

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 39.718/AG
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Intérieur, le 10 janvier 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(*), sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 7 et 21 février 2006, a donné à cette dernière date l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Observation préalable

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points, notamment sur certains aspects de la cohérence interne de l'avant-projet de loi, de sa cohérence avec l'avant-projet de loi "réformant le Conseil d'État et instituant un Conseil du Contentieux des Étrangers", également examiné ce jour par la section de législation du Conseil d'État sous le n° 39.717/AG, ainsi que sur son articulation avec le droit en vigueur.

Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le bref délai qui lui a été imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet de loi. Le silence du présent avis sur certaines questions ne peut signifier que le texte n'appellerait pas d'observation. Un examen complet aurait nécessité un délai plus long eu égard à l'ampleur de la réforme projetée.

I. Portée de l'avant-projet de loi

1. Selon son article 2, l'avant-projet de loi soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État tend à transposer, "entre autres", trois directives du Conseil de l'Union européenne dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Il s'agit :

- la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (de ressortissants de pays tiers), ci-après "la directive 2003/86/CE", dont la transposition devait être assurée pour le 3 octobre 2005¹ et qui fait principalement l'objet des articles 5 à 12 de l'avant-projet de loi. Comme l'indique son article 1^{er}, cette directive se donne pour but de fixer les conditions dans

⁽¹⁾ Article 20 de la directive.

lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres;

- la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, ci-après "la directive 2004/81/CE", dont la transposition doit être assurée pour le 6 août 2006 ² et qui fait l'objet de l'article 59 de l'avant-projet de loi;
- et de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, ci-après "la directive 2004/83/CE", dont la transposition doit être assurée pour le 10 octobre 2006 ³ et qui fait principalement l'objet des articles 20 à 58 de l'avant-projet de loi.

2.1. Il ressort toutefois des considérations générales de l'exposé des motifs que l'avant-projet de loi tend également à apporter à la loi du 15 décembre 1980, précitée (ci-après "la loi du 15 décembre 1980"), diverses modifications qui ne résultent pas nécessairement de l'obligation de transposer en droit interne les trois directives susmentionnées.

2.2. Ainsi, l'avant-projet de loi tend, notamment, à assurer un "meilleur encadrement" de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et à abroger la procédure de demande en révision, actuellement prévue par la loi du 15 décembre 1980.

2.3. De même, l'avant-projet de loi procède à une réforme fondamentale de la procédure d'asile au sens large, procédure qui va en effet trouver à s'appliquer tant aux étrangers qui se déclarent réfugiés au sens de la Convention internationale du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés qu'aux étrangers qui sollicitent le bénéfice de la protection subsidiaire au sens de la directive 2004/83/CE.

⁽²⁾ Article 17 de la directive.

⁽³⁾ Article 38 de la directive.

Les lignes de force de cette réforme peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- la distinction entre la phase d'examen de la recevabilité des demandes d'asile et la phase d'examen au fond de celles-ci est supprimée;
- l'Office des étrangers n'assume en principe plus aucun rôle dans l'examen proprement dit d'une demande d'asile, mais se limite à procurer un soutien administratif dans le traitement de cette demande par les autres instances. Il reste toutefois compétent pour déterminer l'État responsable de l'examen de la demande d'asile (Règlement Dublin), pour prendre la décision sur le droit de séjour lié à la reconnaissance de la qualité de réfugié ou du statut de protection subsidiaire et pour décider du maintien, en cours de procédure, de l'étranger qui a introduit une demande d'asile au sens large;
- le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides n'est plus l'instance de recours des décisions sur la qualité de réfugié prises au stade de la recevabilité par le Ministre de l'Intérieur ou son délégué (en pratique, l'Office des étrangers), mais devient la première instance appelée à se prononcer sur une demande d'asile au sens large. Il décide donc de reconnaître ou non soit le statut de réfugié, soit le bénéfice de la protection subsidiaire;
- un recours juridictionnel de pleine juridiction contre les décisions du Commissaire général est ouvert devant une nouvelle juridiction administrative, à savoir le Conseil du Contentieux des Étrangers, ce qui implique la suppression de l'actuelle Commission permanente de recours des réfugiés. Dans ce cadre, le Conseil du Contentieux des Étrangers peut confirmer, réformer ou annuler avec renvoi la décision prise par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides;
- un recours en cassation, assorti d'une procédure d'admission, peut être introduit devant le Conseil d'État à l'encontre des décisions du Conseil du Contentieux des Étrangers.

.../...

Outre les compétences qui viennent d'être décrites en matière d'asile, le Conseil du Contentieux des Étrangers se voit également reconnaître une compétence d'annulation et de suspension à l'encontre des décisions individuelles prises, en dehors de la matière de l'asile, par le ministre ou son délégué et ce, en application "des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers". Dans ce cadre, le Conseil d'État remplit à nouveau le rôle de juge de cassation, avec procédure d'admission. Le Conseil d'État n'est donc plus l'instance juridictionnelle de premier et dernier degré dans ces matières.

Conformément à l'article 77 de la Constitution, les aspects de cette réforme qui ont trait à la suppression de la Commission permanente de recours des réfugiés, à la création du Conseil du Contentieux des Étrangers et à la modification de la compétence du Conseil d'État, font l'objet d'un avant-projet de loi distinct ⁴ au sujet duquel l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a également donné, ce jour, l'avis 39.717/AG.

Une parfaite compréhension d'ensemble de la réforme envisagée quant à la procédure d'asile n'est en conséquence possible qu'en procédant à un examen simultané des deux avant-projets de loi ⁵ et il sera, le cas échéant, renvoyé à l'avis 39.717/AG dans le cadre du présent avis.

(4) Avant-projet de loi "réformant le Conseil d'État et instituant un Conseil du Contentieux des Étrangers", ci-après dénommé "l'avant-projet de loi 39.717/AG".

(5) À titre d'exemple :

- certaines dispositions de la loi du 15 décembre 1980 sont modifiées tant par le présent avant-projet de loi que par l'avant-projet de loi 39.717/AG;
- d'autres dispositions de la loi du 15 décembre 1980 qui ne trouvent plus à s'appliquer dans le cadre de la nouvelle procédure d'asile, ne sont pas abrogées par les dispositions de l'avant-projet de loi présentement examiné, mais bien par des dispositions de l'avant-projet de loi 39.717/AG;
- certaines modifications apportées à la procédure d'asile par le présent avant-projet de loi ne peuvent être pleinement examinées qu'en prenant simultanément en considération diverses dispositions de l'avant-projet de loi 39.717/AG. Il en va d'ailleurs de même pour certaines autres modifications prévues par l'avant-projet de loi, par exemple en ce qui concerne la suppression de la procédure de demande en révision, avec effet suspensif automatique. Il n'est à cet égard pas étonnant que l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi présentement examiné se réfère, à diverses reprises, à l'avant-projet de loi 39.717/AG.

II. Observations générales

1. Compte tenu de la portée multiple de l'avant-projet de loi, il convient de mentionner clairement dans l'exposé des motifs, d'une part, quelles sont, parmi les diverses dispositions de l'avant-projet de loi, celles qui tendent à transposer les directives précitées, et, d'autre part, quelles sont les dispositions de ces directives qui sont transposées par ces dispositions de l'avant-projet de loi.

Il en va d'autant plus ainsi que :

- si certaines dispositions de ces directives lient parfois à ce point les États membres qu'ils n'ont pratiquement pas d'autre choix que de les retranscrire quasi littéralement en droit interne, d'autres, notamment de la directive 2003/86/CE, se limitent à établir des exigences minimales, tout en laissant par ailleurs aux États membres un large pouvoir d'appréciation, tant en ce qui concerne la décision proprement dite de légiférer en la matière, qu'en ce qui concerne les options retenues par les États membres lorsqu'ils décident effectivement de légiférer. L'auteur de l'avant-projet de loi doit donc indiquer clairement les dispositions facultatives des directives qu'il a choisies de transposer en droit interne, avec les conséquences que cela implique sur les règles de droit actuellement applicables. Il doit également être en mesure de justifier les choix qu'il a opérés, là où une option lui était offerte par les directives. En particulier, l'exposé des motifs devrait, sur le vu des observations particulières formulées ci-après, être complété sur certains points, surtout pour ce qui concerne les dispositions de l'avant-projet de loi qui créent des différences de traitement entre certaines catégories de personnes, sans que ces différences résultent nécessairement de la transposition des directives;
- il n'est procédé, comme semblent l'indiquer les mots " entre autres " à l'article 1^{er} de l'avant-projet de loi, qu'à une transposition partielle de certaines directives, notamment de la directive 2004/83/CE, et ce, soit parce que certaines dispositions de ces directives sont déjà transposées en droit interne, soit parce que d'autres dispositions de ces directives, notamment de la directive 2003/86/CE, nécessitent, le cas échéant, une modification d'autres lois que la loi du 15 décembre 1980.

.../...

2. En raison de la technicité juridique de la matière, de l'ampleur de la réforme, ainsi que du fait que l'avant-projet de loi transpose en même temps trois directives européennes ayant des objets tout à fait différents et dont certaines laissent de larges latitudes aux États membres, il convient également d'annexer au projet de loi soumis aux Chambres législatives, des tableaux de correspondance reproduisant, au regard des différentes dispositions des directives concernées, soit les dispositions en projet qui en assurent la transposition, soit les dispositions de droit interne déjà applicables et qui ne nécessitent donc pas de transposition complémentaire des directives, soit encore les dispositions facultatives des directives qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de transposition en droit interne.

De tels tableaux de correspondance sont en effet indispensables afin que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens que le Gouvernement leur propose de mettre en oeuvre et afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 76 de la Constitution excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Trois tableaux de correspondance ont bien été transmis par la déléguée du ministre ces 1^{er} et 2 février 2006. Ces tableaux se limitent toutefois à indiquer, au regard de certaines dispositions de l'avant-projet de loi, les dispositions des directives qui sont effectivement transposées par lesdites dispositions. Il convient de compléter ces tableaux dans le sens indiqué ci-avant et de lever, notamment, le doute quant à la correcte transposition d'un certain nombre d'articles des directives. Dans le bref délai qui lui a été accordé, le Conseil d'État, sans que cela soit exhaustif, attire notamment l'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi sur les articles suivants : l'article 5, § 5, de la directive 2003/86/CE, les articles 7 ⁶, 9, 10, a), et 11 de la directive 2004/81/CE et les articles 8, § 3, 10, § 1^{er}, d), 14, § 2, 17, § 1^{er}, d), 19, § 2, 20, § 5, 22 à 26, 28 et 29 de la directive 2004/83/CE.

⁽⁶⁾ Dans le tableau de correspondance communiqué par la déléguée du ministre, il est bien fait état de ce que cet article 7 est transposé par l'article 62/2, § 2, alinéa 3, en projet (article 59 de l'avant-projet de loi). Le Conseil d'État n'aperçoit cependant pas la pertinence de ce renvoi.

Une fois ces tableaux dûment adaptés, il conviendra, le cas échéant, soit de compléter les dispositions en projet, soit d'apporter les précisions requises dans l'exposé des motifs.

3.1. Dans les considérations générales de l'exposé des motifs, il est notamment fait état de ce que les dispositions de droit interne relatives au regroupement familial de membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne devront être revues dans le cadre de la transposition de la directive 2004/38/ du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE ⁷, dont la transposition doit avoir lieu avant le 30 avril 2006 ⁸.

Même si le délai de transposition de cette directive n'est donc pas encore venu à expiration ⁹ et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant son expiration, il n'en reste pas moins qu'il leur incombe de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive ¹⁰.

En conséquence, bien que l'avant-projet de loi présentement examiné ne se donne expressément pour objet ni de modifier la réglementation de droit interne actuellement applicable en matière de regroupement familial de membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, ni de procéder à la transposition de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, précitée, il convient que l'auteur de l'avant-projet de loi s'assure que certaines dispositions en projet n'ont pas pour effet, fût-ce de manière indirecte, soit de

(7) J.O.C.E., L229, 29 juin 2004.

(8) Article 40, § 1^{er}, de la directive.

(9) Selon les informations communiquées au Conseil d'État par la déléguée du ministre, un avant-projet de loi tendant à cette transposition devrait être prochainement soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

(10) Voir, notamment, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie c/ Région wallonne*, aff. n° C-129/96, Rec., 1997, I, p. 7411 et suivantes. Voir, également, C.E., *Association sans but lucratif Inter-Environnement Wallonie*, n° 92.669, 25 janvier 2001.

porter atteinte à des dispositions de droit communautaire déjà applicables en droit interne, soit de compromettre dès à présent sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive.

À cet égard, le Conseil d'État se demande si la suppression envisagée de l'actuelle procédure de demande en révision ¹¹ n'est pas de nature à poser problème dans la mesure où cette procédure trouve notamment à s'appliquer à des citoyens de l'Union européenne, ainsi qu'à des membres de leur famille qui souhaitent se prévaloir d'un droit au regroupement familial.

Le commentaire des articles 18 et 19 de l'avant-projet de loi renvoie à ce sujet à l'article 39/79, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 171 de l'avant-projet de loi 39.717/AG), et expose que, par analogie, avec l'actuel article 67 de la loi du 15 décembre 1980,

"(...) une suspension d'office de l'exécution (...) en ce qui concerne les décisions reprises actuellement dans les articles 44, 44*bis* et 64 de la loi sur les étrangers, lorsqu'un recours en annulation recevable est introduit en temps utile à leur encontre auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers La possibilité d'introduire un recours auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers constitue une simplification de la procédure sans porter atteinte aux droits de l'intéressé".

De même, dans le commentaire de l'article 61 de l'avant-projet de loi, il est encore précisé que :

"Le maintien du recours administratif auprès du ministre qu'était la demande en révision ne se justifie plus dans le nouveau système mis en place, d'autant plus que le caractère suspensif qui y était attaché est préservé en ce qui concerne les mêmes catégories d'étrangers (citoyens de l'UE et membres de leur famille, (...)) dans le cadre du recours en annulation auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers (voir article 39/79)."

⁽¹¹⁾ Voir, notamment, les articles 18, 19 et 61 de l'avant-projet de loi.

Enfin, dans le commentaire des articles 169 à 180 de l'avant-projet de loi 39.717/AG, il est encore précisé que :

"L'article 39/79 qui a été créé, prévoit (lire : "une suspension automatique") dans un certain nombre de cas. Il s'agit des cas dans lesquels auparavant une demande en révision qui était également suspensive, était possible. Cette procédure a été supprimée mais l'effet suspensif devant le Conseil (lire : "du Contentieux des Étrangers") a été instauré (voir projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980)." ¹²

À la lecture de ces divers passages des exposés des motifs des avant-projets de loi, il paraît évident que la suppression de la procédure administrative de demande en révision et son remplacement par un recours juridictionnel devant la nouvelle juridiction administrative que constitue le Conseil du Contentieux des Étrangers ont, notamment, des implications en matière de droit d'entrée et de séjour de citoyens de l'Union européenne, ainsi que de membres de leur famille désireux de se prévaloir de leur droit au regroupement familial.

Il appartient en conséquence à l'auteur de l'avant-projet de loi de faire clairement ressortir dans l'exposé des motifs que les modifications ainsi apportées :

- sont, d'une part, conformes aux exigences du droit communautaire actuellement applicable en la matière, à savoir la directive du Conseil 64/221/CEE du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ¹³;
- et, d'autre part, ne compromettent pas sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive 2004/38/CE, précitée.

(12) Est ainsi visé l'avant-projet de loi 39.718/AG, présentement examiné.

(13) Lors des travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1980 (Doc. parl., Chambre, n° 653 (1974-1975)/1, p. 38), il a été à cet égard expressément précisé que la procédure de demande en révision constituait la transposition en droit interne des garanties exigées par l'article 9 de la directive 64/221/CEE, précitée, dont l'abrogation est par ailleurs prévue par l'article 38, § 2, de la directive 2004/38/CE, précitée.

3.2. Une observation analogue vaut pour ce qui concerne la réforme envisagée de la procédure d'asile dans son ensemble, y compris la partie de cette réforme relative à l'organisation des recours juridictionnels qui fait l'objet notamment de l'avant-projet de loi 39.717/AG.

En effet, l'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi est attirée sur la circonstance que la procédure de reconnaissance du statut de réfugié ¹⁴ fait également l'objet de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (ci-après, "directive 2005/85/CE") ¹⁵.

Même si cette directive ne doit, en application de son article 43, être transposée par les États membres que pour le 1^{er} décembre 2007, il n'en reste pas moins que l'auteur de l'avant-projet de loi doit, ainsi qu'il vient d'être exposé ¹⁶, s'assurer dès à présent, que l'adoption des dispositions présentement examinées n'aura pas pour effet de compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive. Cet examen doit être d'autant plus attentif que la réforme envisagée de la procédure d'asile ne se présente pas comme une réforme provisoire ou, encore, comme une mise en oeuvre par étapes de cette directive, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ¹⁷. Cette réforme a au contraire vocation à perdurer et, en tout état de cause, à produire ses effets au-delà du 1^{er} décembre 2007, date ultime de transposition de la directive.

(14) Statut qui devient l'un des aspects, à côté du statut de protection subsidiaire organisé par le présent avant-projet de loi, de la procédure d'asile au sens large, telle qu'elle est également réformée, notamment par le présent avant-projet de loi.

(15) J.O.C.E., L326, 13 décembre 2005.

(16) Voir le n° 3.1.

(17) Voir, notamment, l'arrêt du 18 décembre 1997, précité (spécialement points 47 et 49).

À ce sujet, la déléguée du ministre a communiqué, ce 2 février 2006, un document dans lequel il a été procédé, article par article de la directive, à un examen de la conformité à la directive 2005/85/CE, tant des dispositions de l'avant-projet de loi présentement examiné que de celles de l'avant-projet de loi 39.717/AG ¹⁸.

S'il devait s'avérer nécessaire d'élaborer, à plus ou moins bref délai, un nouvel avant-projet de loi destiné à assurer la transposition complète de la directive 2005/85/CE, la question serait de savoir s'il ne conviendrait pas, plutôt que de déposer à bref délai un tel projet devant les Chambres législatives ¹⁹, d'intégrer directement de telles dispositions dans les avant-projets de loi présentement examinés et d'y prévoir qu'ils ont également pour effet de transposer en droit interne la directive 2005/85/CE ²⁰. Une telle manière de procéder présenterait incontestablement l'avantage de mieux informer les Chambres législatives sur la portée réelle des projets qui leur sont soumis et de prendre directement en compte, lors des discussions, les garanties procédurales exigées par la directive 2005/85/CE, tant en ce qui concerne la phase administrative de la procédure de reconnaissance du statut de réfugié ²¹ que la phase juridictionnelle de cette procédure ²².

Il appartient en tout état de cause à l'auteur de l'avant-projet de loi à l'examen :

- de préciser dans l'exposé des motifs la méthode exacte qu'il compte suivre pour assurer, si besoin, la transposition effective et complète en droit interne de la directive 2005/85/CE;

(18) Ce document mis au net devrait être annexé aux projets de loi déposés devant les Chambres législatives.

(19) Projet dans lequel il serait indiqué, en application de l'article 43 de la directive, qu'il tend à assurer la transposition de cette directive en droit interne.

(20) Voir l'article 43 de la directive.

(21) Voir, notamment, les articles 6 à 36 de la directive, relatifs à la procédure en premier ressort.

(22) Voir, spécialement, l'article 39 de la directive consacrant le droit à un recours juridictionnel effectif.

- d'établir également dans l'exposé des motifs, que la méthode ainsi retenue pour légiférer ne constitue pas une violation des obligations incombant à la Belgique en matière de transposition de directives communautaires, autrement dit qu'elle n'est pas de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive ²³.

3.3. Si, à la suite des observations qui précèdent, des modifications devaient être apportées aux dispositions présentement soumises pour avis à la section de législation du Conseil d'État et ce, en vue de procéder à la transposition des directives 2004/38/CE ou 2005/85/CE, il va de soi que de telles modifications devraient également être soumises à l'avis de la section de législation, dès lors qu'elles ne procéderaient pas d'adaptations effectuées à la suite de ses observations.

4. Dans la mesure où certaines directives que l'avant-projet de loi tend à transposer réservent aux États membres de nombreuses options et où ils disposent d'une large marge d'appréciation dans la manière dont ils choisissent d'exercer ou non ces options, il va de soi que l'auteur de l'avant-projet de loi doit pouvoir établir, ainsi qu'il sera expressément indiqué lors de l'une ou l'autre observation particulière, qu'il a également pris en compte les autres obligations internationales souscrites par la Belgique, notamment la Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, ou la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ²⁴.

5. Afin d'assurer une information la plus complète possible des Chambres législatives, il va de soi que sera établi un tableau comparatif de la loi du 15 décembre 1980, dans sa version actuelle, et d'une version coordonnée de cette loi, telle que modifiée tant par les dispositions du présent avant-projet de loi que par les dispositions de l'avant-projet de loi 39.717/AG.

⁽²³⁾ Il convient à cet égard d'observer qu'il incombe aux États membres, en application de l'article 43 de la directive, de communiquer à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive.

⁽²⁴⁾ Singulièrement son article 8 auquel se réfère d'ailleurs le préambule de la directive 2003/86/CE, précitée.

6. Le Conseil d'État est parfaitement conscient de l'ampleur de la tâche que représente l'élaboration d'un avant-projet de loi tel que celui présentement examiné. Il estime cependant nécessaire d'attirer l'attention de son auteur sur le fait que les textes qui lui sont soumis, sont susceptibles d'amélioration notamment pour ce qui concerne la correspondance entre les versions néerlandaise et française des dispositions en projet, la cohérence de certains passages de l'exposé des motifs avec le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent, de même qu'en ce qui concerne les renvois auxquels il est procédé dans certaines dispositions en projet. Outre les observations particulières formulées au regard de certains articles de l'avant-projet de loi, le Conseil d'État relève les quelques exemples suivants :

- à l'article 9ter, § 2, alinéa 2, in fine, en projet (article 5 de l'avant-projet de loi), la version française vise le mode de rétribution "des personnes"; il convient de viser "les experts visés à l'alinéa 1^{er}" (même observation pour la version néerlandaise);
- à l'article 9ter, § 3, in fine, en projet (article 5 de l'avant-projet de loi), la version française est incompréhensible dans la mesure où il est question d'une demande précédente d'obtention d'autorisation de séjour dans le Royaume "sur la base ou de la présente disposition";
- les modifications apportées à l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980 par l'article 6 de l'avant-projet de loi sont d'une ampleur telle qu'il serait plus simple de remplacer cet article 10 par une autre disposition. Une observation analogue vaut pour l'article 10bis de la loi du 15 décembre 1980 (article 7 de l'avant-projet de loi). Il convient par ailleurs d'adapter dans les autres articles de la loi du 15 décembre 1980, le renvoi actuellement opéré à l'alinéa 1^{er} de l'article 10, qui devient le paragraphe 1^{er} de cet article en application de l'article 6, 1^o, de l'avant-projet de loi (voir, par exemple, l'article 30bis, § 2, 2^o, de la loi du 15 décembre 1980);
- l'article 10bis de la loi du 15 décembre 1980 devrait être expressément remplacé par un nouvel article 10bis complet, dès lors que l'article 7 de l'avant-projet de loi remplace successivement les deux paragraphes formant exclusivement cet article;

- à l'article 27 de l'avant-projet de loi il faut, dans la version française de l'article 49/2, § 5, alinéa 2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, supprimer l'une des deux expressions "à compter" ou "à partir";
- dans la version française de l'article 37, 1°, c), de l'avant-projet de loi, il faut écrire conformément au texte modifié, "le Ministre ou son délégué" et "le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides";
- à l'article 59 de l'avant-projet de loi, la version française de l'article 61/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, doit être revue pour assurer la conformité à la version néerlandaise en projet.

L'auteur de l'avant-projet de loi est en conséquence invité à procéder à une relecture attentive du texte de l'avant-projet de loi, avant son dépôt devant les Chambres législatives.

III. Observations particulières

Articles 3 à 5, 11 et 24 de l'avant-projet de loi

(Articles 9, 9bis, nouveau, 9ter, nouveau, 12bis et 48/4, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

1.1. Les articles 3 à 5 de l'avant-projet de loi abrogent l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et insèrent, dans la même loi, un article 9bis et un article 9ter. Pour justifier cette abrogation, l'exposé des motifs renvoie "au cadre mis en place par les articles 9bis et 9ter (nouveaux)".

1.2. Dans sa version actuelle, l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980 dispose :

"Pour pouvoir séjourner dans le Royaume au-delà du terme fixé à l'article 6, l'étranger qui ne se trouve pas dans un des cas prévus à l'article 10 doit y être autorisé par le ministre ou son délégué.

.../...

Sauf dérogations prévues par un traité international, par une loi ou par un arrêté royal, cette autorisation doit être demandée par l'étranger auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger.

Lors de circonstances exceptionnelles, cette autorisation peut être demandée par l'étranger auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne, qui la transmettra au ministre ou à son délégué. Elle sera dans ce cas délivrée en Belgique."

L'alinéa 3 est abrogé par l'article 3 de l'avant-projet de loi.

1.3. En vertu de l'article 9^{ter}, en projet, (article 5 de l'avant-projet de loi), l'étranger qui réside en Belgique et 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"

peut demander une autorisation de séjourner en Belgique et donc bénéficier d'une forme de protection subsidiaire au sens de la directive 2004/83/CE ²⁵.

Selon l'exposé des motifs,

"Les étrangers qui souffrent d'une maladie telle que cette maladie représente un réel danger pour leur vie ou leur intégrité physique, ou que la maladie représente un réel danger de traitement inhumain ou dégradant dans leur pays d'origine lorsqu'aucun traitement adéquat n'existe dans leur pays d'origine ou dans le pays où ils peuvent séjourner, sont couverts par l'article 15, b) de la directive 2004/83/CE en conséquence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (traitements inhumains ou dégradants). Néanmoins, il n'est pas opportun de traiter les demandes des étrangers qui affirment être gravement malades via la procédure d'asile.

(...)

⁽²⁵⁾ L'article 15, b, (repris sous le chapitre V - Conditions à remplir pour être considéré comme personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire) de la directive 2004/83/CE dispose :

"Les atteintes graves sont :

- a) (...)
- b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou
- c) (...)"

