

Le droit à un recours effectif s'accommode-t-il d'un contrôle *ex tunc* par le Conseil du contentieux des étrangers? Quelques réflexions à la lumière de la jurisprudence des Cours européennes

Luc Leboeuf¹

Le recours en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers contre les décisions adoptées en matière de séjour fait régulièrement l'objet de critiques pour son manque d'effectivité. Ces critiques portent, entre autres, sur la limitation de la compétence du Conseil. Ce dernier ne peut connaître des recours en annulation qu'en prenant en considération les éléments et circonstances qui étaient connus de l'administration, lorsqu'elle a adopté la décision contestée. Compte tenu de l'extension de la compétence du Conseil envisagée dans le cadre de la codification du droit belge des étrangers, la présente contribution revient sur ces critiques récurrentes. Elle examine la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne afin de déterminer si, pour être effectif, un recours doit permettre au juge de connaître de l'ensemble des éléments et circonstances pertinents au moment de rendre son jugement, quand bien même ils n'étaient pas connus de l'administration lors de la prise de la décision contestée.

Introduction

La question de l'effectivité des recours en annulation et en suspension, qui peuvent être introduits devant le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après, « le Conseil ») à l'encontre des décisions adoptées en matière de séjour², figure sans doute parmi les plus controversées et les plus discutées du droit belge des étrangers. A l'occasion de diverses affaires portées tant devant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de

¹ Luc Leboeuf est chercheur F.R.S.-FNRS à la faculté de droit de l'université de Liège, chargé de cours invité à l'université catholique de Louvain, et chercheur associé à l'institut Max Planck d'anthropologie sociale. L'auteur a co-présidé, avec Dirk Vanheule, la Commission d'experts indépendants, nommée par le Secrétaire d'État Sammy Mahdi (auquel Nicole de Moor a ensuite succédé) aux fins d'accompagner la rédaction d'un « Code de la migration » par les services concernés (Office des étrangers, Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, service juridique du Conseil et Fedasil). Steven Bouckaert, Nicole Decabooter, Bernadette Renauld, Ina Vandenberghe, Marc Oswald (jusqu'à sa nomination en tant que Premier Président du Conseil) et Eric Somers étaient membres de la Commission. Sur l'apport de la Commission au processus de codification, avant la présentation de sa démission à la Secrétaire d'État le 8 septembre 2023, voy. le rapport de la Commission du Code des migrations, 2024, accessible sur <<https://hdl.handle.net/2268/326214>> (dernière consultation le 9 janvier 2025). Sur le « Code de la migration contrôlée » finalement présenté par la Secrétaire d'État à la presse en janvier 2024, voy. not. l'édito de Julien Wolsey dans la *Newsletter* de l'ADDE de janvier 2024 (J. WOLSEY, « Le projet de Code de la migration contrôlée : prémisse d'un nouveau texte législatif ou simple coup de com de la secrétaire d'État ? », *Newsletter ADDE*, n° 203, janvier 2024).

² Par « décisions adoptées en matière de séjour », nous entendons ci-après toutes les décisions visées par l'art. 39/2, §2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584. Il s'agit des décisions qui font l'objet d'un contrôle en annulation par le Conseil (en ce compris les décisions de retour).

justice de l'Union européenne (ci-après, les « Cours européennes »), la Belgique a vu ces recours tantôt questionnés, tantôt sanctionnés, pour leur manque d'effectivité.

Le projet d'avant-projet³ de « Code de la migration contrôlée », établi sous l'égide de la Secrétaire d'État Nicole De Moor durant la 55^{ème} législature dite « Vivaldi » (2019-2024), prévoit diverses réformes des recours en annulation et en suspension. Ces dernières incluent, entre autres, une extension de la compétence du Conseil de statuer sur ces recours *ex nunc*, c'est-à-dire, en prenant en considération l'ensemble des éléments et circonstances pertinents au moment de rendre son jugement – alors que le Conseil statue actuellement *ex tunc*, c'est-à-dire, en ne prenant en considération que les éléments et circonstances qui étaient connus de l'administration au moment d'adopter la décision contestée.

Cette réforme, si elle est adoptée, aura pour conséquence d'éloigner les caractéristiques du contrôle opéré par le Conseil en matière de séjour des logiques du contrôle juridictionnel devant le Conseil d'État, qui s'opère *ex tunc*. Elle pourrait néanmoins permettre d'acter les évolutions de la jurisprudence des Cours européennes relatives aux exigences d'effectivité des recours, compte tenu des diverses difficultés qu'a pu poser le recours en annulation devant le Conseil.

Pour ces raisons, la présente contribution explore la jurisprudence des Cours européennes afin de déterminer si, pour être effectif, un recours contre une décision de séjour doit autoriser un contrôle *ex nunc* par l'instance de recours.

Une première section examine la mesure dans laquelle le droit à un recours effectif, tel que consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « la C.E.D.H. ») dans le contentieux migratoire, implique un examen *ex nunc* par l'instance de recours (1). Une seconde section recherche les échos que ces exigences ont pu recevoir en droit de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour de justice, compte tenu du droit à une protection juridictionnelle effective consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, « la Charte ») (2).

L'analyse menée apportant une réponse nuancée à la question de déterminer si, pour être effectif, un recours doit nécessairement autoriser un examen *ex nunc* de l'ensemble des griefs invoqués contre une décision de séjour, une troisième section replace les jurisprudences des Cours européennes dans leur contexte jurisprudentiel plus large. Ce dernier est caractérisé par un contrôle plaçant davantage l'emphase sur les protections procédurales, que les États mettent en place aux fins de garantir le respect des droits fondamentaux, suivant une approche régulièrement qualifiée en doctrine de « procéduralisation » des droits fondamentaux (3).

1. Le droit à un recours effectif et l'exigence d'un examen complet et rigoureux des griefs défendables fondés sur une violation de la C.E.D.H.

³ Il semblerait que le Code de la migration contrôlée n'ait pas été formellement soumis au Gouvernement, sous la forme d'un avant-projet.

