

Cette newsletter est rédigée par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Elle, se propose de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile en droit belge.

Les arrêts commentés dans cette newsletter et relatifs, de près ou de loin, à des questions liées à l'application du règlement « Dublin II », de la directive « qualification », de la directive « accueil » et de la directive « retour » sont consultables aux côtés de nombreux autres dans le [répertoire de jurisprudences de l'EDEM](#).

L'équipe EDEM organise avec d'autres centres de recherche en sciences humaines un cycle de conférence intitulé « Migrations: regards croisés ». Ces conférences proposent un regard interdisciplinaire sur les questions migratoires.

Le programme complet sera diffusé dans les prochains jours et annoncé via le site de l'EDEM.

Les conférences se dérouleront à Louvain-la-Neuve (auditoires Montesquieu) un vendredi par mois d'octobre à mai. Les personnes intéressées peuvent déjà noter les dates et sujets suivants :

Accueil à 13H30

- Vendredi 28 octobre 2016 : 14h – 16h 30 : Trajectoires migratoires : des récits.
- Vendredi 25 novembre 2016 : 14h – 16h 30 : Trajectoires migratoires : état des lieux et perspectives.
- Vendredi 24 février 2017 : 14h – 16h 30 : Migrations et discours.
- Vendredi 24 mars 2017 : 14h – 16h 30 : Migrations et économie.
- Vendredi 21 avril 2017 : 14h – 16h 30 Migrations et familles.
- Vendredi 12 mai 2017 : 14h – 16h 30 : Migrations, violence et santé.

L'inscription est gratuite mais obligatoire sur la page : <https://www.uclouvain.be/770619.html>

## Sommaire

### 1. Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, R.M. et autres c. France, req. n° 33201/11 – « Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement » ..... 4

*L'affaire commentée fait partie d'une série de cinq arrêts rendus le même jour et condamnant la France pour avoir placé en centre de rétention des enfants mineurs avec leurs parents en vue de leur éloignement. Bien que les conditions matérielles de la rétention ne posent pas de problème en l'espèce, le degré de gravité requis par l'article 3 de la Convention a été atteint en raison de la durée de la rétention. Par ailleurs, la Cour insiste, en présence d'enfants mineurs, sur la nécessité pour les autorités internes de s'assurer que le placement en rétention est la mesure de dernier ressort.*

**Articles 3 et 5 §1 (f) C.E.D.H. – Procédure d'éloignement – Rétention de mineurs – Conditions – Principe de subsidiarité.**

**2. Cour eur. D.H. [GC], 23 août 2016, *J.K. et autres c. Suède*, req. n° 59166/12 : Groupe systématiquement ciblé par Al-Qaïda en Irak : risque de violation de l'article 3 CEDH. ....8**

*La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme considère que le renvoi vers l'Irak d'une famille de demandeurs d'asile irakiens, victime d'agressions commises par d'Al-Qaïda en raison de la collaboration du père avec les autorités américaines, emporterait violation de l'article 3 CEDH. Si la capacité des autorités irakiennes à protéger les citoyens est suffisante pour la population générale malgré une détérioration de la sécurité depuis juin 2014, il en va autrement pour les personnes qui appartiennent à un groupe pris pour cible, tel les personnes qui, à l'instar des requérants, ont collaboré avec les autorités des puissances occupantes en Irak après la guerre.*

**Article 3 CEDH – situation sécuritaire générale en Irak – appartenance à groupe systématiquement ciblé par Al-Qaïda – collaboration avec les puissances occupantes – évaluation ex nunc – mauvais traitements antérieurs – violation.**

**3. Cour eur. D.H. [GC], 21 septembre 2016, *Khan c. Allemagne*, req. n° 38030/12 : « Quel statut pour les étrangers ni expulsables, ni autorisés au séjour ? ». ....16**

*Saisie d'une demande de renvoi à l'encontre d'un arrêt de chambre qui validait l'expulsion par l'Allemagne d'une ressortissante pakistanaise souffrant de troubles psychiatriques pour des motifs d'ordre public, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme raye la requête du rôle. Elle estime que la requérante a perdu son intérêt à agir, suite à l'engagement des autorités allemandes de ne pas procéder à son expulsion. Comme souligné par le juge Sajo dans son opinion dissidente, cet arrêt pose la question du statut des étrangers en séjour « toléré » ni expulsables, ni autorisés au séjour.*

**Art. 3 C.E.D.H. – retour – étrangers non expulsables – séjour « toléré » – ordre public – troubles psychiatriques.**

## 1. COUR EUR. D.H., 12 JUILLET 2016, R.M. ET AUTRES C. FRANCE, REQ. N° 33201/11

### *Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement.*

#### A. Faits et décision de la Cour

Le 12 juillet 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu cinq arrêts à l'encontre de la France et traitant de faits similaires, à savoir la détention administrative d'enfants mineurs avec leurs parents en vue de leur éloignement. Dans le cadre de ce commentaire, nous nous concentrerons sur une affaire, *R.M. et autres* (n°33201/11), celle d'un couple de ressortissants russes d'origine tchéchène ayant été déboutés du droit d'asile après leur arrivée en France au courant de l'année 2008. Les requérants interjetèrent appel des deux décisions adoptées par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides mais sans succès. Entre-temps, le couple célébra la naissance de son premier enfant. Alors à peine âgé de sept mois, ce dernier fut placé avec ses parents dans la zone « famille » du centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu, à proximité de l'aéroport, en vue de leur éloignement. Les requérants furent ultérieurement remis en liberté, à une date inconnue, mais la rétention a duré au moins sept jours.

Devant la Cour, les requérants ont invoqué divers griefs. D'abord, relativement à la mesure d'éloignement, ils s'opposèrent à l'exécution de leur renvoi vers la Russie en invoquant séparément les articles 2 et 3 de la Convention. Ensuite, ils ont allégué que le placement en rétention de leur enfant était contraire à l'article 3 et à l'article 5. Enfin, les requérants ont invoqué la violation de l'article 8 mais ce grief fut déclaré irrecevable. Parmi ces différents motifs, ce commentaire se limite à aborder la conformité de la rétention de l'enfant mineur avec la Convention.

Les requérants dénoncent la violation de l'article 3 de la Convention du fait de la rétention administrative de leur enfant sur base de l'arrêt *Popov c. France* dans lequel la Cour a jugé que la rétention de mineurs dans un centre inadapté à leurs besoins était contraire à l'article 3<sup>1</sup>. A plusieurs reprises, notamment à l'encontre de la Belgique, la Cour a conclu à la violation de cette disposition en raison du placement en rétention d'étrangers mineurs accompagnés ou non<sup>2</sup>. Afin que le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 soit atteint, la Cour a tenu compte dans ces affaires de l'âge des enfants, de la durée de leur rétention et des conditions de celle-ci. En l'espèce, la Cour considère que si les conditions matérielles de rétention n'étaient pas en soi suffisamment dommageables pour emporter la violation de l'article 3 dès lors que l'espace était aménagé et séparé des autres retenus, l'enfant a néanmoins subi un traitement contraire à l'article 3 en raison de la durée de la rétention et de son bas âge.

