compte, en manière telle que la partie défenderesse n'est pas dépourvue en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation. »¹⁴⁴. Cela implique la nécessité d'effectuer un examen du risque de violation au moment de l'adoption d'une décision.

Dans son arrêt n° 271 542, du 21 avril 2022, le CCE conclut « Concernant le risque de traitement contraire à l'article 3 de la CEDH en cas de retour en Grèce, il revenait au requérant de le faire valoir dans le cadre de sa demande de protection internationale. La décision attaquée étant la conséquence de l'irrecevabilité de sa demande de protection internationale, il n'appartenait pas à la partie défenderesse de procéder à nouveau à cet examen. En ce qu'il est pris de la violation de l'article 3 de la CEDH, le moyen est donc, en réalité, dirigé non contre la décision attaquée, mais contre la décision du Commissaire général aux réfugiés et apatrides, laquelle a été confirmée par

le Conseil, dans son arrêt n° 264 661 du 30 novembre 2021, ce dernier ayant estimé que le requérant ne démontrait pas que le risque de traitements contraires à l'article 3 de la CEDH était, en l'espèce, réel et avéré. Dans cet arrêt, le CCE souligne qu': « En toute hypothèse, la Cour européenne des droits de l'homme considère que "pour tomber sous le coup de l'article 3 [de la CEDH], un mauvais traitement doit atteindre un **minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la nature et du contexte du traitement, ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime**".¹⁴⁵ Le CCE dans cette affaire « observe que le requérant renvoie, sur ce point, à des considérations théoriques, tirées de diverses sources décrivant le système social, la situation sanitaire ainsi que les conditions de vie des réfugiés en Grèce. Il reproduit également plusieurs extraits d'arrêts du Conseil, sans démontrer la comparabilité des causes en présence. Ce faisant, il ne démontre pas, in concreto, en quoi la décision attaquée constituerait une mesure suffisamment grave pour constituer un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3 de la CEDH ».¹⁴⁶

Dans ses arrêts n° 276 728 et n° 276 707 des 30 août 2022¹⁴⁷, le CCE rappelle qu'il se rallie à l'interprétation de l'arrêt n° 253.942 du 9 juin 2022 du Conseil d'État au sein duquel il a estimé que « [...] l'adoption d'un ordre de quitter le territoire, sur la base de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, n'implique pas seulement le constat par l'autorité administrative d'une situation, en l'occurrence le fait que le requérant "demeure dans le Royaume au-delà du délai autorisé par le visa ou l'autorisation en tenant lieu de visa apposée sur son passeport ou sur le titre de séjour en tenant lieu", pour en tirer des conséquences de droit. L'autorité doit également veiller lors de la prise d'un [...] [ordre de quitter le territoire] à respecter les droits fondamentaux de la personne concernée, comme le prescrit l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980. L'obligation de motivation formelle d'un acte administratif requiert d'exposer les motifs de fait et de droit qui le fondent. Dès lors que l'autorité doit notamment avoir égard, lors de l'adoption d'un ordre de quitter le territoire, au respect des droits fondamentaux de l'étranger, **il lui appartient donc d'expliquer comment elle a respecté les exigences de l'article 74/13 précité en tenant compte notamment de la vie familiale de la personne concernée**. Par ailleurs, comme le relève le requérant, un ordre de quitter le territoire a une portée

142 CCE, 12 octobre 2018, n° 210 906.

143 CCE, 24 novembre 2020, n° 244 742.

144 CCE, 21 juin 2021, n° 256 828.

145 Voir, par exemple, *Soering* du 7 juillet 1989 et *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006.

146 CCE, 21 avril 2022, n° 271 542.

147 CCE, 30 août 2022, n° 276 707.

différente de celle d'une décision d'irrecevabilité de séjour. En statuant sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, la partie adverse se prononce quant au point de savoir si l'étranger peut se prévaloir de circonstances justificatives qu'il forme sa demande de séjour en Belgique et non dans son pays d'origine. Sa décision ne porte pas sur l'éloignement du requérant. Dès lors qu'un ordre de quitter le territoire a une portée juridique propre et distincte d'une décision d'irrecevabilité de séjour, cet ordre doit faire l'objet d'une motivation spécifique et la circonstance que la partie adverse ait motivé la décision d'irrecevabilité de séjour au regard des critères de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, ne la dispense pas de motiver l'ordre de quitter le territoire eu égard à la portée qu'a cette mesure.¹⁴⁸ Le CCE considère que l'enseignement de l'arrêt susvisé s'applique également, *mutatis mutandis*, à un ordre de quitter le territoire accessoire d'une décision de rejet fondée sur l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, comme en l'espèce.