Il est de jurisprudence constante que l'article 13 C.E.D.H., qui garantit le droit à un recours effectif, impose aux États parties de prévoir un système de recours devant une « instance nationale », juridictionnelle ou non, qui doit être en mesure de réaliser un « examen complet et rigoureux » des « griefs défendables » fondés sur une violation de la Convention⁴. Le caractère défendable d'un grief relève d'une question de fait, objet d'une évaluation au cas par cas⁵.

Ces exigences sont générales : elles s'appliquent à toutes les hypothèses où un requérant invoque une violation de la Convention. Elles ont donc été reprises par la Cour européenne des droits de l'homme dès ses premiers arrêts de principe relatifs à des décisions d'expulsion d'étrangers, qui se plaignaient de ne pas avoir bénéficié d'un recours effectif contre celles-ci⁶. Elles ont été rappelées à de nombreuses reprises depuis⁷.

Dans plusieurs de ces affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'exigence d'un « examen complet et rigoureux » que le contrôle réalisé par l'instance de recours ne peut pas se limiter aux éléments connus de l'administration, lors de la prise de la décision contestée. Il s'agit d'affaires où une violation potentielle de l'article 3 C.E.D.H. est en cause.

En droit belge des étrangers, l'exigence d'un contrôle *ex nunc* n'est pas controversée dans le contentieux de la protection internationale, où le contrôle du Conseil est de plein contentieux⁸, et où la directive relative aux procédures de protection internationale consacre le principe d'un examen *ex nunc* des recours contre les décisions relatives aux demandes de protection internationale⁹. En pratique, cela a pour conséquence que la

⁴ Voy. le Guide établi par le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme : *Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un recours effectif*, Strasbourg, Conseil de l'Europe / Cour européenne des droits de l'homme, 29 février 2024, consultable sur <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_13_fre> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

⁵ La Cour a eu l'occasion de juger qu'est « défendable », un grief qui n'est pas « manifestement mal fondé » (Cour. eur. D. H., 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99, §76). Sur cette exigence, voy. également T. SPIJKERBOER, « Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases », *I.J.R.L.*, 2009, vol. 21, n° 1, p. 73.

⁶ Voy. not. Cour. eur. D. H., 30 octobre 1991, *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87 et s., §§121 et s. ; Cour. eur. D. H., 15 novembre 1996, *Chahal*, req. n° 22414/93, §§145 et s.

⁷ Voy. not. Cour. eur. D. H., *Conka, op. cit.*, §§76 et s. ; C.E.D.H., 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, req. n° 25389/04, §§58 et s. ; Cour. eur. D. H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, §§85 et s. ; Cour. eur. D. H., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, req. n° 27765/09, §§197 et s. Voy. aussi, plus récemment, la jurisprudence de la Cour relative à au système d'asile turc, qui fait l'objet d'une attention particulière en doctrine dans le contexte de la mise en œuvre de la déclaration U.E.-Turquie (Cour. eur. D. H., 21 juin 2022, *Akkad c. Turquie*, req. n° 1557/19, §§77 et s. ; G. OVACIK, M. INELI-CIGER et O. ULUSOY, « Taking Stock of the EU-Turkey Statement in 2024 », *E.J.M.L.*, 2024, p. 170).

⁸ Art. 39/2, §1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980. Lorsqu'il statue en plein contentieux, le Conseil peut connaître de l'ensemble des circonstances et éléments pertinents aux fins de réformer ou d'annuler la décision contestée.

⁹ Art. 46, §3, de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), *J.O.*, n° L 180, 29 juin 2013, p. 60 ; C.J.U.E., *Alheto*, 25 juillet 2018, C-585/16, *EU:C:2018:584*, obs. J-Y. CARLIER et L.

vaste majorité des hypothèses où un étranger risque une violation de l'article 3 C.E.D.H. fait l'objet de décisions susceptibles d'un examen complet par le Conseil, dans le cadre de la procédure de plein contentieux.

Toutefois, le champ d'application de l'article 3 C.E.D.H. diffère de celui de la protection internationale. Des risques de violation de ce dernier sont susceptibles de survenir suite à la prise de décisions, qui sont étrangères à la question de déterminer si la protection internationale doit être octroyée à un étranger – comme, par exemple, suite à l'adoption de décisions de transfert adoptées en application du règlement Dublin¹⁰ (annexe 26*quater*, ci-après « les décisions de transfert Dublin »), de décisions de refus de séjour pour motif médical « 9*ter* », ou encore d'ordres de quitter le territoire.

Dans chacune de ces hypothèses, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique pour violation du droit à un recours effectif, en visant explicitement l'absence d'examen *ex nunc* du recours par le Conseil – entre autres considérations.

A l'occasion de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, le recours en annulation devant le Conseil contre des décisions de transfert « Dublin » a fait l'objet de critiques, en raison de son incapacité à permettre un examen complet et rigoureux des griefs. La Cour y a jugé qu'un demandeur d'asile afghan transféré par la Belgique vers la Grèce, en application du règlement Dublin, n'avait pas bénéficié d'un recours effectif devant le Conseil, au motif notamment que « quand bien même les intéressés tentaient [...] de compléter leur dossier postérieurement à l'entretien avec l'OE, le CCE ne prenait pas toujours ces éléments en compte »¹¹.

Le caractère *ex tunc* du recours devant le Conseil a également fait l'objet de critiques, en ce qui concerne les recours contre les décisions de refus de séjour pour motif médical « 9*ter* ». Dans l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, la Cour a prononcé la violation du droit à un recours effectif, après avoir notamment constaté que le Conseil avait contrôlé la décision de rejet d'une demande de séjour 9*ter*, introduite par une ressortissante

LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2019, p. 122, no 27. Le règlement procédure d'asile, adopté dans le cadre du Nouveau pacte européen sur la migration et l'asile, consacre également l'obligation d'un examen *ex nunc* en son article 67, §3, qu'il étend à l'examen de la décision de retour qui constitue l'accessoire de la décision de rejet de la demande de protection internationale (règlement, UE, 2024/1348 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, *J.O.*, L, 2024, p. 1348, 22 mai 2024).