Une procédure juridique spécifique est développée, qui comporte des conditions claires, pour ces étrangers à l'article 9^{ter} qui se base sur la pratique actuelle en la matière.

De façon plus spécifique, les étrangers peuvent introduire une demande de séjour auprès du ministre ou de son délégué. Ils doivent, cependant, prouver clairement leur identité. L'appréciation de la situation médicale et de l'encadrement médical dans le pays d'origine est effectuée par un fonctionnaire-médecin qui produit un avis à ce sujet. Il peut, si nécessaire, examiner l'étranger et recueillir des avis complémentaires.

Finalement cette procédure doit également être vue comme un meilleur encadrement du "décrié" article 9, alinéa 3, de la loi sur les étrangers, qui, de facto, est devenu la base d'une demande de régularisation. Cet article est supprimé et est remplacé par l'introduction des articles 9^{bis} et 9^{ter}.

L'article 9^{bis} règle les modalités pour les autres demandes de séjour qui sont introduites dans le Royaume, ici aussi la condition est mise de prouver clairement l'identité.

Enfin, dans cet avant-projet sont également clairement découragés l'abus de diverses procédures ou l'introduction de demandes de régularisation successives dans lesquelles des éléments identiques sont invoqués."

L'article 9^{ter}, nouveau, règle à la fois une question de forme et de fond, puisqu'il fixe les conditions dans lesquelles l'étranger peut introduire sa demande à partir du territoire belge et qu'il circonscrit simultanément le pouvoir discrétionnaire reconnu au ministre ou à son délégué en application de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980.

1.4. Par contre, l'article 9^{bis}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 4 de l'avant-projet de loi) maintient le pouvoir discrétionnaire du Ministre ou de son délégué.

Cette disposition suscite d'abord une difficulté d'interprétation en son paragraphe 1^{er}.

Telle qu'elle est rédigée, elle peut être lue de deux manières :

- dans une première interprétation, la possibilité de demander l'autorisation de séjour auprès du bourgmestre de la localité où le demandeur séjourne est ouverte, d'une part, en vertu de l'alinéa 1^{er}, en cas de "circonstances exceptionnelles et à la condition que

.../...

l'étranger dispose d'un document d'identité" et, d'autre part, dans les deux hypothèses prévues par l'alinéa 2, sans qu'il doive être fait état de "circonstances exceptionnelles", cette notion n'y étant pas mentionnée;

- dans une seconde interprétation, des "circonstances exceptionnelles" sont requises tant en vertu de l'alinéa 1^{er} qu'en vertu de l'alinéa 2 de la disposition. L'alinéa 2 prévoit seulement trois situations dans lesquelles l'étranger ne doit pas disposer d'un document d'identité.

Selon l'économie générale du texte et l'exposé des motifs, c'est la dernière interprétation qui reflète l'intention de l'auteur de l'avant-projet de loi.

La disposition est examinée ci-après dans cette deuxième interprétation, selon laquelle, en son paragraphe 1^{er}, elle se limite à prévoir, en son alinéa 2, trois hypothèses²⁶ dans lesquelles l'étranger peut, contrairement à ce que prévoit l'article 9, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, introduire une demande d'autorisation de séjour auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne, qui la transmettra au ministre ou à son délégué, pour autant qu'il puisse invoquer des "circonstances exceptionnelles". Dans ces trois hypothèses, l'autorisation de séjour ne doit donc pas être "demandée par l'étranger auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger", comme il est prévu à l'article 9, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, précitée, mais il n'en reste pas moins que cet étranger doit pouvoir invoquer des "circonstances exceptionnelles" lui permettant, sur le plan formel, de pouvoir introduire sa demande à partir du territoire belge et que le ministre conserve en la matière, sur le plan de l'examen au fond de la demande, son pouvoir discrétionnaire en application de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980. En réalité, la différence entre les trois hypothèses visées par l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, par rapport à l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, réside dans le fait que, dans les trois hypothèses

(26) À savoir :

- disposer d'un document d'identité;
- être un demandeur d'asile qui n'a pas fait l'objet d'une décision définitive ou qui a introduit un recours en cassation administrative déclaré "admissible" par le Conseil d'État;
- ou démontrer valablement son impossibilité de se procurer en Belgique les documents requis.

visées par l'article 9*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, la production d'un document d'identité n'est pas nécessaire.

Cette même disposition précise par ailleurs, en son paragraphe 2, quatre hypothèses dans lesquelles l'étranger ne peut se prévaloir de "circonstances exceptionnelles" lui permettant d'introduire sa demande d'autorisation de séjour à partir du territoire belge, avec cette conséquence que la demande d'autorisation sera déclarée irrecevable dans chacune de ces hypothèses ²⁷.

En fin de compte, l'article 9*bis*, nouveau, ne tend qu'à limiter les circonstances dans lesquelles une demande d'autorisation de séjour peut être introduite à partir de la Belgique. Il maintient, pour le reste, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministre ou son délégué, en application de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980, quant à l'octroi ou au refus de l'autorisation de séjour.

Il convient dès lors d'adapter la rédaction du paragraphe 1^{er} afin de lever la difficulté d'interprétation soulevée plus haut et de mieux refléter l'intention de l'auteur de l'avant-projet de loi.

1.5.1. À la seule exception de l'hypothèse expressément réglée par l'article 9*ter*, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980, et sous réserve des circonstances expressément exclues à l'article 9*bis*, § 2, nouveau, de la loi, la notion de "circonstances exceptionnelles", reprise de l'actuel article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, n'est toujours pas définie de manière positive par le texte en projet et peut donc viser un nombre indéfini d'hypothèses, comme c'est le cas, actuellement, en application de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980.

⁽²⁷⁾ Selon le commentaire de l'article 4, "il va de soi que des éléments invoqués dans le cadre d'une demande d'asile, mais démontrant un certain lien avec la Belgique ou qui n'ont pas été retenus parce qu'ils étaient étrangers aux critères de la Convention de Genève, peuvent toutefois être retenus dans le cadre d'une demande introduite sur base de l'article 9*bis*, nouveau, de la loi". Il est cependant douteux que l'article 9*bis*, § 2, 1^o), nouveau, de la loi, autorise, dans sa rédaction actuelle, une telle interprétation.

S'il est permis de considérer que l'article 9bis, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980, permettra, dans un certain nombre de cas (ceux énumérés au paragraphe 2), de limiter, comme le relève l'exposé des motifs, "l'introduction par les étrangers de procédures successives introduites sur des bases juridiques différentes dans le but d'obtenir à tout prix un titre de séjour", il n'en reste pas moins que subsistera l'insécurité juridique résultant de l'adoption de circulaires, parfois non publiées, qui tendent à mieux circonscrire le pouvoir d'appréciation du ministre ou de son délégué quant à l'appréciation des "circonstances exceptionnelles" qui autorisent ou non l'introduction d'une demande de séjour à partir du territoire belge.

1.5.2. S'il est vrai que ce pouvoir se trouvera mieux circonscrit dans le cadre d'un certain nombre de situations expressément réglées par d'autres dispositions en projet ²⁸, il n'en reste pas moins que le ministre ou son délégué va conserver un pouvoir d'appréciation discrétionnaire entier dans l'examen au fond d'un très grand nombre de demandes d'autorisation de séjour introduites par des étrangers à partir du territoire belge ²⁹. Les dispositions en projet n'auront, en conséquence, pas pour effet de mettre fin à l'insécurité juridique régnant en la matière, notamment quant à la valeur juridique qu'il

(28) Comme, par exemple, l'autorisation de séjour provisoire en cas de "maladie grave" au sens de l'article 9ter, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

(29) Il convient, notamment, de prendre en considération, d'une part, le fait que des catégories d'étrangers qui peuvent, à ce jour, se prévaloir d'un droit au séjour en application de l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, verront dorénavant leurs demandes examinées sous l'angle de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 (voir, notamment, la situation du conjoint étranger de moins de vingt et un ans, lorsque le lien conjugal est postérieur à l'arrivée de l'étranger rejoint dans le Royaume) et, d'autre part, la circonstance que l'exposé des motifs fait, à de multiples reprises, référence, pour régler la situation de séjour de certaines catégories d'étrangers, au pouvoir d'appréciation discrétionnaire reconnu au ministre ou à son délégué en vertu de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 (voir, notamment, la situation de certains conjoints polygames ou de certains enfants de conjoints polygames).

convient de conférer aux diverses circulaires ³⁰ édictées en vue de mieux circonscrire les pouvoirs du ministre ou de son délégué ³¹.

Il convient à cet égard de noter que le fait pour le législateur d'objectiver toute une série de critères applicables dans certaines situations n'enlève par ailleurs rien au pouvoir discrétionnaire du ministre, ou de son délégué, dans les autres situations.

(30) Voir, notamment, la circulaire du 19 février 2003 sur l'application de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, laquelle circulaire énumère diverses "circonstances exceptionnelles" qui sont présumées exister.

(31) Alors que l'article 9ter, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 détermine, dans le cadre de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la même loi des critères précis pour une catégorie d'étrangers, l'auteur de l'avant-projet de loi laisse, pour le surplus, totalement intact le pouvoir d'appréciation discrétionnaire accordé au ministre ou à son délégué en ce qui concerne les autres catégories d'étrangers qui peuvent également demander une autorisation de séjour sur la base de la loi du 15 décembre 1980.

À ce propos, il faut relever que le Collège des médiateurs fédéraux a fait, en vertu de l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux, une recommandation dans son rapport annuel de 2001 (pp. 175 et 176) et rappelé systématiquement celle-ci dans les rapports annuels successifs (rapports annuels 2002, pp. 68 et 122, 2003, pp. 153 et 154, et 2004, p. 119) :

"L'application par l'Office des étrangers de la loi du 15 décembre 1980 et de son arrêté d'exécution doit résulter directement des prescriptions de cette loi et de cet arrêté. Pour autant que de besoin, cette application peut être précisée par des circulaires. En vertu des principes de transparence administrative et de sécurité juridique, le Collège recommande que les circulaires qui ont une portée générale soient impérativement publiées au Moniteur belge.

À cet égard, les circulaires doivent décrire les modalités d'exécution des dispositions concernées mais, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, ne peuvent en aucun cas ajouter des conditions nouvelles ne figurant pas dans la loi ou dans son arrêté d'exécution. En outre, les principes de transparence administrative et de sécurité juridique commandent que ces circulaires soient régulièrement mises à jour dès lors que des nouvelles modalités d'application seraient précisées ou que la pratique administrative aurait changé.

Par ailleurs, le Collège recommande également que soient insérés dans la loi du 15 décembre 1980 ou dans son arrêté d'exécution les critères utilisés de manière générale - mais non explicite - par l'Office des étrangers dans l'application de la loi du 15 décembre 1980 et de son arrêté d'exécution".

Dans l'arrêt n° 82.791 du 8 octobre 1999, le Conseil d'État a également souligné que les articles 105 et 108 de la Constitution ne confèrent pas au Roi - et donc a fortiori au ministre - le pouvoir d'apporter des modifications ou des précisions à l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980 et qu'il revient au législateur de le faire.

C'est précisément ce qu'a fait ce dernier en adoptant la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume.

2. L'article 24 de l'avant-projet de loi (article 48/4, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) prévoit que :

"le statut de protection subsidiaire est accordé à l'étranger qui ne peut être considéré comme un réfugié et qui ne peut pas bénéficier de l'article 9^{ter}".

Les considérations générales de l'exposé des motifs consacrées à la protection subsidiaire précisent tout d'abord à ce sujet qu' :

"(...), il faut remarquer que les procédures belges relatives au séjour et à l'asile offrent déjà, actuellement, un certain nombre de possibilités indirectes en rapport avec le concept de protection subsidiaire. La transposition de la directive³² oblige néanmoins à adopter une procédure formelle de protection subsidiaire dans l'ordre juridique belge.

Les procédures belges relatives au séjour et à l'asile qui, actuellement, pour une grande part, couvrent de manière indirecte des situations à assimiler à une protection subsidiaire sont :

- a. l'interprétation large de la Convention de Genève
- b. l'avis donné quant à la reconduite par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides
- (...)
- c. l'autorisation de séjour de plus de trois mois en application de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, qui est ouvert à tout étranger."

Dans le cadre de la transposition de la directive 2004/83/CE, l'auteur de l'avant-projet de loi prévoit en réalité deux régimes totalement distincts pour accorder le statut de "protection subsidiaire" créé par ladite directive : d'une part, le statut de protection subsidiaire au sens de l'article 48/4, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980, qui vise donc tous les cas de protection subsidiaire à l'exception des "étrangers gravement malades" et, d'autre part, l'article 9^{ter}, nouveau, de cette loi, concernant cette dernière catégorie d'étrangers.

Ceci a notamment pour conséquence que les autorités qui accordent ce statut ainsi que les conditions d'octroi et de retrait du statut ne sont pas les mêmes.

(32) À savoir, la directive 2004/83/CE.

En effet, en vertu de l'article 5 de l'avant-projet de loi (article 9^{ter}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, qui déroge implicitement à l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980), c'est le ministre ou son délégué qui autorise l'étranger "gravement malade" à séjourner dans le Royaume, alors que l'article 27 de l'avant-projet de loi (article 49/2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) prévoit que le statut de protection subsidiaire est accordé par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides ou, en cas de recours, par le Conseil du Contentieux des Étrangers (lequel exerce une compétence de pleine juridiction en la matière en vertu de l'article 70 de l'avant-projet de loi 39.717/AG).

Par ailleurs, l'article 53 de l'avant-projet de loi (article 55/5, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) dispose que :

"Le statut de protection subsidiaire qui est accordé à un étranger cesse lorsque les circonstances qui ont justifié l'octroi de cette protection cessent d'exister ou ont évolué dans une mesure telle que cette protection n'est plus nécessaire."

L'article 55 de l'avant-projet de loi (article 57/6, alinéa 1^{er}, 4°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) prévoit, en conséquence, que le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides peut abroger le statut de protection subsidiaire.

Aucune règle analogue n'est prévue pour les étrangers qui font la demande de séjour sur la base de l'article 9^{ter}, en projet.

Il en est de même en ce qui concerne le retrait de l'autorisation de séjour. Selon l'article 55 de l'avant-projet de loi (article 57/6, alinéa 1^{er}, 6° et 7°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980), le statut de protection subsidiaire peut notamment être retiré par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides "si le statut aurait dû être exclu" ou s'il avait été "accordé sur la base de faits que [l'étranger] a présentés de manière altérée ou qu'il a dissimulés, de fausses déclarations ou de documents faux ou falsifiés qui ont été déterminants dans l'octroi dudit statut, (...)".

Pour justifier cette différence de régime, l'exposé des motifs relève que :

"(...), il n'est pas opportun de traiter les demandes des étrangers qui affirment être gravement malades via la procédure d'asile.

- Les instances d'asile ne disposent pas des compétences nécessaires pour évaluer la situation médicale d'un étranger ou l'encadrement médical dans le pays d'origine.
- La procédure auprès des instances d'asile n'est pas adaptée pour être appliquée à des cas médicaux urgents. L'intervention d'au moins deux instances (C.G.R.A. - C.C.E.) est en contradiction avec la nécessité de prendre position immédiatement.
- Budgétairement, si les instances d'asile étaient aussi compétentes dans le cadre de cette problématique, il faudrait des investissements supplémentaires indispensables (experts médicaux, étendue du travail de recherche à des situations dans le pays d'origine, travail supplémentaire dans le traitement des dossiers)."

Les justifications ainsi avancées appellent les commentaires qui suivent :

- l'affirmation que les instances d'asile ne disposent pas des compétences nécessaires en la matière est partiellement contredite par l'affirmation que la situation des étrangers gravement malades est, en partie, déjà couverte aujourd'hui par l'avis donné par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides dans le cadre du recours urgent;
- les coûts budgétaires relatifs, notamment, aux experts médicaux, doivent également être couverts dans le cadre de la procédure prévue par l'article 9^{ter}, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980;
- l'affirmation que l'intervention de deux instances (CGRA - CCE) serait en contradiction avec la nécessité de prendre immédiatement position dans ce genre de situations est, elle aussi, contredite par la circonstance que la décision prise par le ministre ou son délégué peut faire l'objet d'un recours en annulation et d'une demande de suspension devant le Conseil du Contentieux des Étrangers ³³.

⁽³³⁾ Voir l'article 39/2, § 2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 70 de l'avant-projet de loi 39.717/AG).

Si l'auteur de l'avant-projet de loi estime, néanmoins, devoir maintenir cette différence de traitement entre deux catégories d'étrangers qui peuvent cependant, toutes deux, se prévaloir, du bénéfice d'une protection subsidiaire prévue par la même directive, il convient de mieux avancer dans l'exposé des motifs d'autres raisons qui sont de nature à justifier cette différence de traitement, tant au regard de la directive précitée, qu'en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution.

3. Dans son arrêt n° 133/2005 du 19 juillet 2005, la Cour d'arbitrage a dit pour droit ³⁴ que :

"Le législateur a accordé à l'étranger se trouvant dans un des cas prévus à l'article 10 susmentionné ³⁵ l'avantage d'être admis de plein droit à un séjour de plus de trois mois dans le Royaume, sans le dispenser toutefois de l'obligation de respecter les dispositions relatives à l'accès régulier au territoire. Afin de décourager l'usage impropre de la réglementation applicable par des étrangers qui se sont introduits sur le territoire sans l'autorisation requise, le législateur n'a pas prévu, pour la catégorie d'étrangers se trouvant dans les cas prévus à l'article 10 susmentionné, la possibilité de recourir à des «circonstances exceptionnelles» en vue de demander l'autorisation requise auprès du bourgmestre de la localité où ils résident.

Étant donné que les étrangers qui ne sont pas admis de plein droit à un séjour de plus de trois mois peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, demander l'autorisation de séjourner plus longtemps dans le Royaume que le délai fixé à l'article 6 auprès du bourgmestre de la localité où ils résident, il n'est pas raisonnablement justifié que le législateur n'ait pas prévu cette même possibilité pour l'étranger qui se trouve dans des circonstances exceptionnelles d'ordre médical qui l'empêchent de retourner dans son pays pour demander les documents requis pour son entrée auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent."

L'article 11 de l'avant-projet de loi (article 12*bis*, §§ 1^{er} et 4, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) semble tenir compte de cette jurisprudence de la Cour d'arbitrage car il prévoit, en s'inspirant largement de la rédaction du nouvel article 9*ter*, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, que l'étranger qui déclare se trouver dans un des cas visés à l'article 10 (de la loi du 15 décembre 1980) ³⁶ peut introduire sa demande auprès de

⁽³⁴⁾ Considérants B.5.4. et B.5.5.

⁽³⁵⁾ À savoir de la loi du 15 décembre 1980.

⁽³⁶⁾ Article 10 que l'article 6 de l'avant-projet de loi tend à modifier.

l'administration communale de la localité où il séjourne "(...) s'il se trouve dans une situation d'ordre médical qui l'empêche de retourner dans son pays pour demander les documents d'entrée requis en vertu de l'article 2 auprès du représentant diplomatique ou consulaire belge compétent (...)".

L'auteur de l'avant-projet de loi maintient par contre une différence de traitement entre les étrangers qui se trouvent dans le cas prévu par l'article 9*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, et ceux qui, sauf situation d'ordre médical, se trouvent dans un des cas énumérés à l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, à savoir que ces derniers ne peuvent invoquer des circonstances exceptionnelles pour introduire leur demande de séjour à l'administration communale. Il convient dès lors soit de prévoir dans l'article 12*bis*, en projet, un régime similaire pour cette dernière catégorie d'étrangers et ce, en s'inspirant de l'article 9*bis*, alinéa 1^{er}, en projet (et non pas de l'article 9*ter*, en projet), soit de justifier cette différence de traitement ³⁷.

Par ailleurs, compte tenu du fait que tant l'article 12*bis*, en projet, que l'article 41, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, règlent la recevabilité sur le territoire belge de la demande d'admission au séjour ou à l'établissement de certains titulaires de droits, en particulier les conjoints de personnes autorisées ou admises au séjour ou établies en Belgique, ce dernier article devrait également être adapté dans le même sens ³⁸.

(37) Certes, l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage est limité aux circonstances exceptionnelles d'ordre médical, lesquelles sont donc rencontrées par l'article 12*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, en projet, de la loi du 15 décembre 1980. Mais, contrairement à ce que semble faire valoir l'exposé des motifs, rien n'indique que la solution adoptée par la Cour serait différente en cas de circonstances exceptionnelles d'ordre non médical. Des circonstances ne sont pas plus exceptionnelles que d'autres parce qu'elles sont d'ordre médical. L'étranger qui bénéficie d'un droit de séjour devrait, en conséquence, pouvoir invoquer les mêmes circonstances exceptionnelles que l'étranger qui introduit une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9*bis*, en projet, de la loi du 15 décembre 1980.

(38) Voir, dans le même sens, l'avis 31.171-31.172/4, donné le 16 mars 2001, sur un avant-projet de loi "réformant la procédure d'asile" et sur un avant-projet de loi "complétant la réforme de la procédure d'asile et modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État".

4. Concernant l'article 9ter, § 1^{er}, alinéa 3, en projet (article 5 de l'avant-projet de loi), le Conseil d'État se demande pour quelle raison cette disposition ne vise pas également, comme l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 2, en projet (article 4 de l'avant-projet de loi), l'hypothèse du demandeur d'asile, gravement malade et dont la demande d'asile n'a pas fait l'objet d'une décision définitive ou qui a introduit un recours en cassation déclaré admissible par le Conseil d'État.

5. En vertu de l'article 9bis, § 2, 1°, en projet,

"Sans préjudice des autres éléments de la demande, ne peuvent être retenus comme circonstances exceptionnelles :

1° des éléments qui ont déjà été invoqué à l'appui d'une demande d'asile au sens des articles 50, 50bis, 50ter et 51, et qui ont été rejetés par les instances d'asile."

Il pourrait résulter de ce texte que, si des éléments ont été invoqués devant les autorités chargées de l'examen de la demande d'asile, ils ne peuvent plus être considérés comme constitutifs de circonstances exceptionnelles ultérieurement et ce, même si ces éléments n'ont aucun rapport avec les motifs susceptibles de fonder pareille demande au sens des articles 50, 50bis, 50ter et 51, de la loi.

Telle ne saurait être l'intention de l'auteur de l'avant-projet de loi, qui, dans le commentaire de la disposition, expose d'ailleurs qu'

"il va de soi que des éléments invoqués dans le cadre d'une demande d'asile, mais démontrant un certain lien avec la Belgique ou qui n'ont pas été retenus parce qu'ils étaient étrangers aux critères de la Convention de Genève, peuvent toutefois être retenus dans le cadre d'une demande introduite sur base de l'article 9bis, nouveau, de la loi".

Cette intention doit être mieux exprimée dans le dispositif examiné, en ne se limitant d'ailleurs pas "aux critères de la Convention de Genève", compte tenu de l'objet des articles 50, 50bis, 50ter et 51, précités, de la loi et des statuts auxquels ils renvoient.

Article 6 de l'avant-projet de loi
(Article 10 de la loi du 15 décembre 1980)

1. L'article 6, 2°, de l'avant-projet de loi abroge l'article 10, alinéa 1^{er} (qui devient le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}) , 3°, de la loi du 15 décembre 1980, qui dispose :

"Sous réserve des dispositions des articles 9 et 12, sont de plein droit admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume :

1° (...);

2° (...);

3° la femme qui, par son mariage ou à la suite de l'acquisition par son mari d'une nationalité étrangère, a perdu la nationalité belge;

4° (...)."

L'exposé des motifs précise à ce sujet :

"Le point 3° de l'article 10 actuel est quant à lui abrogé. Il était fondé sur les anciennes lois de la nationalité (coordonnées par arrêté royal de 1932), qui prévoyaient notamment les cas entraînant automatiquement le changement de la nationalité de la femme. Ainsi que déjà indiqué dans l'exposé des motifs de la loi du 15 juillet 1996 (...), ces dispositions ont été abrogées par la loi du 28 juin 1984, notamment en exécution de la Convention des Nations-Unies sur la nationalité de la femme mariée, du 29 janvier 1957. La disposition du point 3° a cependant été maintenue afin de garantir un droit de séjour aux femmes qui avaient perdu la nationalité belge, avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 juin 1984, du fait de leur mariage avec un étranger ou à la suite du changement de la nationalité de leur mari belge.

Vu le peu d'utilité de cette disposition à l'heure actuelle, celle-ci est abrogée par le présent projet. Si un tel cas se présente encore à l'avenir, il devra être réglé par le ministre ou son délégué sur la base de l'article 9 de la loi."

Comme relevé dans l'observation 1.4. formulée sous les articles 3 à 5, 11 et 24 de l'avant-projet de loi, l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980 laisse un pouvoir d'appréciation discrétionnaire au ministre ou à son délégué pour accorder l'autorisation de séjour, alors que les étrangers qui se trouvent dans un des cas énumérés dans l'article 10 de la même loi sont de plein droit admis à séjourner dans le Royaume. La modification ainsi envisagée n'est donc pas sans conséquence juridique. L'exposé des motifs est par ailleurs

.../...

contradictoire dans la mesure où il constate que la disposition abrogée est devenue obsolète alors, qu'en même temps, il n'exclut pas que des étrangers peuvent encore se trouver dans le cas décrit dans cette disposition.

Il n'y a dès lors pas lieu d'abroger dès à présent l'article 10, alinéa 1^{er} (devenant le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}), 3°, de la loi du 15 décembre 1980.

2.1. L'article 6, 3°, de l'avant-projet de loi modifie le 4° de l'article 10, alinéa 1^{er} (devenant le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}) de la loi du 15 décembre 1980. Il convient de modifier la deuxième phrase du premier tiret et le troisième tiret afin de viser, outre les notions de "lien conjugal" et de "conjoint", celles de "partenariat" et de "partenaire enregistré".

2.2. Compte tenu des modifications apportées à l'article 10*bis* de la loi du 15 décembre 1980 par l'article 7 de l'avant-projet de loi, la question se pose de savoir s'il ne convient pas de préciser dans la phrase introductive du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, en projet, que cette disposition vise les membres de la famille d'un étranger admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume "pour une durée illimitée".

La même observation vaut pour les autres dispositions de l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980.