La violation de l'article 5 §1 a également été soulevée à l'égard de l'enfant des requérants, faute pour les autorités françaises d'avoir recherché une solution alternative à la rétention. La Cour rappelle que pour qu'une détention soit compatible avec l'article 5 §1, il suffit qu'une procédure

<sup>1</sup> Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07.

<sup>2</sup> Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, req. n° 41442/07; Cour eur. D.H., 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, req. n° 15297/09.

d'éloignement soit en cours sans qu'il ne faille vérifier que la rétention effectuée en vue de l'éloignement soit raisonnablement nécessaire. Toutefois, à titre d'exception, lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs, et en raison de leur vulnérabilité, la privation de liberté doit être nécessaire pour atteindre le but poursuivi, ce qui implique de la part des autorités de vérifier qu'aucune alternative n'était envisageable :

« la Cour juge que la présence en rétention d'un enfant accompagnant ses parents n'est conforme à l'article 5 § 1 f) qu'à la condition que les autorités internes établissent qu'elles ont recouru à cette mesure ultime seulement après avoir vérifié concrètement qu'aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre »<sup>3</sup>.

Les autorités françaises n'ayant pas cherché à trouver une mesure alternative à la rétention de la famille, la Cour conclut à la violation de l'article 5 §1.

## B. Éclairage

La Cour confirme sa jurisprudence selon laquelle les enfants ont des besoins spécifiques en raison de leur âge et de leur dépendance, ce qui les place dans une situation de vulnérabilité. Selon la jurisprudence de la Cour depuis l'affaire *Mubilanzila*, eu égard au caractère absolu de l'article 3 de la Convention, la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve un mineur est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal<sup>4</sup>. Toutefois, toute rétention n'est pas incompatible avec l'article 3. Pour que le seuil de gravité requis par cette disposition soit atteint, la Cour tient compte de l'âge de l'enfant, de la durée et des conditions de la rétention. La conjonction de ces éléments avait conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 3 dans l'affaire *Popov*<sup>5</sup>.

Dans l'arrêt commenté, la Cour souligne que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Popov*, les conditions matérielles de rétention dans le centre de Toulouse-Cornebarrieu, ne posaient pas de problème et étaient adaptées aux besoins des familles<sup>6</sup>. Toutefois, la Cour reconnaît que le fait d'être privé de liberté, même dans un centre adapté aux besoins particuliers des enfants<sup>7</sup>, a un effet anxiogène et angoissant sur les enfants, notamment en bas âge. Ainsi, le critère déterminant au regard de l'article 3 de la Convention devient celui du temps. La Cour énonce, en effet, que « l'écoulement du temps revêt [...] une importance primordiale » afin d'évaluer si le seuil de gravité requis par l'article 3 a été atteint<sup>8</sup>. Selon la Cour, au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation des agressions psychiques et émotionnelles qui sont inhérentes à la vie dans un centre de rétention ont des conséquences néfastes sur les enfants, dépassant le seuil de gravité. Par conséquent, seul le placement en rétention dans un centre adapté pour une courte durée (en tout cas moins de sept jours) peut être compatible avec l'article 3 de la Convention.

<sup>3</sup> Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, req. n° 33201/11, §86.

<sup>4</sup> Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n°13178/03, §55.

<sup>5</sup> Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07, §103.

<sup>6</sup> Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, req. n° 33201/11, §73.

<sup>7</sup> Tant le droit européen, à travers l'article 17 de la Directive 2008/115 dite « Directive Retour », que le droit conventionnel exigent que la rétention de mineurs se déroule, en tout état de cause, dans un centre adéquatement équipé pour répondre aux besoins des enfants.

<sup>8</sup> Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, req. n° 33201/11, §75.

Après avoir conclu à la violation de l'article 3, la Cour a examiné la légalité de la détention au regard de l'article 5 §1 de la Convention. Eu égard à la situation particulièrement vulnérable des enfants mineurs, leur privation de liberté doit être nécessaire pour atteindre le but poursuivi, à savoir garantir l'éloignement de la famille. La Cour confirme ainsi sa jurisprudence et insiste sur le caractère subsidiaire de la privation de liberté de mineurs en vue de leur éloignement. Les autorités ont ainsi l'obligation de rechercher des mesures alternatives à la détention et le non-respect de cette condition entraîne la violation de l'article 5 §1 en raison du caractère illicite de la détention.

L'arrêt commenté s'inscrit ainsi dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour relative à la rétention d'enfants mineurs en séjour irrégulier et délimite un peu plus encore les conditions exceptionnelles dans lesquelles une telle rétention peut avoir lieu.

Suite aux condamnations de la Belgique par la juridiction strasbourgeoise, la législation belge a été modifiée et la situation a sensiblement progressé au cours des dernières années. Depuis la loi du 16 novembre 2011 qui inséra l'article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980, le principe est celui de l'interdiction de détention d'enfants mineurs en centre fermé, à moins que celui-ci ne soit adapté aux besoins de la famille. Même si la loi vise à éviter que les mineurs ne soient placés en rétention, elle laisse néanmoins une porte ouverte à la rétention dans un lieu adapté et pour une durée limitée<sup>9</sup>.

En vertu du principe de subsidiarité<sup>10</sup> consacré par la Directive 2008/115<sup>11</sup>, dite « Directive Retour », et rappelé à l'article 17 de la directive relatif à la détention des mineurs et de leur famille, l'article 74/9 envisage deux situations qui doivent préalablement être envisagées, à savoir la possibilité pour les familles de résider à domicile ou dans ce qu'on appelle les « maisons de retour » (centres ouverts adaptés aux besoins des familles) gérées par l'Office des étrangers (OE). Les conditions auxquelles les familles doivent satisfaire pour pouvoir bénéficier de ces mesures alternatives sont formulées dans une convention conclue entre la famille et l'OE. Un arrêté royal du 17 septembre 2014 fixe le contenu de cette convention et prévoit, par ailleurs, les sanctions applicables en cas de non-respect des conditions. Si tel devait être le cas, l'arrêté royal énonce que l'ensemble de la famille ou un seul de ses membres peut être détenu en centre fermé. Une série d'associations ont toutefois introduit un recours en annulation contre cet arrêté devant le Conseil d'Etat.

Celui-ci s'est prononcé le 28 avril 2016 et a annulé les deux sanctions prévues par l'arrêté royal<sup>12</sup>. D'une part, le Conseil d'Etat considère que placer un seul membre de la famille dans un centre fermé « apparaît disproportionné par rapport au but poursuivi » et constitue donc une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit à la vie familiale. Comme le souligne la haute juridiction administrative, une telle sanction ne semble pas pertinente pour garantir l'éloignement effectif de la famille, « sauf à imaginer, ce qui est à l'évidence inconcevable, que [l'Office des étrangers]

<sup>9</sup> Voy. à cet égard : C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.8.4.

<sup>10</sup> A cet égard : S. SAROLEA, « Le rappel du principe de subsidiarité. Note sous Bruxelles, Ch. mis. en acc., 1er juillet 2016 », *Newsletter EDEM*, juin 2016.