¹⁰ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, refonte, *J.O.*, n° L 180, 29 juin 2013, p. 31 (ci-après, le « règlement Dublin III ») ; art. 71/3, §3, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981.

¹¹ Cour. eur. D. H., *M.S.S.*, *op. cit.*, §389. La Cour a alors également critiqué la position jurisprudentielle du Conseil, qui soumettait le renversement de la présomption du respect par la Grèce des droits fondamentaux des demandeurs d'asile à une charge de la preuve déraisonnable, et les modalités procédurales du recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil, qui, selon la Cour, réduisent l'instruction de la cause et les droits de la défense au minimum.

camerounaise, « compte tenu des informations disponibles au moment de rendre [...] [l]a décision »¹².

Enfin, la Cour a condamné la Belgique pour violation du droit à un recours effectif à l'encontre d'un ordre de quitter le territoire, contre lequel les requérants invoquaient un grief défendable fondé sur l'article 3 C.E.D.H., au motif que l'examen du recours n'était pas *ex nunc*. Dans l'arrêt *Singh c. Belgique*, relatif à l'expulsion vers la Russie de demandeurs d'asile afghans qui invoquaient un risque de refoulement en chaîne vers l'Afghanistan, la Cour a jugé que « l'instance de contrôle ne [...] [peut] pas se placer fictivement au moment où l'administration a adopté la décision litigieuse pour en apprécier la validité au regard de l'article 3 et ainsi faire l'économie d'un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de l'intéressé »¹³.

La contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme est casuistique, et dépend donc nécessairement de l'ensemble des circonstances propres à l'espèce. Il n'en demeure pas moins que, dans chacune des affaires mentionnées ci-avant, l'absence d'examen *ex nunc* est explicitement visée par la Cour, parmi les motifs de son arrêt. Elle a donc été l'un des éléments déterminants dans la condamnation de la Belgique. Ces jurisprudences démontrent donc que, pour être effectif, le recours contre d'une mesure d'expulsion doit examiner les griefs défendables tirés de l'article 3 C.E.D.H., sans se limiter aux éléments connus lors de la prise de décision.

La question de déterminer si cette exigence est transposable à la violation des droits dérogeables de la Convention, comme le droit à la vie familiale tel que consacré par l'article 8 C.E.D.H., n'a pas été explicitement tranchée par la Cour. Par divers arrêts concernant la procédure française applicable dans les territoires et départements d'outre-mer, la Cour a néanmoins constaté une violation du droit à un recours effectif à l'encontre de décisions d'expulsion, contre lesquelles les requérants invoquaient des griefs fondés sur l'article 8 C.E.D.H.¹⁴ – sans qu'aucun grief ne soit tiré d'une violation de l'article 3 C.E.D.H.

Ces arrêts critiquent le caractère particulièrement sommaire de l'examen des recours, qui ont fait l'objet de décisions quelques heures après leur introduction. Ils n'énoncent pas l'exigence d'un examen *ex nunc*, la question étant étrangère aux critiques soulevées par les parties devant la Cour. Néanmoins, ils tendent à démontrer que les exigences du droit à un recours effectif sont, en principe, applicables de manière similaire à tout grief fondé sur une violation de la Convention – la Cour n'ayant pas fait état, dans son raisonnement, d'une quelconque distinction à réaliser en fonction du droit de la Convention dont la violation est alléguée.

Indépendamment de la question de déterminer si l'exigence d'un examen *ex nunc* est transposable, telle quelle, à tout grief défendable fondé sur toute disposition de la Convention, force est de constater que cette exigence ressort également de l'article 47

¹² Cour. eur. D. H., 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, req. n° 10486/10, §106.

¹³ Cour. eur. D. H., 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique*, req. n° 33210/11, §91.

¹⁴ Cour. eur. D. H., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07 ; Cour. eur. D. H., 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n° 9347/14.

de la Charte. Ainsi que cela est démontré ci-après, ce dernier offre des garanties au moins identiques à celles de l'article 13 C.E.D.H., lorsque le recours est dirigé contre une décision qui met en œuvre le droit de l'Union.

2. Le droit à une protection juridictionnelle effective en cas de violation des droits et libertés garantis par le droit de l'Union

L'article 47 de la Charte consacre le « droit à une protection juridictionnelle effective », en cas de violation des « droits et libertés garantis par le droit de l'Union »¹⁵. Ce droit s'applique à toute décision mettant en œuvre le droit de l'Union¹⁶. En outre, il a été constaté, en doctrine, que la jurisprudence de la Cour évolue dans le sens d'une application à tout litige relevant du domaine du droit de l'Union – sans exiger que le recours vise spécifiquement un acte, qui met en œuvre le droit de l'Union. Cette évolution trouve son fondement dans le texte de l'article 19, §1er, al. 2, T.U.E., qui exige des États membres qu'ils « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »¹⁷.

Le droit à une protection juridictionnelle effective garantit, outre le droit à un procès équitable, le droit à un recours effectif tel que consacré par l'article 13 C.E.D.H.¹⁸ Il en résulte, conformément à l'équivalence des protections entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹, que le droit à une protection juridictionnelle

¹⁵ La condition d'invoquer une violation d'un droit ou d'une liberté consacrée par le droit de l'Union semble devoir faire l'objet d'une interprétation large. Ainsi que l'a constaté l'avocat général Bobek dans ses conclusions rendues à l'occasion de l'affaire *El Hassani*, si le litige doit avoir trait à « un droit ou (...) une liberté concrets », en pratique, c'est précisément parce qu'un droit ou une liberté est violée qu'une procédure nationale sera introduite, de sorte que cette condition sera généralement remplie dans tout litige où le droit à une protection juridictionnelle effective est invoqué (Conclusions de l'Avocat général M. Michal Bobek, présentées le 7 septembre 2017 dans l'aff. C-403/16, *El Hassani*, §82).

¹⁶ Art. 51 de la Charte. Voy. aussi C.J.U.E., *Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, *ECLI:EU:C:2013:105*, §21; S. LAW, « Humanitarian Admission and the Charter of Fundamental Rights » in M.-C. FOBLETS et L. LEBOEUF, *Humanitarian Admission to Europe. The Law Between Promises and Constraints*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2020, p. 77.