3.1. L'article 6, 4°, de l'avant-projet de loi insère un 5° dans l'article 10, alinéa 1^{er} (qui devient le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}), de la loi du 15 décembre 1980; il en résulte que "l'étranger lié, par un partenariat enregistré conformément à la loi, à un étranger admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume ou autorisé à s'y établir, et qui a, avec celui-ci, une relation durable et stable d'au moins un an dûment établie (...)" est de plein droit admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume.

Cette disposition instaure dès lors, pour l'étranger lié par un partenariat enregistré et ses enfants, des règles similaires à celles prévues pour le conjoint étranger et ses enfants à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, de la loi du 15 décembre 1980 (tel que modifié par l'article 6, 3°, de l'avant-projet de loi). L'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, en projet, étend néanmoins aussi les règles applicables au conjoint étranger et à ses enfants, à l'étranger "lié par un partenariat enregistré considéré comme équivalent à mariage en Belgique" et à ses enfants.

L'exposé des motifs précise à ce sujet :

"(...), cette disposition (l'article 6, 4°, de l'avant-projet) reste ouverte à une évolution future du droit privé, en prévoyant l'assimilation au conjoint du partenaire étranger lié à l'étranger rejoint par un partenariat enregistré considéré comme équivalent à mariage en Belgique. La situation visée est celle des partenariats scandinaves, dont l'assimilation au mariage est actuellement examinée par le SPF Justice.

Cette assimilation ne produira toutefois ses effets en droit des étrangers qu'à la date fixée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres fixant les cas dans lesquels un partenariat enregistré étranger doit être considéré comme équivalent à mariage en Belgique."

L'avant-projet de loi établit donc une distinction entre le "partenariat enregistré considéré comme équivalent à mariage en Belgique" (article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, en projet) et le "partenariat enregistré conformément à une loi" (article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet) sans pour autant justifier cette différence de traitement.

3.2. Par ailleurs, selon les considérations générales de l'exposé des motifs, la transposition de la directive 2003/86 /CE

"fournit l'occasion de donner une base légale à la procédure de «regroupement familial» (au sens large) offerte actuellement par circulaire à ces personnes (voir circulaire du 30 septembre 1997 relative à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de la cohabitation dans le cadre d'une cohabitation durable) et il a été décidé d'intégrer cette catégorie d'étrangers dans l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, de la loi".

L'exposé des motifs précise que l'arrêté royal qui fixera les critères établissant la stabilité de la relation entre les partenaires (voir article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet) "ne dérogera pas aux critères prévus dans la circulaire précitée du 30 septembre 1997, telle qu'appliquée par l'administration".

Cette circulaire, publiée au Moniteur belge du 14 novembre 1997, a été prise par le Ministre de l'Intérieur sur la base de l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980 (et ceci, même avant l'adoption de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale). Les critères prévus par cette circulaire (notamment quant à l'âge, à la relation durable et à l'enregistrement du partenariat) sont cependant moins restrictifs que ceux prévus par l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet.

.../...

Afin d'assurer la sécurité juridique, il convient de lever cette contradiction entre cette dernière disposition et l'exposé des motifs.

4.1. L'article 6, 4°, de l'avant-projet de loi insère dans l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980, une nouvelle disposition - le 5° - qui vise l'étranger lié par un partenariat enregistré à un étranger admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume ou autorisé à s'y établir et qui a, avec celui-ci, une relation durable et stable "d'au moins un an dûment établie".

Selon l'exposé des motifs,

"Il peut s'agir d'une relation commencée alors que les deux partenaires séjournaient encore à l'étranger ou d'une relation existant en Belgique."

Le Conseil d'État suppose que le délai d'un an peut également couvrir l'hypothèse d'une situation commencée avant l'arrivée du regroupant en Belgique et poursuivie après cette arrivée. L'exposé des motifs devrait être complété sur ce point.

4.2.1. L'article 6, 4°, de l'avant-projet de loi insère un alinéa 2 (qui devient l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}) dans l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980; il en résulte que le 4° de l'alinéa 1^{er} "n'est pas applicable au conjoint d'un étranger polygame lorsqu'un autre conjoint de celui-ci séjourne déjà dans le Royaume, ni aux enfants issus, dans le cadre d'un mariage polygame, d'un étranger et d'une autre épouse que celle séjournant déjà dans le Royaume" (article 10, § 1^{er}, alinéa 2, en projet).

Selon l'article 4, § 4, de la directive 2003/86/CE, l'État membre n'autorise pas le regroupement familial d'un autre conjoint lorsque, en cas de mariage polygame, le regroupant a déjà un conjoint vivant avec lui sur le territoire de l'État membre. La condition de "séjourner dans le Royaume", prévue par la disposition en projet, est formulée de manière plus restrictive que la directive qui précise que le regroupant doit "vivre" avec l'autre conjoint.

4.2.2. S'agissant des enfants, l'avant-projet de loi établit par ailleurs une différence de traitement entre les enfants issus d'un mariage polygame et les enfants visés à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, troisième tiret, en projet, selon lequel sont de plein droit admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume,

"les enfants de l'étranger rejoint ou de son conjoint (...) pour autant que l'étranger rejoint ou son conjoint en ait le droit de garde et la charge et, en cas de garde partagée, à la condition que l'autre titulaire du droit de garde ait donné son accord"³⁹.

Selon l'exposé des motifs,

"(...) ainsi que permis par l'article 4, § 4, de la directive, l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, exclut du droit au regroupement familial les enfants issus d'un étranger et d'une autre épouse que celle vivant déjà en Belgique (mariage polygame).

Il ne s'agit pas d'une interdiction pure et simple de la venue de ces enfants en Belgique : ce regroupement cesse seulement d'être un droit mais il reste que le ministre ou son délégué peut autoriser le séjour de ces enfants en fonction des circonstances et dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de l'article 9 de la loi."

L'article 4, § 4, alinéa 2, de la directive 2003/86/CE prévoit en effet que les États membres "peuvent imposer des restrictions concernant le regroupement familial des enfants mineurs d'un autre conjoint auprès du regroupant".

Dès lors que la directive laisse en la matière la faculté aux États membres d'imposer ou non de telles restrictions, l'auteur de l'avant-projet de loi doit être en mesure de justifier la raison pour laquelle ce qui était un droit au séjour selon la législation actuellement en vigueur⁴⁰, ne serait plus qu'une simple faculté de solliciter une autorisation de séjour auprès du ministre ou de son délégué, sur la base du pouvoir d'appréciation discrétionnaire reconnu à ce dernier en vertu de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980⁴¹. L'exposé des motifs fait notamment valoir que le ministre ou son

⁽³⁹⁾ Il s'agit notamment d'enfants issus d'un autre mariage (mais dissous entre-temps) et d'enfants naturels.

⁽⁴⁰⁾ Exposé des motifs, p. 40.

⁽⁴¹⁾ Quant à l'utilité, au regard de la sécurité juridique et de l'égalité de traitement, de fixer un certain nombre de critères dans la loi, plutôt que renvoyer simplement au pouvoir d'appréciation discrétionnaire laissé au ministre ou à son délégué en

délégué prendra en considération l'"intérêt supérieur de l'enfant" ⁴², mais cet intérêt supérieur ne justifie-il pas que l'enfant, même issu d'un couple polygame, soit traité de la même manière qu'un autre enfant, lorsqu'il est établi que ces deux enfants répondent aux mêmes conditions et que l'étranger rejoint a, notamment, le droit de garde et la charge de ces enfants ? Il convient donc de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

Articles 6, 7, 8 et 11 de l'avant-projet de loi

(Articles 10, 10bis, 11 et 12bis de la loi du 15 décembre 1980)

1.1. L'article 6, 5°, de l'avant-projet de loi insère un paragraphe 4 dans l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, selon lequel

"Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, 4°, 5° et 6°, n'est pas applicable aux membres de la famille de l'étranger autorisé à séjourner en Belgique pour y faire des études ou autorisé à y séjourner pour une durée limitée, fixée par la présente loi ou en raison de circonstances particulières propres à l'intéressé ou en rapport avec la nature ou de la durée de ses activités en Belgique."

Selon l'exposé des motifs, cette disposition

"vise à traiter la procédure de séjour des membres de la famille (...) sur la base de l'article 9 et non plus de l'article 10 de la loi"

et

"la modification proposée - c'est-à-dire le traitement de ce type de demandes sous l'angle de l'article 9 - ne signifie toutefois pas que l'autorisation demandée sera soumise à une appréciation discrétionnaire. Lorsque les conditions seront remplies, les intéressés auront en effet le droit à l'autorisation (...)"

application de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980, voir l'observation particulière 1.5.2. sous les articles 3 à 5, 11 et 24 de l'avant-projet de loi.

⁽⁴²⁾ Il s'agit d'une exigence imposée par l'article 5 de la directive 2003/86/CE.

1.2. À la lecture de divers passages de l'exposé des motifs, cette modification, qui est présentée comme "somme toute technique", tend à établir une distinction claire entre, d'une part, l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, lequel, après sa modification par l'avant-projet de loi, ne trouvera plus à s'appliquer qu'au regroupement familial exercé à l'égard d'un étranger admis ou autorisé à séjourner en Belgique pour une durée illimitée ou d'un étranger autorisé à s'y établir et, d'autre part, l'article 10*bis* de la loi qui, après sa modification par l'avant-projet de loi, visera toutes les hypothèses concernant des membres de la famille d'un étranger qui n'est autorisé au séjour en Belgique que pour une durée limitée. Le but est de mettre fin au système actuel hybride, dans la mesure où ces membres de la famille ont droit, par application de l'article 10, à un séjour illimité en Belgique, mais auquel il peut être mis fin par un simple ordre de quitter le territoire en application de l'article 13, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980.

L'exposé des motifs fait encore état de ce que

"La modification proposée - c'est-à-dire le traitement de ce type de demandes sous l'angle de l'article 9 - ne signifie toutefois pas que l'autorisation demandée sera soumise à une appréciation discrétionnaire. Lorsque les conditions seront remplies, les intéressés auront droit à l'autorisation, comme c'est le cas à l'heure actuelle pour les membres de la famille d'un étudiant ⁴³ (...). La demande d'autorisation de séjour introduite par les membres de la famille d'un étranger autorisé au séjour en Belgique pour une durée limitée (...) sera examinée sur la base de l'article 9 et non plus 10 de la loi, mais il s'agira d'une compétence liée du ministre et de l'Office des étrangers: lorsque les conditions fixées seront réunies, les intéressés auront le droit à l'autorisation. Le champ d'application de l'article 10*bis*, § 1^{er}*bis*, nouveau, et les conditions qui y sont énumérées, sont alignées sur celles prévues dans l'article 10, nouveau, et il est par conséquent renvoyé au commentaire de l'article 6 du projet ainsi qu'à celui de l'article 10*bis*, § 1^{er}. ⁴⁴"

1.3. À la lumière des explications qui précèdent, le Conseil d'État, s'il peut comprendre que l'auteur de l'avant-projet de loi a la volonté d'établir dorénavant une distinction claire dans la loi entre, d'une part, le droit au regroupement familial à l'égard d'un étranger en séjour illimité en Belgique (article 10 de la loi) et, d'autre part, le droit au regroupement familial à l'égard d'un étranger en séjour limité en Belgique (article 10*bis*), n'aperçoit cependant pas la raison pour laquelle la situation de cette seconde catégorie d'étrangers devrait être examinée sur la base de l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980,

⁽⁴³⁾ Exposé des motifs, p. 50.

⁽⁴⁴⁾ Exposé des motifs, p. 53.

tout en prévoyant dans la loi, et par référence aux conditions déjà prévues à l'article 10 de la loi, les conditions auxquelles le ministre ou son délégué doit accorder l'autorisation. Ne serait-il pas plus cohérent et plus clair de prévoir expressément que cette catégorie d'étrangers pourra se prévaloir d'un droit de séjour au même titre que les étrangers visés par l'article 10 de la loi, mais seulement pour une durée limitée ?

C'est pourquoi le Conseil d'État invite l'auteur de l'avant-projet de loi à réexaminer la cohérence interne tant du nouveau système qu'il entend mettre en place, que des conséquences qui en résulteront. Il convient notamment de se poser les questions suivantes :

- Ne convient-il pas de mieux faire ressortir dans la loi que l'article 10 vise, notamment, les cas de regroupements familiaux liés à un étranger bénéficiant d'un droit de séjour de durée illimitée ?
- Ne faut-il pas expressément préciser, à l'article 10^{ter}, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 8 de l'avant-projet de loi) que la demande visée à l'article 10^{bis} de la loi est introduite selon les modalités visées aux articles 9 et 9^{bis} de celle-ci ⁴⁵ ?
- L'article 11 de la loi du 15 décembre 1980 (tel que remplacé par l'article 9 de l'avant-projet de loi) fixe les conditions dans lesquelles l'étranger qui déclare se trouver dans un des cas prévus à l'article 10 de la loi peut se voir refuser le droit d'entrer ou de séjourner dans le Royaume. Qu'en est-il pour les étrangers qui, tout en ayant introduit leur demande sous le bénéfice de l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980, se prévalent de l'article 10^{bis} de la loi ?
- Ne faut-il pas adapter l'article 13, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 (article 12 de l'avant-projet de loi) qui précise que l'admission au séjour en vertu de

(45) Selon le commentaire de l'article 8 de l'avant-projet de loi, les modalités d'introduction de la demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 10^{bis} de la loi du 15 décembre 1980 sont celles de l'article 9 de la loi, mais il est toutefois prévu dans l'arrêté royal du 8 octobre 1981 que la demande peut être introduite sur le territoire belge en application de l'article 9, alinéa 2, de la loi. Sans doute convient-il de se référer à l'alinéa 3 de l'article 9, mais cet alinéa est précisément abrogé par l'article 3 de l'avant-projet de loi et l'exposé des motifs reste muet quant à l'application éventuelle de l'article 9^{bis}, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

l'article 10 de la loi est reconnue pour une durée limitée, alors même que l'article 10 de la loi est susceptible de viser des cas d'admission au séjour pour une durée illimitée ?

2. Il conviendrait en tout état de cause de mieux faire ressortir dans l'exposé des motifs l'articulation du nouveau système mis en place au regard des nombreuses modifications apportées à divers articles de la loi du 15 décembre 1980.

Article 9 de l'avant-projet de loi
(Article 11 de la loi du 15 décembre 1980)

1. Concernant l'article 11, § 1^{er}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, l'exposé des motifs des articles précise que :

"la constatation que le mariage, le partenariat ou l'adoption ont été conclus uniquement pour permettre à la personne concernée d'entrer ou de séjourner dans le Royaume pourra intervenir dans le cadre du motif lié à la fraude".

L'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi est cependant attirée sur ce que l'article 16, § 2, de la directive 2003/86/CE opère clairement la distinction entre ces deux hypothèses réunies ici dans un même texte, ce qui pourrait donner lieu à des contestations devant les cours et tribunaux.

Une observation analogue vaut pour le paragraphe 2, en projet.

2. L'article 11, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, prévoit la possibilité pour le ministre ou son délégué de procéder ou de faire procéder à tout moment à des contrôles afin de vérifier si l'étranger remplit les conditions de l'article 10 de la loi. Selon l'exposé des motifs, il est précisé que cette immixtion dans la vie privée et familiale des intéressés n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

.../...

Étant donné qu'aucune précision n'est apportée quant à la nature exacte de ces contrôles, le Conseil d'État ne peut qu'émettre des réserves au sujet de la compatibilité d'une telle disposition au regard des exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'article 22 de la Constitution. Il convient à tout le moins que l'exposé des motifs soit plus explicite quant à la nature de ces contrôles et quant à leur compatibilité avec les dispositions précitées.

3. Selon l'exposé des motifs, la disposition en projet est conforme aux exigences de l'article 17 de la directive 2003/86/CE qui précise que les États membres prennent dûment en considération, en cas de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour,

"(...) la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans (l'État membre), ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine."

Le Conseil d'État n'aperçoit cependant pas en quoi cette disposition serait correctement transposée en droit interne. Certes, selon le commentaire de la disposition,

"(...) le ministre ou son délégué devra prendre en compte la situation globale du membre de la famille concerné. Les (autres) attaches de celui-ci avec la Belgique seront prises en compte".

Une telle précision ne ressort toutefois pas du texte en projet.

4. Toujours selon l'exposé des motifs, l'article 11, § 2, alinéa 4, en projet, constitue une application de l'article 15, § 3, *in fine*, de la directive, concernant l'octroi d'un titre de séjour autonome aux membres de la famille ayant bénéficié du droit au regroupement familial et ce, "en cas de situation particulièrement difficile". Il convient cependant d'attirer l'attention de l'auteur du projet de loi sur ce que la disposition en projet ne vise expressément que les personnes " victimes de violence dans leur famille et qui ont quitté leur foyer". Elle ne prévoit par ailleurs pas la délivrance d'un titre de séjour autonome aux personnes concernées.

.../...

Article 11 de l'avant-projet de loi
(Article 12*bis* de la loi du 15 décembre 1980)

1. Concernant les circonstances, prévues à l'article 12*bis*, paragraphe 1^{er}, en projet, dans lesquelles la demande d'admission au séjour peut être introduite à partir du territoire belge, il est renvoyé à l'observation 3 formulée sous les articles 3 à 5, 11 et 24 de l'avant-projet de loi.

2. Selon l'article 12*bis*, paragraphe 2, en projet, l'étranger doit annexer à sa demande d'admission "un certificat médical d'où il résulte qu'il n'est pas atteint d'une des maladies énumérées au point A de l'annexe à la présente loi". Ne convient-il pas de reprendre cette exigence liée à l'absence de certaines maladies, parmi les conditions de fond de la demande visées à l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980 ?

3. L'article 12*bis*, § 2, alinéa 3, en projet, prévoit que la décision relative à l'admission au séjour doit être prise dans les plus brefs délais et au plus tard dans les neuf mois suivant la date du dépôt de la demande. Or, selon l'article 5, § 4, de la directive 2003/86/CE, la notification de la décision doit avoir lieu au plus tard neuf mois après la date du dépôt de la demande. Il convient d'apporter cette précision à l'alinéa 3.

4. Le paragraphe 5 de l'article 12*bis* en projet se réfère in fine "au § 7". La disposition en projet ne comprend cependant pas de paragraphe 7.

5. Selon l'exposé des motifs,

"De manière générale, conformément à l'article 5, § 5, de la directive (2003/86/CE), l'intérêt supérieur de l'enfant sera dûment pris en considération au cours de l'examen de la demande."

Afin d'assurer une transposition adéquate de la directive, une telle précision devrait figurer dans l'article 12*bis* en projet.

.../...

Article 12 de l'avant-projet de loi
(Article 13 de la loi du 15 décembre 1980)

1. Il est renvoyé à l'observation 1.3. formulée sous les articles 6, 7, 8 et 11 de l'avant-projet de loi.

2. Au sujet de la possibilité, prévue au paragraphe 5, en projet, de procéder ou de faire procéder à des contrôles, il est renvoyé à l'observation 2 formulée sous l'article 9 de l'avant-projet de loi.

Article 14 de l'avant-projet de loi
(Article 15 de la loi du 15 décembre 1980)

1. À l'article 15, 1°, en projet, il convient de viser "l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er},".

2. Au sujet de la possibilité, prévue à l'alinéa 2, en projet, de procéder ou de faire procéder à des contrôles, il est renvoyé à l'observation 2 formulée sous l'article 9 de l'avant-projet de loi.

Article 15 de l'avant-projet de loi
(Article 16 de la loi du 15 décembre 1980)

Selon la disposition en projet, l'administration communale délivre un accusé de réception et transmet la demande d'autorisation d'établissement au ministre ou à son délégué, "pour autant que l'étranger réponde à la condition visée à l'article 14". Selon l'exposé des motifs, il est ainsi clairement établi que "la demande introduite par un étranger qui ne satisfait pas aux conditions fixées par l'article 14 de la loi, ne sera pas prise en considération".

La question se pose de savoir quelle est l'autorité - la commune ou le ministre (ou son délégué) - qui prend la décision de refus de prise en considération et, dans l'hypothèse où il s'agit de la commune ⁴⁶, quel type de condition celle-ci est-elle habilitée à contrôler. Le texte doit être complété sur ce point.

Articles 18 et 19 de l'avant-projet de loi
(Dispositions abrogatoires)

1. Concernant l'abrogation des articles 44 et 44bis, il est renvoyé à l'observation générale 3.1.

2. Cette abrogation nécessite par ailleurs la modification de l'article 45 de la loi du 15 décembre 1980.

Article 22 de l'avant-projet de loi
(Article 48/2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

Conformément à son article 38, § 1^{er}, alinéa 2, la référence à la directive 2004/83/CE est déjà prévue à l'article 2 de l'avant-projet de loi. Un second renvoi dans la présente disposition apparaît donc inutile et donne même à penser que ce serait ce renvoi qui assurerait la transposition de la directive alors que tel n'est pas le cas.

Ce renvoi à la directive doit en conséquence être omis.

⁽⁴⁶⁾ Comparer avec le pouvoir conféré à l'administration communale dans le cadre de l'article 12bis, tant actuel que nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

Article 24 de l'avant-projet de loi

(Article 48/4, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

À l'article 48/4, § 2, c), en projet, de la loi du 15 décembre 1980, il y a lieu, conformément à l'article 15, c), de la directive 2004/83/CE, que la disposition tend à transposer, de remplacer les mots "dans le cadre" par les mots "ou en cas de".

Article 25 de l'avant-projet de loi

(Article 48/5, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

L'article 48/5, § 3, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, fait usage d'une faculté ouverte aux États membres par l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/83/CE, mais pas par celle ouverte par le paragraphe 3 de cette dernière disposition.

L'exposé des motifs gagnerait à s'en expliquer, afin notamment d'exposer de manière claire si, du fait de l'absence de disposition inspirée du paragraphe 3 de la directive, les "obstacles techniques au retour vers le pays d'origine" empêcheront l'application de l'article 48/5, § 3, de l'avant-projet de loi.

Article 26 de l'avant-projet de loi

(Article 49, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

1. La phrase introductive de l'article 49, § 1^{er}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, précise que les personnes reconnues comme réfugiées sont admises au séjour dans le Royaume. Selon les considérations générales de l'exposé des motifs, aucun changement n'est effectué sur le plan du séjour et un étranger considéré comme réfugié est mis en possession d'un permis de séjour d'une durée illimitée. Toutefois, le commentaire de l'article 26 de l'avant-projet de loi précise, au regard du paragraphe 2, en projet, que le séjour des réfugiés serait, dans un premier temps, limité. Cette contradiction doit être levée.

2. Dès lors que le séjour d'un réfugié est, en règle, illimité alors que le séjour octroyé à l'étranger qui bénéficie de la protection subsidiaire est de durée limitée, en application de l'article 49/2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 27 de l'avant-projet de loi), l'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi est attirée sur le fait que l'étranger qui s'est vu refuser la qualité de réfugié par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides, tout en ayant obtenu le statut de protection subsidiaire, pourrait, nonobstant ce statut, introduire un recours devant le Conseil du Contentieux des Étrangers en vue de se voir reconnaître le statut de réfugié.

3. L'article 49, § 1^{er}, 3°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, dans la version française, doit être complété par les mots "et aux Apatrides".

Article 35 de l'avant-projet de loi
(Article 51/3 de la loi du 15 décembre 1980)

Au paragraphe 5, il convient de préciser "conformément à l'article 49 ou à l'article 49/2".

Article 36 de l'avant-projet de loi ⁴⁷
(Article 51/4 de la loi du 15 décembre 1980)

1. La proposition envisagée doit être inversée, puisqu'il s'agit de viser dorénavant l'article 50^{ter}, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980, dans l'article 51/4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi.

Il convient que le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de l'article 51/4 soit également modifié dans le même sens.

⁽⁴⁷⁾ L'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi est attirée sur le fait que l'abrogation de cet article est prévue par l'article 72 d'un avant-projet de loi "sur l'accueil des demandeurs d'asile", actuellement soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État (39.883/4).

2. En application de l'article 51/4 de la loi du 15 décembre 1980, les critères objectifs qui permettent de déterminer la langue d'examen d'une demande d'asile ne trouvent à s'appliquer qu'à la procédure d'asile et qu'aux éventuelles décisions subséquentes d'éloignement du territoire. La question mérite d'être examinée s'il ne conviendrait pas de prévoir l'introduction de critères semblables lorsque l'étranger, après avoir introduit préalablement une demande d'asile, sollicite ultérieurement l'octroi d'une autorisation de séjour ⁴⁸.

Article 37 de l'avant-projet de loi
(Article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980)

1. Le 1°, b), de l'article 37 de l'avant-projet de loi n'insère pas un seul, mais bien deux alinéas dans le paragraphe 1^{er} de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980. Il y a lieu d'adapter en conséquence la suite des modifications apportées à cette disposition par l'article 37 de l'avant-projet de loi (Au 1°, c), il faut viser l'alinéa "4" au lieu de l'alinéa "3"; au 1°, d), il faut lire "alinéa 5" au lieu de "alinéa 4"; au 1°, e), il convient d'indiquer qu'il est inséré un "alinéa 6").

2. La modification apportée à l'article 51/5, § 1^{er}, alinéa 2, qui devient l'alinéa 4 et non l'alinéa 3 (voir l'observation 1), a pour effet que le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides peut toujours décider d'examiner la demande d'asile pour autant que le demandeur d'asile y consente. Le Conseil d'État se demande comment cette compétence va pouvoir concrètement se concilier avec le pouvoir du ministre ou de son délégué de prendre la décision quant à la détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Le ministre ou son délégué devra-t-il notamment préalablement demander au Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides s'il décide ou non d'examiner la demande ? Il convient en tout état de cause d'adapter l'exposé des motifs conformément à la disposition en projet, puisqu'il y est, en effet, toujours précisé que le ministre ou son délégué peut décider, comme auparavant, "que la Belgique examinera la

⁽⁴⁸⁾ Pour rappel, par les arrêts n^{os} 77/97 du 17 décembre 1997, 96/98 du 24 septembre 1998 et 164/2004 du 28 octobre 2004, la Cour d'arbitrage a estimé que l'article 51/4 de la loi du 15 décembre 1980 n'est pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

demande d'asile concernée malgré le fait qu'un autre État membre de l'UE est compétent pour examiner cette demande." ⁴⁹

3. Il convient d'adapter la modification envisagée à l'article 37, 1°, d), de l'avant-projet de loi; le paragraphe 1^{er} de l'article 51/5 ne comporte en effet aucune disposition qui ferait état d'un délai de "deux mois".