<sup>11</sup> [Dir. \(C.E.\) n° 2008/115 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O., L 348, p. 98.](#)

<sup>12</sup> CE, 28 avril 2016, n° 234.577.

entendrait de la sorte retenir un membre de la famille en « otage » pour s'assurer que le reste de la famille se soumettra à la mesure d'éloignement afin de récupérer le membre de la famille retenu ». D'autre part, le Conseil d'Etat annule également la sanction consistant à maintenir la famille avec les enfants en centre fermé au motif que l'arrêté royal attaqué ne formule pas l'exigence que ce centre soit adapté aux besoins de la famille, exigence énoncée à la fois par la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 17 de la directive retour.

Au vu de ce qu'il a été dit, il apparaît que la détention de mineurs en centre fermé continue à poser question non seulement en France mais aussi en Belgique, malgré les conséquences néfastes, unanimement dénoncées, d'une telle détention sur le développement d'enfants en bas âge. Dans un contexte où les Etats adoptent des politiques en matière de retour de plus en plus strictes au nom de l'efficacité, il est heureux que la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que les juridictions nationales, à l'instar du Conseil d'Etat, maintiennent le niveau de protection des droits et des intérêts des enfants mineurs.

**J-B.F.**

### C. Pour en savoir plus

#### Lire l'arrêt :

Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, req. n° 33201/11 ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["33201/11"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-152891"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

#### Jurisprudence

Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. nos 39472/07 et 39474/07 ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"appno":\["39472/07","39474/07"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-108708"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

Cour eur. D.H., 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, req. n° 15297/09 ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["15297/09"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-107895"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, req. n° 41442/07 ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["41442/07"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-96774"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n°13178/03 ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"appno":\["13178/03"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-77445"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.8.4.

(<http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-166f.pdf>)

CE, 28 avril 2016, n° 234.577.

(<http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/234000/500/234577.pdf#xml=http://www.raadvst>

[-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=30100&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=2&hits=13+14+&0818820161717\)](https://consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=30100&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=2&hits=13+14+&0818820161717)

**Pour citer cette note :** J.-B. Farcy, « Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement », *Newsletter EDEM*, Septembre 2016.

## 2. COUR EUR. D.H. [GC], 23 AOUT 2016, J.K. ET AUTRES C. SUEDE, REQ. N° 59166/12

***Groupe systématiquement ciblé par Al-Qaïda en Irak : risque de violation de l'article 3 CEDH.***

### A. Arrêt

#### 1. Rétroactes

Les requérants, M. J.K., son épouse et son fils, sont trois ressortissants irakiens. Déboutés de leur demande d'asile en Suède, ils ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme le 13 septembre 2012, alléguant une violation de l'article 3 CEDH en cas de renvoi vers l'Irak au motif qu'ils risquaient d'être persécutés par Al-Qaïda. Dans son [arrêt de chambre](#) rendu le 4 juin 2015, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 3 CEDH. Le 19 octobre 2015, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande des requérants.

#### - Faits survenus en Irak

Pendant de nombreuses années, M. J.K. dirigea sa propre entreprise de construction et de transport, laquelle n'avait que des clients américains et avait son siège sur une base militaire américaine. Il relate avoir été, ainsi que sa famille, victimes de plusieurs agressions commises par des membres d'Al-Qaïda : en 2004, M. J.K. fut la cible d'une tentative de meurtre et passa trois mois à l'hôpital ; en 2005, son frère fut enlevé et menacé de mort au motif que M. J.K. collaborait avec les Américains ; en 2006, leur maison fit l'objet d'une tentative d'attentat à l'explosif ; alors que la famille avait déménagé en Syrie, leur maison et les stocks commerciaux de M. J.K. furent détruits ; en 2008, de retour à Bagdad, la fille de M. J.K. décéda d'un tir dirigé contre leur automobile ; les stocks commerciaux de M. J.K. furent attaqués quatre ou cinq fois. Après 2008, les requérants ne reçurent plus de menaces ; selon M. J.K. c'est parce que la famille, tout en restant à Bagdad, changea d'adresse à plusieurs reprises.

#### - Procédure interne

M. J.K. sollicita l'asile et un permis de séjour en Suède en décembre 2010 ; sa demande fut rejetée au motif qu'il avait été enregistré comme ayant quitté le pays. Il la réitéra en 2011, de même que son épouse et son fils. L'office des migrations rejeta la demande. Cette décision fut confirmée par le tribunal des migrations au motif que les actes criminels commis par Al-Qaïda étaient survenus plusieurs années auparavant, que M. J.K. avait mis fin à son commerce, que la famille était restée à Bagdad pendant deux ans sans subir d'autres agressions et qu'en cas de menace persistante, les autorités irakiennes auraient la volonté et la capacité de les protéger. Les requérants interjetèrent appel devant la cour d'appel des migrations, qui déclara l'appel irrecevable en août 2012. Les requérants soumièrent alors à l'office des migrations une demande de réexamen de leur dossier, soutenant que M. J.K. était menacé par Al-Qaïda en raison de ses activités politiques. A l'appui de leur demande, ils présentèrent trois vidéos : une interview de M. J.K. en Anglais, une manifestation et un débat télévisé. Leur demande fut rejetée en septembre 2012 ; ils n'interjetèrent pas appel.

#### - Arrêt de chambre

La Cour a souscrit à l'appréciation des autorités suédoises. Quant à la situation générale en Irak, elle a constaté que s'il y avait eu une aggravation depuis juin 2014, aucun rapport international ne pouvait l'amener à conclure qu'elle était actuellement grave au point de provoquer une violation de l'article 3 CEDH en cas de renvoi. Concernant la situation personnelle des requérants, comme les autorités suédoises, la Cour a relevé que M. J.K. avait cessé ses affaires avec les Américains en 2008, que la dernière attaque violente d'Al-Qaïda contre les intéressés avait eu lieu en octobre 2008, soit près de six ans et demi auparavant, et surtout qu'ils étaient restés à Bagdad jusqu'en 2011 sans avoir fait l'objet d'autres menaces directes. Par ailleurs, la Cour a soulevé des problèmes de crédibilité dans les déclarations des requérants, en ce qu'ils les ont modifiées et ont omis certains éléments au cours de leurs différentes auditions. En outre, elle a observé que certains documents présentés à l'appui de leur demande étaient d'un caractère très sommaire, ce qui pourrait justifier un doute sur leur authenticité. Dès lors, elle a estimé être en accord avec les autorités suédoises sur le manquement des requérants à étayer en suffisance leur allégation selon laquelle ils ont été menacés et persécutés par Al-Qaïda après 2008. La Cour va dans le même sens quant à la crédibilité des déclarations relatives au débat public télévisé auquel a participé M. J.K. et à l'enregistrement y relatif. Partant, elle a estimé que les preuves n'étaient pas suffisantes pour conclure que les requérants courraient un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi en Irak et a conclu qu'en conséquence, leur expulsion n'emporterait pas violation de l'article 3 CEDH.

## 2. Raisonnement et décision de la Grande Chambre

**Après avoir rappelé de manière systématique les principes généraux prévalant dans les affaires d'expulsion**, la Cour souligne que les requérants n'ayant pas été expulsés, la question de savoir s'ils seraient exposés à un risque réel en cas d'expulsion vers l'Irak doit faire l'objet d'un examen eu égard à la situation actuelle (pts 106-107). Elle envisage ensuite la situation générale en Irak ainsi que la situation personnelle des requérants, l'existence d'un risque de mauvais traitements contraires à l'article 3 CEDH en cas de renvoi vers le pays d'origine devant être examinée à la lumière de l'un et l'autre.