¹⁷ F. KRENC et E. PENNINGCKX, « Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial » in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 1220, n° 8; J. WILDEMEERSCH, « L'avènement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE. Un droit renouvelé à la protection juridictionnelle effective », *C.D.E.*, 2021, vol. 3, p. 867, en particulier p. 922, n° 80.

¹⁸ Voy. l'art. 47, §1er, de la Charte. La circonstance que le droit à une protection juridictionnelle effective rassemble les protections de l'article 6 C.E.D.H. et de l'article 13 C.E.D.H., alors que le premier n'est pas applicable en tant que tel au contentieux des étrangers (voy. Cour. eur. D. H., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, req. n° 39652/98; Cour. eur. D. H., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. nos 46827/99 et 46951/99, §82), a parfois été invoquée en jurisprudence pour justifier une interprétation plus extensive des garanties liées à l'effectivité des recours. Voy., par ex., Civ. Bruxelles (réf.), 23 août 2021, R.G. 21/86/C, où le Tribunal de première instance statuant en référé retient cet argument pour fonder sa compétence de connaître d'une décision de refus d'un visa étudiant, au motif qu'un arrêt du Conseil n'interviendrait pas en temps utile, de sorte que le contrôle du Conseil ne suffit pas à répondre aux exigences de la Charte. Sur les exigences du droit à une protection juridictionnelle effective en matière de visa étudiant, voy. aussi la question préjudicielle pendante dans l'aff. C-299/23, *Darvate e.a.*

¹⁹ Art. 52, §3, de la Charte.

effective consacre, en droit de l'Union européenne, des garanties au moins identiques à celles de l'article 13 C.E.D.H.²⁰.

A l'occasion de diverses affaires, la Cour de justice a donc jugé que l'article 47 de la Charte implique une obligation de réaliser un examen *ex nunc* des circonstances propres à l'espèce (2.1.). La question de déterminer si cette exigence s'étend également aux hypothèses où le grief est fondé sur une violation d'un droit autre que l'article 4 de la Charte, dont le contenu est équivalent à l'article 3 C.E.D.H., n'a pas encore trouvé de réponse définitive dans la jurisprudence de la Cour de justice (2.2.)

2.1. Le droit à une protection juridictionnelle effective et l'exigence d'un examen *ex nunc*

A l'occasion de l'arrêt *H.A.*, la Cour de justice a répondu au Conseil, qui l'interrogeait sur l'effectivité du recours en annulation contre les décisions de transfert adoptées en application du règlement Dublin compte tenu du caractère *ex tunc* du contrôle exercé, que : « un recours en annulation introduit contre une décision de transfert, dans le cadre duquel la juridiction saisie ne peut pas tenir compte de circonstances postérieures à l'adoption de cette décision qui sont déterminantes pour la correcte application du règlement Dublin III, n'assure pas une protection juridictionnelle suffisante » (nous soulignons)²¹.

L'importance que la Cour accorde à l'examen *ex nunc* des griefs ressortait également, de manière indirecte, de sa jurisprudence antérieure relative à l'effectivité des recours contre les décisions de transfert Dublin. Dans l'arrêt *Jawo*, la Cour avait notamment constaté que le système de recours en Allemagne prévoit « le droit d'invoquer des circonstances postérieures à l'adoption de la décision de transfert »²². Elle y voit une circonstance pertinente, parmi d'autres, pour conclure que le recours devant les juridictions administratives allemandes, dont le contrôle de l'action de l'administration n'est généralement pas limité *ex tunc*, satisfait aux exigences d'un recours effectif.

²⁰ Ce principe est largement admis dans la jurisprudence belge. Voy., par ex., C.E., 20 mars 2019, n° 243.988, où le Conseil d'État a déduit de l'équivalence des protections entre l'article 13 C.E.D.H. et l'article 47 de la Charte, que le moyen de cassation tiré d'une violation de l'article 47 de la Charte est recevable, quand bien même il n'avait pas été invoqué lors de la procédure au fond, dans les hypothèses où l'article 13 C.E.D.H. a été invoqué devant le Conseil.

²¹ C.J.U.E., *H.A.*, 15 avril 2021, C-194/19, *EU:C:2021:270*, §45, obs. J.-Y. CARLIER et E. FRASCA, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2022, p. 131 ; A. CAIOLA, « Asile et antinomie potentielle : un compromis entre autonomie procédurale et protection juridictionnelle effective », *R.A.E.*, 2021, p. 375 ; E. NERAUDAU, « Recours effectif et transfert Dublin : le juge national doit tenir compte des circonstances postérieures à l'adoption de la décision de transfert Dublin », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2021.

²² C.J.U.E., *Jawo*, 19 mars 2019, C-163/17, *EU:C:2019:218*, §69, obs. G. ANAGNOSTARAS, « The Common European Asylum System: Balancing Mutual Trust Against Fundamental Rights Protection », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n° 6, p. 1180 ; S. BARBOU DES PLACES, « Quelle place pour la personne dans le contentieux des transferts Dublin ? Les enseignements de l'arrêt *Jawo* », *R.T.D.E.*, 2020, p. 142 ; J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2020, p. 135, n° 12 ; M. DEN HEIJER, « Transferring a refugee to homelessness in another Member State: *Jawo* and *Ibrahim* », *C.M.L.Rev.*, 2020, n° 2, p. 539.

De même, dans l'arrêt *Hasan*, la Cour a apporté une réponse négative à une question du juge allemand, qui se demandait si le caractère *ex nunc* de son contrôle était compatible avec le règlement Dublin²³. L'avocat général Yves Bot avait alors souligné que, sans examen *ex nunc* dans le cadre du contrôle juridictionnel, le droit des demandeurs d'asile à bénéficier d'une application correcte des critères de détermination de l'État membre responsable, tels que consacrés par le règlement Dublin, serait « nécessairement oblitéré »²⁴.