4. En ce qui concerne la modification opérée par l'article 37, 1°, e), de l'avant-projet de loi, l'exposé des motifs précise que l'étranger qui ne collabore pas dans le cadre de la procédure Dublin est considéré comme s'étant désisté de sa demande d'asile, ce qui permet d'entamer éventuellement une nouvelle procédure Dublin ultérieurement dans la mesure où la demande d'asile n'est pas traitée. Il conviendrait que l'exposé des motifs précise également les conséquences qui pourraient être attachées à cette présomption de renonciation à la demande d'asile dans l'hypothèse où l'étranger se déclare à nouveau réfugié et que la Belgique est cette fois responsable de l'examen de la demande d'asile.

Article 39 de l'avant-projet de loi
(Article 51/7 de la loi du 15 décembre 1980)

Comme à l'article 38, 1°, de l'avant-projet de loi, il semble que l'alinéa 1^{er} de l'article 51/7 de la loi du 15 décembre 1980 doit également être modifié, en ce sens que les mots " Lorsque l'étranger se déclare réfugié" devraient être remplacés par les mots "Lorsque l'étranger a introduit une demande d'asile".

⁽⁴⁹⁾ Voir également l'article 42, 5°, de l'avant-projet de loi, qui introduit un paragraphe 5, nouveau, dans l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980, dans lequel il est fait état d'une notification du ministre ou de son délégué au Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides de ce que la Belgique est responsable du traitement de la demande d'asile.

Article 40 de l'avant-projet de loi
(Article 51/8 de la loi du 15 décembre 1980)

Dans le texte en projet, il y a lieu d'écrire, in fine, dans la version française, "d'atteintes graves" au lieu de " de dommages graves".

Article 42 de l'avant-projet de loi
(Article 52 de la loi du 15 décembre 1980)

Compte tenu de la suppression de la compétence du ministre ou de son délégué en matière d'examen des demandes d'asile, l'article 42 de l'avant-projet de loi modifie, notamment, les phrases introductives des divers paragraphes de l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980, de manière à préciser que le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides peut décider de ne pas reconnaître à un demandeur d'asile le statut de réfugié (ou le bénéfice du statut de la protection subsidiaire) dans les diverses hypothèses actuellement énumérées dans l'article 52 de la loi ⁵⁰.

L'exposé des motifs précise que :

"Les modifications apportées à l'article 52 sont en outre liées à la suppression de la possibilité de l'Office des étrangers d'examiner les demandes d'asile: il relève de la compétence exclusive du Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides (CGR) d'examiner les demandes d'asile en première instance et éventuellement de les rejeter sur la base des motifs énumérés à l'article 52. Ces motifs sont restés inchangés, à part une modification (...)."

Dans le cadre de la réforme de la procédure d'asile présentement envisagée, il conviendrait à cet égard que l'auteur de l'avant-projet de loi précise dans l'exposé des motifs, au regard des obligations internationales contractées par la Belgique en matière de reconnaissance de la qualité de réfugié, la manière dont le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides et le nouveau Conseil du Contentieux des Étrangers, chacun

⁽⁵⁰⁾ L'article 42, 1°, e), de l'avant-projet de loi prévoit toutefois une nouvelle hypothèse de refus, à savoir "lorsque, sans justification, l'étranger n'a pas introduit sa demande au moment où les autorités chargées du contrôle aux frontières l'interrogent sur les raisons de sa venue en Belgique".

dans le cadre de ses compétences respectives, seront concrètement amenés à faire application des critères prévus par l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980 ⁵¹.

Article 44 de l'avant-projet de loi

(Article 52/3, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Selon l'article 52/3, § 2, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet, le ministre ou son délégué décide immédiatement lors de l'introduction de la demande d'asile que l'étranger n'est pas admis à entrer sur le territoire et qu'il est refoulé dans le cas visé à l'article 50^{ter} de la loi du 15 décembre 1980.

L'article 50^{ter}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 32 de l'avant-projet de loi) dispose :

"L'étranger qui tente d'entrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées à l'article 2, doit introduire sa demande d'asile auprès des autorités chargées du contrôle aux frontières, au moment où celles-ci l'interrogent sur les raisons de la sa venue en Belgique."

L'exposé des motifs précise à ce sujet,

"Le principe est que le ministre ou son délégué ne prend une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire que lorsque la demande d'asile de l'étranger en situation irrégulière est rejetée.

La dérogation à cette règle est la situation dans laquelle le ministre ou son délégué prend une telle décision immédiatement après l'introduction de la demande d'asile : il s'agit (...) de la situation du demandeur d'asile à la frontière, pour lesquels une décision de refus d'entrée avec refoulement est prise lorsqu'il est constaté que l'entrée de l'étranger doit être refusée en raison de motifs techniques (défaut des documents d'entrée nécessaires, motif du voyage peu clair ...)."

⁽⁵¹⁾ Il est, par ailleurs, renvoyé à l'observation générale 3.2. relative aux implications éventuelles de la directive 2005/85/CE sur l'avant-projet de loi présentement examiné.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi est attirée sur le fait que l'article 35 de la directive 2005/85/CE prévoit, en son paragraphe 1^{er}, que les procédures à la frontière doivent être conformes aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II de cette directive. En vertu du paragraphe 2 de la même disposition, les États membres peuvent conformément aux lois et règlements en vigueur au 1^{er} décembre 2005 maintenir des procédures dérogeant à ces principes de base et aux garanties fondamentales tout en respectant les règles visées aux paragraphes 3 et 4 de l'article 35 précité.

Il revient, dès lors, à l'auteur de l'avant-projet de loi d'établir, dans le commentaire de la disposition en projet, que la procédure instaurée par l'article 44 de l'avant-projet de loi n'est pas contraire à l'article 35 de la directive, ou, à tout le moins, qu'elle n'est pas de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par celui-ci.

En ce qui concerne, de manière plus générale, la prise en considération de la directive 2005/85/CE dans le cadre de l'adoption des dispositions du présent avant-projet de loi relatives à l'organisation de la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié, il est renvoyé à l'observation générale 3.2.

2. Selon l'exposé des motifs,

"il est précisé dans la procédure devant le Conseil du Contentieux des Étrangers (...) que sauf consentement écrit de l'intéressé, aucune mesure d'éloignement ou de refoulement ne peut être exécutée durant les délais pendant lesquels un recours peut être introduit contre le refus d'une demande d'asile par le CGRA et pendant le traitement de ces recours".

Il va évidemment de soi qu'une telle mesure ne peut pas non plus être exécutée aussi longtemps que dure la procédure devant le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides. Il convient donc d'adapter l'exposé des motifs sur ce point.

.../...

Article 46, 2°, de l'avant-projet de loi
(Article 53 de la loi du 15 décembre 1980)

Le Conseil d'État se demande s'il y a lieu de maintenir dans l'article 53 de la loi du 15 décembre 1980 la référence à l'article 52 de la loi à la suite des modifications qui sont apportées à cette disposition par l'article 42 de l'avant-projet de loi et à la suite desquelles il n'est plus fait expressément état d'un "refus" d'accès au territoire, au séjour ou à l'établissement.

Article 48 de l'avant-projet de loi
(Article 54 de la loi du 15 décembre 1980)

Le Conseil d'État se demande s'il ne convient pas également de modifier le paragraphe 3, alinéa 2, de l'article 54 de la loi du 15 décembre 1980, en ce sens qu'il y aurait lieu de viser l'article 52/3 de la loi au lieu de l'article 52.

Article 50 de l'avant-projet de loi
(Article 55/2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

La mention "§ 1^{er}" doit être omise et l'exposé des motifs doit être adapté en conséquence.

Article 55 de l'avant-projet de loi
(Article 57/6 de la loi du 15 décembre 1980)

1. Les modifications apportées à l'article 57/6 de la loi du 15 décembre 1980 nécessitent également une modification de l'article 57 de celle-ci.

2. Selon le dernier alinéa de l'article 57/6, en projet, la décision visée à l'alinéa 1^{er}, 2°, de l'article 57/6, en projet, est susceptible d'un recours en annulation auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers. Or, il résulte d'une interprétation combinée des 3° et 8° de l'article 77, alinéa 1^{er}, de la Constitution que l'organisation, la compétence et les attributions des juridictions administratives relèvent du bicaméralisme égalitaire ⁵².

Par conséquent, les mots "et est susceptible d'un recours en annulation auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers" doivent être omis ⁵³.

Article 58 de l'avant-projet de loi
(Article 57/10 de la loi du 15 décembre 1980)

Le Conseil d'État se demande pour quelle raison l'article 57/10 de la loi du 15 décembre 1980 n'est pas modifié dans un sens analogue à celui de l'article 52, § 2, 4°, de la loi (voir l'article 42, 2°, d), de l'avant-projet de loi).

Articles 58 et 61 de l'avant-projet de loi
(Article 57/10 de la loi du 15 décembre 1980 et disposition abrogatoire)

Il convient, dans l'article 58 de la loi du 15 décembre 1980, d'adapter le renvoi opéré à l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, qui est en effet abrogé par l'article 3 de l'avant-projet de loi.

Une observation analogue vaut pour l'article 61, § 2, 3°, de la loi, dans la mesure où il se réfère à l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi.

⁽⁵²⁾ Voir notamment les avis 24.600/AG et 24.601/AG, donnés le 10 octobre 1995, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat" et sur un avant-projet de loi "accordant une compétence disciplinaire aux chambres des notaires et à la Chambre nationale des notaires".

⁽⁵³⁾ L'article 70 de l'avant-projet de loi 39.717/AG (article 39/2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980) contient par ailleurs déjà cette règle.

Article 59 de l'avant-projet de loi

(Articles 61/2 à 61/5, nouveaux, de la loi du 15 décembre 1980)

1. L'article 59 tend à insérer plusieurs dispositions numérotées de 61/2 à 61/5, dans le titre II de la loi du 15 décembre 1980.

En vertu de l'article 76 de la Constitution, une disposition distincte doit être consacrée à chaque article d'un projet de loi, ce qui permet au Parlement de procéder à la discussion, au dépôt d'amendements éventuels et au vote article par article.

Afin de rencontrer cette exigence, l'article 59 sera scindé en autant de dispositions qu'il y a d'articles à insérer dans la loi précitée.

2. Étant donné que l'option a été retenue d'appliquer la directive 2004/81/CE aux personnes mineures⁵⁴, il convient de veiller également à la transposition adéquate de l'article 10 de la directive, de manière telle que l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment pris en compte lors de l'octroi du titre de séjour temporaire.

Article 61 de l'avant-projet de loi

(Disposition abrogatoire)

Concernant l'abrogation des articles 64 à 67 de la loi du 15 décembre 1980, il est renvoyé à l'observation générale 3.1.

Article 62 de l'avant-projet de loi

(Disposition abrogatoire)

Il convient d'abroger, le cas échéant, l'article 67 de la loi du 15 décembre 1980.

⁽⁵⁴⁾ Voir l'option laissée aux États membres par l'article 3, § 3, de la directive.

Article 64 de l'avant-projet de loi
(Article 74/5 de la loi du 15 décembre 1980)

Selon l'article 74/5, § 3, alinéa 5, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (inséré par l'article 64, 2°, c) de l'avant-projet de loi), la durée du maintien de l'étranger est suspendue d'office pendant le délai d'examen octroyé au Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides, dans le cadre d'une procédure devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, pour examiner des éléments nouveaux conformément à l'article 39/76, § 1^{er}, avant-dernier alinéa (et non dernier alinéa comme indiqué à tort dans la disposition en projet) nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 166 de l'avant-projet 39.717/AG)⁵⁵. Afin d'éviter que la personne concernée ne reste maintenue pour une durée indéterminée en raison, notamment, des aléas de la procédure, il conviendrait de prévoir un délai de prorogation maximum de la durée du maintien⁵⁶.

Article 65 de l'avant-projet de loi
(Article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980)

1. Au 2° de l'article 65 de l'avant-projet de loi insérant un nouveau paragraphe 1^{er}*bis* à l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980, le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité de se référer à l'article 52 de la loi, dès lors que les différentes situations visées par l'auteur de l'avant-projet de loi sont ensuite expressément énumérées dans la disposition en projet. Il convient par ailleurs de noter que le texte en projet se réfère à la seule Convention de Genève et n'a donc pas été adapté, comme l'a été l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980, au nouveau statut de protection subsidiaire. De même, au g), en projet, le délai d'un mois n'a pas été adapté en fonction de la modification apportée à l'article 52, § 2, 4°, de la loi du 15 décembre 1980, par l'article 42, 2°, e), de l'avant-projet de loi.

⁽⁵⁵⁾ Voir également la modification apportée à l'article 71, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 par l'article 194 de l'avant-projet de loi 39.717/AG.

⁽⁵⁶⁾ Voir l'arrêt n° 43/1998 de la Cour d'arbitrage du 22 avril 1998 (Considérants B.23 et B.24).

2. Selon l'exposé des motifs,

"le paragraphe 1^{er} *bis* énumère les circonstances dans lesquelles un étranger peut être détenu exceptionnellement avant qu'une décision soit prise concernant sa demande d'asile. Cette détention peut uniquement avoir lieu si le séjour de l'étranger est irrégulier et que les circonstances objectives énumérées dans la loi indiquent clairement un usage abusif de la procédure d'asile."

Bien que la situation soit donc présentée comme "exceptionnelle", la disposition en projet énumère quinze hypothèses différentes dans lesquelles un demandeur d'asile pourra être maintenu avant même qu'il n'ait été statué sur sa demande par la première autorité compétente pour ce faire. La plupart de ces hypothèses répondent aux critères énoncés dans l'exposé des motifs. L'auteur de l'avant-projet de loi est toutefois invité à mieux expliciter, en prenant notamment en considération les obligations internationales contractées par la Belgique en la matière, le caractère "exceptionnel" que revêtiraient certains cas visés par la disposition en projet, notamment les b), c) et d) du paragraphe 1^{er} *bis*, 1^o, en projet.

3. En ce qui concerne la prolongation de la durée du maintien de l'étranger prévue par l'article 74/6, § 2, alinéa 5, en projet, (article 65, 3^o, b) de l'avant-projet de loi), il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 64 de l'avant-projet de loi.

Articles 67, 68 et 71 de l'avant-projet de loi
(Dispositions transitoires)

Il convient de préciser qu'il s'agit des articles 9*bis*, 9*ter*, 11, § 2, 49/2, § 2, 51/3 et 63/5, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980.

.../...

Article 71 de l'avant-projet de loi
(Disposition transitoire)

L'article 71, alinéa 3 de l'avant-projet de loi prévoit que l'étranger qui peut se prévaloir d'un avis de non-reconduite à la frontière du pays fui, donné par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides avant la date d'entrée en vigueur de la loi, peut, moyennant certaines conditions et pour autant que le danger en cas de reconduite soit toujours actuel, automatiquement bénéficier d'un titre de séjour en tant que bénéficiaire du statut de protection subsidiaire au sens de l'article 49/2, § 2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980. Ce faisant, la disposition transitoire introduit une différence de traitement entre, d'une part, les personnes ayant sollicité la reconnaissance de la qualité de réfugié et qui se sont vues notifier un rejet de leur demande dès le stade de l'examen dit de la recevabilité de celle-ci et, d'autre part, les personnes ayant sollicité la reconnaissance de la qualité de réfugié et qui se sont vues notifier un rejet de leur demande après examen au fond de celle-ci par le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides et, le cas échéant, la Commission permanente de recours des réfugiés. Il n'est en effet pas expressément prévu, dans la législation actuelle, que les instances d'asile doivent formuler, en cas de décision négative au fond, un avis quant à l'éventuelle reconduite du candidat réfugié débouté à la frontière du pays fui.

Cette différence de traitement semble encore renforcée par la circonstance que, comme le relève de manière expresse l'exposé des motifs, les étrangers dont la demande d'asile a été rejetée, à la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, ne peuvent invoquer la transposition de la directive 2004/83/CE dans le droit belge, comme "nouvel élément", au sens de l'article 51/8, de la loi du 15 décembre 1980, pour faire réexaminer leur demande d'asile.

Il apparaît donc paradoxal que les étrangers dont la demande d'asile aurait été rejetée dès l'examen de la recevabilité de leur demande, bénéficient, de ce fait, d'un régime transitoire plus favorable que celui qui serait réservé aux étrangers n'ayant vu leur demande d'asile rejetée qu'après examen au fond.

L'auteur de l'avant-projet de loi est, en conséquence, invité à prévoir un régime transitoire qui permette d'éviter ce paradoxe.

.../...

Article 72 de l'avant-projet de loi
(Entrée en vigueur)

1. Cet article prévoit que le Roi fixe la date d'entrée en vigueur des dispositions en projet. Afin de garantir que le texte entrera en vigueur dans un délai déterminé, il convient de fixer dans l'habilitation la date ultime à laquelle la loi doit entrer en vigueur. De cette façon, si un arrêté royal n'est pas pris à la date ultime d'entrée en vigueur fixée par le législateur, le texte de la loi entrera d'office en vigueur à cette date.

2. Telle qu'elle est rédigée, la disposition à l'examen ne permet au Roi que de faire entrer en vigueur la loi en projet dans son entier à la même date.

Si l'auteur de l'avant-projet de loi estime concevoir l'habilitation comme autorisant le Roi à faire entrer la loi en vigueur par parties, la rédaction de la disposition, malgré les inconvénients de pareil procédé, sera revue en conséquence.

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	M. VAN DAMME,	présidents de chambre,
	Y. KREINS,	
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assesseurs de la section de législation,
	A. SPRUYT,	
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	
	G. KEUTGEN,	
Madame	D. LANGBEEN,	greffier en chef,
Monsieur	M. FAUCONIER,	greffier assumé.

Les rapports ont été rédigés par MM. X. DELGRANGE, J. VAN NIEUWENHOVE et R. WIMMER, auditeurs.

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.718/AV

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 10 januari 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Binnenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 7 en 21 februari 2006, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Voorafgaande opmerking

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Het onderhavige advies bevat ook een aantal opmerkingen over andere punten, inzonderheid over bepaalde aspecten van de interne samenhang van het voorontwerp van wet en van de samenhang ervan met het voorontwerp van wet "tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", dat de afdeling wetgeving van de Raad van State eveneens vandaag heeft onderzocht onder het nummer 39.717/AV, alsook over de afstemming ervan op het thans geldende recht.

Toch mag daaruit niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving, binnen de korte termijn die haar is toegemeten, het voorontwerp van wet grondig heeft kunnen onderzoeken. Wanneer in dit advies over bepaalde kwesties niets wordt gezegd, betekent zulks niet dat de tekst geen aanleiding geeft tot opmerkingen. Voor een volledig onderzoek zou een langere termijn nodig zijn geweest, gelet op de omvang van de geplande hervorming.

I. Strekking van het voorontwerp van wet

1. Het voorontwerp van wet dat aan de afdeling wetgeving van de Raad van State om advies is voorgelegd, heeft volgens artikel 2 ervan "onder meer" tot doel drie richtlijnen van de Raad van de Europese Unie om te zetten in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Het gaat om :

- richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (van onderdanen van derde landen), hierna te noemen

.../...

- "richtlijn 2003/86/EG," die behoorde te worden omgezet tegen 3 oktober 2005 ¹ en die voornamelijk het voorwerp uitmaakt van de artikelen 5 tot 12 van het voorontwerp van wet. Zoals in artikel 1 van die richtlijn wordt vermeld, heeft die richtlijn tot doel de voorwaarden te bepalen voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging door onderdanen van derde landen die wettig op het grondgebied van de lidstaten verblijven,
- richtlijn 2004/81/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, hierna te noemen "richtlijn 2004/81/EG", die moet worden omgezet tegen 6 augustus 2006 ² en die het voorwerp uitmaakt van artikel 59 van het voorontwerp van wet,
 - en richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, hierna te noemen "richtlijn 2004/83/EG", die moet worden omgezet tegen 10 oktober 2006 ³ en die voornamelijk het voorwerp uitmaakt van de artikelen 20 tot 58 van het voorontwerp van wet.

2.1. Uit de algemene overwegingen van de memorie van toelichting blijkt evenwel dat het voorontwerp van wet ook tot doel heeft verscheidene wijzigingen in de voormelde wet van 15 december 1980 (hierna te noemen "de wet van 15 december 1980") aan te brengen, die niet noodzakelijk voortvloeien uit de verplichting om de drie voormelde richtlijnen in het interne recht om te zetten.

2.2. Zo heeft het voorontwerp van wet onder meer tot doel te zorgen voor een "betere omkadering" van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 en de

⁽¹⁾ Artikel 20 van de richtlijn.

⁽²⁾ Artikel 17 van de richtlijn.

⁽³⁾ Artikel 38 van de richtlijn.

procedure voor het verzoek tot herziening, die thans wordt bepaald bij de wet van 15 december 1980, af te schaffen.

2.3. Zo ook bewerkstelligt het voorontwerp van wet een grondige hervorming van de asielpcedure in de ruime zin, een procedure die immers van toepassing zal zijn zowel op vreemdelingen die zich aanmelden als vluchteling in de zin van het Internationaal Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, als op vreemdelingen die in aanmerking willen komen voor subsidiaire bescherming in de zin van richtlijn 2004/83/EG.

De krachtlijnen van die hervorming kunnen als volgt worden samengevat :

- het onderscheid tussen de fase waarin de ontvankelijkheid van asielaanvragen wordt onderzocht en de fase waarin asielaanvragen ten gronde worden onderzocht, wordt opgeheven;
- de Dienst Vreemdelingenzaken speelt in principe geen enkele rol meer in het eigenlijke onderzoek van een asielaanvraag, maar beperkt zich tot administratieve ondersteuning bij de behandeling van die aanvraag door de andere instanties. Die dienst blijft echter bevoegd om te bepalen welke Staat verantwoordelijk is voor het onderzoek van de asielaanvraag (Dublinverordening), om de beslissing over het recht op verblijf te nemen, verbonden aan toekenning van de status van vluchteling of de status subsidiaire bescherming en om in de loop van de procedure te beslissen over de vasthouding van de vreemdeling die een asielaanvraag heeft ingediend in de ruime zin;
- de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen is niet langer de instantie bij wie beroep kan worden aangetekend tegen beslissingen in verband met de status van vluchteling, in het stadium van de ontvankelijkheid genomen door de Minister van Binnenlandse Zaken of zijn gemachtigde (in de praktijk de Dienst Vreemdelingenzaken), maar wordt de eerste instantie die uitspraak moet doen over een asielaanvraag in de ruime zin. Hij beslist dus of hetzij de status van vluchteling, hetzij de status subsidiaire bescherming al dan niet wordt toegekend;
- een rechterlijk beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld tegen de beslissingen van de Commissaris-generaal bij een nieuw administratief rechtscollege,

.../...

namelijk de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wat inhoudt dat de huidige Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen wordt opgeheven. In dat verband kan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de beslissing van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen bevestigen, herzien of vernietigen, waarna in dat laatste geval de zaak weer verwezen wordt naar de Commissaris-generaal;

- een cassatieberoep, dat gepaard gaat met een toelaatbaarheidsprocedure, kan worden ingesteld bij de Raad van State tegen de beslissingen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Naast de zojuist beschreven bevoegdheden inzake asiel, krijgt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vernietigings- en schorsingsbevoegdheid ten aanzien van individuele beslissingen die geen betrekking hebben op asiel en die genomen zijn door de minister of zijn gemachtigde en zulks met toepassing "van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen". In dat kader vervult de Raad van State opnieuw de rol van cassatierechter, met een toelaatbaarheidsprocedure. De Raad van State is in die zaken dus niet langer de rechtsprekende instantie in eerste en laatste aanleg.

Overeenkomstig artikel 77 van de Grondwet worden de aspecten van die hervorming die betrekking hebben op de afschaffing van de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de wijziging van de bevoegdheid van de Raad van State behandeld in een afzonderlijk voorontwerp van wet ⁴ waarover de algemene vergadering van de afdeling wetgeving van de Raad van State heden ook advies 39.717/AV heeft gegeven.

⁽⁴⁾ Voorontwerp van wet "tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", hierna te noemen "het voorontwerp van wet 39.717/AV".

De volle omvang van de geplande hervorming van de asielprocedure kan dus pas worden begrepen als de beide voorontwerpen van wet tegelijk worden onderzocht ⁵ en in voorkomend geval zal in het onderhavige advies naar advies 39.717/AV worden verwezen.

II. Algemene opmerkingen

1. Gelet op de veelzijdige strekking van het voorontwerp van wet, moet in de memorie van toelichting duidelijk worden vermeld, enerzijds, welke van de diverse bepalingen van het voorontwerp van wet tot doel hebben de voormelde richtlijnen om te zetten en, anderzijds, welke bepalingen van die richtlijnen precies worden omgezet door die bepalingen van het voorontwerp van wet.

Dat klemmt des te meer daar :

- sommige bepalingen van die richtlijnen soms wel in die mate bindend zijn voor de lidstaten dat ze praktisch geen andere keuze hebben dan ze nagenoeg letterlijk over te nemen in het interne recht, doch andere bepalingen, inzonderheid van richtlijn 2003/86/EG, zich beperken tot het stellen van minimumvereisten, waarbij de lidstaten overigens een ruime beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten, zowel wat de eigenlijke beslissing betreft om wetten terzake te maken, als wat de keuzes betreft die

⁽⁵⁾ Bijvoorbeeld :

- sommige bepalingen van de wet van 15 december 1980 worden zowel gewijzigd bij het voorliggende voorontwerp van wet als bij het voorontwerp van wet 39.717/AV;
- andere bepalingen van de wet van 15 december 1980, die niet langer gelden in het kader van de nieuwe asielprocedure, worden niet opgeheven bij de bepalingen van het thans onderzochte voorontwerp van wet, maar wel bij bepalingen van het voorontwerp van wet 39.717/AV;
- sommige wijzigingen die door het onderhavige voorontwerp van wet in de asielprocedure worden aangebracht, kunnen slechts ten volle worden onderzocht als tegelijk rekening wordt gehouden met diverse bepalingen van het voorontwerp van wet 39.717/AV. Dat geldt overigens ook voor een aantal andere wijzigingen die in het voorontwerp van wet worden voorzien, bijvoorbeeld, inzake de opheffing van de procedure voor het verzoek tot herziening, met automatische schorsende kracht. In dat verband is het niet verwonderlijk dat in de memorie van toelichting van het thans onderzochte voorontwerp van wet herhaaldelijk wordt verwezen naar het voorontwerp van wet 39.717/AV.

de lidstaten maken wanneer ze werkelijk besluiten wetgevend op te treden. De steller van het voorontwerp van wet moet dus duidelijk aangeven welke facultatieve bepalingen van de richtlijnen hij besloten heeft in het interne recht om te zetten, met de gevolgen die dat heeft voor de thans toepasselijke rechtsregels. Hij moet zijn gemaakte keuzes ook kunnen verantwoorden wanneer de richtlijnen hem een andere mogelijkheid boden. In het bijzonder zou de memorie van toelichting in het licht van de hierna volgende bijzondere opmerkingen, op bepaalde punten moeten worden aangevuld, vooral in verband met de bepalingen van het voorontwerp van wet die sommige categorieën van personen verschillend behandelen, zonder dat die verschillen noodzakelijk voortvloeien uit de omzetting van de richtlijnen;

- zoals de woorden "onder meer" in artikel 1 van het voorontwerp van wet lijken aan te geven, bepaalde richtlijnen slechts gedeeltelijk worden omgezet, in het bijzonder richtlijn 2004/83/EG, hetzij omdat sommige bepalingen van die richtlijnen al in het interne recht zijn omgezet, hetzij omdat andere bepalingen van die richtlijnen, in het bijzonder van richtlijn 2003/86/EG, in voorkomend geval een wijziging vereisen van andere wetten dan de wet van 15 december 1980.