Concernant la **situation générale en matière de sécurité en Irak**, la Cour note d'abord que tant l'office des migrations en 2011 que le tribunal des migrations en 2012 ont conclu qu'elle n'était pas de nature à créer un besoin général de protection internationale pour les demandeurs d'asile, constat confirmé par l'arrêt de chambre en 2015. Elle précise ensuite adhérer à la position du Gouvernement selon lequel l'intensité de la violence à Bagdad ne présente pas un risque réel que des individus subissent des traitements contraires à l'article 3 CEDH, position qu'elle estime étayée (rapport du ministère britannique de l'Intérieur d'avril 2015, rapports de Landinfo Norvège de 2014 et 2015), contrairement à celle des requérants. Dès lors que la situation générale en matière de sécurité n'empêche pas en soi l'éloignement des requérants, la Cour doit procéder à l'examen de leur situation personnelle afin de rechercher si elle est telle qu'ils se trouveraient exposés à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 2 s'ils étaient expulsés vers l'Irak (pts 108-111).

Quant aux **circonstances propres au cas des requérants**, la Cour observe un raisonnement en *quatre temps*.

*Premièrement* (pts 112-115), la Cour établit qu'étant donné que les menaces ayant visé M. J.K. et les membres de sa famille résultaient essentiellement des activités de celui-ci, elle ne se concentrera que sur sa propre situation. Elle rappelle que l'appréciation de la situation personnelle se fait du point de vue des conditions d'aujourd'hui ; autrement dit, la principale question qui se pose n'est pas de savoir comment les autorités suédoises ont évalué le dossier à l'époque (en 2011 et 2012) mais bien de savoir si, dans le contexte actuel, les requérants seraient encore confrontés à un risque réel d'être persécutés en cas de renvoi en Irak. La Cour constate que le récit des requérants est globalement cohérent, crédible et compatible avec les informations pertinentes sur le pays d'origine provenant de sources fiables et objectives et estime qu'il n'y a aucune raison de mettre en doute le constat des autorités suédoises suivant lequel la famille a été exposée aux formes les plus graves de violence de la part d'Al-Qaïda, constat qui ne paraît par ailleurs pas avoir été remis en cause ni par l'office des migrations dans ses observations ni par le tribunal des migrations dans ses conclusions. Au vu de ce constat, elle estime qu'il existe un « indice solide » montrant qu'en Irak, les requérants demeuraient exposés à un risque émanant d'acteurs non étatiques et qu'il appartient au Gouvernement de dissiper les doutes éventuels au sujet de ce risque. A cet égard, la juridiction strasbourgeoise note que le Gouvernement a soutenu devant elle que l'office des migrations avait estimé devant le tribunal des migrations que les documents soumis par les requérants concernant les faits censés être survenues en septembre et en novembre 2011 avaient un caractère sommaire et une faible valeur probante, et qu'il avait demandé aux requérants pourquoi ils n'avaient pas, antérieurement dans le cadre de la procédure d'asile, présenté des observations plus précises sur la poursuite des exactions après 2008. Le Gouvernement a tiré de cette circonstance, ainsi que de la date et la manière choisies pour se prévaloir du DVD contenant l'enregistrement audiovisuel du débat télévisé auquel J.K. avait participé, que le récit des requérants manquait de crédibilité. Ces derniers ont contesté cet argument. Or, la Cour observe que ni l'office des migrations ni le tribunal des migrations n'a tenu dans ses conclusions respectives un raisonnement concret plus poussé sur la crédibilité des requérants, pas plus que sur le DVD, et que, par conséquent, elle ne bénéficie pas de leur appréciation sur ces points. Toutefois, elle estime qu'il n'y a pas lieu de résoudre le désaccord des parties à cet égard puisque, quoi qu'il en soit, il ne ressort pas des décisions internes qu'elles excluent totalement l'existence d'un risque persistant émanant d'Al-Qaïda mais plutôt qu'elles confirment que – à la date de leur adoption – la capacité d'Al-Qaïda à opérer librement avait décliné, de même que l'infiltration des autorités par le groupe, et qu'à l'inverse la capacité des autorités à protéger les requérants avait augmenté.

*Deuxièmement* (pts 116-117), la Cour relate qu'il ressort de divers rapports émanant de sources fiables et objectives (document d'information sur l'Irak de 2009 et directive de 2014 du ministère britannique de l'Intérieur) que les personnes qui ont collaboré d'une façon ou d'une autre avec les autorités des puissances occupantes en Irak après la guerre ont été et continuent d'être prises pour cible par Al-Qaïda et d'autres groupes. Considérant l'appartenance de M. J.K. à un groupe de personnes systématiquement prises pour cible en raison de leurs liens avec les forces armées américaines, la Cour précise être consciente que le niveau et la forme de la « collaboration » avec des troupes et autorités étrangères sont variables et que par conséquent, le niveau de risque l'est également. Il est établi M. J.K. a subi des mauvais traitements jusqu'en 2008. A cet égard, elle

souligne deux éléments relevant, d'une part, les contacts de ce dernier avec les forces américaines étaient largement visibles dès lors que son bureau se trouvait sur une base militaire américaine et, d'autre part, les rapports consultés ne corroborent en rien l'hypothèse – portée par les autorités suédoises – suivant laquelle les menaces d'Al-Qaïda s'étaient interrompues lorsque M. J.K. avait mis un terme à ses relations commerciales avec les forces américaines. Au vu de ces circonstances propres à l'espèce, la Cour estime qu'en cas de renvoi vers l'Irak, les requérants seraient exposés à un risque réel de continuer à subir des persécutions de la part d'acteurs non étatiques.

*Troisièmement* (pts 118-120), la Cour se pose la question connexe de savoir si les autorités irakiennes seraient à même de fournir une protection aux requérants. Elle reprend les informations tirées des sources objectives les plus récentes en matière de droits de l'homme qui indiquent que : le système de sécurité et de droit irakien présente des déficiences dans sa capacité et son intégrité ; le défaut de protection effective des droits de l'homme a été exacerbé par la corruption à grande échelle et à tous les niveaux de l'Etat et de la société ; seuls des efforts limités ont été fournis par les forces de sécurité pour prévenir ou faire face à la violence sociétale. Cela étant, elle ne peut que constater que la situation s'est détériorée depuis 2011 et 2012, époque à laquelle les autorités suédoises ont apprécié la situation et avaient conclu que, si des menaces devaient persister, il était probable que les services répressifs irakiens auraient tant la volonté que la capacité d'offrir aux demandeurs la protection nécessaire. Et d'ajouter que cette question doit être envisagée dans le contexte d'une dégradation générale de la sécurité, marquée par un accroissement de la violence interconfessionnelle ainsi que par les attentats et avancées de l'EIL, ce qui a pour conséquence que de vastes zones du territoire sont soustraites au contrôle effectif du gouvernement irakien.