2.2. L'exigence d'un examen *ex nunc* des griefs autres que ceux fondés sur un droit indérogeable

La Cour de justice n'a pas (encore) explicitement tranché la question de déterminer si l'ensemble des garanties que la Cour européenne des droits de l'homme a déduites de l'article 13 C.E.D.H. combiné à l'article 3 C.E.D.H., en particulier l'exigence d'un examen *ex nunc*, s'applique à tout grief fondé sur une violation du droit de l'Union. Il semblerait, toutefois, qu'elle ne s'engage pas dans la voie d'une interprétation différenciée des garanties offertes par l'article 47 de la Charte, en fonction de la nature du droit dont la violation est invoquée.

Dans l'arrêt *H.A.*, en effet, la Cour n'a opéré aucune distinction relative aux modalités du recours, en fonction du type de grief invoqué par le requérant. Elle semble se contenter, au contraire, de tout grief fondé sur une violation du droit de l'Union. L'arrêt *H.A.* laisse donc à penser que l'exigence d'un examen *ex nunc* est non seulement inhérente au droit à une protection juridictionnelle effective, mais qu'en outre elle ne connaît pas de modulation en fonction du type de violation du droit de l'Union qui est invoquée²⁵. Cette interprétation est renforcée par le règlement relatif à la gestion de la migration et de l'asile, appelé à remplacer le règlement Dublin III à partir du 1^{er} juillet 2026. Un examen *ex nunc* sera exigé de toutes les circonstances « déterminantes pour l'application correcte du [...] règlement »²⁶.

L'application non différenciée des exigences minimales auxquelles doit répondre un recours, afin qu'il puisse être qualifié d'effectif au sens du droit de l'Union, paraît également ressortir de l'arrêt *El Hassani*. En l'espèce, la Cour de justice a jugé qu'une décision de refus de visa court séjour, en vue d'une visite familiale, doit pouvoir faire l'objet d'un recours effectif²⁷. La Cour n'a pas exigé que pareil recours soit *ex nunc*, la question étant étrangère à celle qui lui a été posée par la voie préjudicielle. Elle s'est

²³ C.J.U.E., *Hasan*, 25 janvier 2018, C-360/16, EU:C:2018:35, §40, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2019, p. 119, n° 16.

²⁴ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 septembre 2017 dans l'aff. C-360/16, *Hasan*, EU:C:2017:653, §74.

²⁵ En ce sens, voy. également C.C.E., 23 novembre 2023, n° 297 478, p. 16, point 4.4.2., où le Conseil opère un examen *ex nunc* du risque de violation de l'article 8 C.E.D.H.

²⁶ Art. 43, §1^{er}, b), du règlement 2024/1351 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à la gestion de l'asile et de la migration, *J.O.*, L, 2024, 22 mai 2024, p. 1351.

²⁷ C.J.U.E., *El Hassani*, 13 décembre 2017, C-403/16, EU:C:2017:960, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2018, p. 98, n° 11.

contentée d'un renvoi général à l'autonomie procédurale des États membres, pour ce qui est de fixer les modalités concrètes du recours²⁸.

Mais la Cour n'a pas non plus suggéré que les garanties de la protection juridictionnelle devraient être moindres, compte tenu du fait qu'aucune violation de l'article 4 de la Charte (dont la protection correspond à celle de l'article 3 C.E.D.H.) n'est en cause, ni qu'elles devraient être modulées en fonction des conséquences que les violations invoquées au droit de l'Union pourraient avoir sur les droits fondamentaux. Dans ses conclusions rendues à l'occasion de l'affaire *Samba Diouf*, relative au droit de contester les motifs pour lesquels une demande d'asile est traitée selon une procédure accélérée²⁹, l'avocat général Pedro Cruz Villalon a d'ailleurs défendu une interprétation uniforme du droit à une protection juridictionnelle effective, quelle que soit la disposition de droit primaire ou dérivé qui le consacre. À suivre l'avocat général, ce droit « n'a pas un contenu et une portée différents en fonction de la disposition ou du principe communautaire qui le proclament dans chaque cas »³⁰.

Le Conseil d'État a également interrogé la Cour de justice, aux fins de déterminer si le recours contre une décision de retour doit permettre un examen *ex nunc* des circonstances de l'espèce³¹. La réponse de la Cour aurait pu permettre d'identifier si elle s'engage effectivement dans la voie d'une généralisation de l'exigence d'un recours *ex nunc*. La Cour a, toutefois, rendu un arrêt d'irrecevabilité de la question, au motif que l'État belge avait entre-temps délivré un titre de séjour aux requérants, de sorte que sa réponse n'était plus nécessaire à la résolution du litige³².

Indépendamment de la direction que la Cour de justice donnera à son interprétation du droit à une protection juridictionnelle effective comme impliquant un examen *ex nunc* quel que soit le type de violation du droit de l'Union invoquée, force est également de constater qu'il existe une tendance plus générale, dans la jurisprudence des Cours européennes, à développer les exigences procédurales de protection des droits fondamentaux. L'exigence d'un examen *ex nunc* n'est que l'une des nombreuses expressions d'une tendance jurisprudentielle plus profonde et à l'œuvre depuis plusieurs décennies, qui nourrit la procéduralisation de la protection des droits fondamentaux.

3. Un contexte jurisprudentiel caractérisé par une procéduralisation des droits fondamentaux, dans la reconnaissance de l'autonomie procédurale des États

Les précisions apportées au droit à un recours effectif au gré de la jurisprudence des Cours européennes établissent l'importance d'une analyse *ex nunc* des circonstances

²⁸ C.J.U.E., *El Hassani*, *op. cit.*, §§29-30.

²⁹ C.J.U.E., *Samba Diouf*, 28 juillet 2011, C-69/10, *EU:C:2011:524*, obs. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *C.M.L.Rev.*, 2012, p. 327.

³⁰ Conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon, présentées le 1er mars 2021 dans l'aff. C-69/10, *Samba Diouf*, *EU:C:2011:102*, §32. Voy. également, en ce sens, E. NERAUDAU, « Recours effectif et transfert Dublin ... », *op. cit.*

³¹ C.E., 4 novembre 2021, n° 252.040.

³² C.J.U.E., *XXX et XXX c. Etat belge*, 22 juin 2023, C-711/21 et C-712/21, *EU:C:2023:503*.

de l'espèce, afin de garantir un examen complet et rigoureux des griefs défendables³³. S'il ne peut pas en être tiré de conclusions certaines et définitives quant à l'exigence d'une telle obligation dans les hypothèses où une violation de l'article 3 C.E.D.H. n'est pas en cause, il n'en demeure pas moins que les jurisprudences des Cours européennes ont connu une évolution nette vers un renforcement des garanties procédurales dans le contentieux migratoire. Cela ressort, également, de diverses affaires relatives au droit belge des étrangers (3.1.). Cette tendance à la procéduralisation des droits donne de nouveaux pourtours à l'autonomie procédurale des États, auxquels il revient de fixer les modalités de recours concrètes, qui garantissent une protection effective des droits fondamentaux (3.2.).

3.1. La procéduralisation des droits dans le contentieux migratoire

L'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje*, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une décision de refus de séjour médical doit faire l'objet d'un examen *ex nunc*, offre un exemple du lien entre le renforcement des exigences liées à l'effectivité des recours, d'une part, et la protection d'un droit matériel (en l'occurrence, celui des étrangers gravement malades de ne pas être expulsés en violation de l'article 3 C.E.D.H.) par le biais de la reconnaissance de garanties procédurales plus précises, d'autre part. Cet arrêt préfigure les évolutions de la jurisprudence de la Cour en la matière, où l'emphase est désormais essentiellement placée sur l'obligation des États de réaliser un examen approprié de l'état de santé de l'étranger concerné. Par les arrêts *Paposhvili c. Belgique*³⁴ et *Savran c. Danemark*³⁵, en particulier, la Cour insiste sur l'obligation de réaliser un « contrôle rigoureux » des conséquences de l'expulsion à l'aide de « procédures adéquates »³⁶. Cette plus grande sévérité des garanties procédurales s'est, du reste, également manifestée dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui a exigé un effet suspensif du recours contre une décision de refus de séjour médical, en ce que l'étranger concerné doit pouvoir continuer à bénéficier des soins dont il a besoin³⁷.

De même, l'arrêt *H.A.* de la Cour de justice, qui exige un examen *ex nunc* des décisions de transfert Dublin, cadre dans une évolution jurisprudentielle plus générale tendant à garantir la possibilité effective, pour les demandeurs d'asile, de contester les mauvaises applications du règlement Dublin. Si, dans un premier temps, la Cour a semblé se reposer sur la logique inter-étatique du règlement Dublin pour limiter les possibilités pour un demandeur d'asile de contester la validité d'une décision de transfert, elle est ensuite

³³ En ce sens, voy. également J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 122, n° 82.

³⁴ Cour. eur. D. H., 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, req. n° 41738/10, en particulier le §189, obs. M. BORRES et M. SOLBREUX, « L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cours constitutionnelles nationales », *R.B.D.C.*, 2017, p. 173.

³⁵ Cour. eur. D. H., 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*, req. n° 57467/15.

³⁶ *Ibid.*, §130.

³⁷ C.J.U.E., *Abdida*, 18 décembre 2014, C-562/13, *EU:C:2014:2453*, obs. S. BODART, « Arrêts 'M' Bodj' et 'Abdida' : vers une précarisation de l'autorisation de séjour pour motif médical », *J.D.E.*, 2015, vol. 4, n° 18, p. 156 ; C.J.U.E., 30 septembre 2020, *LM c. C.P.A.S. de Seraing*, aff. C-402/19, *EU:C:2020:759* ; C.J.U.E., 30 septembre 2020, *B. c. C.P.A.S. de Liège*, aff. C-233/19, *EU:C:2020:757*, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2021, p. 152, n° 44 ; B. DE SCHUTTER, « Het recht op maatschappelijke dienstverlening voor ernstig zieke vreemdelingen in onwettig verblijf. Een stand van zaken vier jaar na het arrest-Abdida met overzicht va rechtspraak », *T. Vreemd.*, 2019, p.6.

revenue sur cette jurisprudence³⁸. A la faveur de la réforme du règlement Dublin II en un règlement Dublin III, qui contient des garanties plus étendues en matière d'effectivité des recours et entend s'éloigner de la logique inter-étatique pour mieux tenir compte des droits fondamentaux des demandeurs d'asile³⁹, la Cour a explicitement admis qu'un recours soit introduit à l'encontre de toute mauvaise application du règlement – sans qu'il ne soit en outre nécessaire de démontrer que cette mauvaise application a des conséquences pour les droits fondamentaux du demandeur. La Cour a, par exemple, jugé qu'un demandeur d'asile est parfaitement fondé à invoquer devant le juge national la mauvaise application des critères de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande⁴⁰, ou encore le non-respect des délais de transfert⁴¹. Cette position correspond, du reste, à celle généralement suivie par le Conseil de longue date. Le contrôle de légalité, en particulier l'obligation de motivation, n'est en rien limité par la circonstance qu'un autre État membre aurait accepté sa responsabilité⁴².

Ces évolutions n'ont rien de propre au contentieux migratoire. Elles cadrent dans une tendance plus générale de procéduralisation des droits fondamentaux, qui a pu être constatée dans la jurisprudence des Cours européennes⁴³. Cette approche jurisprudentielle consiste à garantir les droits substantiels par le biais de l'instauration de protections procédurales, dont il est attendu qu'elles garantissent une application effective des droits⁴⁴. Cela présente également l'avantage de reconnaître la marge

³⁸ Par l'arrêt *Abdullahi*, la Cour a considéré que, dans les hypothèses où une prise en charge a été acceptée par l'État qui a été désigné, à tort, comme responsable de l'examen de la demande d'asile, elle ne peut plus être contestée par le demandeur (C.J.U.E., *Abdullahi*, 10 décembre 2013, C-394/12, *EU:C:2013:813* ; obs. J.-Y. CARLIER, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2014, p. 105). En l'espèce, le demandeur invoquait avoir quitté le territoire européen depuis plus de 6 mois après sa première entrée via le territoire de l'État membre qui a accepté sa prise en charge.