Dans cet arrêt, le CCE souligne que : « (...), le requérant avait notamment fait valoir, à l'appui de sa demande, qu'il avait été impliqué dans une grève de la faim, longue et éprouvante, avec des conséquences graves, tant sur sa santé physique que sur sa situation psychologique du requérant et que cette situation rend très difficile, voire impossible un retour même temporaire en vue de l'introduction d'une demande de séjour au poste diplomatique belge compétent. Or, force est de constater que la partie défenderesse n'expose pas, dans la motivation de l'ordre de quitter le territoire, comment elle a respecté les exigences de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 au regard des éléments précités et eu égard à la portée dudit acte ».¹⁴⁹

Notons aussi que le CCE souligne, dans l'arrêt n° 276 773, du 31 août 2022, que : « Wat de beslissing tot afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten betreft, merkt de Raad op dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet de gemachtigde oplegt om rekening te houden met "de gezondheidstoestand" van de betrokken vreemdeling. Bovenop de vaststellingen hierboven, kan de gemachtigde zich in het kader van de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten a fortiori niet beperken tot de gegevens die vermeld zijn in een medisch type-attest en diende hij de gezondheidstoestand van de verzoekster te beoordelen in het licht van alle medische elementen die hem kenbaar waren. Aangezien de gemachtigde zich echter heeft beperkt tot de beoordeling van het voorgelegde medisch type-attest en hij hieruit onmiddellijk heeft afgeleid dat de verwijderingsmaatregel gerechtvaardigd is en dat de verwijdering niet in strijd is met het artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, dient met betrekking tot de beslissing

tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten een schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet te worden vastgesteld ».¹⁵⁰

Signalons que **le CCE a développé une jurisprudence¹⁵¹ constante en ce qui concerne la motivation de l'ordre de quitter le territoire laquelle rappelle à l'autorité compétente la nécessité d'exposer dans la décision comment elle a respecté les exigences de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée.** Cet article 74/13 impose un examen individuel afin de s'assurer que, lorsqu'une décision d'éloignement est prise, le délégué du ministre tient compte de droits fondamentaux spécifiques, notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale ainsi que l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné. Dans l'arrêt du 19 juin 2023, le CCE rappelle que « ... **L'autorité est tenue, en vertu de son obligation de motivation formelle, d'exposer dans l'acte que les motifs de fait et de droit qui le fondent et doit notamment avoir égard, lors de l'adoption d'un ordre de quitter le territoire, au respect des droits fondamentaux, il lui appartient d'expliquer comment elle a procédé à ce respect en motivant formellement ledit acte à cet égard** ».¹⁵²

Tout comme le CE, lors de la publication du rapport de la Commission Bossuyt, le CCE ne partageait pas la position défendue. Le CCE soulignait déjà que cette évaluation du risque au sens de l'article 3 de la CEDH devait avoir lieu préalablement à l'adoption d'une décision de retour.

V. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Dans son arrêt *Kastrati*¹⁵³, la Cour constitutionnelle considère qu'en aucun cas, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement ne peut être éloigné vers le pays où il sera exposé à une violation du principe de non-refoulement. L'article 3 de la CEDH doit être respecté lors de la mise à exécution d'un ordre de quitter le territoire.

Ultérieurement, la Cour s'est prononcée¹⁵⁴ sur le moment où devait être effectuée l'évaluation du risque de violation de l'article 3 de CEDH et y distingue, d'une part, le stade de la délivrance de l'ordre de quitter le territoire et, d'autre part, le stade de l'exécution de celui-ci, pour finalement conclure que c'est lors de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire que doit être examiné le risque de mauvais traitements. Le

150 RvW, 31 août 2022, n° 276 773.

151 Voir notamment arrêts du CCE, 25 novembre 2022, n° 280 849; CCE, 13 juin 2023 et n° 290 163 et CCE, 19 juin 2023, n° 290 468.

152 CCE, 13 juin 2023, n° 290 163.

153 C. const., 20 septembre 2006, n° 141/2006.

154 C. const., 11 juin 2015, n° 89/2015, B.5.1.

148 CE (11^e ch.), 9 juin 2022, n° 253.942.

149 CCE, 30 août 2022, n° 276 728.

raisonnement de la Cour repose notamment sur les travaux préparatoires de la loi du 8 mai 2013 modifiant la loi du 15 décembre 1980¹⁵⁵. Cette dernière conclut que l'article 3 de la CEDH doit être respecté lors de la mise à exécution d'un ordre de quitter le territoire.

Ensuite, la Cour a souligné dans sa jurisprudence que « Le principe du non-refoulement n'est pas absolu, eu égard aux exceptions mentionnées dans la Convention du 28 juillet 1951. L'interdiction de la torture et l'interdiction de refoulement qui en découle, consacrées dans de nombreuses conventions des droits de l'homme, constituent par contre un droit absolu, auquel il ne saurait être dérogé. L'interdiction de la torture, selon laquelle une personne ne peut jamais être renvoyée dans un pays où elle risque d'être traitée de manière inhumaine ou dégradante, est plus étendue que le principe du non-refoulement contenu dans la Convention du 28 juillet 1951 ».¹⁵⁶

Dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 mars 2016 *F.G. c. Suède*, au paragraphe 115, la Cour constitutionnelle a confirmé sa jurisprudence en considérant : « Il n'en demeure pas moins que le risque de violation du principe de non-refoulement, inscrit à l'article 33 de la Convention internationale du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et qui découle également notamment de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 19, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être évalué ou réévalué au moment de l'éloignement effectif ou de la reconduite à la frontière ».¹⁵⁷

La Cour considère toutefois dans cet arrêt n° 112/2019 que : « (...) **dans les hypothèses dans lesquelles un laps de temps significatif s'est écoulé entre la prise de la décision d'éloignement sous la forme d'un ordre** de quitter le territoire et la mise en oeuvre effective de cet ordre, le ministre ou son délégué effectue **un nouvel examen du risque** de violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme **au moment de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire** ».¹⁵⁸

Dans ce même arrêt, la Cour rappelle 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. Ce principe s'impose aux autorités belges lorsqu'elles prennent, à l'égard d'un étranger réfugié, une mesure d'éloignement vers un État autre que celui qui lui a accordé la protection internationale (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 16) ».¹⁵⁹ La Cour souligne aussi dans cet arrêt qu'en vertu des articles 23 et 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 : « **l'autorité compétente est tenue**, lorsqu'elle prend une décision motivée de fin de séjour à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers pour raisons graves d'ordre public ou de sécurité nationale, **d'examiner les conséquences de l'éloignement pour l'intéressé, d'une part, pour lui-même, ce qui inclut la prise en compte de son état de santé, et, d'autre part, pour les membres de sa famille, ce qui impose d'examiner la proportionnalité de la décision de fin de séjour au regard de l'intérêt supérieur de ses enfants mineurs** ».¹⁶⁰

La Cour adoptera ensuite l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt n° 186/2019 du 20 novembre 2019 en rappelant que : « Pour apprécier une éventuelle violation de l'article 3 de la Convention en cas d'expulsion d'un étranger gravement malade vers son pays d'origine, la Cour européenne des droits de l'homme **juge qu'il y a lieu de tenir compte de l'état de santé de l'étranger à l'heure actuelle**, à la lumière notamment des informations les plus récentes (CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, § 50; 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, § 188)¹⁶¹ Enfin, comme l'a jugé la Cour par son arrêt n° 111/2015 du 17 septembre 2015, l'exigence d'un recours effectif implique que la voie de recours employée ait un effet suspensif de plein droit et que, le cas échéant, **de nouveaux éléments de preuve puissent être produits, de manière à ce que le juge puisse examiner la situation actuelle du demandeur au moment de statuer** ».¹⁶²

Finalement, dans son arrêt n° 75/2022 du 9 juin 2022, la Cour rappelle la portée de son arrêt précité n° 112/2019 du 18 juillet 2019 en considérant qu'« il ressort formellement du libellé de [l'article 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers] que la possibilité de refuser l'accès à un étranger, dans les cas visés par cette disposition, n'entend pas porter atteinte à l'application de dispositions conventionnelles ou internationales. [Cette] disposition ne permet pas de refuser à un étranger l'accès au territoire sans pour autant garantir le respect, notamment, de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et du principe de non-refoulement prévu par l'article 33 de la

155 *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, Doc. 53-2555/001 et 53-2556/001, p. 19.

156 C. const., 18 juillet 2019, n° 111/2019, B.29.1.

157 C. const., 18 juillet 2019, n° 112/2019, B.7.3.

158 C. const., *op. cit.*, B.7.5.

159 C. const., *op. cit.*, B. 26.3.4.

160 C. const., *op. cit.*, B.32.3.

161 C. const., *op. cit.*, B.3.2.

162 C. const., 20 novembre 2019, n° 186/2019, B. 3.2.

Convention internationale du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ». ¹⁶³

VI. CONCLUSIONS

L'analyse de la jurisprudence des deux Cours européennes et de celle de certaines juridictions belges a apporté un éclairage important quant au moment de l'évaluation du risque de l'article 3 de la CEDH et aux éléments à prendre en considération lors de cette évaluation, nécessitant une adaptation des pratiques des États membres.

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci évalue le risque de violation à l'article 3 de la CEDH, à la lumière des éléments dont elle dispose au moment où elle examine l'affaire dont notamment des informations plus récentes sur la santé du requérant. ¹⁶⁴ Rappelons en effet que dans l'arrêt *Ahmed c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme avait souligné « Toutefois, pour apprécier les risques encourus dans le cas d'une expulsion qui n'a pas encore eu lieu, le moment auquel il convient de se placer est celui de l'examen de l'affaire par la Cour. **S'il est vrai que les faits historiques présentent un intérêt dans la mesure où ils permettent d'éclairer la situation actuelle et son évolution probable, ce sont les circonstances présentes qui s'avèrent déterminantes** ». ¹⁶⁵

L'analyse de l'évolution de cette jurisprudence a permis de relever que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé les motifs pour lesquels une évaluation complète et *ex nunc* est requise puisqu'il faut prendre en compte des informations apparues après l'adoption par les autorités compétentes de la décision. **L'évaluation du risque doit, en effet, s'apprécier principalement par référence aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment du renvoi.** ¹⁶⁶ Cette réserve montre que **le principe de l'évaluation ex nunc a pour finalité principale de fournir une garantie lorsqu'un laps de temps notable s'est écoulé entre l'adoption de la décision interne et l'examen par la Cour** du grief de violation de l'article 3 exposé par le requérant, et donc lorsque la situation dans le pays de destination a peut-être évolué en ce qu'elle se serait détériorée ou améliorée. ¹⁶⁷ La Cour européenne des droits de l'homme souligne enfin que, « tout constat relatif à la situation générale dans un pays donné et à sa dynamique ainsi que tout constat relatif à l'existence de tel ou tel groupe

vulnérable procède par essence d'une appréciation factuelle *ex nunc* à laquelle elle se livre sur la base des éléments disponibles ». ¹⁶⁸

En ce qui concerne la Cour de justice, il a pu être constaté que celle-ci **interprète ces dispositions plus favorablement, dans plusieurs arrêts** dont notamment l'arrêt X, C-69/21 précité. La Cour a considéré que « (...) l'article 5 et l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous a), de la directive 2008/115 exigent que, **avant d'adopter une décision de retour ou de procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers** atteint d'une maladie grave, les États membres puissent écarter tout doute sérieux quant au risque que le retour de ce ressortissant engendre une aggravation rapide, significative et irréversible de cette maladie ou de la douleur causée par cette dernière. Lorsqu'un tel doute ne peut être écarté, l'autorité nationale compétente ne peut adopter une décision de retour ni procéder à l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers concerné ».

Désormais, selon la jurisprudence constante ¹⁶⁹ de la Cour, **l'article 5 de la Directive retour oblige les États membres, lorsqu'ils mettent en oeuvre cette directive, à respecter, à tous les stades de la procédure de retour le principe de non-refoulement.** Rappelons aussi que l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous a), de la Directive retour énonce que les États membres reportent l'éloignement dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement, notamment lorsque ces autorités envisagent, après avoir entendu le ressortissant d'un pays tiers, d'adopter une décision de retour à son égard. ¹⁷⁰

Il ressort de la jurisprudence de la C.J. que l'article 5 de la Directive retour, lu en combinaison avec les dispositions de la Charte, **impose de vérifier si le principe de non-refoulement a été respecté préalablement à l'adoption d'une décision de retour.** ¹⁷¹

Partant, de l'analyse de la jurisprudence de la C.J., il résulte que les autorités compétentes sont tenues d'effectuer, avant de prendre une décision de retour, une évaluation du risque qui consiste en un examen rigoureux des éléments relatifs à la situation du ressortissant de pays tiers, à sa vie familiale, à l'intérêt supérieur des enfants mineurs, conformément à l'article 5, point a) de la Directive retour ¹⁷² et en ce qui concerne d'autres droits fondamentaux pertinents, dont notamment le

¹⁶³ C. const., 9 juin 2022, n° 75/2022, B.60.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, § 43.

¹⁶⁵ Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 86.

¹⁶⁶ Cour eur. D.H., (gde ch.), *Saadi c. Italie*, op. cit., § 133.

¹⁶⁷ Cour eur. D.H., (gde ch.), *Khasanov et Rakhmanov c. Russie*, 29 avril 2022, § 106.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., (gde ch.), *Khasanov et Rakhmanov c. Russie*, op. cit., § 107.

¹⁶⁹ Voir CJUE, *M.P.*, op. cit., point 36; CJUE, *C.K. e.a.*, op. cit., point 59 et CJUE (gde ch.), *X*, op. cit., notamment au point 55.

¹⁷⁰ CJUE, *M.A.*, op. cit., point 35; G.S., op. cit., point 23.

¹⁷¹ Voir notamment CJUE (gde ch.), *Commission/Hongrie*, point 250.

¹⁷² CJUE, *T.Q.*, op. cit., points 51 et 60; G.S., points 24 à 26.

droit au respect de la vie privée et familiale, conformément à l'article 5, point b).¹⁷³

La C.J. a, par conséquent, tranché définitivement le moment de cette évaluation du risque. En raison de l'évolution de cette jurisprudence, les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne doivent effectuer une évaluation du risque non seulement au moment où elles envisagent d'adopter une décision de retour mais aussi au moment où elles envisagent d'exécuter l'éloignement puisque la situation du ressortissant d'un pays tiers peut évoluer au fil du temps. Dans un souci d'exhaustivité, il convient de signaler que l'affaire C-156/23 *Arafat* est actuellement pendante devant la C.J., et a comme enjeu : le droit de l'Union crée-t-il une obligation pour le juge de vérifier d'office le respect du principe de non-refoulement et pour l'autorité décisionnelle une obligation d'apprécier le risque actualisé de refoulement à chaque constatation de l'irrégularité du séjour (prolongé).

Quant aux juridictions belges, l'analyse de leur jurisprudence permet de constater que tant le CE¹⁷⁴ que le CCE¹⁷⁵ considèrent que lorsqu'elle envisage d'éloigner un étranger en séjour irrégulier, l'autorité compétente est tenue d'examiner s'il pourrait y avoir un risque de violation de l'article 3 de la CEDH, non seulement lors de l'éloignement mais également lorsqu'elle envisage d'adopter une décision de retour.

En effet, dans son arrêt 256 828 du 21 juin 2021, le CCE souligne notamment :

1) « Qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980, relatifs à l'article 7 de cette dernière loi, l'obligation de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal sur le territoire ne vaut évidemment pas si le retour effectif d'un étranger entraîne une violation des articles 3 et 8 de la CEDH (*Doc. Parl.*, 53, 1825/001, p. 17) »¹⁷⁶.

2) « Si la partie défenderesse doit, dans certains cas déterminés à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980, délivrer un ordre de quitter le territoire, à tout ressortissant d'un pays tiers se trouvant sur le territoire belge en séjour irrégulier, **cette obligation ne doit pas s'entendre comme s'imposant à elle de manière automatique et en toutes circonstances**. Ainsi, le caractère irrégulier du séjour ne saurait suffire à lui seul à justifier la délivrance d'un ordre de quitter le territoire sans que

d'autres facteurs, notamment liés à la violation des droits fondamentaux garantis par les articles 3 et 8 de la CEDH soient également pris en compte, en manière telle que la partie défenderesse n'est pas dépourvue en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation. »¹⁷⁷

Rappelons aussi l'arrêt n° 253.942 du 9 juin 2022¹⁷⁸ du Conseil d'État au cours duquel il souligne que, lors de l'adoption d'un ordre de quitter le territoire, l'autorité doit expliquer la manière dont elle a respecté les exigences de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980, en tenant compte notamment de la vie familiale de la personne concernée.