*Quatrièmement* (pts 121-122), à la lumière de l'examen de la situation générale complexe et instable en matière de sécurité, la Cour estime que la capacité des autorités irakiennes à protéger les citoyens est amoindrie. Elle considère que si le niveau actuel de protection est peut-être suffisant pour la population générale, il en va autrement pour les personnes qui, à l'instar des requérants, appartiennent à un groupe pris pour cible. Partant, compte tenu des circonstances propres à la cause des requérants, la Cour n'est pas convaincue que, dans la situation actuelle, l'Etat irakien serait apte à leur fournir une protection effective contre les menaces proférées par Al-Qaïda ou d'autres groupes privés. Elle considère donc que la juxtaposition des effets de la situation personnelle des requérants et de la capacité restreinte des autorités irakiennes à les protéger génère un risque réel de mauvais traitements en cas de renvoi en Irak. Elle précise encore que la capacité des autorités des autorités irakiennes à protéger les requérants devant être tenue pour amoindrie dans l'ensemble du pays, la possibilité d'une réinstallation interne en Irak n'est pas une option réaliste dans le cas des requérants.

**Par conséquent** (pt 123), la Cour estime qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'en cas de renvoi en Irak, les requérants y courront un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH et que partant, la mise en œuvre de la décision d'expulsion dont ils font l'objet emporterait violation de l'article 3.

## **B. Éclairage**

L'arrêt commenté a ceci de particulièrement intéressant que la Grande Chambre y consacre des développements importants – en termes de longueur et de fond – à présenter les principes généraux qui guident la Cour dans les affaires d'expulsion et ce, d'une manière systématique et synthétique. En outre, il clarifie la nature de l'appréciation *ex nunc* à laquelle la Cour se livre en vertu de l'article 3 CEDH. Les observations que le cadre de la newsletter permettent de faire sont largement éclairées par les opinions – concordantes et dissidentes – attenantes à l'arrêt. Les juges strasbourgeois s'étendent en effet sur le rappel – voire l'établissement – de ces principes généraux et apportent se faisant un intérêt supplémentaire au commentaire. La question centrale de l'arrêt étant de savoir comment traiter les allégations des requérants relatives à des faits ultérieurs censés s'être produits après que les activités y ayant donné cours aient cessé, donc plus généralement les « persécutions passées », le présent commentaire s'axe sur les principes généraux relatifs à la répartition de la charge de la preuve et les mauvais traitements antérieurs.

Comme rappelé ci-avant, la chambre a, à l'instar des autorités suédoises, remis en question la crédibilité des requérants ainsi que la valeur probante et l'authenticité de certains éléments de preuve dans son examen de leur situation individuelle (pts 57-59), l'amenant à conclure, en considérant entre autres que les requérants n'ont pas apporté la preuve d'autres menaces directes à leur encontre, qu'il n'y a pas de preuve suffisante pour estimer que les requérants courraient un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 CEDH en cas de renvoi en Irak (pt 60). Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Zupančič – rejoint par le juge De Gaetano – avait estimé que « [...] quel que soit la prétendue faiblesse de la valeur probante de *certaines* des preuves présentées aux autorités suédoises, il est irrationnel de soutenir que la charge de la preuve et le risque de non-persuasion devraient peser exclusivement sur les requérants. Les attaques contre le requérant, d'une part, et la mort de sa fille des mains d'Al-Qaïda, de l'autre, sont plus que suffisants pour créer une présomption en faveur de la demande d'asile des requérants. Cela signifie que la charge de la preuve et le risque de non-persuasion devraient peser sur l'Etat, en particulier devant la Cour européenne des droits de l'homme. La charge de la preuve devrait donc incomber à l'Etat défendeur qui devra prouver que le requérant (ou les requérants en l'espèce) ne sera pas soumis à des conditions contraires à l'article 3 lors de son retour en Irak ». Il souligne alors « l'approche bizarre » de l'appréciation de la preuve par les autorités suédoises, comme si le manque de crédibilité des requérants sur certaines questions réduisait à néant la valeur probante d'autres faits attestés.

Les deux juges ont réitéré ces observations dans d'autres affaires suédoises, notamment dans l'arrêt *R.H.* du 10 septembre 2015, relatif à une requérante somalienne craignant d'être maltraitée et/ou tuée par ses oncles au motif qu'elle avait refusé un mariage forcé avant de quitter la Somalie ou d'être forcé à consentir à ce mariage et invoquant également la situation générale en Somalie pour les femmes et en particulier celles qui ne peuvent compter sur le soutien des hommes de leur entourage, ce qui les expose au risque de vivre seules dans un camp de réfugiés. Ils renvoient à leurs opinions dans l'arrêt *J.K.* et constatent que la Cour, « [*o]nce again* », arrive à la même conclusion que les juridictions suédoises délaissent un examen du contexte général pour se focaliser sur les contradictions et les incohérences mineures des déclarations du requérant. Ils considèrent cette méthode comme étant inacceptable et soulignent que cet effet de contagion est constant dans les affaires suédoises : « *It cannot be overemphasised in this and in other similar*

*cases that the evidentiary burden and the risk of non-persuasion, once the prima facie case has been established in favour of the applicants, lies squarely on the Government* ». Et d'ajouter : « *The European Court of Human Rights is the court of last resort where this ought to happen* ». Le commentaire de l'arrêt *R.H.*, dans une [précédente newsletter](#), avait mis en avant que ces affaires dans lesquelles la Cour s'attarde, elle aussi, sur les imprécisions et divergences minimales du récit du requérant et lui en tient définitivement rigueur semblent s'éloigner quelque peu de la [jurisprudence Singh](#) dans laquelle elle a condamné la Belgique parce que « l'examen du risque objectif d'une violation de l'article 3 CEDH a été occulté par l'examen de la crédibilité des requérants et les doutes quant à la sincérité de leurs déclarations » (pt 100).

A cet égard, il semble, à l'instar du juge Zupančič dans son opinion de l'arrêt de chambre, qu'au moins deux faits indiscutables en l'espèce concernent l'attaque directe d'Al-Qaïda contre M. J.K. et la mort par balle de sa fille à Bagdad. Ces deux faits sont liés à la situation générale à Bagdad et en Irak, c'est-à-dire à la présence plus ou moins continue de cette organisation terroriste et à la menace qu'elle constitue. Le fait qu'une personne ait déjà été victime d'une attaque directe ce type devrait conduire la Cour à examiner très attentivement le danger constant pour les requérants. Il semble que c'est à un tel examen attentif que la Grande Chambre a procédé dans l'arrêt de renvoi, employant une formulation spécifique à laquelle elle n'a encore jamais eu recours (*voy. infra*).