2. Wegens het juridisch-technische karakter van deze aangelegenheid, de omvang van de hervorming, alsook het feit dat het voorontwerp van wet tegelijk drie, inhoudelijk volkomen verschillende Europese richtlijnen omzet, waarvan sommige de lidstaten een ruime keuzevrijheid laten, moeten ook concordantietabellen gevoegd worden bij het wetsontwerp dat aan de wetgevende kamers wordt voorgelegd. Die concordantietabellen moeten, ten aanzien van de verschillende bepalingen van de betrokken richtlijnen vermelden, hetzij de ontworpen bepalingen waarin de richtlijnen worden omgezet, hetzij de reeds geldende bepalingen van intern recht, die dus geen verdere omzetting van de richtlijnen vergen, hetzij de facultatieve bepalingen van de richtlijnen waarvan men besloten heeft ze niet om te zetten in het interne recht.

Zulke concordantietabellen zijn immers onontbeerlijk als de wetgevende kamers zich met kennis van zaken willen kunnen uitspreken over de gekozen middelen die de Regering hun voorstelt toe te passen en om te voorkomen dat het uitoefenen van het bij artikel 76 van de Grondwet bepaalde amenderingsrecht de grenzen overschrijdt van de beoordelingsbevoegdheid die het Europese recht aan de lidstaten verleent.

.../...

De gemachtigde van de minister heeft op 1 en 2 februari 2006 drie concordantietabellen overgezonden. In die tabellen wordt echter, met betrekking tot sommige bepalingen van het voorontwerp van wet, alleen aangegeven welke bepalingen van de richtlijnen werkelijk bij die bepalingen worden omgezet. Die tabellen moeten worden aangevuld zoals hierboven is vermeld. Inzonderheid moet alle twijfel omtrent de juiste omzetting van een aantal artikelen van de richtlijnen uit de weg worden geruimd. Binnen de korte termijn die de Raad van State is toegemeten, wijst hij, zonder daarbij exhaustief te zijn, de steller van het voorontwerp van wet op de volgende artikelen : artikel 5, lid 5, van richtlijn 2003/86/EG, de artikelen 7 ⁶, 9, 10, a), en 11 van richtlijn 2004/81/EG en de artikelen 8, lid 3, 10, lid 1, d), 14, lid 2, 17, lid 1, d), 19, lid 2, 20, lid 5, 22 tot 26, 28 en 29 van richtlijn 2004/83/EG.

Zodra die tabellen naar behoren zijn aangepast, moeten in voorkomend geval hetzij de ontworpen bepalingen worden aangevuld, hetzij de nodige verduidelijkingen worden gegeven in de memorie van toelichting.

3.1. In de algemene toelichting van de memorie van toelichting wordt onder meer opgemerkt dat de bepalingen van intern recht over de gezinshereniging met gezinsleden van een burger van de Europese Unie zullen moeten worden herzien in het kader van de omzetting van richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG ⁷, die moet worden omgezet vóór 30 april 2006 ⁸.

⁽⁶⁾ In de concordantietabel die de gemachtigde van de minister heeft overgezonden, wordt wel vermeld dat dit artikel 7 wordt omgezet bij het ontworpen artikel 62/2, § 2, derde lid (artikel 59 van het voorontwerp van wet), maar de relevantie van die verwijzing is de Raad van State niet duidelijk.

⁽⁷⁾ Publicatieblad, L 229, 29 juni 2004.

⁽⁸⁾ Artikel 40, lid 1, van de richtlijn.

Ook al is de termijn voor omzetting van die richtlijn dus nog niet verstreken⁹ en ook al zijn de lidstaten-adressaten niet verplicht om de passende maatregelen te nemen voordat die omzettingstermijn verstreken is, zulks neemt niet weg dat die lidstaten, binnen de omzettingstermijn geen bepalingen mogen uitvaardigen die het bereiken van het met de richtlijn beoogde resultaat ernstig in gevaar kan brengen¹⁰.

Hoewel het thans onderzochte voorontwerp van wet niet uitdrukkelijk tot doel heeft de tegenwoordig geldende regelgeving van intern recht over de gezinshereniging met gezinsleden van een burger van de Europese Unie te wijzigen of de voormelde richtlijn 2004/38/EG van 29 april 2004 om te zetten, moet de steller van het voorontwerp van wet er zich bijgevolg van vergewissen of sommige ontworpen bepalingen niet tot gevolg hebben dat, al was het maar indirect, hetzij afbreuk wordt gedaan aan bepalingen van communautair recht die reeds in het interne recht gelden, hetzij het bereiken van het door die richtlijn beoogde resultaat nu al ernstig in gevaar wordt gebracht.

In dat verband vraagt de Raad van State zich af of de geplande opheffing van de huidige procedure voor het verzoek tot herziening¹¹ geen probleem kan opleveren, in de mate dat die procedure onder meer van toepassing is op burgers van de Europese Unie, alsook op leden van hun gezin die aanspraak willen maken op een recht op gezinshereniging.

⁽⁹⁾ Volgens de inlichtingen die de gemachtigde van de minister aan de Raad van State heeft bezorgd, zou binnenkort een voorontwerp van wet tot omzetting van die richtlijn voor advies worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.

⁽¹⁰⁾ Zie, inzonderheid, het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie/Waalse Gewest, zaak nr. C-129/96, Jur. 1997, I, blz. 7411 e.v.. Zie ook R.v.St., Association sans but lucratif Inter-Environnement Wallonie, nr. 92.669 van 25 januari 2001.

⁽¹¹⁾ Zie, inzonderheid, de artikelen 18, 19 en 61 van het voorontwerp van wet.

In de artikelsgewijze commentaar van de artikelen 18 en 19 van het voorontwerp van wet wordt in dat verband verwezen naar het ontworpen artikel 39/79 van de wet van 15 december 1980 (artikel 171 van het voorontwerp van wet 39.717/AV) en wordt verklaard dat, naar analogie van het huidige artikel 67 van de wet van 15 december 1980,

"voor wat betreft de beslissingen die thans zijn opgenomen in artikel 44, 44bis en artikel 64 van de vreemdelingenwet, (wordt) voorzien in een ambtshalve schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissingen wanneer er tijdig een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring ervan wordt ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (...). De mogelijkheid om een beroep in te stellen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vormt een vereenvoudiging van de procedure zonder dat aan de rechten van betrokkene wordt geraakt".

Zo ook wordt bij de bespreking van artikel 61 van het voorontwerp van wet voorts het volgende gesteld :

"Het behoud van het verzoek tot herziening dat bestaat uit een administratief beroep bij de Minister is niet langer verantwoord in de nieuwe constellatie, temeer omdat het schorsend karakter van het beroep voor dezelfde categorieën van vreemdelingen (E.U.- onderdanen en hun familieleden, (...)) behouden blijft in het kader van het beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (zie artikel 39/79)."

Ten slotte wordt bij de bespreking van de artikelen 169 tot 180 van voorontwerp van wet 39.717/AV nog het volgende gesteld :

"Het ontworpen artikel 39/79 voorziet in een aantal gevallen van automatische schorsing. Het betreft de gevallen waarin voorheen een verzoek tot herziening mogelijk was dat ook schorsend was. Deze procedure werd afgeschaft doch het schorsend effect voor de Raad (lees : Raad voor Vreemdelingenbetwistingen) werd ingesteld (zie het ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980)" ¹².

Bij het lezen van die verschillende passages van de memories van toelichting van de voorontwerpen van wet, lijkt het duidelijk dat de afschaffing van de administratieve procedure van het verzoek tot herziening, en de vervanging daarvan door

⁽¹²⁾ Bedoeld wordt het thans voorliggende voorontwerp van wet 39.718/AV.

een rechterlijk beroep bij het nieuwe administratieve rechtscollege dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is, onder meer gevolgen heeft voor het toegangs- en verblijfsrecht van burgers van de Europese Unie, en van de leden van hun gezin die zich willen beroepen op hun recht op gezinshereniging.

Het staat bijgevolg aan de steller van het voorontwerp van wet om in de memorie van toelichting duidelijk aan te geven dat de aldus aangebrachte wijzigingen :

- enerzijds stroken met de vereisten van het communautaire recht dat thans terzake van toepassing is, met name richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid ¹³;
- anderzijds het bereiken van het resultaat voorgeschreven in de voornoemde richtlijn 2004/38/EG, niet ernstig in gevaar brengen.

3.2. Een soortelijke opmerking geldt voor de geplande hervorming van de asielprocedure in haar geheel, met inbegrip van het gedeelte over de organisatie van de rechterlijke beroepen, dat onder meer het voorwerp uitmaakt van het voorontwerp van wet 39.717/AV.

Immers, de aandacht van de steller van het voorontwerp van wet wordt erop gevestigd dat de procedure voor toekenning van de status van vluchteling ¹⁴ ook het voorwerp uitmaakt van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende

⁽¹³⁾ Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 december 1980 (Gedr. St., Kamer, nr. 653 (1974-1975)/1, blz. 38) is wat dat betreft uitdrukkelijk gesteld dat de procedure van het verzoek tot herziening de omzetting in het interne recht was van de waarborgen vereist bij artikel 9 van de voornoemde richtlijn 64/221/EEG, en waarvan in de opheffing overigens is voorzien bij artikel 38, lid 2, van de voornoemde richtlijn 2004/38/EG.

⁽¹⁴⁾ Een status die, naast de status subsidiaire bescherming, georganiseerd door het voorliggende voorontwerp van wet, een van de facetten wordt van de asielprocedure in ruime zin, zoals ze ook herzien wordt, inzonderheid door het voorliggende voorontwerp van wet.

minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna te noemen "richtlijn 2005/85/EG") ¹⁵.

Ofschoon die richtlijn overeenkomstig artikel 43 ervan pas op 1 december 2007 hoeft te worden omgezet door de lidstaten, moet de steller van het voorontwerp van wet, zoals hiervoor is uiteengezet ¹⁶, zich desondanks nu reeds ervan vergewissen dat de goedkeuring van de thans onderzochte bepalingen niet tot gevolg zal hebben dat de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou komen. Dat onderzoek moet des te meer nauwkeuriger geschieden daar de voorgenomen hervorming van de asielprocedure zich niet aandient als zijnde van voorlopige aard of als een stapsgewijze tenuitvoerlegging van die richtlijn, in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ¹⁷. Het is in tegendeel de bedoeling dat die hervorming blijvend is en in ieder geval uitwerking zal hebben na 1 december 2007, de uiterste datum voor de omzetting van de richtlijn.

Wat dat betreft heeft de gemachtigde van de minister, op 2 februari 2006, een document bezorgd waarin richtlijn 2005/85/EG artikel per artikel is onderzocht of zowel de bepalingen van het thans voorliggende voorontwerp van wet, als die van voorontwerp van wet 39.717/AV, met die richtlijn overeenstemmen ¹⁸.

Indien het nodig blijkt op min of meer korte termijn een nieuw voorontwerp van wet uit te werken dat ertoe strekt richtlijn 2005/85/EG volledig om te zetten, rijst de vraag of eerder dan op korte termijn een zodanig ontwerp in te dienen bij de wetgevende kamers ¹⁹, het niet verkieslijk is zulke bepalingen rechtstreeks op te nemen in de thans onderzochte voorontwerpen van wet en erin te bepalen dat ze er eveneens toe strekken

(15) Publicatieblad, L 326, 13 december 2005.

(16) Zie opmerking 3.1.

(17) Zie inzonderheid het genoemde arrest van 18 december 1997 (meer bepaald de punten 47 en 49).

(18) Dat document dient in aangepaste vorm als bijlage te worden gevoegd bij de wetsontwerpen die zullen worden ingediend bij de wetgevende kamers.

(19) Een ontwerp waarin dus, met toepassing van artikel 43 van de richtlijn, bepaald wordt dat het de omzetting van die richtlijn in het interne recht beoogt.

richtlijn 2005/85/EG om te zetten in het interne recht ²⁰. Zulk een werkwijze zou ontegensprekelijk het voordeel bieden dat de wetgevende kamers beter worden ingelicht over de werkelijke draagwijdte van de hen voorgelegde ontwerpen en dat ze tijdens de besprekingen onmiddellijk rekening kunnen houden met de procedurele waarborgen die worden voorgeschreven bij richtlijn 2005/85/EG, zowel wat de administratieve fase van de procedure van erkenning van de status van vluchteling ²¹ betreft, als wat de jurisdictionele fase van die procedure ²² betreft.

De steller van het onderzochte voorontwerp van wet moet hoe dan ook :

- in de memorie van toelichting de precieze werkwijze uiteenzetten die hij voornemens is te volgen met het oog op het waarborgen, zo nodig, van de effectieve en volledige omzetting van richtlijn 2005/85/EG in het interne recht;
- eveneens in de memorie van toelichting uiteenzetten dat de aldus gekozen wijze van legifereren geen schending oplevert van de verplichtingen van België op het stuk van de omzetting van communautaire richtlijnen, met andere woorden dat die werkwijze de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet ernstig in gevaar zal brengen ²³.

3.3. Indien als gevolg van de voorafgaande opmerkingen wijzigingen moeten worden aangebracht in de thans aan de afdeling wetgeving van de Raad van State om advies voorgelegde bepalingen, zulks teneinde richtlijn 2004/38/EG of 2005/85/EG om te zetten, spreekt het vanzelf dat zulke wijzigingen eveneens om advies moeten worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving, daar ze niet zouden voortvloeien uit aanpassingen aangebracht als gevolg van opmerkingen die door de Raad van State zijn gemaakt in dit advies.

(20) Zie artikel 43 van de richtlijn.

(21) Zie inzonderheid de artikelen 6 tot 36 van de richtlijn, die de procedure in eerste instantie betreffen.

(22) Zie inzonderheid artikel 39 van de richtlijn, dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel betreft.

(23) In dat verband moet worden opgemerkt dat het overeenkomstig artikel 43 van de richtlijn aan de lidstaten toekomt om aan de Commissie de tekst mee te delen van de internrechtelijke bepalingen die ze aannemen met betrekking tot de materies die worden geregeld bij de richtlijn.

4. Voor zover sommige richtlijnen waarvan het voorontwerp van wet de omzetting beoogt, de lidstaten heel wat keuzes laten, en voor zover die staten over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken wat betreft de wijze waarop ze hiervan al dan niet gebruik willen maken, spreekt het vanzelf dat de steller van het voorontwerp van wet moet kunnen aantonen, zoals uitdrukkelijk zal worden gesteld in een of andere bijzondere opmerking, dat hij tevens de overige internationale verplichtingen die door België aangegaan zijn, in aanmerking heeft genomen, inzonderheid het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951, of het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ²⁴.

5. Teneinde de wetgevende kamers zo volledig mogelijk in te lichten, dient vanzelfsprekend een vergelijkende tabel te worden opgemaakt van de huidige versie van de wet van 15 december 1980 en van een gecoördineerde versie van die wet, zoals ze gewijzigd wordt door de bepalingen van het voorliggende voorontwerp van wet en door de bepalingen van het voorontwerp van wet 39.717/AV.

6. De Raad van State is er zich ten volle van bewust dat het uitwerken van een voorontwerp van wet, zoals datgene dat thans wordt onderzocht, een omvangrijke taak is. Hij acht het evenwel nodig de steller ervan erop te wijzen dat de voorgelegde teksten voor verbetering vatbaar zijn, inzonderheid wat betreft de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepalingen, de samenhang van sommige passages van de memorie van toelichting met de inhoud van de bepalingen waarop ze betrekking hebben, en de verwijzingen in sommige van de ontworpen bepalingen. Naast de bijzondere opmerkingen die worden gemaakt omtrent bepaalde artikelen van het voorontwerp van wet, haalt de Raad van State de volgende voorbeelden aan :

- in het ontworpen artikel 9^{ter}, § 2, tweede lid, in fine (artikel 5 van het voorontwerp van wet), is er in de Nederlandse tekst sprake van "de wijze van verloning" en "van de bovenvermelde personen". Men schrijve respectievelijk "de wijze van bezoldiging" en "van de in het eerste lid vermelde deskundigen". (Dezelfde opmerking geldt mutatis mutandis voor de Franse tekst);

⁽²⁴⁾ Vooral artikel 8, waarnaar overigens verwezen wordt in de aanhef van de voornoemde richtlijn 2003/86/EG.

- de Franse tekst van het ontworpen artikel 9^{ter}, § 3, in fine (artikel 5 van het voorontwerp van wet), is onverstaanbaar voor zover er sprake is van een vorige aanvraag tot het verkrijgen van een machtiging tot verblijf in het Rijk "sur la base ou de la présente disposition";
- de wijzigingen die door artikel 6 van het voorontwerp van wet worden aangebracht in artikel 10 van de wet van 15 december 1980, zijn dermate omvangrijk dat het eenvoudiger zou zijn dat artikel 10 te vervangen door een andere bepaling. Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 10^{bis} van de wet van 15 december 1980 (artikel 7 van het voorontwerp van wet). In de overige artikelen van de wet van 15 december 1980 moet daarenboven de huidige verwijzing naar het eerste lid van artikel 10 worden aangepast, dat krachtens artikel 6, 1°, van het voorontwerp van wet, paragraaf 1 wordt van dat artikel (zie bijvoorbeeld artikel 30^{bis}, § 2, 2°, van de wet van 15 december 1980);
- artikel 10^{bis} van de wet van 15 december 1980 zou uitdrukkelijk vervangen moeten worden door een volledig nieuw artikel 10^{bis}, aangezien artikel 7 van het voorontwerp van wet achtereenvolgens de beide paragrafen van dat artikel vervangt;
- in artikel 27 van het voorontwerp van wet behoort in de Franse tekst van het ontworpen artikel 49/2, § 5, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 één van beide wendingen "à compter" of "à partir" te worden geschrapt;
- in de Franse tekst van artikel 37, 1°, c), van het voorontwerp van wet schrijve men overeenkomstig de gewijzigde tekst, "le Ministre ou son délégué" en "le Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides";
- de Franse tekst van artikel 61/3, § 1, eerste lid (artikel 59 van het voorontwerp van wet), moet in overeenstemming worden gebracht met de ontworpen Nederlandse tekst.

De steller van het voorontwerp van wet wordt bijgevolg verzocht de tekst ervan aandachtig te herlezen voordat het bij de wetgevende kamers wordt ingediend.

III. Bijzondere opmerkingen

Artikelen 3 tot 5, 11 en 24 van het voorontwerp van wet
(artikelen 9, 9bis, nieuw, 9ter, nieuw, 12bis en 48/4, nieuw, van de wet van
15 december 1980)

1.1. Bij de artikelen 3 tot 5 van het voorontwerp van wet wordt artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 opgeheven en worden in dezelfde wet een artikel 9bis en een artikel 9ter ingevoegd. Ter verantwoording van die opheffing wordt in de memorie van toelichting verwezen naar "de omkadering van de artikelen 9bis en 9ter (nieuw)".

1.2. In zijn huidige versie luidt artikel 9 van de wet van 15 december 1980 als volgt :

"Om langer dan de in artikel 6 bepaalde termijn in het Rijk te mogen verblijven, moet de vreemdeling die zich niet in een der in artikel 10 voorziene gevallen bevindt, daartoe gemachtigd worden door de Minister of zijn gemachtigde.

Behoudens de in een internationaal verdrag, in een wet of in een koninklijk besluit bepaalde afwijkingen, moet deze machtiging door de vreemdeling aangevraagd worden bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn verblijfplaats of zijn plaats van oponthoud in het buitenland.

In buitengewone omstandigheden kan die machtiging door de vreemdeling worden aangevraagd bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft; deze zendt ze over aan de Minister of aan diens gemachtigde. In dat geval zal ze in België worden afgegeven."

Het derde lid wordt opgeheven bij artikel 3 van het voorontwerp van wet.

1.3. Krachtens het ontworpen artikel 9ter (artikel 5 van het voorontwerp van wet) kan de in België verblijvende vreemdeling die

"op zodanige wijze lijdt aan een ziekte dat deze ziekte een reëel risico inhoudt voor zijn leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling in zijn land van herkomst wanneer er geen adequate behandeling is in zijn land van herkomst of het land waar hij verblijft"

een machtiging tot verblijf in België aanvragen en dus een vorm van subsidiaire bescherming genieten in de zin van richtlijn 2004/83/EG ²⁵.

De memorie van toelichting bepaalt dienaangaande :

"Vreemdelingen die op zodanige wijze lijden aan een ziekte dat deze ziekte een reëel risico inhoudt voor hun leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling in hun land van herkomst wanneer er geen adequate behandeling is in hun land van herkomst of het land waar zij verblijven kunnen, ten gevolge van de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vallen onder artikel 15 b) van de richtlijn 2004/83/EG (onmenselijke of vernederende behandeling). Niettemin is het niet opportuun aanvragen van vreemdelingen die beweren ernstig ziek te zijn, via de asielprocedure te behandelen :

(...)

Er wordt dan ook een specifieke wettelijke procedure met duidelijk gestelde voorwaarden voor deze vreemdelingen uitgewerkt in artikel 9ter die gebaseerd is op de huidige praktijk.

Meer bepaald kunnen deze vreemdelingen een verblijfsaanvraag indienen bij de Minister of zijn gemachtigde. Zij dienen dan wel duidelijk hun identiteit aan te tonen. De appreciatie van de medische toestand en de medische omkadering in het land van oorsprong gebeurt door een ambtenaar-geneesheer die daaromtrent een advies verschaft. Hij kan zonodig de vreemdeling onderzoeken en een bijkomend advies inwinnen van deskundigen.

Uiteindelijk dient deze procedure ook gezien te worden als een betere omkadering van het beruchte artikel 9, derde lid, van de vreemdelingenwet, dat de facto verworpen is tot een grond voor een regularisatieaanvraag. Dit artikel wordt afgeschaft en wordt opgevangen via de invoeging van de artikelen 9bis en 9ter.

Artikel 9bis regelt de modaliteiten voor de andere verblijfsaanvragen die in het Rijk worden ingediend, waarbij ook de duidelijke voorwaarde gesteld wordt om de identiteit aan te tonen.

Ten slotte wordt in dit voorontwerp ook duidelijk het uitputten van diverse procedures of het indienen van opeenvolgende regularisatieaanvragen, waarbij telkens dezelfde elementen worden ingeroepen, ontmoedigd."

(25) Artikel 15, b, (vervat in hoofdstuk V - Voorwaarden om in aanmerking te komen voor subsidiaire bescherming) van richtlijn 2004/83/EG luidt als volgt :
"Ernstige schade bestaat uit :
a) (...).
b) foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van een verzoeker in zijn land van herkomst; of :
c) (...)"

Bij artikel 9^{ter} (nieuw) worden dus tegelijk een vormelijke en een inhoudelijke kwestie geregeld, aangezien daarbij wordt bepaald op welke voorwaarden de vreemdeling zijn aanvraag van op het Belgisch grondgebied mag indienen en tegelijk de discretionaire bevoegdheid wordt omschreven die met toepassing van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 aan de Minister of zijn gemachtigde wordt toegekend.

1.4. Daarentegen wordt in het ontworpen artikel 9^{bis}, van de wet van 15 december 1980 (artikel 4 van het voorontwerp van wet) de discretionaire bevoegdheid van de Minister of van zijn gemachtigde behouden.

Deze bepaling geeft in de eerste plaats aanleiding tot een interpretatieprobleem wat paragraaf 1 ervan betreft.

Zoals deze bepaling is gesteld, kan ze op twee manieren worden geïnterpreteerd :

- volgens een eerste interpretatie bestaat de mogelijkheid om de machtiging tot verblijf aan te vragen bij de burgemeester van de plaats waar de aanvrager verblijft, enerzijds, krachtens het eerste lid, in geval van "buitengewone omstandigheden en op voorwaarde dat de vreemdeling over een identiteitsdocument beschikt" en, anderzijds, in de beide gevallen bedoeld in het tweede lid, waarbij er geen "buitengewone omstandigheden" hoeven te worden aangevoerd, aangezien dat begrip daarin niet wordt vermeld;
- volgens een tweede interpretatie zijn zowel krachtens het eerste lid als krachtens het tweede lid van deze bepaling "buitengewone omstandigheden" vereist. In het tweede lid worden alleen drie omstandigheden bepaald waarin de vreemdeling niet over een identiteitsdocument dient te beschikken.

Volgens de algemene opzet van de tekst en volgens de memorie van toelichting is het die laatste interpretatie die de bedoeling van de steller van het voorontwerp van wet weergeeft.