³⁹ Comp. l'art. 19, §2, du règlement Dublin II (règlement, UE, n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *J.O.*, n° L 50, 25 février 2003, p. 1) avec l'art. 27 du règlement Dublin III.

⁴⁰ C.J.U.E., *Ghezelbash*, 7 juin 2016, C-63/15, *EU:C:2016:409* ; C.J.U.E., *Karim*, 7 juin 2016, C-155/15, *EU:C:2016:410*, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2017, pp. 114 et s., nos 15 et s. ; M. DEN HEIJER, « Remedies in the Dublin Regulation: *Ghezelbash* and *Karim* », *C.M.L.Rev.*, 2017, p. 859.

⁴¹ C.J.U.E., *Mengesteab*, 26 juillet 2017, C-670/16, *EU:C:2017:587* ; C.J.U.E., *Shiri*, 25 octobre 2017, C-201/16, *EU:C:2017:805*, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2018, p. 110, n° 27.

⁴² Voy. le numéro spécial n° 181 de cette revue et L. LEBOEUF, E. NERAUDAU, P. VANWELDE et T. WIBAULT, *cette revue*, 2014, p. 733. L'art. 43, §1er, du règlement 2024/1351 relatif à la gestion de l'asile et de la migration, appelé à remplacer le règlement Dublin à partir du 1^{er} juillet 2026, revient sur cette jurisprudence de la Cour de justice en limitant les motifs pour lesquels un appel peut être introduit. Il restera à la Cour de justice de déterminer si ce règlement ne va pas à l'encontre du droit à une protection juridictionnelle effective.

⁴³ Sur la procéduralisation des droits, voy. not. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2007, n° 69, p. 398 ; P. POPELIER, « The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case-law of the European Court of Human Rights », in P. POPELIER, A. MAZMANYAN et W. VANDENBRUWAENE (dir.), *The role of Constitutional courts in multilevel governance*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 249.

⁴⁴ Sur cette question, voy. not. J. LENOBLE, « La procéduralisation contextuelle du droit », in P. COPPENS et J. LENOBLE, *Démocratie et procéduralisation du droit. Travaux des XVIèmes journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de philosophie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 97 et s.

d'appréciation nécessaire aux autorités nationales, afin de prendre adéquatement le contexte local en considération. En ce sens, la procéduralisation des droits est empreinte de subsidiarité.

Dans un contentieux tel que le contentieux migratoire, qui est devenu particulièrement clivant dans les débats politiques et de société, le développement de l'approche procédurale des droits peut sans doute également se lire comme une tentative, pour les Cours européennes, de répartir le coût de légitimité désormais lié à la prise de décision en la matière. L'emphase sur les protections procédurales permet alors de garantir une protection effective des droits fondamentaux, en impliquant activement les juridictions nationales dans la garantie de ces protections – ces juridictions étant, par ailleurs, parfois mieux à même de saisir la complexité du contexte dans lequel elles exercent leur contrôle. Cela suppose, toutefois, de reconnaître de nouvelles limitations à l'autonomie procédurale des États.

3.2. La procéduralisation des droits face à l'autonomie procédurale des États

La précision des exigences procédurales découlant du droit à un recours effectif ne remet pas en question l'autonomie procédurale des États, qui demeure un principe d'interprétation cardinal dans la jurisprudence des Cours européennes. Cela a amené la Cour européenne des droits de l'homme à affirmer, dans l'arrêt *Baysakov c. Ukraine*, qu'un contrôle juridictionnel limité à un contrôle de légalité n'est pas, en soi, contraire aux exigences du droit à un recours effectif⁴⁵. Les États demeurent libres d'organiser leur système de recours comme ils le souhaitent, sous réserve du respect des exigences liées au droit à un recours effectif.

En droit de l'Union, l'autonomie procédurale des États membres est conditionnée par le principe d'équivalence et d'effectivité⁴⁶. Conformément à ce principe, les États membres demeurent libres de déterminer les modalités procédurales d'examen des recours fondés sur une violation du droit de l'Union, sous deux conditions. Premièrement, le recours doit être soumis à des modalités procédurales équivalentes à celles applicables aux violations de dispositions semblables de droit national. Deuxièmement, le recours doit présenter des garanties suffisantes d'effectivité, et donc se conformer aux exigences du droit à une protection juridictionnelle effective.

Ce principe est très régulièrement rappelé par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative au contentieux migratoire. La Cour l'a utilisé, par exemple, pour garantir l'effectivité du contrôle juridictionnel en matière d'asile, face à une administration qui se montre réticente à respecter les décisions de son juge. Par l'arrêt *Torubarov*, elle a reconnu la compétence des juridictions nationales d'octroyer la protection internationale, lorsque l'administration se refuse à exécuter leur décision de manière

⁴⁵ Cour. eur. D. H., 18 février 2010, *Baysakov c. Ukraine*, req. n° 54131/08, §75.

⁴⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law. 2nd Edition*, Oxford, OUP, 2007, p. 418. Pour une étude approfondie de ce principe, voy. aussi L. FEILHES, *Le principe d'équivalence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2023.

répétée⁴⁷. Mais la Cour a également mobilisé le principe d'équivalence et d'effectivité pour rappeler aux juridictions nationales qu'il leur revient de trancher les questions procédurales qui peuvent se poser en droit national, compte tenu des spécificités du système de recours propre à chaque État membre, lorsque ces questions ne revêtent pas une incidence directe sur l'effectivité des recours. Dans l'affaire *Benallal*, par exemple, la Cour a estimé qu'il ne lui revenait pas de déterminer si la violation du droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union, est un moyen d'ordre public, qui peut être invoqué pour la première fois en cassation devant le Conseil d'État de Belgique⁴⁸.

L'évolution de la jurisprudence, telle qu'analysée ci-avant, tend vers un encadrement de l'autonomie procédurale des États par l'intermédiaire du droit à une protection juridictionnelle effective⁴⁹. Ce dernier conduit à l'imposition progressive d'une obligation du juge de connaître *ex nunc* de l'ensemble des éléments pertinents qui lui sont soumis – quelles que soient les modalités de recours que le droit national fixe par ailleurs. Il en résulte un questionnement plus fondamental, relatif à l'adéquation du système de recours de droit administratif belge pour connaître des recours en matière de séjour.