Dans ce qui pourrait presque être qualifié de « leçon de méthode » sur les principes généraux, la Grande Chambre fait, entre autres, le point sur la répartition de la charge de la preuve (pts 91-98) ainsi que sur les traitements antérieurs comme indices de l'existence d'un risque (pts 99-102). Elle rappelle, d'une part, qu'il ressort de sa jurisprudence constante concernant la charge de prouver dans les affaires d'expulsion qu'il appartient en principe au requérant de produire des éléments susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure incriminée était mise à exécution, il serait exposé à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article 3 CEDH et, d'autre part, que lorsque de tels éléments sont soumis, il incombe au Gouvernement de dissiper les doutes éventuels à ce sujet. En outre, des questions particulières se posent lorsqu'un demandeur d'asile allègue avoir l'objet par le passé de mauvais traitements car cela peut être pertinent pour évaluer le risque qu'il subisse de tels traitements à l'avenir. La Cour reprend d'abord sa jurisprudence constante selon laquelle pour évaluer un tel risque, il faut dûment tenir compte du fait que l'intéressé a indiqué de manière plausible, sur la base de certificats médicaux par exemple, avoir par le passé été soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH, le cas échéant il incombe à l'Etat de dissiper les doutes éventuels concernant le risque qu'il y soit à nouveau soumis en cas de mise en œuvre de son expulsion. Ensuite, après s'être référée à des dispositions et principes contenus dans la [directive qualification](#) et dans des [documents de l'UNHCR](#), elle formule sans plus d'explication la déclaration suivante :

« La Cour considère que l'existence de mauvais traitements antérieurs fournit un indice solide d'un risque réel futur qu'un requérant subisse des traitements contraires à l'article 3, dans le cas où il a livré un récit des faits globalement provenant de sources fiables et objectives sur la situation générale dans le pays concerné. Dans ces conditions, c'est au Gouvernement qu'il incombe de dissiper les doutes éventuels au sujet de ce risque. » (pt 102).

Appliquant ces principes généraux au cas d'espèce, elle constate que les requérants ont été exposés à des mauvais traitements de la part d'Al-Qaïda, que leur récit est globalement cohérent et

crédible et compatible avec les informations pertinentes sur le pays d'origine provenant de sources fiables et objectives et que, dès lors, elle peut estimer qu'il existe un indice solide montrant qu'en Irak, ils demeureraient exposés à un risque émanant d'acteurs non étatiques (pt 114).

Selon le juge Ranzoni, dans son opinion dissidente, on ne distingue pas clairement si l'intention de la Cour par l'utilisation de cette formule est de refléter les principes définis par la jurisprudence ou si de nouveaux principes doivent être établis. Pour lui, il s'agit de nouveaux principes, présentés dans un raisonnement suffisant. Il avance quatre raisons sous-tendant son inquiétude quant à ces nouveaux principes : (1) leur genèse n'est pas expliquée dans l'arrêt ; (2) ils constituent un mélange déséquilibré et fragmentaire de la jurisprudence actuelle et d'autres jurisprudences internationales ; (3) ils mêlent différents éléments tels que la charge de la preuve, la crédibilité et les conséquences de mauvais traitements antérieurs de façon incohérente et insatisfaisante ; (4) eu égard à la jurisprudence actuelle, leur établissement n'est pas nécessaire (pts 4-5). Le juge se livre alors à une évaluation approfondie des quatre critères et de leur application (pts 6-11), à savoir « mauvais traitements antérieurs », « indice solide », « globalement » et « doutes éventuels » qu'il estime être des termes problématiques dans leur origine, leur compréhension et leur interprétation.

Bien qu'elle marque une opinion concordante, la juge O'Leary émet également des inquiétudes quant à la « nouvelle » déclaration de la Cour. Selon elle, la Cour présente une formule « bien intentionnée », mais « légèrement bricolée », qui posera en pratique des difficultés aux autorités compétentes : comment un juge national est-il censé appliquer l'article 4, § 4 de la directive qualification à travers le prisme de la transposition dans la législation nationale, tout en veillant à se conformer aux exigences de l'article 3 CEDH, pour concilier l'« indice sérieux » de la directive et l'« indice solide » dont la Cour semble faire à présent le critère pertinent au regard de l'article 3, d'autant plus qu'aucune explication n'est donnée quant à ce changement de formulation (pt 7) ?

L'avancée positive de l'arrêt de renvoi par rapport à l'arrêt de chambre est que la Grande Chambre semble moins « traquer » les contradictions et incohérences mineures des déclarations des requérants, à l'instar des autorités suédoises qui n'ont pas fait d'observations sur ce point, dans leurs observations respectives. L'évaluation de la crédibilité s'en trouve, dans une certaine mesure, « remise à sa place » dans l'examen du besoin de protection comme étant *un* mode de preuve, à côté des preuves matérielles, et ce en vertu du libellé de l'article 4 de la directive qualification. Autrement dit, si la question de la crédibilité du demandeur est un élément clef de l'examen de la demande de protection, il s'agit toutefois d'une étape dans l'analyse de la qualification qui peut être jugée comme nécessaire, mais pas suffisante pour répondre à la question de l'existence d'une crainte. Or, il ressort en effet bien trop souvent de l'analyse de la jurisprudence et des pratiques administratives des autorités en charge de l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire que celles-ci ne prennent en considération les preuves matérielles introduites par les demandeurs qu'en vue d'appuyer la conviction, l'intuition, positive ou négative, qu'elles se sont déjà forgées au terme de l'examen de la crédibilité.

La nouvelle formulation introduite par la Cour (pt 102) risque de venir jeter un flou sur l'évaluation de la crédibilité et le partage de la charge de la preuve, éléments déjà extrêmement complexes à cadrer, notamment en présence de persécutions passées, comme c'est le cas en l'espèce. En effet, l'interprétation des termes relatifs à l'article 3 dans les affaires d'expulsion utilisés par la jurisprudence constante de la Cour et la manière d'évaluer leur application dans les cas d'espèce,

de même que l'interprétation et l'application par les juges nationaux des critères établis par la Convention de Genève et la directive qualification, posent les questions et difficultés que l'on connaît, propres à un contentieux dans lequel l'intuition, malgré toute la dangerosité qu'on lui reconnaît, et l'intime conviction balisent les prises de décision. Et à cela, dans l'arrêt commenté, les juges strasbourgeois consacrent de nouveaux vocables, sans plus d'explication. A cela s'ajoute la difficulté de leur interprétation et la question de savoir s'il s'agit de nouveaux principes généraux ou d'un complément, voire d'une reformulation.

Malgré la formule neuve utilisée par la Grande Chambre, à propos de laquelle les avis divergeront assurément pour ce qui est de son application en tant que principe général, il faut saluer sa volonté – même « bricolée » pour reprendre les termes de la juge O'Leary – de préciser le cadre de l'évaluation du risque qu'un individu qui a subi des mauvais traitements par le passé en soit encore victime à l'avenir. En effet, les cas des persécutions passées sont nombreux en pratique, et notamment très problématiques et difficilement considérés dans les affaires relatives aux pratiques traditionnelles néfastes, tels les mutilations génitales féminines, les mariages forcés et les violences domestiques, dont font l'objet les femmes dans les sociétés patriarcales.

H.G.

### C. Pour aller plus loin

#### Pour lire l'arrêt :

[Cour eur. D.H. \[GC\], 23 août 2016, \*J.K. et autres c. Suède\*, req. n° 59166/12](#)

#### Jurisprudence :

- [Cour eur. D.H., 4 juin 2015, \*J.K. et autres c. Suède\*, req. n° 59166/12 ;](#)
- [Cour eur. D.H., 10 septembre 2015, \*R.H. c. Suède\*, req. n° 4601/14.](#)

#### Doctrine :

- [H. Gribomont, « Situation générale à Mogadiscio et doute sur la crédibilité : non-violation de l'article 3 C.E.D.H. », \*Newsletter EDEM\*, octobre 2015, pp. 8-12.](#)

**Pour citer cette note :** H. GRIBOMONT, « Groupe systématiquement ciblé par Al-Qaïda en Irak : risque de violation de l'article 3 CEDH », *Newsletter EDEM*, septembre 2016.