Die bepaling wordt hierna onderzocht volgens de tweede interpretatie, naar luid waarvan in paragraaf 1, tweede lid, ervan, alleen drie gevallen worden vermeld ²⁶ waarin de vreemdeling, in tegenstelling tot hetgeen in artikel 9, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 wordt bepaald, een aanvraag om een machtiging tot verblijf kan indienen bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft, die deze aanvraag verzendt aan de Minister of zijn gemachtigde, indien de vreemdeling "buitengewone omstandigheden" kan aanvoeren. In die drie gevallen moet de machtiging tot verblijf dus niet "door de vreemdeling aangevraagd worden bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn verblijfplaats of zijn plaats van oponthoud in het buitenland", zoals bepaald wordt in artikel 9, tweede lid, van de voormelde wet van 15 december 1980, maar zulks neemt niet weg dat die vreemdeling "buitengewone omstandigheden" moet kunnen aanvoeren op grond waarvan hij uit formeel oogpunt zijn aanvraag vanaf het Belgische grondgebied kan indienen en dat de minister terzake, wat het inhoudelijk onderzoek van de aanvraag betreft, zijn discretionaire bevoegdheid behoudt met toepassing van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980. In feite ligt het verschil tussen de drie gevallen waarvan sprake is in het ontworpen artikel 9bis, § 1, tweede lid, enerzijds, en het ontworpen artikel 9bis, § 1, eerste lid, anderzijds, in het feit dat in de drie gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 9bis, § 1, tweede lid, het niet nodig is een identiteitsbewijs over te leggen.

In paragraaf 2 van diezelfde bepaling wordt overigens gesteld in welke vier gevallen de vreemdeling niet kan steunen op "buitengewone omstandigheden" om zijn aanvraag om een machtiging tot verblijf vanaf het Belgische grondgebied in te dienen, met als gevolg dat de machtigingsaanvraag in elk van die gevallen niet-ontvankelijk zal worden verklaard ²⁷.

(26) Namelijk :

- over een identiteitsdocument beschikken;
- een asielzoeker zijn wiens asielaanvraag niet definitief is afgewezen of die tegen deze beslissing een cassatieberoep heeft ingediend dat door de Raad van State "toelaatbaar" is verklaard;
- of op geldige wijze zijn onmogelijkheid aantonen om het vereiste identiteitsdocument te verwerven in België.

(27) Volgens de artikelsgewijze commentaar bij artikel 4 "... spreekt het (uiteraard) voor zich dat elementen die aangehaald werden in het kader van een asielaanvraag, maar wijzen op een zekere band met België of die niet weerhouden werden omdat ze vreemd zijn aan de criteria van de Conventie van Genève, eventueel wel weerhouden kunnen worden in het kader van een behandeling van een aanvraag die ingediend wordt op grond van artikel 9 bis, nieuw van de wet". Het valt evenwel te betwijfelen of artikel 9bis, § 2, 1°, nieuw, van de wet, zoals die bepaling thans gesteld is, zulk een interpretatie mogelijk maakt.

Per slot van rekening strekt artikel 9*bis*, nieuw, dus alleen tot het beperken van de omstandigheden waarin een aanvraag om een machtiging tot verblijf vanuit België mag worden ingediend. Voor het overige wordt daarbij de discretionaire bevoegdheid behouden die de Minister of zijn gemachtigde met toepassing van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 bezit op het stuk van de toekenning of weigering van de machtiging tot verblijf.

Paragraaf 1 behoort dus enigszins anders te worden geformuleerd om de hiervoor onder de aandacht gebrachte interpretatiemoeilijkheid te verhelpen en de bedoeling van de steller van het voorontwerp van wet beter te vertolken.

1.5.1. Met als enige uitzondering het geval dat uitdrukkelijk geregeld wordt bij artikel 9*ter*, nieuw, van de wet van 15 december 1980, en onder voorbehoud van de omstandigheden die uitdrukkelijk uitgesloten worden in artikel 9*bis*, § 2, nieuw, van de wet, wordt het begrip "buitengewone omstandigheden", dat overgenomen wordt uit het huidige artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980, nog steeds niet op een positieve wijze gedefinieerd in de ontworpen tekst en kan het dus betrekking hebben op een onbepaald aantal gevallen, zoals thans het geval is met toepassing van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980.

Hoewel er dan ook van uit kan worden gegaan dat artikel 9*bis*, nieuw, van de wet van 15 december 1980, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, het in een aantal gevallen (die worden opgesomd in paragraaf 2) mogelijk zal maken om een rem te zetten op "(de) opeenvolgende procedures die door vreemdelingen op verschillende rechtsgronden worden opgestart, om toch maar een verblijfsvergunning te bekommen", neemt zulks niet weg dat rechtsonzekerheid zal blijven heersen ten gevolge van het uitvaardigen van, soms niet bekendgemaakte omzendbrieven, die ertoe strekken de beoordelingsbevoegdheid van de minister of van zijn gemachtigde beter te omschrijven wat betreft de beoordeling van de "buitengewone omstandigheden" op grond waarvan een aanvraag om machtiging tot verblijf al dan niet vanaf het Belgische grondgebied mag worden ingediend.

1.5.2. Hoewel het waar is dat die bevoegdheid beter omschreven zal zijn in het kader van een aantal situaties die in andere ontworpen bepalingen uitdrukkelijk worden geregeld²⁸, neemt zulks niet weg dat de Minister of zijn gemachtigde blijft beschikken over een volledige discretionaire beoordelingsbevoegdheid inzake het inhoudelijke onderzoek van een zeer groot aantal aanvragen om machtigingen tot verblijf, ingediend door vreemdelingen vanaf Belgisch grondgebied²⁹. De ontworpen bepalingen zullen er bijgevolg niet toe leiden dat er een einde komt aan de rechtsonzekerheid die terzake heerst, inzonderheid wat betreft de juridische waarde die moet worden gehecht aan de

(28) Zoals, bijvoorbeeld, de machtiging tot voorlopig verblijf in geval van "ernstige ziekte" in de zin van artikel 9^{ter}, nieuw, van de wet van 15 december 1980.

(29) Er behoort inzonderheid acht te worden geslagen op, enerzijds, het feit dat de aanvragen van categorieën vreemdelingen die thans een recht van verblijf kunnen aanvoeren met toepassing van artikel 10 van de wet van 15 december 1980, voortaan zullen worden onderzocht op basis van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 (zie inzonderheid de situatie van een buitenlandse echtgenoot van minder dan eenentwintig jaar, wanneer de echtelijke band dateert van na de aankomst in het Koninkrijk van de vreemdeling bij wie die zich heeft vervoegd) en, anderzijds, de omstandigheid dat in de memorie van toelichting, voor het regelen van de verblijfssituatie van bepaalde categorieën vreemdelingen, herhaaldelijk wordt verwezen naar de discretionaire beoordelingsbevoegdheid die aan de Minister of zijn gemachtigde is toegekend krachtens artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 (zie, inzonderheid, de situatie van bepaalde polygame echtgenoten of van bepaalde kinderen van polygame echtgenoten).

onderscheiden omzendbrieven³⁰ die uitgevaardigd worden om de bevoegdheden van de Minister of van zijn gemachtigde beter te omschrijven³¹.

(30) Zie, inzonderheid, de omzendbrief van 19 februari 2003 over de toepassing van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, waarin verscheidene "buitengewone omstandigheden" worden opgesomd waarvan aangenomen wordt dat ze zich kunnen voordoen.

(31) Terwijl in het ontworpen artikel 9ter van de wet van 15 december 1980, dus in het kader van artikel 9, eerste lid, van dezelfde wet, precieze criteria worden bepaald voor een categorie vreemdelingen, laat de steller van het voorontwerp van wet de discretionaire beoordelingsbevoegdheid die aan de Minister of zijn gemachtigde wordt toegekend onverkort, wat betreft de overige categorieën vreemdelingen die op basis van de wet van 15 december 1980 eveneens een machtiging tot verblijf kunnen aanvragen.

In dit verband behoort erop te worden gewezen dat ook het College van de federale ombudsmannen krachtens artikel 15, eerste lid, van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen in zijn jaarverslag 2001 de volgende aanbeveling heeft gedaan (blz. 175 en 176) en die systematisch heeft herhaald in de opeenvolgende jaarverslagen (jaarverslag 2002, blz. 68 en 122; jaarverslag 2003, blz. 153 en 154 en jaarverslag 2004, blz. 119) :

"De toepassing die de dienst Vreemdelingenzaken maakt van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980 en van het Vreemdelingenbesluit moet rechtstreeks voortvloeien uit de bepalingen van die wet en van dat besluit. Deze toepassing kan voor zo er nodig worden verduidelijkt in omzendbrieven. Ter bevordering van het beginsel van de administratieve transparantie en ter bevordering van de rechtszekerheid beveelt het College aan dat de omzendbrieven met een algemene draagwijdte in elk geval worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

De omzendbrieven moeten de uitvoeringsmodaliteiten van de betrokken bepalingen beschrijven en mogen omwille van het beginsel van de scheiding van de machten in geen geval nieuwe voorwaarden toevoegen aan wet of besluit. Ten slotte vergen de beginselen van de administratieve transparantie en van de rechtszekerheid dat deze omzendbrieven worden bijgewerkt telkens nieuwe toepassingsmodaliteiten zouden worden op punt gesteld of de gangbare administratieve praktijk zou worden gewijzigd.

Het College beveelt ook de inlassing aan in de tekst van de wet of het besluit van alle criteria die op algemene wijze worden toegepast maar niet uitdrukkelijk zouden zijn vermeld in de voornoemde teksten."

In zijn arrest nr. 82.791 van 8 oktober 1999 heeft de Raad van State eveneens onderstreept dat de artikelen 105 en 108 van de Grondwet niet aan de Koning - en a fortiori niet aan de Minister - de bevoegdheid opgedragen om wijzigingen of preciseringen aan te brengen in artikel 9 van de wet van 15 december 1980 en dat het aan de wetgever staat om zulks te doen. Het is net dat wat de wetgever heeft gedaan door het aannemen van de wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk.

In dit opzicht valt op te merken dat als de wetgever een hele reeks objectieve maatstaven bepaalt die in bepaalde situaties toepasselijk zijn, zulks trouwens niets afdoet aan de discretionaire bevoegdheid van de Minister of zijn gemachtigde in andere omstandigheden.

2. Artikel 24 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980) luidt als volgt :

"De subsidiaire beschermingsstatus wordt toegekend aan de vreemdeling, die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt en die geen beroep kan doen op artikel 9ter ...".

In de algemene toelichting die in de memorie van toelichting over de subsidiaire bescherming wordt gegeven, wordt in de eerste plaats gepreciseerd dat :

"(...) moet worden opgemerkt dat de Belgische verblijfs- en asielprocedure momenteel al een aantal indirecte mogelijkheden biedt betreffende het concept subsidiaire bescherming. De omzetting van de richtlijn ³² noopt echter tot de invoering van een formele procedure voor subsidiaire bescherming in het Belgische rechtssysteem.

De Belgische verblijfs- en asielprocedure die heden voor een groot deel op een indirecte wijze de situaties voor subsidiaire bescherming uit de richtlijn dekken, zijn :

- a. de ruime interpretatie van de Conventie van Genève.
- b. het advies over de terugleiding gegeven door het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen
- (...)
- c. de machtiging tot verblijf van langer dan drie maand op grond van artikel 9,3^{de} lid van de wet van 15 december 1980, die openstaat voor elke vreemdeling."

In het kader van de omzetting van richtlijn 2004/83/EG voert de steller van het voorontwerp van wet in feite twee totaal verschillende regelingen in om de "subsidiaire beschermingsstatus" toe te kennen waarin de voornoemde richtlijn voorziet : enerzijds de subsidiaire-beschermingsstatus in de zin van artikel 48/4, nieuw, van de wet

⁽³²⁾ Namelijk richtlijn 2004/83/EG.

van 15 december 1980, die dus betrekking heeft op alle gevallen van subsidiaire bescherming met uitzondering van "ernstig zieke vreemdelingen" en, anderzijds, artikel 9^{ter}, nieuw, van de wet, dat betrekking heeft op de laatstgenoemde categorie vreemdelingen.

Zulks heeft onder meer tot gevolg dat de overheid die deze status toekent, alsook de voorwaarden voor de toekenning en de intrekking van die status niet dezelfde zijn.

Krachtens artikel 5 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 9^{ter} van de wet van 15 december 1980, dat een impliciete afwijking inhoudt van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980) is het immers de Minister of zijn gemachtigde die de "ernstig zieke" vreemdeling een machtiging tot verblijf in het Rijk verleent, terwijl in artikel 27 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 49/2, van de wet van 15 december 1980) wordt bepaald dat de subsidiaire-beschermingsstatus wordt toegekend door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen of, in geval van beroep, door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (welke Raad terzake een bevoegdheid met volle rechtsmacht uitoefent krachtens artikel 70 van het voorontwerp van wet 39.717/AV).

Overigens luidt artikel 53 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 55/5 van de wet van 15 december 1980) als volgt :

"De subsidiaire beschermingsstatus die werd toegekend aan een vreemdeling wordt opgeheven wanneer de omstandigheden op grond waarvan de subsidiaire beschermingsstatus werd verleend, niet langer bestaan, of zodanig zijn gewijzigd dat deze bescherming niet langer nodig is."

In artikel 55 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 4°, van de wet van 15 december 1980) wordt bijgevolg bepaald dat de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen de subsidiaire-beschermingsstatus kan opheffen.

Voor vreemdelingen die de aanvraag tot verblijf indienen op basis van het ontworpen artikel 9^{ter} is in geen enkele analoge regel voorzien.

.../...

Hetzelfde geldt wat betreft de intrekking van de machtiging tot verblijf. Volgens artikel 55 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 6° en 7°, van de wet van 15 december 1980) kan de subsidiaire beschermingsstatus inzonderheid worden ingetrokken door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen "ten aanzien van de vreemdeling die (...) uitgesloten had moeten zijn" of ten aanzien van de vreemdeling "die als vluchteling of als persoon die in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming is erkend op grond van feiten die hij verkeerd heeft weergegeven of achtergehouden, of van valse verklaringen, of van valse of vervalste documenten, die doorslaggevend zijn geweest voor de erkenning van (die status)".

Ter rechtvaardiging van dit verschil qua regeling wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt :

"(...) is het niet opportuun aanvragen van vreemdelingen die beweren ernstig ziek te zijn, via de asielprocedure te behandelen :

- De asielinstanties beschikken niet over de vereiste competenties om de medische situatie van een vreemdeling of de medische omkadering in het land van oorsprong in te schatten;
- De procedure bij de asielinstanties is niet geschikt om in dringende medische gevallen toegepast te worden. De tussenkomst van minstens twee instanties (CGVS-RVV) is strijdig met de nood om dadelijk een standpunt in te nemen;
- Budgettaire : worden de asielinstanties ook voor deze problematiek bevoegd, dan zijn tal van bijkomende investeringen noodzakelijk (medische experts, uitbreiding opzoekingswerk naar situaties in het land van herkomst, bijkomend werk in beoordeling van de dossiers)".

De aldus naar voren gebrachte verantwoordingen geven aanleiding tot de volgende opmerkingen :

- de bewering dat de asielinstanties terzake niet over de vereiste competenties beschikken, wordt ten dele ontkracht door de stelling dat de situatie van ernstig zieke vreemdelingen thans reeds voor een deel in aanmerking wordt genomen door het advies dat de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen geeft in het kader van een dringend beroep;

.../...

- de budgettaire kosten die inzonderheid verbonden zijn aan de medische experts moeten eveneens gedekt worden in het kader van de procedure waarin artikel 9ter, nieuw, van de wet van 15 december 1980 voorziet;
- de bewering dat de betrokkenheid van twee instanties (CGVS-RVV) in tegenspraak zou zijn met de noodzaak om ogenblikkelijk een standpunt te moeten innemen in dit soort situaties wordt eveneens tegengesproken door de omstandigheid dat tegen de beslissing die door de Minister of zijn gemachtigde wordt genomen een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing kunnen worden ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ³³.

Als de steller van het voorontwerp van wet niettemin van oordeel is dat hij dit verschil in behandeling moet behouden tussen twee categorieën vreemdelingen, die evenwel beide aanspraak kunnen maken op de subsidiaire bescherming waarin dezelfde richtlijn voorziet, dient in de memorie van toelichting beter te worden aangegeven welke redenen die verschillende behandeling kunnen rechtvaardigen, zowel ten aanzien van de voormelde richtlijn, als krachtens de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

3. In zijn arrest nr. 133/2005 van 19 juli 2005 heeft het Arbitragehof voor recht gezegd ³⁴ :

"De wetgever heeft aan de vreemdeling die zich bevindt in een der gevallen bepaald in het voormelde artikel 10 ³⁵, het voordeel verleend van rechtswege tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk te worden toegelaten zonder hem evenwel vrij te stellen van de verplichting de bepalingen betreffende de regelmatige toegang tot het grondgebied in acht te nemen. Teneinde het oneigenlijk gebruik van de toepasselijke regelgeving door vreemdelingen die zich zonder de vereiste toelating toegang tot het grondgebied hebben verschaft, te ontmoedigen, heeft de wetgever voor de categorie van vreemdelingen die zich bevinden in de gevallen bepaald in het voormelde artikel 10, niet voorzien in de mogelijkheid om een beroep te doen op "buitengewone omstandigheden" om de vereiste machtiging aan te vragen bij de burgemeester van de plaats waar zij verblijven.

(33) Zie het ontworpen artikel 39/2, § 2, van de wet van 15 december 1980 (artikel 70 van het voorontwerp van wet 39.717/AV).

(34) Overwegingen B.5.4. en B.5.5.

(35) Namelijk van de wet van 15 december 1980.

Aangezien vreemdelingen die niet van rechtswege tot een verblijf van meer dan drie maanden worden toegelaten, in buitengewone omstandigheden de machtiging om langer dan de in artikel 6 bepaalde termijn in het Rijk te mogen verblijven, kunnen aanvragen bij de burgemeester van de plaats waar zij verblijven, is het niet redelijk verantwoord dat de wetgever niet in diezelfde mogelijkheid heeft voorzien voor de vreemdeling die zich bevindt in buitengewone omstandigheden van medische aard die hem verhinderen naar zijn land terug te keren om de documenten die vereist zijn voor zijn binnenkomst aan te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire post."

Artikel 11 van het voorontwerp van wet (het ontworpen artikel 12*bis*, §§ 1 en 4, van de wet van 15 december 1980) lijkt rekening te houden met die rechtspraak van het Arbitragehof, daar het, door zich hierop in belangrijke mate te inspireren bij de redactie van het nieuwe ontworpen artikel 9*ter* van de wet van 15 december 1980, bepaalt dat de vreemdeling die verklaart dat hij zich bevindt in een van de gevallen bepaald in artikel 10 (van de wet van 15 december 1980) ³⁶ zijn aanvraag kan indienen bij het gemeentebestuur van de plaats waar hij verblijft "(...) indien hij zich bevindt in een medische situatie die hem verhindert terug te keren naar zijn land om de vereiste binnenkomstdocumenten te vragen op grond van artikel 2 bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger (...)".

De steller van het voorontwerp van wet handhaaft evenwel een verschil in behandeling tussen vreemdelingen die zich bevinden in het geval bepaald bij het ontworpen artikel 9*bis*, eerste lid, en diegenen die, behoudens het geval van een medische situatie, zich bevinden in een van de gevallen opgesomd in artikel 10 van de wet van 15 december 1980, namelijk dat laatstgenoemden zich niet vermogen te beroepen op buitengewone omstandigheden om hun aanvraag tot verblijf in te dienen bij het gemeentebestuur. Derhalve dient in het ontworpen artikel 12*bis* ofwel te worden voorzien in een soortgelijke regeling voor deze laatste categorie van vreemdelingen, waarbij men zich laat leiden door

⁽³⁶⁾ Artikel 10, tot wijziging waarvan artikel 6 van het voorontwerp van wet dient.

het ontworpen artikel *9bis*, eerste lid (en niet door het ontworpen artikel *9ter*), ofwel dient dit verschil in behandeling te worden verantwoord ³⁷.

Bovendien zou, gelet op het feit dat zowel het ontworpen artikel *12bis* als artikel 41, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 de ontvankelijkheid regelen van de toelating tot verblijf of tot vestiging op Belgisch grondgebied van bepaalde houders van rechten, inzonderheid van de echtgenoten van personen die een machtiging of een toelating tot verblijf hebben gekregen of die in België gevestigd zijn, het laatstgenoemde artikel eveneens in dezelfde zin moeten worden aangepast ³⁸.

4. In verband met het ontworpen artikel *9ter*, § 1, derde lid (artikel 5 van het voorontwerp van wet), vraagt de Raad van State zich af om welke reden in deze bepaling ook geen sprake is, zoals in het ontworpen artikel *9bis*, § 1, tweede lid (artikel 4 van het voorontwerp van wet), van het geval van de asielzoeker, die ernstig ziek is en over wiens asielaanvraag nog geen definitieve beslissing is genomen of die een door de Raad van State toelaatbaar verklaard beroep tot cassatie heeft ingediend.

⁽³⁷⁾ Het voormelde arrest van het Arbitragehof is weliswaar beperkt tot buitengewone omstandigheden van medische aard, waarop dus wordt ingegaan in het ontworpen artikel *12bis*, § 1, tweede lid, 3^o), van de wet van 15 december 1980, maar, in tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting lijkt te worden gesteld, wijst niets erop dat de regeling die door het Arbitragehof in aanmerking wordt genomen verschillend zou zijn in geval van buitengewone omstandigheden van niet-medische aard. Buitengewone omstandigheden zijn niet uitzonderlijker dan andere omdat ze van medische aard zijn. De vreemdeling die een recht op verblijf geniet, zou bijgevolg dezelfde buitengewone omstandigheden moeten kunnen aanvoeren als de vreemdeling die een machtiging tot verblijf aanvraagt op basis van het ontworpen artikel *9bis* van de wet van 15 december 1980.

⁽³⁸⁾ Zie in dezelfde zin advies 31.171-31.172/4, gegeven op 16 maart 2001, over een voorontwerp van wet "tot hervorming van de asielprocedure" en over een voorontwerp van wet "ter aanvulling van de hervorming van de asielprocedure en tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State".

5. Het ontworpen artikel *9bis*, § 2, 1°, schrijft voor :

"Onverminderd andere elementen van de aanvraag, kunnen niet weerhouden worden als buitengewone omstandigheden :

1° elementen die reeds aangehaald werden ter ondersteuning van een asielaanvraag in de zin van de artikelen 50, *50bis*, *50ter* en 51 en die verworpen werden door de asieldiensten".

Die tekst kan tot gevolg hebben dat, als elementen zijn aangevoerd bij de autoriteiten die de asielaanvraag moeten onderzoeken, ze later niet meer kunnen worden aangemerkt als buitengewone omstandigheden, ook al staan die elementen volstrekt buiten verband tot de motieven die grond kunnen opleveren voor zulk een aanvraag in de zin van de artikelen 50, *50bis*, *50ter* en 51, van de wet.

Dat zou niet de bedoeling kunnen zijn van de steller van het voorontwerp van wet, want in de commentaar op de bepaling staat :

"Uiteraard spreekt het voor zich dat elementen die aangehaald werden in het kader van een asielaanvraag, maar wijzen op een zekere band met België of die niet weerhouden werden omdat ze vreemd zijn aan de criteria van de Conventie van Genève, eventueel wel weerhouden kunnen worden in het kader van een behandeling van een aanvraag die ingediend wordt op grond van artikel *9bis*, nieuw van de wet."

Die bedoeling moet beter tot uiting worden gebracht in de onderzochte bepaling, door zich niet te beperken tot "de criteria van de Conventie van Genève", in acht genomen het onderwerp van de voornoemde artikelen 50, *50bis*, *50ter* en 51, van de wet en de statussen waarnaar ze verwijzen.

Artikel 6 van het voorontwerp van wet
(artikel 10 van de wet van 15 december 1980)

1. Artikel 6, 2°, van het voorontwerp van wet heft artikel 10, eerste lid, (dat paragraaf 1, eerste lid wordt), 3°, van de wet van 15 december 1980 op, dat het volgende bepaalt :

"Onder voorbehoud van de bepalingen van de artikelen 9 en 12, zijn van rechtswege tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk toegelaten :

- 1° (...);
- 2° (...);
- 3° de vrouw, die de Belgische nationaliteit verloren heeft door haar huwelijk of ingevolge het verwerven van een vreemde nationaliteit door haar echtgenoot;
- 4° (...)."

In de memorie van toelichting staat hierover het volgende :

"Punt 3 van het huidige artikel 10 is afgeschaft. Het was gebaseerd op de oude wetten betreffende de nationaliteit (gecoördineerd door het koninklijk besluit van 1932) die met name de gevallen voorzagen waarin de nationaliteit van de vrouw automatisch werd aangepast. Zoals reeds werd aangeduid in de memorie van toelichtingen van de wet van 15 juli 1996 (...) werden deze bepalingen opgeheven door de wet van 28 juni 1984, met name in uitvoering van het Verdrag van de Verenigde Naties betreffende de nationaliteit van de gehuwde vrouw van 29 januari 1957. De bepaling van punt 3 werd echter behouden om een recht op verblijf te garanderen aan de vrouwen die, vóór de inwerkingtreding van de wet van 28 juni 1984, de Belgische nationaliteit hebben verloren als gevolg van hun huwelijk met een vreemdeling of als gevolg van de verandering van de nationaliteit van hun Belgische man.

Aangezien deze bepaling momenteel niet veel nut heeft, wordt ze door dit ontwerp opgeheven. Indien een dergelijk geval zich nog voordoet in de toekomst zal het op basis van artikel 9 van de wet moeten worden geregeld door de Minister of diens gemachtigde."

Zoals gesteld in opmerking 1.4 onder de artikelen 3 tot 5, 11 en 24 van het voorontwerp van wet, laat artikel 9 van de wet van 15 december 1980 een discretionaire beoordelingsbevoegdheid aan de minister of zijn gemachtigde om de machtiging tot verblijf toe te kennen, terwijl vreemdelingen die zich bevinden in een van de gevallen opgesomd in artikel 10 van dezelfde wet, van rechtswege toegelaten zijn tot een verblijf in het Rijk.

.../...

De aldus beoogde wijziging is dus niet zonder juridische gevolgen. De memorie van toelichting is bovendien tegenstrijdig, daar erin vastgesteld wordt dat de opheffen bepaling achterhaald is, terwijl er tegelijkertijd niet in uitgesloten wordt dat vreemdelingen zich nog kunnen bevinden in het geval dat in deze bepaling omschreven wordt.

Er is derhalve geen reden om nu reeds artikel 10, eerste lid (dat paragraaf 1, eerste lid, wordt), 3°, van de wet van 15 december 1980 op te heffen.