Ce questionnement n'est pas nouveau. Il s'est également posé (et continue de se poser) suite aux critiques formulées envers l'absence d'effet suspensif automatique des recours contre certaines décisions en matière d'asile et de séjour, comme les transferts Dublin⁵⁰ et les refus de séjour médical⁵¹. Indépendamment des suites qui leur seront réservées, l'auteur espère que les constats des acteurs de terrains récoltés par la Commission du Code de la migration quant à l'ineffectivité du recours en annulation auront eu l'intérêt de poser, à nouveau, la question de l'adéquation du recours en annulation pour connaître des recours en matière de séjour – et qu'il en résultera des débats, qui dépasseront les postures idéologiques pour s'interroger sur les liens entre le système de recours et la gouvernance des migrations souhaitée pour la Belgique.

Conclusion. Quels recours pour quelle(s) gouvernance(s) des migrations ?

L'analyse de la jurisprudence des Cours européennes menée ci-avant démontre que, si une tendance nette se dégage vers l'imposition d'un examen *ex nunc* des recours contre des décisions de refus de séjour, la question de déterminer s'il existe une obligation de prévoir pareil examen, quelle que soit la violation invoquée, n'a pas été explicitement tranchée.

⁴⁷ C.J.U.E., *Torubarov*, 29 juillet 2019, C-556/17, EU:C:2019:626, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2020, p. 138, n° 19; J. DE CONINCK et F. GREMMELPREZ, « Procedurele pingpong aan banden gelegd of een impliciete erkenning van een robuust afdwingbaar recht op internationale bescherming? Het arrest-Torubarov onder het vergrootglas », *T. Vreemd.*, 2019, p. 308.

⁴⁸ C.J.U.E., *Benallal*, 17 mars 2016, C-161/15, EU:C:2016:175, obs. J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2016, p.153 ; N. CAMBIEN, *T. Vreemd.*, 2016, p. 90.

⁴⁹ Sur les liens entre le renforcement du droit à une protection juridictionnelle effective, d'une part, et les restrictions à l'autonomie procédurale des États, d'autre part, voy. également T. LOCKE, « Why the EU Charter Matters. The Right to an Effective Remedy under Article 47 », *VerfBlog*, 31 octobre 2024, <https://verfassungsblog.de/why-the-eu-charter-matters/> (dernière consultation le 18 novembre 2024).

⁵⁰ Cour. eur. D. H., *M.S.S.*, *op. cit.*

⁵¹ Cour. eur. D. H., *Abdida*, *op. cit.*

Les divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui consacrent explicitement l'exigence d'un examen *ex nunc*, concernent des affaires où une violation potentielle de l'article 3 C.E.D.H. était en cause. Quant à l'arrêt *H.A.* de la Cour de justice, qui consacre l'exigence d'un recours *ex nunc* contre les décisions de transfert Dublin, il n'a pas encore eu d'équivalent quant à l'application d'autres textes relatifs au séjour, comme la directive retour. La question préjudicielle que le Conseil d'État avait adressée à la Cour de justice à ce sujet a été déclarée irrecevable, la procédure principale étant devenue sans objet.

La jurisprudence des Cours européennes invite, néanmoins, à une réflexion plus large sur l'adéquation du recours en annulation pour contentieux en matière de séjour. Cette réflexion gagnerait à tenir compte des discordances de temporalités que ce système de recours nourrit entre le système juridique et les réalités humaines. Le temps des procédures n'est pas celui des migrants et des membres de leur famille, dont la situation personnelle est souvent appelée à évoluer entre l'adoption d'une décision par l'administration et l'examen de la légalité de cette décision par le juge⁵².

Les procédures de recours qui ignorent cette réalité sociale n'emportent pas uniquement un risque de nourrir les atteintes aux droits fondamentaux, en posant des obstacles à l'accession aux droits. Elles affectent, également, l'efficacité de l'action administrative, en générant les conditions d'une multiplication des demandes et recours : faute d'examen *ex nunc* de sa situation, l'étranger dont la situation évoluerait depuis l'introduction de sa première demande de séjour n'a pas d'autre choix que de soumettre une nouvelle demande (et un nouveau recours, en cas de rejet de celle-ci).

Le défi n'est, du reste, pas propre à la Belgique. Il est également partagé par d'autres pays européens, dont la France, qui connaît un système de recours similaire au notre. Sollicité en vue de la réforme du droit de l'immigration souhaitée par le Président Emmanuel Macron, le Conseil d'État y a constaté que « au stade administratif comme au contentieux, le traitement de la situation d'un étranger au regard du droit au séjour est bien souvent un processus itératif, donnant lieu à des demandes et des recours répétés, ce qui a pour effet tant de maintenir une relative incertitude quant aux droits de l'intéressé que d'alimenter artificiellement le contentieux administratif »⁵³. En Belgique, la large consultation des acteurs de terrain menée par la Commission du Code de la migration permet de poser un constat similaire⁵⁴.

La consécration d'un recours *ex nunc* n'est assurément pas la panacée. Elle pourrait contribuer, toutefois, à l'émergence d'une gouvernance des migrations qui tend à concilier les impératifs de respect des droits fondamentaux, d'une part, avec les exigences d'efficacité de l'action administrative, d'autre part.

⁵² En matière d'asile, voy. par ex. Z. CRINE, C. FLAMAND et F. RAIMONDO, « Time(S), Space(S) and Shapes of Vulnerabilities in the Belgian Asylum System », in L. LEBOEUF, C. BRUN, H. LIDÉN, S. MARCHETTI, D. NAKACHE et S. SAROLEA (dir.), *Between Protection and Harm. Negotiated Vulnerabilities in Asylum Laws and Bureaucracies*, Cham, Springer, IMISCOE Research Series, 2024, p. 143.

⁵³ Conseil d'État de France, *Étude à la demande du Premier Ministre. 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous*, 2020, p. 27.

⁵⁴ Rapport de la Commission du Code des migrations, *op. cit.*, p. 29, n° 3.4.