### 3. COUR EUR. D.H., GRANDE CHAMBRE, 21 SEPTEMBRE 2016, *KHAN C. ALLEMAGNE, REQ. N° 38030/12*

#### *Quel statut pour les étrangers ni expulsables, ni autorisés au séjour ?*

##### **A. Arrêt**

La requérante vit en Allemagne depuis 1991, où elle est arrivée en tant que demandeuse d'asile. Elle accompagnait son époux. Ce dernier a été reconnu réfugié, tandis que la requérante a vu son séjour régularisé. En 2004, la requérante commet un meurtre. Atteinte d'un épisode psychotique, elle étrangle sa voisine et la précipite dans les escaliers. Son époux sollicite le divorce et obtient la garde de leur enfant. Les juridictions pénales allemandes ordonnent l'internement à vie de la requérante dans une institution psychiatrique au motif qu'elle souffre de schizophrénie et de déficience mentale.

Quelques années plus tard, en 2009, l'administration allemande ordonne l'expulsion de la requérante pour motifs d'ordre public. Cette décision est confirmée par les juridictions administratives allemandes. Craignant d'être expulsée suite à sa remise en liberté sous conditions de demeurer en contact avec le personnel soignant de l'hôpital psychiatrique et de continuer à suivre sa thérapie, la requérante introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt de chambre rendu le 23 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que le renvoi de la requérante vers le Pakistan n'emporterait pas la violation de la Convention<sup>1</sup>. Elle relève que si la vie sociale et familiale de la requérante en Allemagne bénéficie de la protection de l'article 8 C.E.D.H., cette dernière n'est pas suffisamment intense pour s'opposer à son expulsion, au vu des considérations de sécurité publique propres au cas d'espèce. Elle note, également, que la requérante pourrait bénéficier de soins adéquats dans son pays d'origine, le Pakistan, où vivent des membres de sa famille.

Saisie d'une demande de renvoi, la grande chambre décide de rayer la requête du rôle. Elle juge que puisque la requérante est en séjour toléré en Allemagne (le « *Duldung* ») et que les autorités allemandes se sont engagées à ne pas l'expulser sans procéder à un ré-examen de sa situation, elle a perdu son intérêt à agir :

« La Cour note en l'espèce que le gouvernement allemand a donné l'assurance que la requérante ne serait pas expulsée sur la base de l'arrêté d'expulsion du 4 juin 2009 contre lequel celle-ci a introduit la présente requête. Le Gouvernement a en outre assuré que si la requérante faisait l'objet d'une nouvelle décision d'expulsion, celle-ci ne serait prise qu'après un examen médical complet de l'état de santé de la requérante et qu'elle tiendrait compte du temps écoulé depuis l'arrêté d'expulsion de 2009.

(...)

---

<sup>1</sup> Cour eur. D.H., 23 avril 2015, *Khan c. Allemagne*, req. n° 38030/12.

La requérante dispose par ailleurs du statut de tolérance de séjour en application de l'article 60a de la loi sur le séjour. La Cour rappelle dans ce contexte qu'elle a procédé à la radiation de requêtes du rôle après avoir été informée par le gouvernement défendeur que les autorités nationales n'avaient plus l'intention de renvoyer l'intéressé dans un avenir proche ou pour une certaine période dans le pays de destination, sans que ces informations eussent été accompagnées d'un engagement formel de la part du gouvernement défendeur »<sup>2</sup>.

La Cour note également qu'à supposer que les autorités allemandes adoptent un nouvel arrêté d'expulsion à la suite du réexamen du dossier de la requérante, elle pourrait être saisie par une nouvelle requête<sup>3</sup>.

Enfin, à toutes fins utiles, la Cour précise que la requête ne soulève aucune question importante relative à l'interprétation de la Convention. Elle ne fait que remettre en question l'évaluation de l'intensité de la vie familiale et du degré de dangerosité de la requérante, lesquelles sont des questions de fait propres au cas d'espèce<sup>4</sup>.

Dans son opinion dissidente, le juge hongrois Andras Sajo considère que la Cour aurait dû répondre à la question de savoir si, dans le cas d'espèce relatif à « une personne handicapée mentale dont l'environnement actuel est le seul qui lui soit favorable », la simple tolérance du séjour suffit. Il reproche, plus fondamentalement, à la Cour de justifier la radiation de la requête sur la base de la subsidiarité de son contrôle, notant qu'en pareil cas la Cour renoncerait à « assurer » le respect de la Convention, comme l'exige son article 19, pour simplement en « contrôler » le respect par les Etats parties. Selon le juge dissident :

« Quelle que soit sa signification dans le présent contexte, la subsidiarité ne peut servir à justifier une décision de radiation. Dans le cas contraire, n'importe quelle autre raison pourrait être mise en avant pour justifier une radiation, et la Cour exercerait ainsi un pouvoir discrétionnaire illimité. »

## **B. Éclairage**

L'arrêt commenté, plus particulièrement l'opinion dissidente du juge Sajo, présente l'intérêt de mettre en lumière le statut des étrangers à la fois non expulsables et non autorisés au séjour. Pareille question gagne en importance, pour divers motifs tenant notamment au développement du droit de l'Union européenne (1) et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 C.E.D.H. (2). Elle se pose, aussi, avec acuité dans la pratique belge, où depuis plusieurs années les autorités usent avec parcimonie de leur compétence discrétionnaire de régulariser pour circonstances exceptionnelles. Cette dernière n'apparaît pas, ou plus, comme la solution pour nombre d'étrangers non expulsables (3).

*(1) Le droit de l'Union européenne et la distinction entre la décision de retour et la décision d'autorisation au séjour*

<sup>2</sup> *Ibidem*, §§36 et 37.

<sup>3</sup> *Ibidem*, §37.

<sup>4</sup> *Ibidem*, §40

Le droit de l'Union européenne a ceci de particulier qu'il harmonise les conditions d'adoption d'une décision d'éloignement, par le biais de la directive retour, sans harmonisation totale des conditions d'octroi d'un titre de séjour<sup>5</sup>. Les Etats membres demeurent, sauf exceptions, essentiellement en matière d'asile et de regroupement familial<sup>6</sup>, seuls compétents pour fixer les conditions d'octroi d'une autorisation au séjour. Il en résulte une accentuation de la distinction entre les conditions d'octroi d'un titre de séjour, d'une part, et les conditions d'édiction d'une décision d'expulsion, d'autre part.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne accentue davantage encore cette distinction. Dans l'arrêt *Mahdi*, en effet, la Cour de justice a jugé que la circonstance qu'une décision de retour ne pouvait pas être adoptée à l'encontre d'un étranger en séjour irrégulier n'emportait pas l'obligation, pour les Etats membres, de régulariser son séjour<sup>7</sup>. Par conséquent, certains étrangers peuvent ne pas être régularisés par les Etats membres, sans pouvoir, pour autant, être expulsés.

La directive retour fournit quelques indications sur le statut que doivent se voir accorder ces étrangers non autorisés au séjour, mais non expulsables. Elle énonce, dans son article quatorze, qu'ils doivent se voir accorder diverses garanties minimales « dans l'attente de leur expulsion ». Parmi ces garanties figurent, notamment, la protection de l'unité familiale, l'accès aux soins médicaux de base, l'accès au système éducatif et, pour les vulnérables, la prise en considération de leurs besoins spécifiques. Cette disposition renvoie, toutefois, largement au pouvoir d'appréciation des Etats membres, en précisant qu'il leur revient de garantir ces droits « dans la mesure du possible ». De même, le considérant douze de la directive retour souligne que « les besoins de base (des étrangers non expulsables) devraient être définis conformément à la législation nationale ».

(2) *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection absolue de l'article 3 C.E.D.H.*

Si la Cour européenne des droits de l'homme énonce par principe qu'elle se prononce exclusivement sous l'angle de l'interdiction d'expulser en violation des articles 3 et 8 de la Convention, sans aller jusqu'à ordonner l'octroi d'une autorisation au séjour<sup>8</sup>, elle a parfois été amenée à déduire de l'article 3 C.E.D.H. le droit de tout individu vulnérable à ne pas vivre dans des conditions de précarité extrême.

Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, par exemple, elle a jugé qu'un demandeur d'asile ne pouvait pas être contraint de vivre à la rue sans la moindre assistance<sup>9</sup>. Plus clairement encore, le

<sup>5</sup> Sur ce constat, voy. J.-Y. CARLIER, « La 'directive retour' et le respect des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, 2008, p. 16.

<sup>6</sup> Notez que, même dans ces domaines, les Etats membres conservent une relative marge d'appréciation.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 5 juin 2014, *Mahdi*, aff. C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, §87. Sur cet arrêt, voy. notamment D. ACOSTA ARCARAZO, « The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: *Mahdi* », *C.M.L.Rev.*, 2015, p. 1361, où l'auteur déduit de l'interprétation de la directive retour à la lumière de la Charte des droits fondamentaux opérée par la Cour de justice, l'obligation d'octroyer, dans certains cas et suite à une analyse de proportionnalité, un titre de séjour temporaire (voy. en p. 1376).

<sup>8</sup> Il est de jurisprudence constante que « ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique » (voy. notamment Cour eur. D.H., 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87 ; Cour eur. D.H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93, §73).

<sup>9</sup> Cour eur. D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

Comité européen des droits sociaux reconnaît divers droits minimaux pour les étrangers non autorisés au séjour, afin de garantir leur droit à la dignité humaine. Par sa décision *F.I.D.H. c. France*, il a jugé que toute personne doit bénéficier d'une assistance médicale minimale, quelle que soit la régularité de son séjour<sup>10</sup>. De même, par sa décision *C.E.C. c. Pays-Bas*, il a conclu que les étrangers en séjour irrégulier sans domicile fixe doivent pouvoir accéder aux centres d'accueils ouverts aux autres sans-abris<sup>11</sup>.

Force est toutefois de constater que la jurisprudence strasbourgeoise demeure encore embryonnaire sur ces questions. C'est donc à raison, nous semble-t-il, que par son opinion dissidente le juge Sajo regrette que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de l'affaire *Khan c. Allemagne* pour clarifier l'étendue des droits auxquels un individu ne pouvant pas être expulsé devrait bénéficier, compte tenu notamment de la vulnérabilité particulière de la requérante qui souffre de maladies mentales.

### (3) Le droit belge et l'absence d'un titre spécifique pour les étrangers non expulsables

En Belgique, le statut administratif des étrangers non autorisés au séjour, mais non expulsables, ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Faute d'un titre attestant de leur statut administratif, ces derniers se trouvent confrontés à de nombreuses difficultés, notamment en termes d'accès à une assistance sociale minimale, comme l'aide médicale urgente, à l'éducation ou encore en cas de contrôle de police. Si les droits consacrés par la directive leur sont, en théorie, reconnus, en pratique, les obstacles administratifs sont réels.

La loi du 15 décembre 1980 envisage la possibilité pour les autorités, sur la base de leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire, de régulariser le séjour d'un étranger dans des « circonstances exceptionnelles »<sup>12</sup>. Cette disposition permet d'offrir une solution aux étrangers qui, s'ils ne répondent pas aux critères pour bénéficier d'un droit de séjour en application des autres dispositions de la loi du 15 décembre 1980 relatives par exemple à l'asile ou au regroupement familial, ne sont pas expulsables. L'usage de cette disposition devient, cependant, de plus en plus rare<sup>13</sup>.

Dans ce contexte, il pourrait être intéressant de lancer la réflexion au sujet de l'instauration, en droit belge, d'un titre de séjour temporaire spécifique, clarifiant le statut administratif des étrangers non expulsables. Pareil titre de séjour pourrait s'inspirer du « Duldung », le titre de séjour toléré allemand dont question dans l'affaire *Khan c. Allemagne*. Tel est, certainement, l'esprit de la directive retour, qui exige que les Etats membres « confirment par écrit » la situation de l'étranger

<sup>10</sup> Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2004, *F.I.D.H. c. France*, réclamation collective n° 14/2003.

<sup>11</sup> Comité européen des droits sociaux, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *C.E.C. c. Pays-Bas*, réclamation collective n° 90/2013.

<sup>12</sup> Art. 9bis de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>13</sup> Voy. les statistiques de Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015, septembre 2015, en particulier p. 144, figure 43*. Notez que ces statistiques comprennent non seulement les demandes d'autorisations au séjour pour circonstances exceptionnelles (article 9bis, anciennement 9, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980), mais également celles fondées sur des motifs médicaux (article 9ter de la loi du 15 décembre 1980). Une modification législative relative à l'autorisation de séjour médical, qui instaure un filtre de recevabilité strict, participe sans doute à expliquer la diminution drastique des autorisations de séjour octroyées (de 49% en 2005 à 9% en 2015).

non expulsable<sup>14</sup>. Il eut été intéressant, pour cette raison, que dans l'arrêt *Khan c. Allemagne* la Cour européenne des droits de l'homme s'étende davantage sur les conditions de conformité de pareil statut de séjour avec la Convention, avant de déclarer la requête irrecevable pour ce motif.

L.L.

### C. Pour en savoir plus

#### Pour consulter l'arrêt

[Cour eur. D.H., grande chambre, 21 septembre 2016, \*Khan c. Allemagne\*, req. n° 38030/12](#)

**Pour citer cette note :** Pour citer cette note, LEBOEUF, L., « Quel statut pour les étrangers ni expulsables, ni autorisés au séjour ? », Newsletter EDEM, septembre 2016.

---

<sup>14</sup> Notez toutefois que, dans l'arrêt *Mahdi*, la Cour de justice a précisé que « les États membres bénéficient d'une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de cette confirmation écrite » (C.J.U.E., *Mahdi*, *op. cit.*, §88), de sorte qu'il nous paraît difficile de déduire de la directive retour une obligation stricte d'octroyer un document spécifique, attestant de l'impossibilité d'expulser, même si cela semble correspondre à son esprit.