2.1. Artikel 6, 3°, van het voorontwerp van wet wijzigt het 4° van artikel 10, eerste lid (dat paragraaf 1, eerste lid, wordt), van de wet van 15 december 1980. De tweede zin van het eerste streepje en het derde streepje moeten worden gewijzigd, opdat buiten de begrippen "echtelijke band" en "echtgeno(o)t(e)", ook sprake is van de begrippen "partnerschap" en "geregistreerde partner".

2.2. Gelet op de wijzigingen die in artikel 10*bis* van de wet van 15 december 1980 worden aangebracht door artikel 7 van het voorontwerp van wet, rijst de vraag of in de inleidende zin van de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, 4°, niet hoeft te worden gepreciseerd dat deze bepaling betrekking heeft op de gezinsleden van een vreemdeling die "voor een onbeperkte duur" toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk.

Dezelfde opmerking geldt voor de overige bepalingen van artikel 10 van de wet van 15 december 1980.

3.1. Artikel 6, 4°, van het voorontwerp van wet voegt een 5° in artikel 10, eerste lid (dat paragraaf 1, eerste lid, wordt), van de wet van 15 december 1980; daaruit volgt dat "de vreemdeling die door middel van een wettelijk geregistreerd partnerschap, verbonden is met een vreemdeling die toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk of gemachtigd is om er zich te vestigen, en die met die vreemdeling een naar behoren geattesteerde duurzame en stabiele relatie onderhoudt van minstens een jaar (...)", van rechtswege gemachtigd is om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven.

Deze bepaling voert derhalve, voor de vreemdeling die door middel van een geregistreerd partnerschap verbonden is en zijn kinderen, soortgelijke regels in als die welke zijn bepaald voor de vreemde echtgenoot (echtgenote) en zijn (haar) kinderen in artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, van de wet van 15 december 1980 (zoals gewijzigd bij artikel 6, 3°, van het voorontwerp van wet). Het ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, breidt echter eveneens de bepalingen die van toepassing zijn op de vreemde echtgenoot (echtgenote) en zijn (haar) kinderen uit tot de vreemdeling "waarmee een geregistreerd partnerschap gesloten werd dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België" en zijn kinderen.

In de memorie van toelichting wordt hieromtrent vermeld :

"(...) Ten slotte laat deze bepaling (artikel 6, 4°, van het voorontwerp) een opening voor een toekomstige ontwikkeling in het privaatrecht, door de gelijkstelling voor te schrijven met de echtgenoot van de buitenlandse partner die met de vreemdeling met wie hij zich verenigt verbonden is door een geregistreerd partnerschap dat in België als gelijkwaardig aan het huwelijk wordt beschouwd. De situatie die wordt bedoeld is die van de Scandinavische partnerschappen, waarvan de gelijkstelling momenteel wordt bestudeerd door de FOD Justitie.

Deze gelijkstelling kan echter pas uitwerking hebben in het vreemdelingenrecht op de datum vastgesteld bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit tot vaststelling van de gevallen waarin een geregistreerd partnerschap als gelijkwaardig aan het huwelijk in België moet worden beschouwd."

Het voorontwerp van wet maakt dus een onderscheid tussen het "geregistreerd partnerschap dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België" (ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 4°) en het "wettelijk geregistreerd partnerschap" (ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 5°) zonder daarom dit verschil in behandeling te wettigen.

3.2. Daarenboven staat in de algemene toelichting van de memorie van toelichting dat de omzetting van richtlijn 2003/86/EG

"de mogelijkheid (biedt) om een wettelijke basis te geven aan de procedure voor de "gezinshereniging" (in de brede zin van het woord), die momenteel door middel van een omzendbrief aan deze personen wordt aangeboden (cf. omzendbrief van 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie). Er werd besloten om deze categorie van vreemdelingen te integreren in artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, van de wet".

In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat het koninklijk besluit tot bepaling van de criteria die de stabiliteit van de relatie van de partners zullen vaststellen (zie het ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 5°), "geen afbreuk (zal) doen aan de criteria voorzien in de bovenvermelde omzendbrief van 30 september 1997, zoals toegepast door de administratie".

Deze omzendbrief, die bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad van 14 november 1997, is door de Minister van Binnenlandse Zaken uitgevaardigd op basis van artikel 9 van de wet van 15 december 1980 (en dit zelfs vóór de goedkeuring van de wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning). De basiscriteria bepaald in deze circulaire (inzonderheid wat betreft de leeftijd, de duurzame relatie en de registratie van het partnerschap) zijn evenwel minder restrictief dan die welke zijn bepaald in het ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 5°.

Om de rechtszekerheid te waarborgen, dient deze contradictie tussen de laatstgenoemde bepaling en de memorie van toelichting te worden weggewerkt.

4.1. Artikel 6, 4°, van het voorontwerp van wet voegt in artikel 10, § 1, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 een nieuwe bepaling in, een 5°, die betrekking heeft op de vreemdeling die door middel van een geregistreerd partnerschap verbonden is met een vreemdeling die toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk of gemachtigd is om er zich te vestigen, en die met die vreemdeling een "naar behoren geattesteerde" duurzame en stabiele relatie onderhoudt "van minstens een jaar".

Volgens de memorie van toelichting

"kan (het) gaan om een relatie die begon op het moment dat beide partners nog in het buitenland verbleven of om een in België bestaande relatie".

De Raad van State gaat ervan uit dat de termijn van één jaar eveneens betrekking kan hebben op het geval van een situatie die begonnen is vóór de aankomst van de gezinshereniger in België en die na deze aankomst voortduurt. De memorie van toelichting behoeft aanvulling op dat punt.

.../...

4.2.1. Artikel 6, 4°, van het voorontwerp van wet voegt een tweede lid in (dat het tweede lid van paragraaf 1 wordt) in artikel 10 van de wet van 15 december 1980; daaruit volgt dat het 4° van het eerste lid "niet van toepassing (is) op de echtgenoot van een polygame vreemdeling, indien een andere echtgenoot van die persoon reeds in het Rijk verblijft, noch op de kinderen die in het kader van een polygaam huwelijk afstammen van een vreemdeling en een andere echtgenote dan de echtgenote die al in het Rijk verblijft" (het ontworpen artikel 10, § 1, tweede lid).

Volgens artikel 4, lid 4, van richtlijn 2003/86/EG geeft de betrokken lidstaat in het geval van een polygaam huwelijk, indien de gezinshereniger reeds met een echtgenoot samenwoont op het grondgebied van die lidstaat, geen toestemming tot gezinshereniging voor een andere echtgenoot. De voorwaarde "in het Rijk verblijven", waarin de ontworpen bepaling voorziet, is strenger geformuleerd dan in de richtlijn, waarin staat dat de gezinshereniger dus moet "samenwonen" met de andere echtgenoot.

4.2.2. Wat de kinderen betreft, wordt in het voorontwerp van wet bovendien een verschil in behandeling ingesteld tussen kinderen die voortkomen uit een polygaam huwelijk en kinderen waarvan sprake is in het ontworpen artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, derde streepje, volgens hetwelk van rechtswege zijn toegelaten tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk,

"zijn kinderen of die van diens echtgeno(o)t(e) (...) voor zover hij of zijn echtgeno(o)t(e) over het recht van bewaring beschikt en de kinderen ten laste zijn van hem of diens echtgeno(o)t(e) en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven" ³⁹.

In de memorie van toelichting wordt vermeld :

"Zoals toegestaan door artikel 4, § 4 van de richtlijn sluit ontwerp-artikel 10, § 1, tweede lid de kinderen die voortkomen uit het huwelijk van een vreemdeling met een andere echtgenote dan de echtgenote die reeds in België leeft (polygaam huwelijk) uit van het recht op gezinshereniging. Dit betekent niet dat deze kinderen niet meer naar België mogen komen : de hereniging is niet langer een recht, maar de Minister of diens gemachtigde kan, op basis van artikel 9 van de wet, deze kinderen, in functie van de omstandigheden en in het belang van het kind, machtigen tot een verblijf."

⁽³⁹⁾ Het gaat inzonderheid om kinderen die voortkomen uit een ander huwelijk (maar dat ondertussen ontbonden is) en om natuurlijke kinderen.

Artikel 4, lid 4, tweede lid, van richtlijn 2003/86/EG bepaalt immers dat de lidstaten "de gezinshereniging van minderjarige kinderen van een andere echtgenoot met de gezinshereniger (kunnen) beperken".

Doordat de richtlijn dus terzake aan de lidstaten de mogelijkheid laat om al dan niet zulke beperkingen op te leggen, dient de steller van het voorontwerp van wet te kunnen verantwoorden om welke reden wat in de huidige geldende wetgeving een recht op verblijf was ⁴⁰, nog slechts een loutere mogelijkheid zou zijn om een machtiging tot verblijf aan te vragen bij de minister of diens gemachtigde, op basis van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid die aan laatstgenoemde is toegekend krachtens artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 ⁴¹. In de memorie van toelichting wordt inzonderheid aangevoerd dat de minister of zijn gemachtigde rekening zal houden met het "belang van het kind" ⁴², maar de vraag rijst of dit belang niet wettigt dat het kind, zelfs indien het voortkomt uit een polygaam paar, op dezelfde wijze wordt behandeld als een ander kind, wanneer aangetoond is dat deze beide kinderen voldoen aan dezelfde voorwaarden en dat de vreemdeling bij wie de huwelijkspartner zich vervoegt inzonderheid het recht van bewaring over de kinderen heeft en ze te zijnen laste zijn? De memorie van toelichting dient op dit punt dus te worden aangevuld.

⁽⁴⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 40.

⁽⁴¹⁾ In verband met het nut om, uit het oogpunt van de rechtszekerheid en de gelijke behandeling in de wet een aantal maatstaven aan te leggen, in plaats van gewoon te verwijzen naar de discretionaire beoordelingsbevoegdheid die aan de minister of zijn gemachtigde gelaten wordt met toepassing van artikel 9, eerste lid, van de wet van 15 december 1980, zij verwezen naar de bijzondere opmerking 1.5.2. onder de artikelen 3 tot 5, 11 en 24 van het voorontwerp van wet.

⁽⁴²⁾ Dit is een vereiste dat wordt opgelegd door artikel 5 van richtlijn 2003/86/EG.

Artikelen 6, 7, 8 en 11 van het voorontwerp van wet
(Artikelen 10, 10bis, 11 en 12bis van de wet van 15 december 1980)

1.1. Artikel 6, 5°, van het voorontwerp van wet voegt een paragraaf 4 in, in artikel 10 van de wet van 15 december 1980, die als volgt luidt :

"Paragraaf 1, eerste lid, 1°, 4°, 5° en 6° is niet van toepassing op de familieleden van de vreemdeling die gemachtigd is in België te verblijven om er te studeren of die gemachtigd is tot een verblijf van beperkte duur ingevolge deze wet of ingevolge de bijzondere omstandigheden eigen aan de betrokkene of ingevolge de aard of de duur van zijn activiteiten in België."

Volgens de memorie van toelichting bij die bepaling is deze

"erop gericht de verblijfsprocedure van de gezinsleden te laten verlopen op grond van artikel 9 en niet meer op grond van artikel 10 van de wet"

en betekent

"de voorgestelde wijziging - dat wil zeggen het behandelen van dit soort aanvragen op grond van artikel 9 - (...) echter niet dat de gevraagde machtiging aan een discretionaire beoordeling wordt onderworpen. Indien de voorwaarden worden vervuld hebben de betrokkenen recht op de machtiging (...)".

1.2. Bij het lezen van verschillende passages van de memorie van toelichting, strekt die wijziging, waarvan gezegd wordt dat die "eigenlijk technisch is", ertoe een duidelijk onderscheid te maken tussen, enerzijds, artikel 10 van de wet van 15 december 1980 dat, na de wijziging ervan door het voorontwerp van wet, enkel nog van toepassing zal zijn op gezinshereniging met een vreemdeling die toegelaten of gemachtigd is om in België te verblijven voor een onbeperkte tijd of met een vreemdeling die gemachtigd is om zich aldaar te vestigen en, anderzijds, artikel 10bis van de wet, dat na wijziging ervan door het voorontwerp van wet, van toepassing zal zijn op alle gevallen van gezinsleden van een vreemdeling die enkel voor een beperkte tijd in België mag verblijven. Het doel is een einde te maken aan het huidige hybridische systeem, in zoverre die gezinsleden krachtens artikel 10 recht hebben op een onbeperkt verblijf in België, terwijl dat verblijf kan worden beëindigd door een louter bevel om het grondgebied te verlaten, overeenkomstig artikel 13, derde lid, van de wet van 15 december 1980.

.../...

In de memorie van toelichting wordt voorts het volgende gesteld :

"De voorgestelde wijziging - dat wil zeggen het behandelen van dit soort aanvragen op grond van artikel 9 - betekent echter niet dat de gevraagde machtiging aan een discretionaire beoordeling wordt onderworpen. Indien de voorwaarden worden vervuld hebben de betrokkenen recht op de machtiging, net zoals dat nu al het geval is voor de gezinsleden van een student⁴³. (Bovendien) zal de aanvraag tot het bekomen van een machtiging tot verblijf, die wordt ingediend door de gezinsleden van een vreemdeling die gemachtigd is tot een verblijf in België voor een bepaalde duur (...) worden onderzocht op basis van artikel 9 en niet meer artikel 10 van de wet. Het zal echter gaan om een gebonden bevoegdheid van de Minister en de Dienst Vreemdelingenzaken : indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan zullen de betrokkenen recht hebben op een machtiging. Het toepassingsgebied van artikel 10*bis*, § 1*bis*, nieuw, en de voorwaarden die erin worden opgesomd worden afgestemd op de voorwaarden die worden voorzien door artikel 10, nieuw. Bijgevolg wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 6 van het ontwerp en de toelichting bij artikel 10*bis*, § 1"⁴⁴.

1.3. De Raad van State kan in het licht van de voorafgaande verklaringen begrijpen dat de steller van het voorontwerp van wet voortaan in de wet een duidelijk onderscheid wil maken tussen, enerzijds, het recht op gezinshereniging met een vreemdeling die voor onbeperkte tijd in België verblijft (artikel 10 van de wet) en, anderzijds, het recht op gezinshereniging met een vreemdeling die voor een beperkte tijd in België verblijft (artikel 10*bis*). Toch is het de Raad niet duidelijk waarom de situatie van deze tweede categorie van vreemdelingen onderzocht zou moeten worden op basis van artikel 9 van de wet van 15 december 1980, terwijl in de wet en onder verwijzing naar de voorwaarden die reeds genoemd worden in artikel 10 van de wet, de voorwaarden bepaald worden waarop de minister of zijn gemachtigde de machtiging moet toekennen. Zou het niet logischer en duidelijker zijn uitdrukkelijk te bepalen dat deze categorie van vreemdelingen zich evenzeer kan beroepen op het recht tot verblijf als de vreemdelingen bedoeld in artikel 10 van de wet, maar dan uitsluitend voor een beperkte tijd ?

⁽⁴³⁾ Memorie van toelichting, blz. 50.

⁽⁴⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 53.

Daarom nodigt de Raad van State de steller van het voorontwerp van wet uit om de interne samenhang van zowel het nieuwe systeem dat hij beoogt in te voeren, als van de gevolgen ervan, opnieuw te onderzoeken. Zo moeten o.m. de volgende vragen worden gesteld :

- Moet uit de wet niet duidelijker blijken dat artikel 10 onder meer betrekking heeft op de gevallen van gezinshereniging met een vreemdeling die het recht heeft om voor onbeperkte tijd in België te verblijven ?
- Behoort in artikel 10^{ter}, nieuw, van de wet van 15 december 1980 (artikel 8 van het voorontwerp van wet) niet uitdrukkelijk te worden bepaald dat de in artikel 10^{bis} van de wet bedoelde aanvraag ingediend wordt volgens de nadere regels genoemd in de artikelen 9 en 9^{bis} van die wet ⁴⁵ ?
- Artikel 11 van de wet van 15 december 1980 (zoals vervangen bij artikel 9 van het voorontwerp van wet) bepaalt de voorwaarden waarop een vreemdeling die verklaart zich te bevinden in een van de gevallen genoemd in artikel 10 van de wet, het recht geweigerd kan worden om het Rijk binnen te komen of aldaar te verblijven. Hoe zit het met vreemdelingen die, ook al hebben zij een aanvraag ingediend op grond van artikel 9 van de wet van 15 december 1980, zich beroepen op artikel 10^{bis} van de wet ?
- Dient artikel 13, § 1, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 (artikel 12 van het voorontwerp van wet) niet te worden aangepast, waarin wordt bepaald dat de toelating tot verblijf krachtens artikel 10 van de wet wordt toegekend voor een beperkte duur, terwijl in artikel 10 van de wet ook gevallen van toelating tot verblijf voor onbeperkte tijd worden bedoeld ?

(45) Volgens de commentaar bij artikel 8 van het voorontwerp van wet zijn de nadere regels voor het indienen van de aanvraag tot het verkrijgen van een machtiging tot verblijf op basis van artikel 10^{bis} van de wet van 15 december 1980, die van artikel 9 van de wet. In het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 wordt echter bepaald dat de aanvraag kan worden ingediend op het Belgische grondgebied, op basis van artikel 9, tweede lid, van de wet. Er behoort ongetwijfeld verwezen te worden naar het derde lid van artikel 9, maar dat lid wordt nu net opgeheven door artikel 3 van het voorontwerp van wet en in de memorie van toelichting wordt niets gezegd over de mogelijke toepassing van artikel 9^{bis}, nieuw, van de wet van 15 december 1980.

2. Het zal hoe dan ook nodig zijn om in de memorie van toelichting beter tot uiting te laten komen op welke manier het nieuwe ingevoerde systeem afgestemd wordt op de vele wijzigingen aangebracht in de verschillende artikelen van de wet van 15 december 1980.

Artikel 9 van het voorontwerp van wet
(Artikel 11 van de wet van 15 december 1980)

1. Wat betreft het ontworpen artikel 11, § 1, van de wet van 15 december 1980 wordt in de memorie van toelichting het volgende gesteld :

"De vaststelling dat het huwelijk, het partnerschap of de adoptie enkel diende om de betrokken persoon in staat te stellen om het Rijk te betreden of er te verblijven zal een rol kunnen spelen in het kader van het met fraude verbonden motief."

De aandacht van de steller van het voorontwerp van wet wordt evenwel gevestigd op het feit dat artikel 16, lid 2, van richtlijn 2003/86/EG een duidelijk onderscheid maakt tussen beide gevallen die hier in eenzelfde tekst bijeen zijn gebracht, hetgeen aanleiding zou kunnen geven tot betwistingen voor de hoven en rechtbanken.

Een analoge opmerking geldt voor de ontworpen paragraaf 2.

2. Het ontworpen artikel 11, § 2, derde lid, van de wet van 15 december 1980 voorziet in de mogelijkheid voor de Minister of zijn gemachtigde om op elk moment controles uit te voeren of te laten uitvoeren teneinde na te gaan of de vreemdeling voldoet aan de voorwaarden bepaald in artikel 10 van de wet. Volgens de memorie van toelichting is deze inmenging in het privé- en gezinsleven van de betrokkenen niet onevenredig aan het nagestreefde doel.

Vermits geen enkele precisering gegeven wordt over de juiste aard van die controles, kan de Raad van State enkel voorbehoud maken bij de verenigbaarheid van zulk een bepaling met de vereisten van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsook van artikel 22 van de Grondwet. De memorie van toelichting zou op zijn minst meer duidelijkheid moeten scheppen wat betreft

.../...

de aard van die controles en wat betreft de bestaanbaarheid ervan met de voornoemde bepalingen.

3. Volgens de memorie van toelichting is de ontworpen bepaling conform de vereisten van artikel 17 van richtlijn 2003/86/EG, waarin bepaald wordt dat de lidstaten in geval van intrekking of niet-verlenging van een verblijfstitel terdege rekening houden met

"(...)de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst".

Het is de Raad van State evenwel niet duidelijk in welk opzicht die bepaling correct omgezet zou worden in het interne recht. Volgens de memorie van toelichting,

"zal de Minister of diens gemachtigde rekening moeten houden met de algehele situatie van het betrokken gezinslid. De (andere) banden van dit gezinslid met België zullen in aanmerking worden genomen".

Zulk een precisering blijkt niet uit de ontworpen tekst.

4. Nog steeds volgens de memorie van toelichting is het ontworpen artikel 11, § 2, vierde lid, een toepassing van artikel 15, lid 3, in fine, van de richtlijn, dat betrekking heeft op de toekenning van een autonome verblijfstitel aan gezinsleden die in aanmerking gekomen zijn voor gezinshereniging en wel "in geval van buitengewoon moeilijke omstandigheden". De aandacht van de steller van het voorontwerp van wet dient evenwel gevestigd te worden op het feit dat in de ontworpen bepaling uitdrukkelijk en uitsluitend gesproken wordt over "personen die het slachtoffer zijn van geweld in de familie (en) die het huishouden verlaten hebben". Die bepaling voorziet overigens niet in de toekenning van een autonome verblijfstitel aan de betrokken personen.

Artikel 11 van het voorontwerp van wet
(artikel 12bis van de wet van 15 december 1980)

1. Met betrekking tot de in het ontworpen artikel 12bis, paragraaf 1, bepaalde omstandigheden waarin de aanvraag om tot verblijf te worden toegelaten kan worden ingediend vanaf het Belgische grondgebied, wordt verwezen naar opmerking 3 gemaakt onder de artikelen 3 tot 5, 11 en 24 van het voorontwerp van wet.

2. Volgens het ontworpen artikel 12bis, § 2, moet de vreemdeling bij zijn aanvraag om toegelaten te worden "een medisch getuigschrift (voegen) waaruit blijkt dat hij niet lijdt aan één van de in punt A van de bijlage van deze wet opgesomde ziekten". Zou het niet nodig zijn om dat vereiste inzake het niet vóórkomen van bepaalde ziekten op te nemen als een van de basisvoorwaarden om een aanvraag in te kunnen dienen, die opgesomd worden in artikel 10 van de wet van 15 december 1980 ?

3. Het ontworpen artikel 12bis, § 2, derde lid, bepaalt dat de beslissing over de toelating tot verblijf zo snel mogelijk wordt genomen en uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van de aanvraag. Volgens artikel 5, lid 4, van richtlijn 2003/86/EG dient de kennisgeving van de beslissing echter uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van een verzoek plaats te hebben. Die verduidelijking dient in het derde lid te worden ingeschreven.

4. *In fine* van paragraaf 5 van het ontworpen artikel 12bis, wordt verwezen naar "in § 7". De ontworpen bepaling bevat evenwel geen paragraaf 7.

5. In de memorie van toelichting wordt het volgende bepaald :

"Overeenkomstig artikel 5, § 5, van de richtlijn zal in het algemeen terdege rekening worden gehouden met het hoger belang van het kind tijdens het onderzoek van de aanvraag."

Voor een degelijke omzetting van de richtlijn, zou zo'n verduidelijking moeten worden opgenomen in het ontworpen artikel 12bis.

.../...

Artikel 12 van het voorontwerp van wet
(artikel 13 van de wet van 15 december 1980)

1. Er wordt verwezen naar opmerking 1.3 onder de artikelen 6, 7, 8 en 11 van het voorontwerp van wet.

2. Wat betreft de mogelijkheid, waarin voorzien wordt door de ontworpen paragraaf 5, om controles uit te voeren of te laten uitvoeren, wordt verwezen naar opmerking 2 gemaakt onder artikel 9 van het voorontwerp van wet.

Artikel 14 van het voorontwerp van wet
(artikel 15 van de wet van 15 december 1980)

1. In het ontworpen artikel 15, 1°, behoort te worden verwezen naar "artikel 10, § 1, eerste lid,".

2. Wat betreft de mogelijkheid geboden door het ontworpen tweede lid, om controles uit te voeren of te laten uitvoeren, wordt verwezen naar opmerking 2 gemaakt onder artikel 9 van het voorontwerp van wet.

Artikel 15 van het voorontwerp van wet
(artikel 16 van de wet van 15 december 1980)

Volgens de ontworpen bepaling geeft het gemeentebestuur een ontvangsbewijs af en zendt de aanvraag om machtiging tot vestiging toe aan de minister of diens gemachtigde "voor zover de vreemdeling voldoet aan de in artikel 14 bedoelde voorwaarde". Luidens de memorie van toelichting wordt zodoende duidelijk aangegeven dat "de aanvraag van een vreemdeling die niet voldoet aan de door artikel 14 van de wet opgelegde voorwaarden niet in aanmerking zal worden genomen".

De vraag rijst welke overheid - de gemeente of de minister (of diens gemachtigde) - de beslissing neemt om te weigeren de aanvraag in aanmerking te nemen en, in de veronderstelling dat het de gemeente is ⁴⁶, welk soort van voorwaarden zij kan controleren. De tekst moet op dat punt worden aangevuld.

Artikelen 18 en 19 van het voorontwerp van wet
(opheffingsbepalingen)

1. In verband met de opheffing van de artikelen 44 en 44bis wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.1.

2. Deze opheffing vereist bovendien de wijziging van artikel 45 van de wet van 15 december 1980.

Artikel 22 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 48/2 van de wet van 15 december 1980)

Overeenkomstig artikel 38, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/83/EG wordt naar deze richtlijn reeds verwezen in artikel 2 van het voorontwerp van wet. Het laat zich dus aanzien dat een tweede verwijzing in de onderhavige bepaling overbodig is en zelfs de indruk wekt dat die verwijzing zorgt voor de omzetting van de richtlijn, terwijl zulks niet het geval is.

Die verwijzing naar de richtlijn moet bijgevolg vervallen.

⁽⁴⁶⁾ Vergelijk met de aan het gemeentebestuur in het kader van artikel 12bis, zowel het huidige als het nieuwe, van de wet van 15 december 1980 verleende bevoegdheid.

Artikel 24 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980)

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 48/4, § 2, c), van de wet van 15 december 1980 dienen, overeenkomstig artikel 15, c), van richtlijn 2004/83/EG, dat de ontworpen bepaling beoogt om te zetten, de woorden "dans le cadre" vervangen te worden door de woorden "ou en cas de".

Artikel 25 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 48/5 van de wet van 15 december 1980)

Het ontworpen artikel 48/5, § 3, van de wet van 15 december 1980 maakt gebruik van een krachtens artikel 8, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/83/EG aan de lidstaten geboden mogelijkheid, maar niet van die welke geboden wordt in lid 3 van de laatstgenoemde bepaling.