La Cour constitutionnelle a également adapté sa jurisprudence, lorsqu'elle rappelle dans l'arrêt n° 112/2019 précité que, l'autorité compétente est tenue, lorsqu'elle prend une décision motivée de fin de séjour, d'examiner les conséquences de l'éloignement pour l'intéressé, d'une part, pour lui-même, ce qui inclut la prise en compte de son état de santé, et, d'autre part, pour les membres de sa famille, ce qui impose d'examiner la proportionnalité de la décision de fin de séjour au regard de l'intérêt supérieur de ses enfants mineurs.

Suite à l'évolution des jurisprudences de ces juridictions, la position proposée par la Commission Bossuyt, disant que l'examen du risque se fait au moment de l'éloignement n'est plus adaptée, même s'il convient de rappeler que le CE et le CCE n'ont jamais partagé cette position.

En raison de l'évolution de la jurisprudence de la C.J., les autorités belges compétentes ont adapté leurs pratiques afin de s'y conformer.

Dans la pratique belge, les ordres de quitter le territoire ont une validité illimitée. Ces décisions demeurent valables aussi longtemps que non-exécutées. Toutefois, les autorités belges réexaminent la situation des ressortissants de pays tiers concernés par une mesure imminente d'éloignement afin de respecter le principe de non-refoulement qui est absolu.

Concrètement, conformément aux recommandations du manuel sur le retour, l'autorité compétente qui constate l'irrégularité du séjour, doit garantir à tout moment le respect du principe de non-refoulement, lorsqu'elle envisage d'adopter une décision de retour.

Les autorités belges veillent à mettre en oeuvre ces recommandations à savoir : « Le principe de non-refoulement

173 CJUE (gde ch.), X, *op. cit.*, points 89 à 92.

174 CE, 9 juin 2022, *op. cit.*, n° 253.942.

175 CCE, 30 août 2022, n° 276 728 et CCE, 30 août 2022, n° 276 707.

176 CCE, 21 juin 2021, n° 256 828.

177 CCE, 21 juin 2021, n° 256 828.

178 Le CCE s'est rallié à l'interprétation du CE dans ses arrêts n° 276.728 du 30 août 2022, n° 276.707 du 30 août 2022.

est absolu et le ressortissant d'un pays tiers à l'égard duquel une décision de retour est prise, ou envisagée d'être prise, a droit à un recours effectif afin d'empêcher la violation de ses droits fondamentaux tels que garantis aux articles 1^{er}, 2, 4 et 19, paragraphe 2, de la Charte ».

Lorsque l'ordre de quitter le territoire a été adopté, par exemple, il y a plus d'un an, un nouvel ordre de quitter le territoire est délivré après avoir effectué une nouvelle évaluation du risque puisque la situation personnelle, familiale du ressortissant d'un pays tiers et celle de ses enfants mineurs et la situation du pays peuvent avoir évolués. Ce qui implique la nécessité pour les autorités compétentes d'effectuer une évaluation complète et *ex nunc* avant l'adoption de la décision de retour et/ou ultérieurement lors de l'éloignement.

Le droit d'être entendu est également appliqué et le ressortissant d'un pays tiers a la possibilité de communiquer tout nouvel élément qu'il estime probant pour permettre à l'autorité compétente d'examiner sa situation (vie familiale, santé, intérêt supérieur de l'enfant,) et de prendre une décision adaptée à sa situation.

Le ressortissant d'un pays tiers se doit aussi en toute loyauté de coopérer avec l'autorité compétente afin de lui communiquer tout nouvel élément qu'il estime probant pour permettre à l'autorité compétente d'effectuer une évaluation complète du risque (dont notamment sa situation personnelle et familiale), avant d'adopter une décision de retour adaptée à sa situation. Sans cette coopération loyale indispensable, rappelée par la C.J., dans son arrêt *Boudjida*,¹⁷⁹ un examen complet et rigoureux du risque ne peut valablement être effectué.

179 C.JUE, *Boudjida*, *op. cit.*, points 49 et 50.