In de memorie van toelichting dient daaromtrent uitleg te worden verstrekt, om onder meer duidelijk te maken of, wegens het ontbreken van een bepaling ingegeven door lid 3 van de richtlijn, de "technische belemmeringen om terug te keren naar het land van herkomst" de toepassing van artikel 48/5, § 3, van het voorontwerp van wet in de weg zullen staan.

Artikel 26 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 49 van de wet van 15 december 1980)

1. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 49, § 1, van de wet van 15 december 1980 wordt gepreciseerd dat als vluchteling erkende personen tot een verblijf in het Rijk worden toegelaten. Luidens de algemene toelichting in de memorie van toelichting, wordt geen enkele wijziging aangebracht op het gebied van verblijf en wordt een als vluchteling erkende vreemdeling in het bezit gesteld van een verblijfsvergunning van onbeperkte duur. In de artikelsgewijze commentaar bij artikel 26 van het voorontwerp van wet wordt evenwel in het licht van de ontworpen paragraaf 2 gepreciseerd dat het verblijf

.../...

van vluchtelingen in een eerste fase, van beperkte duur zou zijn. Deze tegenstrijdigheid moet worden weggewerkt.

2. Aangezien het verblijf van een vluchteling in de regel onbeperkt is, terwijl de aan een vreemdeling met subsidiaire-beschermingsstatus verleende verblijfsvergunning met toepassing van het nieuwe artikel 49/2 van de wet van 15 december 1980 (artikel 27 van het voorontwerp van wet), van beperkte duur is, wordt de steller van het voorontwerp van wet erop gewezen dat een vreemdeling die door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen de status van vluchteling is geweigerd, doch die de subsidiaire-beschermingsstatus heeft verkregen, niettegenstaande deze status, een beroep zou kunnen instellen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met het oog op het verkrijgen van de status van vluchteling.

3. De Franse versie van het ontworpen artikel 49, § 1, 3°, van de wet van 15 december 1980 moet worden aangevuld met de woorden "et aux Apatrides".

Artikel 35 van het voorontwerp van wet
(artikel 51/3 van de wet van 15 december 1980)

In paragraaf 5 dient te worden gepreciseerd : "overeenkomstig artikel 49 of artikel 49/2".

Artikel 36 van het voorontwerp van wet ⁴⁷
(artikel 51/4 van de wet van 15 december 1980)

1. De voorgestelde wijziging moet worden omgekeerd, aangezien het erom gaat voortaan te verwijzen naar het nieuwe artikel 50^{ter}, van de wet van 15 december 1980 in artikel 51/4, § 1, eerste lid, van de wet.

⁽⁴⁷⁾ De steller van het voorontwerp van wet wordt erop gewezen dat artikel 72 van het aan de afdeling wetgeving voorgelegde voorontwerp van wet "voor opvang van asielzoekers" (39.883/4) voorziet in de opheffing van dit artikel.

Paragraaf 2, eerste lid, van artikel 51/4 dient eveneens te worden gewijzigd in dezelfde zin.

2. Krachtens artikel 51/4 van de wet van 15 december 1980 zijn de objectieve criteria op grond waarvan kan worden bepaald in welke taal het onderzoek van de asielaanvraag geschiedt, alleen van toepassing op de asielprocedure en eventuele daaropvolgende beslissingen tot verwijdering van het grondgebied. De vraag rijst of er geen soortgelijke criteria zouden moeten worden ingevoerd wanneer een vreemdeling, nadat hij vooraf een asielaanvraag heeft ingediend, achteraf verzoekt om het toekennen van een machtiging tot verblijf ⁴⁸.

Artikel 37 van het voorontwerp van wet
(artikel 51/5 van de wet van 15 december 1980)

1. Bij 1°, b), van artikel 37 van het voorontwerp van wet worden in paragraaf 1 van artikel 51/5 van de wet van 15 december 1980 niet één maar twee leden ingevoegd. De verdere wijzigingen die bij artikel 37 van het voorontwerp van wet in deze bepaling worden aangebracht behoren dienovereenkomstig te worden aangepast. (In 1°, c), dient te worden verwezen naar het "vierde" lid in plaats van naar het "derde"; in 1°, d), leze men "vijfde lid" in plaats van "vierde lid"; in 1°, e), dient te worden vermeld dat een "zesde lid" wordt ingevoegd).

2. De in artikel 51/5, § 1, tweede lid, dat het vierde lid wordt en niet het derde (zie opmerking 1), aangebrachte wijziging heeft tot gevolg dat de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen steeds kan beslissen de asielaanvraag te onderzoeken voor zover de asielaanvrager daarmee instemt. De Raad van State stelt de vraag hoe deze bevoegdheid concreet in overeenstemming gebracht zal kunnen worden met de bevoegdheid van de minister of diens gemachtigde om de beslissing

⁽⁴⁸⁾ Er zij aan herinnerd dat het Arbitragehof, bij arresten nr. 77/97 van 17 december 1997, nr. 96/98 van 24 september 1998 en nr. 164/2004 van 28 oktober 2004, erop heeft gewezen dat artikel 51/4 van de wet van 15 december 1980 niet in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

te nemen inzake het vaststellen van de Staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag. Zal de minister of zijn gemachtigde meer bepaald vooraf aan de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen moeten vragen of hij al dan niet beslist de aanvraag te behandelen ? De memorie van toelichting dient hoe dan ook te worden aangepast overeenkomstig de ontworpen bepaling, aangezien er immers steeds in wordt gepreciseerd dat de minister of zijn gemachtigde, zoals voorheen, kan beslissen

"dat België, ondanks het feit dat een andere EU-lidstaat bevoegd is om de asielaanvraag te behandelen, de betrokken asielaanvraag zal behandelen" ⁴⁹.

3. De in artikel 37, 1°, d), van het voorontwerp van wet voorgenumen wijziging dient te worden aangepast; paragraaf 1 van artikel 51/5 bevat immers geen enkele bepaling waarin sprake zou zijn van een termijn van "twee maanden".

4. In verband met de wijziging die wordt aangebracht bij artikel 37, 1°, e), van het voorontwerp van wet preciseerd de memorie van toelichting dat de vreemdeling die geen medewerking verleent aan de Dublin-procedure, geacht wordt afstand gedaan te hebben van zijn asielaanvraag; zulks maakt het mogelijk eventueel later een nieuwe Dublin-procedure aan te vangen, omdat de asielaanvraag niet is behandeld. In de memorie van toelichting zouden eveneens de gevolgen moeten worden verduidelijkt die verbonden zouden kunnen zijn aan dit vermoeden van afstand van de asielaanvraag indien de vreemdeling zich opnieuw als vluchteling aanmeldt en België ditmaal verantwoordelijk is voor het onderzoek van de asielaanvraag.

⁽⁴⁹⁾ Zie ook artikel 42, 5°, van het voorontwerp van wet dat een nieuwe paragraaf 5 invoegt in artikel 52 van de wet van 15 december 1980, waarin gewag wordt gemaakt van een kennisgeving van de minister of zijn gemachtigde aan de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen dat België verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag.

Artikel 39 van het voorontwerp van wet
(artikel 51/7 van de wet van 15 december 1980)

Net als artikel 38, 1°, van het voorontwerp van wet, laat het zich aanzien dat het eerste lid van artikel 51/7 van de wet van 15 december 1980 eveneens moet worden gewijzigd in die zin dat de woorden "Wanneer de vreemdeling zich vluchteling verklaart" vervangen zouden moeten worden door de woorden "Wanneer de vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend".

Artikel 40 van het voorontwerp van wet
(artikel 51/8 van de wet van 15 december 1980)

In de ontworpen tekst, in fine, schrijve men in de Franse tekst "d'atteintes graves" in plaats van "de dommages graves".

Artikel 42 van het voorontwerp van wet
(artikel 52 van de wet van 15 december 1980)

Gelet op de opheffing van de bevoegdheid van de minister of zijn gemachtigde inzake het onderzoek van de asielaanvragen, wijzigt artikel 42 van het voorontwerp van wet onder meer de inleidende zinnen van de verschillende paragrafen van artikel 52 van de wet van 15 december 1980, waarbij wordt gepreciseerd dat de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen kan beslissen om een asielzoeker de status van vluchteling (of de subsidiaire-beschermingsstatus) niet toe te kennen in de verschillende gevallen die thans worden vermeld in artikel 52 van de wet⁵⁰.

⁽⁵⁰⁾ Artikel 42, 1°, e), van het voorontwerp van wet voorziet evenwel in een nieuw geval van weigering, te weten "wanneer de vreemdeling zijn aanvraag niet heeft ingediend op het ogenblik dat de met grenscontrole belaste autoriteiten nadere toelichting vragen over zijn motief om naar België te reizen en daarvoor geen verantwoording verstrekt".

De memorie van toelichting preciseert het volgende :

"De wijzigingen die aangebracht worden in artikel 52 houden verder verband met de afschaffing van de mogelijkheid van de Dienst Vreemdelingenzaken om asielaanvragen te behandelen : het behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen de Staatlozen (CGVS) om in eerste aanleg de asielaanvragen te behandelen en om deze eventueel om motieven opgesomd in artikel 52, af te wijzen. Aan de weigeringsmotieven op zich wordt niets gewijzigd, behalve een kleine toevoeging (...)."

In het kader van de thans voorgenomen hervorming van de asielprocedure, dient de steller van het voorontwerp van wet in dat opzicht, in het licht van de internationale verplichtingen die België heeft inzake de erkenning van de status van vluchteling in de memorie van toelichting te preciseren op welke wijze de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen en de nieuwe Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, elk in het raam van hun respectieve bevoegdheden, de in artikel 52 van de wet van 15 december 1980 vastgestelde criteria concreet zullen moeten toepassen ⁵¹.

Artikel 44 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 52/3 van de wet van 15 december 1980)

1. Volgens het ontworpen artikel 52/3, § 2, eerste lid, tweede zin, beslist de minister of zijn gemachtigde onmiddellijk bij het indienen van de asielaanvraag dat de vreemdeling niet toegelaten wordt tot het grondgebied en dat hij wordt teruggedreven in het geval bedoeld in artikel 50*ter* van de wet van 15 december 1980.

Het ontworpen artikel 50*ter* van de wet van 15 december 1980 (artikel 32 van het voorontwerp van wet) bepaalt :

"De vreemdeling die het Rijk tracht binnen te komen zonder te voldoen aan de in artikel 2 gestelde voorwaarden, moet een asielaanvraag indienen bij de met grenscontrole belaste overheden op het ogenblik dat deze nadere toelichting vragen over zijn motief om naar België te reizen."

⁽⁵¹⁾ Voorts wordt verwezen naar algemene opmerking 3.2 betreffende de eventuele weerslag van richtlijn 2005/85/EG op het voorliggende voorontwerp van wet.

In de memorie van toelichting wordt in dat verband het volgende gepreciseerd :

"Het uitgangspunt is dat de Minister of zijn gemachtigde slechts een beslissing tot weigering van verblijf treft met een bevel om het grondgebied te verlaten op het ogenblik dat de asielaanvraag van de onregelmatige vreemdeling afgewezen wordt.

De afwijking op deze regel vormt de situatie waarbij de Minister of zijn gemachtigde onmiddellijk bij het indienen van de asielaanvraag een dergelijke beslissing treft : het betreft (...) de situatie van een asielzoeker aan de grens, waar een beslissing tot weigering van binnenkomst met teruggedrijving getroffen wordt op het ogenblik dat vaststaat dat de binnenkomst van de vreemdeling moet geweigerd worden omwille van technische motieven (niet de nodige binnenkomstdocumenten, onduidelijk reismotief, ...)."

De steller van het voorontwerp van wet wordt erop gewezen dat lid 1 van artikel 35 van richtlijn 2005/85/EG bepaalt dat de procedures bij de grens moeten verlopen overeenkomstig de fundamentele beginselen en waarborgen die zijn beschreven in hoofdstuk II van die richtlijn. Krachtens lid 2 van dezelfde bepaling kunnen de lidstaten in overeenstemming met de wet- of regelgeving die op 1 december 2005 van kracht is, van de (...) fundamentele beginselen en waarborgen afwijkende specifieke procedures handhaven, met inachtneming van de regels vermeld in de leden 3 en 4 van het genoemde artikel 35.

De steller van het voorontwerp van wet dient bijgevolg in de bespreking van de ontworpen bepaling erop te wijzen dat de bij artikel 44 van het voorontwerp van wet ingevoerde procedure niet in strijd is met artikel 35 van de richtlijn of, om zijn minst, dat ze het bereiken van het bij dit artikel 35 voorgeschreven resultaat niet ernstig in gevaar kan brengen.

Wat meer algemeen het in aanmerking nemen betreft van richtlijn 2005/85 in het kader van de goedkeuring van de bepalingen van het voorliggende voorontwerp van wet betreffende de organisatie van de procedure voor de toekenning van de status van vluchteling, verwijst de Raad van State naar algemene opmerking 3.2.

2. In de memorie van toelichting staat te lezen :

"Alleszins wordt bij de rechtspleging voor de RVV (...) verduidelijkt dat behoudens schriftelijke toestemming van betrokkene, geen verwijderingsmaatregel of maatregel van teruggrijping mag worden uitgevoerd tijdens de termijnen waarbinnen een beroep kan worden aangetekend tegen de afwijzing van de asielaanvraag door de CGVS en tijdens de behandeling van dit beroep."

Het spreekt vanzelf dat een zodanige maatregel evenmin kan worden ten uitvoer gelegd zolang de procedure vóór de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen lopende is. Bijgevolg moet de memorie van toelichting op dat punt worden aangepast.

Artikel 46, 2°, van het voorontwerp van wet
(artikel 53 van de wet van 15 december 1980)

De Raad van State vraagt zich af of in artikel 53 van de wet van 15 december 1980 de verwijzing naar artikel 52 van de wet behouden moet blijven als gevolg van de wijzigingen die artikel 42 van het voorontwerp van wet aanbrengt in die bepaling en waardoor niet meer uitdrukkelijk gewag wordt gemaakt van een "weigering" van toegang tot het grondgebied, van verblijf of van vestiging.

Artikel 48 van het voorontwerp van wet
(artikel 54 van de wet van 15 december 1980)

De Raad van State vraagt zich af of het niet eveneens nodig is artikel 54, § 3, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 aldus te wijzigen dat verwezen moet worden naar artikel 52/3 van de wet, in plaats van naar artikel 52.

Artikel 50 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikel 55/2 van de wet van 15 december 1980)

De vermelding "§ 1" moet vervallen en de memorie van toelichting moet dienovereenkomstig worden aangepast.

.../...

Artikel 55 van het voorontwerp van wet
(artikel 57/6 van de wet van 15 december 1980)

1. Als gevolg van de wijzigingen aangebracht in artikel 57/6 van de wet van 15 december 1980 moet ook artikel 57 ervan worden gewijzigd.

2. Volgens het laatste lid van het ontworpen artikel 57/6 kan tegen de beslissing bedoeld in het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 2°, een annulatieberoep worden ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Uit de interpretatie van punt 3° juncto punt 8° van artikel 77, eerste lid, van de Grondwet volgt evenwel dat de organisatie, de bevoegdheid en de taak van de administratieve rechtscolleges moeten worden geregeld volgens de werkwijze van het volledige bicameralisme⁵².

Bijgevolg moeten de woorden "en is vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen" vervallen⁵³.

Artikel 58 van het voorontwerp van wet
(artikel 57/10 van de wet van 15 december 1980)

De Raad van State vraagt zich af waarom artikel 57/10 van de wet van 15 december 1980 niet wordt gewijzigd naar analogie van artikel 52, § 2, 4°, van de wet (zie artikel 42, 2°, d), van het voorontwerp van wet).

⁽⁵²⁾ Zie inzonderheid de adviezen 24.600/AV en 24.601/AV, op 10 oktober 1995 verstrekt over een voorontwerp van wet "houdende wijziging van de wet van 25 Ventôse jaar XI tot regeling van het notarisambt" en over een voorontwerp van wet "houdende toekenning van een tuchtrechtelijke bevoegdheid aan de kamers van notarissen en aan de Nationale kamer van notarissen".

⁽⁵³⁾ Artikel 70 van voorontwerp van wet 39.717/AV (nieuw artikel 39/2 van de wet van 15 december 1980) bevat overigens al die regel.

Artikelen 58 en 61 van het voorontwerp van wet
(artikel 57/10 van de wet van 15 december 1980 en opheffingsbepaling)

In artikel 58 van de wet van 15 december 1980 moet de verwijzing naar artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980, dat immers opgeheven wordt bij artikel 3 van het voorontwerp van wet, worden aangepast.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 61, § 2, 3°, van de wet, in zoverre het verwijst naar artikel 10, eerste lid, van de wet.

Artikel 59 van het voorontwerp van wet
(nieuwe artikelen 61/2 tot 61/5 van de wet van 15 december 1980)

1. Artikel 59 strekt ertoe in titel II van de wet van 15 december 1980 verscheidene bepalingen in te voeren die de nummers 61/2 tot 61/5 dragen.

Krachtens artikel 76 van de Grondwet moet een onderscheiden bepaling in een afzonderlijk artikel van een wetsontwerp worden opgenomen, zodat het parlement artikelsgewijs kan beraadslagen, eventuele amendementen kan indienen en kan stemmen.

Om aan dat vereiste te voldoen, moet artikel 59 in evenveel bepalingen worden opgesplitst als er artikelen moeten worden ingevoegd in de voornoemde wet.

2. Aangezien ervoor gekozen is om richtlijn 2004/81/EG toe te passen op minderjarigen⁵⁴, moet ook ervoor gezorgd worden dat artikel 10 van de richtlijn deugdelijk wordt omgezet, zodat het hogere belang van het kind genoegzaam in aanmerking wordt genomen bij het toekennen van de tijdelijke verblijfstitel.

⁽⁵⁴⁾ Zie de keuzemogelijkheid die artikel 3, lid 3, van de richtlijn aan de lidstaten laat.

Artikel 61 van het voorontwerp van wet
(opheffingsbepaling)

Wat de opheffing van de artikelen 64 tot 67 van de wet van 15 december 1980 betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.1.

Artikel 62 van het voorontwerp van wet
(opheffingsbepaling)

In voorkomend geval moet artikel 67 van de wet van 15 december 1980 worden opgeheven.

Artikel 64 van het voorontwerp van wet
(artikel 74/5 van de wet van 15 december 1980)

Volgens het ontworpen artikel 74/5, § 3, vijfde lid, van de wet van 15 december 1980 (ingevoegd bij artikel 64, 2°, c, van het voorontwerp van wet) wordt de duur van de vasthouding van de vreemdeling van rechtswege "opgeschort" gedurende de onderzoekstermijn die in het kader van een procedure vóór de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen aan de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen verleend wordt om nieuwe gegevens te onderzoeken overeenkomstig het nieuwe artikel 39/76, § 1, voorlaatste lid (doch niet het laatste lid, zoals in de ontworpen bepaling verkeerdelijk aangegeven wordt), van de wet van 15 december 1980 (artikel 166 van voorontwerp van wet 39.717/AV) ⁵⁵. Om te voorkomen dat de betrokkene voor onbepaalde duur wordt vastgehouden, onder meer als gevolg van toevalligheden in de procedure, moet een maximumtermijn voor de verlenging van de duur van de vasthouding worden vastgelegd ⁵⁶.

⁽⁵⁵⁾ Zie eveneens de wijziging die artikel 194 van voorontwerp van wet 39.717/AV aanbrengt in artikel 71, derde lid, van de wet van 15 december 1980.

⁽⁵⁶⁾ Zie arrest nr. 43/1998 van het Arbitragehof van 22 april 1998 (overwegingen B.23 en B.24).

Artikel 65 van het voorontwerp van wet
(artikel 74/6 van de wet van 15 december 1980)

1. In punt 2° van artikel 65 van het voorontwerp van wet, dat een nieuwe paragraaf *1bis* invoegt in artikel 74/6 van de wet van 15 december 1980, ziet de Raad van State niet het nut ervan in om te verwijzen naar artikel 52 van de wet, daar de verschillende situaties die de steller van het voorontwerp van wet beoogt, verder in de ontworpen bepaling uitdrukkelijk worden opgesomd. Voorts valt op te merken dat de ontworpen tekst uitsluitend verwijst naar het Verdrag van Genève en dus, in tegenstelling tot artikel 52 van de wet van 15 december 1980, niet is aangepast aan de nieuwe status subsidiaire bescherming. Zo ook is in het ontworpen punt g de termijn van een maand niet aangepast als gevolg van de wijziging die artikel 42, 2°, e), van het voorontwerp van wet aangebracht heeft in artikel 52, § 2, 4°, van de wet van 15 december 1980.

2. In de memorie van toelichting staat te lezen :

"In § *1bis* worden de omstandigheden opgesomd waarbij een vreemdeling uitzonderlijk alvorens er een beslissing getroffen werd over de asielaanvraag, kan worden opgesloten. Deze opsluiting kan slechts plaatsvinden voor zover het verblijf van de vreemdeling onregelmatig is en duidelijk in de wet opgesomde omstandigheden erop wijzen dat er oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van de asielprocedure."

Hoewel de situatie dus als "uitzonderlijk" wordt bestempeld, somt de ontworpen bepaling vijftien verschillende gevallen op waarin een asielaanvrager kan worden vastgehouden vooraleer de eerste daartoe bevoegde instantie beslist heeft omtrent zijn aanvraag. De meeste van die gevallen voldoen aan de criteria genoemd in de memorie van toelichting. De steller van het voorontwerp van wet wordt desondanks verzocht het "uitzonderlijke" karakter van bepaalde gevallen bedoeld in de ontworpen bepaling, inzonderheid de gevallen onder b), c) en d), van het ontworpen paragraaf *1bis*, 1°, nader te expliciteren, onder meer rekening houdend met de internationale verplichtingen die België ter zake is aangegaan.

3. Wat de verlenging betreft van de duur van vasthouding van de vreemdeling, welke wordt geregeld in het ontworpen artikel 74/6, § 2, vijfde lid (artikel 65, 3°, b), van het voorontwerp van wet), wordt verwezen naar de opmerking gemaakt onder artikel 64 van het voorontwerp van wet.

Artikelen 67, 68 en 71 van het voorontwerp van wet
(overgangsbepalingen)

Er moet worden gepreciseerd dat het de artikelen 9bis, 9ter, 11, § 2, 49/2, § 2, 51/3 en 63/5, vierde lid, van de wet van 15 december 1980 betreft.

Artikel 71 van het voorontwerp van wet
(overgangsbepaling)

Artikel 71, derde lid, van het voorontwerp van wet bepaalt dat de vreemdeling ten aanzien van wie de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen vóór de inwerkingtreding van de wet geadviseerd heeft dat hij niet wordt teruggeleid naar de grens van het land dat hij is ontvlucht, onder bepaalde voorwaarden en voor zover het gevaar bij een terugleiding nog actueel is, automatisch een verblijfsdocument kan krijgen als "genieter van de subsidiaire beschermingsstatus", in de zin van het nieuwe artikel 49/2, § 2, van de wet van 15 december 1980. Aldus voert de overgangsbepaling een verschil in behandeling in tussen enerzijds personen die verzocht hebben als vluchteling te worden erkend en wier verzoek reeds in het zogeheten stadium van onderzoek van de ontvankelijkheid ervan is afgewezen, en anderzijds personen die verzocht hebben als vluchteling te worden erkend en wier verzoek is afgewezen na het onderzoek ten gronde ervan door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen en, in voorkomend geval, door de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen. In de huidige wetgeving wordt immers niet uitdrukkelijk bepaald dat wanneer een negatieve beslissing ten gronde is genomen, de asielinstanties een advies moeten formuleren omtrent de eventuele terugleiding van de afgewezen kandidaat-vluchteling naar de grens van het land dat hij ontvlucht is.

Die verschillende behandeling lijkt nog te worden versterkt door de omstandigheid dat, zoals in de memorie van toelichting uitdrukkelijk wordt bepaald, vreemdelingen van wie asielaanvraag is afgewezen, op de datum van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen de omzetting van richtlijn 2004/83/EG in het Belgische recht niet kunnen aanvoeren als een "nieuw gegeven" in de zin van artikel 51/8 van de wet van 15 december 1980 om hun asielaanvraag opnieuw te laten onderzoeken.

Het lijkt dan ook paradoxaal dat voor vreemdelingen van wie de asielaanvraag reeds is afgewezen tijdens het onderzoek van de ontvankelijkheid van hun aanvraag, aldus een gunstiger overgangsregeling geldt dan die welke toepasselijk is op vreemdelingen van wie de asielaanvraag pas na het onderzoek ten gronde is afgewezen.

De steller van het voorontwerp van wet wordt dan ook verzocht te voorzien in een overgangsregeling waarbij die tegenstelling wordt weggewerkt.

Artikel 72 van het voorontwerp van wet
(inwerkingtreding)

1. Volgens dit artikel stelt de Koning de datum van inwerkingtreding van de ontworpen bepalingen vast. Teneinde te waarborgen dat de tekst binnen een bepaalde termijn in werking zal treden, moet in de machtiging de datum worden vastgesteld waarop de wet uiterlijk in werking moet treden. Aldus zal de wettekst van rechtswege op die datum in werking treden, indien op de uiterste datum van inwerkingtreding bepaald door de wet nog geen koninklijk besluit is vastgesteld.

2. Zoals de ontworpen bepaling is geredigeerd kan de Koning de ontworpen wet slechts in zijn geheel op dezelfde dag in werking laten treden.

Indien de steller van het voorontwerp van wet van oordeel is dat de machtiging aldus opgevat moet worden dat ze de Koning de mogelijkheid biedt om de wet deelsgewijs in werking te laten treden, moet de tekst van de bepaling dienovereenkomstig worden herzien, ondanks de nadelen die een zodanige werkwijze meebrengt.

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit

De Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	M. VAN DAMME,	kamervoorzitters,
	Y. KREINS,	
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
Mevrouw de Heren	J. JAUMOTTE,	
	M. BAGUET,	
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	A. SPRUYT,	
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	
	G. KEUTGEN,	
Mevrouw de Heer	D. LANGBEEN,	hoofdgriffier,
	M. FAUCONIER,	toegevoegd griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de HH. X. DELGRANGE, J. VAN NIEUWENHOVE en R. WIMMER, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de HH. J. JAUMOTTE en B. SEUTIN.

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN