

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 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., 13 octobre 2016, B.A.C. c. Grèce, req. n° 11981/15 : « L'obligation positive de statuer dans des délais raisonnables dans la procédure d'asile ».....3

La Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé que la Grèce avait violé l'article 8 et les articles 3 et 13 CEDH. Le premier est violé par l'absence de décision quant à la demande d'asile du requérant pendant plus de quatorze ans. L'insécurité et la précarité d'une telle attente portent atteinte à l'obligation positive des Etats au regard de l'article 8 consistant à mettre en place une procédure effective et accessible protégeant la vie privée. Les articles 3 et 13 sont violés s'agissant d'un requérant qui a subi des mauvais traitements antérieurs et qui a présenté des éléments probants selon lesquels il risquait d'en subir à nouveau en cas d'éloignement vers la Turquie et ce même si la Turquie est un pays membre du Conseil de l'Europe.

Articles 3, 8 et 13 CEDH – Turquie – procédure d’asile – conditions de vie précaires – omission de statuer – obligation positive – délai déraisonnable – situation juridique incertaine – extradition – risque ex nunc – traitements inhumains et dégradants – violations.

2. C.D.H., 15 juillet 2016, CCPR/C/117/D/2081/2011, D.T. c. Canada : « Focus sur la prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant » 11

Une motivation adéquate au regard de l’intérêt supérieur de l’enfant doit permettre de comprendre en quoi l’objectif légitime mais néanmoins formel de respecter les lois en matières d’immigration justifie une mesure d’éloignement affectant un enfant. L’autorité doit démontrer qu’elle a effectué une mise en balance des intérêts en présence qui intègre la primauté de l’intérêt supérieur de l’enfant, en l’occurrence celui de ne pas devoir choisir entre suivre sa mère à l’étranger alors qu’il est lui-même canadien en se privant de la prise en charge médicale et psychosociale dont il a besoin et être séparé de sa mère qui est son seul référent parental.

P.I.D.C.P., art. 17, 23.1 et 24 – prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant – accès à une éducation et à des soins adaptés – mère d’un enfant canadien – violation.

3. Cass. (2^e ch.), 21 septembre 2016, P.16.0939/F : « Le droit d’être entendu avant l’adoption d’une mesure privative de liberté : un obstacle à l’effectivité ? »17

La Cour de cassation accueille le moyen soulevé par l’Etat belge selon lequel il n’est pas nécessaire d’entendre à nouveau un étranger avant la prise d’une décision de privation de liberté en vue de la mise à la disposition du gouvernement dès lors que l’individu a déjà été entendu dans le cadre de procédures ayant un objet différent.

Loi du 15 décembre 1980 – Directive 2008/115/CE - Procédure de retour - Droit d’être entendu – Respect des droits de la défense — Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne..

1. COUR EUR. D.H., 13 OCTOBRE 2016, B.A.C. C. GRECE, REQ. N° 11981/15

L'obligation positive de statuer dans des délais raisonnables dans la procédure d'asile.

A. Arrêt

1. En fait

Le requérant, de nationalité turque, est un activiste politique soutenant les thèses procommunistes et pro-kurdes. Détenu dans une prison turque, il fait une grève de la faim pendant 171 jours mettant sa vie en danger, ce qui lui valut d'être remis en liberté. En 2000, il est poursuivi et inculpé par les autorités turques pour atteinte à l'ordre constitutionnel de l'Etat. Il s'enfuit en Grèce où il dépose, en 2002, une demande d'asile qui est rejetée par le secrétaire général du ministère de l'Ordre public. Il introduit un recours devant le ministre de l'Ordre public ; en vertu du droit interne, celui-ci devait statuer dans un délai de nonante jours sur avis de la Commission consultative d'asile. En 2003, dans le délai requis, la Commission émet un avis favorable à l'octroi du statut de réfugié au requérant. Le Ministre ne prend par la suite aucune décision, n'entérinant ni ne désapprouvant ainsi l'avis de la Commission.

De 2003 à 2015, le requérant vit à Athènes et se présente tous les six mois aux autorités de police pour renouveler sa carte de demandeur d'asile. Celle-ci ne constituant pas un titre de séjour, le requérant ne peut bénéficier des droits qui en découlent ; elle lui permet seulement de ne pas être expulsé et de résider sur le territoire avec un statut toléré pendant la durée de l'examen de sa demande. Cette tolérance ne permet ni d'accéder à une profession libérale, ni à une formation professionnelle, ni obtenir un permis de conduire, ni d'avoir un compte bancaire et se voir attribuer un numéro d'enregistrement fiscal ou encore de solliciter le regroupement familial. En 2005, le bureau d'Interpol de Turquie demande l'extradition du requérant. En 2013, la Cour de cassation confirme la décision de rejet prise par la chambre d'accusation de la Cour d'appel au motif des risques de mauvais traitements et du caractère vague et abstrait de la nature des infractions pour lesquelles l'extradition était sollicitée.

En mars 2015, le requérant saisit la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il allègue la violation de plusieurs dispositions de la Convention : article 8 pris isolément et combiné avec l'article 13, article 8 combiné avec l'article 14 et article 3 combiné avec l'article 13.

2. En droit

- Articles 8, 13 et 14

Le **requérant** soutient que l'incertitude et la précarité de sa situation pendant douze ans ainsi que les différentes restrictions qu'il aurait subies en tant que demandeur d'asile ont affecté le tissu de ses relations personnelles, sociales et économiques. Il affirme dès lors avoir été victime d'une ingérence dans le respect au droit de sa vie privée et familiale.

Le **Gouvernement** affirme que le non-octroi du statut de réfugié au requérant n'a aucune incidence sur sa vie privée et familiale et qu'il a pu bénéficier, et bénéficie encore, de tous les droits habituellement accordés aux demandeurs d'asile. Il ajoute que si le requérant se voit privé de

certaines droits reconnus uniquement aux réfugiés, il en va de son fait personnel puisqu'il a choisi de rester et de travailler en Grèce.

La **Cour** rappelle que l'article 8 ne porte pas atteinte à la souveraineté des Etats qui ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers. L'article 8 ne garantit pas davantage le droit à un type particulier de titre de séjour. Par contre, l'obligation positive à un respect effectif de la vie privée peut « impliquer la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée, et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger le droit des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques appropriées » (§ 36).

Parmi les obligations positives, figurent aussi celles de l'examen, par les autorités compétentes, des demandes d'asile dans de brefs délais afin de raccourcir la précarité et l'incertitude des périodes d'attente (§ 37). La Cour distingue la situation du requérant de celle d'un étranger qui dénoncerait l'incertitude générée par une décision d'éloignement ou d'étrangers en situation illégale mettant les autorités du pays d'accueil devant le fait accompli (§§ 38-39). Le requérant est demandeur d'asile et attend qu'il soit statué quant à sa demande. La violation de l'article 8 ne provient pas de mesures d'éloignement ou d'expulsion mais de la situation de précarité et d'incertitude que le requérant a connue pendant une longue période d'attente, soit quatorze ans (§ 40) ; période caractérisée par l'impossibilité de travailler comme salarié, comme indépendant, d'accéder à l'université, d'ouvrir un compte en banque ni de se voir attribuer un numéro d'enregistrement fiscal, de disposer d'un permis de conduire, de bénéficier du regroupement familial (§§ 41 à 44).

En outre, la Cour juge injustifiée l'omission du ministre de l'Ordre public de statuer sur la demande d'asile du requérant, considérant que celle-ci ne reposait sur aucun motif et a perduré depuis plus de douze ans malgré le prononcé en faveur de la nécessité de lui octroyer le statut de réfugié ainsi que le rejet de la demande d'extradition par les instances nationales (§ 45).

La Cour estime par conséquent que les autorités compétentes ont manqué à leur obligation positive tirée de l'article 8, consistant à mettre en place une procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée, au moyen d'une réglementation procédant à l'examen de la demande d'asile du requérant dans des délais raisonnable afin de raccourcir autant que possible sa situation de précarité. Partant, elle conclut à la violation de l'article 8, isolément et combiné avec l'article 13 ; en outre, eu égard à cette conclusion, elle considère qu'il ne s'impose pas de statuer sur la violation alléguée de l'article 14.

- Articles 3 et 13 combinés

Le **requérant** fait état d'éléments contradictoires de la part du Gouvernement quant à sa situation de demandeur d'asile en ce qu'il affirmerait : sous l'angle de l'article 8, que son recours a été tacitement rejeté par le ministre de l'Ordre public, ce qui l'exposerait à un risque d'être arrêté en vue d'une expulsion ; sur le terrain des articles 3 et 13, que son recours est encore pendant et qu'il ne court donc aucun risque d'expulsion (§ 56). En outre, il invoque les déficiences du système d'asile en Grèce, celle-ci ayant déjà été condamnée à plusieurs reprises pour ce motif (§ 57).

Le **Gouvernement** d'une part reproche que le requérant aurait fait preuve de négligence dans l'exercice de ses droits en ce qu'il n'a pas introduit un recours devant le Conseil d'Etat contre la décision de rejet tacite du ministre de l'Ordre public alors que cette voie de droit lui était disponible et, d'autre part soutient qu'il n'aurait couru aucun risque d'expulsion dès lors qu'une telle mesure est interdite par la législation nationale (§ 58).

La **Cour** conclut à la violation de l'article 3 combiné à l'article 13 dès lors que la situation juridique incertaine du requérant l'expose à un envoi inopiné en Turquie sans avoir la possibilité de bénéficier d'un examen effectif de sa demande d'asile alors qu'il existe des risques avérés de mauvais traitements au regard de l'article 3 « au vu des mauvais traitements subis dans le passé et des séquelles qu'ils ont laissées » (§ 66).

B. Éclairage

La décision est intéressante en ce qu'elle analyse les obligations incombant aux Etats quant à la longueur de la procédure d'asile sous l'angle du droit au respect de la vie privée. Cette approche se penche sur la période d'attente à laquelle sont soumis les demandeurs d'asile, attente qui entrave le droit du requérant de mener une vie sociale **(1)**. Cet arrêt offre l'occasion de se pencher sur les règles applicables en matière de longueur de procédure d'asile et leurs sanctions et sur l'application de l'article 8 dans son volet vie privée **(2)**. Cela permet aussi de faire le lien avec la « régularisation liée à la longueur de la procédure d'asile » pratiquée de manière très aléatoire par les autorités belges **(3)**.

Par ailleurs, la situation de « vide juridique » caractérisée par une précarité et une incertitude prolongée, dans laquelle se trouve le requérant en l'espèce peut être mise en lien avec la question du statut juridique et des droits sociaux reconnus aux migrants à qui on refuse un séjour, quel qu'il soit, mais qui ne peuvent pas être éloignés **(4)**.

1. Les obligations des Etats quant à la longueur de la procédure d'asile

La [Directive procédures](#) fixe différents délais pour le traitement des demandes d'asile. Ils concernent d'abord l'enregistrement (article 6) de la demande et ensuite son traitement (article 12). L'enregistrement doit être effectué dans un délai maximal de trois, six ou dix jours. Le principe est un délai de trois jours. Le délai de six jours peut être appliqué lorsque la demande est formée auprès d'une autorité qui n'est normalement pas compétente pour enregistrer la demande ou encore de dix jours en cas d'afflux massif. Du côté du demandeur, il est précisé qu'il doit former sa demande à bref délai même si la tardiveté d'une demande ne peut conduire en soi à une décision négative même si elle peut influencer sur la crédibilité du demandeur (article 10). Le demandeur jouit du bénéfice du doute lorsqu'il introduit sa demande « dès que possible » ou avance de « bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait » (article 4, § 5, d), [Directive qualification](#)).

Une fois la demande introduite, la Directive demande aux Etats de prendre une décision « aussi rapide que possible, sans préjudice de la réalisation d'un examen approprié et exhaustif » (article 12 et considérant 18) tout en faisant preuve de flexibilité (considérant 19). Le délai maximal est de six mois pouvant être prolongés dans certaines circonstances liées à la complexité de la demande ou à des arrivées massives (article 31). En tout état de cause, le requérant doit bénéficier de délais

de préparation raisonnables ainsi que le souligne la Cour européenne des Droits de l'Homme, notamment dans l'affaire *Bahaddar c. Pays-Bas* (1998) : « les délais doivent être suffisamment longs et appliqués de manière suffisamment flexible pour donner à une personne sollicitant le statut de réfugié une chance réaliste de prouver ses allégations » (§ 45).

En droit belge, la procédure ordinaire prévoit un délai indicatif de six mois au terme duquel le Commissaire général n'est pas sanctionné mais doit donner au demandeur d'asile une information quant au délai endéans lequel il pourra statuer (article 23, [arrêté royal relatif à la procédure devant le CGRA](#)). Plusieurs délais sont prévus dans le cas des procédures accélérées. Il s'agit de deux mois dans certaines hypothèses de refus dits techniques, par exemple parce que l'étranger entrave la prise des empreintes digitales (article 52/2, § 1^{er}, [loi du 15 décembre 1980](#)). Ces deux mois sont réduits à quinze jours en cas de détention, si le demandeur provient d'un pays d'origine sûr (article 57/6/1) ou a déjà obtenu le statut de réfugié dans un autre pays de l'Union Européenne (article 57/6/3). Ces quinze jours sont encore réduits de moitié, à huit jours, s'agissant de la prise en considération d'une nouvelle demande d'asile. Si l'étranger qui introduit une nouvelle demande d'asile est détenu, le délai est réduit à deux jours (article 57/6/2).

Le droit belge distingue la procédure normale et les procédures accélérées. Au sein des procédures accélérées, il y a deux catégories : le traitement rapide pour les demandes jugées abusives ou le traitement prioritaire lorsque des éléments de sécurité publique interviennent ou alors lorsque l'étranger est détenu. La procédure est davantage accélérée lorsqu'il y a présomption d'absence de crainte fondée, toutes ces présomptions étant entendues de manière réfragable.

La Cour européenne des Droits de l'homme (*J.M. c. France*, § 150 (2012) ; M. Reneman, « [Speedy Asylum Procedures in the EU : Striking a Fair Balance Remedy](#) », *I.J.R.L.*, 2014, p. 729), la Cour de justice de l'Union européenne (*H.I.D. et B.A.* (2013), § 70 ; E. Neraudau, « [Le traitement accéléré de la procédure d'asile, soumis à toutes les garanties de la Directive Procédure, ne saurait engendrer un examen moins rigoureux](#), *Newsletter EDEM*, février 2013, pp. 12-17) et la Cour constitutionnelle (C.C., 16 janvier 2014, n° 1/2014 ; M. Lys, « [La Cour constitutionnelle condamne l'absence de recours effectif à l'encontre des décisions de refus de prise en considération des demandes d'asile de personnes provenant d'un pays d'origine sûr](#) », *Newsletter EDEM*, février 2014, pp. 9-14) balisent la possibilité pour les Etats, dans l'application notamment de la Directive procédures, de prévoir différents rythmes pour la procédure d'asile et d'organiser des procédures accélérées. Les trois juridictions rappellent aux Etats qu'en tout état de cause, l'examen de la demande doit être rigoureux et les procédures offertes effectives de manière à garantir une analyse *ex nunc*, finalisées à la date d'un éventuel éloignement.

2. Protection de la vie privée et précarité du statut

Pendant longtemps, l'article 8 n'a été invoqué en matière d'immigration qu'au titre de la vie familiale. Des voix se faisaient entendre pour souligner que certains étrangers peuvent présenter des attaches ténues avec le pays où ils vivent sans pour autant y avoir de famille. Une telle position exprimée dans un premier temps par le biais d'opinions concordantes (*Beldjoudi c. France* (1992) opinion concordante du juge Martens) ou dissidentes à des arrêts se centrant sur la vie familiale a été consacrée dans la jurisprudence par un arrêt *C. c. Belgique*, la requête étant néanmoins rejetée.

La Cour y utilise la jurisprudence prenant en compte les liens sociaux qui résultent du droit « pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial » (*Niemietz c. Allemagne* (1992), (§ 29).

L'ancrage d'une personne étrangère au sein de la société dans laquelle elle vit est protégé au titre de la vie privée sans pour autant donner *ipso facto* le droit à un titre de séjour. La Cour de Strasbourg reconnaît aux Etats le droit de tenir rigueur à un étranger du fait qu'il est resté en situation de séjour illégal sur le territoire, comportement jugé contraire à l'ordre public. En fonction des circonstances de l'espèce, la sanction d'un tel comportement conduira au refus d'octroyer un titre de séjour ou alors, dans le cadre d'une analyse de mise en balance des intérêts en présence, sera supplantée par l'intensité des liens. Dans une affaire *Slivenko c. Lettonie* (2003), la Cour européenne des Droits de l'Homme souligne que la requérante est arrivée en Lettonie alors qu'elle avait à peine un mois et y a toujours vécu jusqu'à ses quarante ans. Sa fille aînée y a vécu jusqu'à ses dix-huit ans. Elles furent toutes deux forcées de quitter le pays alors que la seconde venait à peine d'achever sa scolarité secondaire. Elles ont été éloignées du pays où elles avaient, sans interruption, depuis leur tout jeune âge ou depuis leur naissance, noué des relations personnelles, sociales et économiques qui sont constitutives de la vie privée de tout être humain. L'éloignement leur avait de plus fait perdre leur appartement. Il a été analysé en une ingérence dans leur vie privée et leur domicile (§ 96) (voy. dans le même sens *Ramadan c. Malte* (2016)). Les attentes légitimes se déduisant de l'article 8 furent également protégées par la Cour dans un arrêt *Bigaeva c. Grèce* (2009). Il ne s'agissait pas de l'expulsion d'un étranger, mais de l'accès à une profession. Une ressortissante russe demande son inscription au Barreau d'Athènes, après y avoir effectué le stage d'avocat. Cela lui est refusé en raison de sa nationalité étrangère. La Cour rappelle que « l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics » (§ 30). Pour évaluer le caractère proportionné ou non de l'ingérence dans la vie privée de l'intéressée, la Cour tient compte des attentes légitimes de la personne. Elle considère qu'en l'espèce, « le cœur du problème réside dans le fait que l'Ordre des avocats d'Athènes est revenu sur sa décision initiale de permettre à la requérante d'accomplir le stage réglementaire et ne l'a pas finalement autorisée à participer aux examens en cause. La Cour relève que le refus dudit Ordre est intervenu au stade final du processus relatif à l'inscription au Tableau de l'Ordre des avocats, stade auquel la question de la nationalité de la requérante a été pour la première fois invoquée en tant qu'obstacle pour participer aux examens organisés par l'Ordre précité. Or, par ce biais, l'Ordre a brusquement bouleversé la situation professionnelle de la requérante, après l'avoir conduite à consacrer dix-huit mois de sa vie professionnelle à satisfaire à la condition du stage réglementaire. Compte tenu de la nature et de la raison du stage réglementaire, telles qu'elles ressortent du droit interne pertinent, la requérante n'aurait eu aucune raison apparente d'accomplir le stage en cause, si l'Ordre des avocats avait ab initio répondu par la négative à la demande en cause » (§ 33).

Dans l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* (2014), la Cour souligne qu'il convient « de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion » (§ 107). La Cour se montre attentive au souci des Etats de ne pas être mis devant le fait accompli. Dans un

tel cas « ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille qui est ressortissant d'un pays tiers peut être jugé incompatible avec les dispositions de l'article 8 » (§ 114). Dans cette affaire, la Cour est guidée par l'intérêt supérieur des enfants pour faire prévaloir le droit d'une mère de famille sur les préoccupations de l'Etat en matière de contrôle de l'immigration (§ 121).

Dans un contexte très particulier, puisqu'il mettait en cause une ressortissante de l'Union européenne, l'affaire *Aristumuno Mendizabal c. France* (2006), la Cour avait également souligné que si l'article 8 ne va pas jusqu'à garantir à l'intéressé le droit à un type particulier de titre de séjour, il faut que la solution proposée par les autorités lui permette d'exercer sans entrave son droit au respect de la vie privée et familiale (§ 66). Certes, dans cette affaire, la requérante tirait directement du droit communautaire le droit de séjourner en France et de se voir délivrer une carte de séjour (§§ 67-69). Toutefois, au titre de la vie privée qui garantit à tout individu le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, la non-délivrance d'un titre de séjour pendant une aussi longue période alors qu'elle résidait déjà régulièrement en France depuis plus de quatorze ans a incontestablement constitué une ingérence dans sa vie privée et familiale (§§ 71-72).

Il se déduit de ce qui précède que la longueur excessive d'une procédure d'asile peut, selon les circonstances du cas d'espèce, porter atteinte à l'article 8.

3. La régularisation liée à la longueur de la procédure d'asile

Lors des opérations de régularisation dites « one shot » organisées par la Belgique par circulaire et ensuite par note interne finalement annulée, un des critères était la longueur de la procédure d'asile. La [loi du 22 décembre 1999](#) relative à la régularisation de certaines catégories d'étrangers permettait la régularisation des étrangers en procédure d'asile depuis plus de quatre ans, réduits à trois ans pour les familles avec enfants mineurs en âge d'aller à l'école. Les instructions ministérielles non réglementaires du 18 mars 2008, dans l'accord du gouvernement du 26 mars 2009 et par note interne du 19 juillet 2009 prévoyaient un critère de régularisation quasi identique. Le Conseil d'Etat a annulé le dernier texte en date, l'instruction du 19 juillet 2009. Depuis lors, plus aucun critère ne guide la mise en œuvre de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980. Les Ministres et Secrétaires d'Etat successifs se sont contredits quant au fait qu'ils continueraient à appliquer ou non le critère de la longueur de la procédure d'asile. A l'heure actuelle, il est impossible de dire si le critère de la longueur de la procédure d'asile mène à la régularisation. Lorsque tel est le cas, le titre de séjour octroyé est un titre d'un an en application des articles 13 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 et non plus un titre de séjour à durée illimitée. Le nombre d'octrois de titres de séjour sur base de l'article 9bis est aujourd'hui marginal. Le nombre de demandeurs d'asile dont les procédures ont duré trois ou quatre ans l'est également eu égard à l'accélération que ces procédures ont connue. Aujourd'hui, une procédure de plus de trois ans pour une famille ou de quatre ans pour une personne isolée est un fait rare. Cette rareté conjuguée à l'arrêt ici commenté devrait conduire les autorités à systématiser la régularisation en proposant aux demandeurs d'asile la délivrance d'un titre de séjour, outre que cela permet de mettre fin à une incertitude pesante et peut contribuer à limiter quelque peu la reconstitution d'un arriéré. Un tel résultat ne peut toutefois être escompté que si le titre de séjour délivré est de plus d'un an, à

défaut, dans le cas contraire, de s'exposer au risque qu'aucun demandeur d'asile ne renonce à la procédure alors même qu'il souhaiterait bénéficier d'une « régularisation ».

4. « Legal limbo »

La question du statut des étrangers ni expulsables ni autorisés au séjour s'est posée dans l'arrêt *Khan c. Allemagne* (2015). La requérante, ressortissante pakistanaise, est arrivée en Allemagne en 1991. Elle ne se vit pas reconnaître le statut de réfugié mais son séjour fut régularisé en 2001. En 2004, elle commit un meurtre ; diagnostiquée schizophrène, elle fut internée dans un hôpital psychiatrique et, en 2009, son expulsion fut ordonnée au motif qu'elle représentait un danger pour l'ordre public. Sa santé mentale s'étant améliorée, elle fut remise en liberté sous conditions et craignit dès lors d'être expulsée. Elle introduit une requête devant la Cour européenne des Droits de l'Homme qui conclut que son renvoi vers le Pakistan n'emporterait pas la violation de l'article 8 considérant que sa vie sociale et familiale n'étant pas suffisamment intense pour s'opposer à son exclusion, au vu des considérations de sécurité publique propres au cas d'espèce. Saisie d'une demande de renvoi, la grande chambre décida de rayer la requête du rôle, jugeant que puisque la requérante était en séjour toléré (« Duldung ») en Allemagne et que les autorités allemandes s'étaient engagées à ne pas l'expulser sans procéder à un réexamen de sa situation, elle avait perdu son intérêt à agir (*Khan c. Allemagne*, §§ 36-37 (2016)). Dans son opinion dissidente, le juge 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 était le seul qui lui soit favorable, la simple tolérance de séjour suffisait. Cette opinion met en lumière le statut des étrangers à la fois non expulsables et non autorisés au séjour. Une telle question a une importance dans le développement du droit de l'Union européenne quant à la distinction entre la décision de retour et la décision d'autorisation au séjour (*Mahdi* (2014), § 87 ; [article 14 et considérant 12, Directive Retour](#)) et se pose dans la pratique belge dès lors que les autorités usaient très peu de leur compétence discrétionnaire de régulariser pour circonstances exceptionnelles (article 9bis, loi du 15 décembre 1980). Mais la question revêt également une importance particulière dans la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoise qui a déjà déduit de l'article 3 le droit de tout individu vulnérable de ne pas vivre dans des conditions de précarité extrême (*M.S.S. c. Belgique et Grèce* (2011) ; voy. aussi décisions du Comité européen des droits sociaux : *F.I.D.H. c. France* (2004) et *C.E.C. c. Pays-Bas* (2014)). Toutefois, avec l'arrêt *Khan*, à l'instar du juge Sajo, Luc Leboeuf regrette que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de clarifier l'étendue des droits auxquels un individu ne pouvant être expulsé devrait bénéficier (L. Leboeuf, « [Quel statut pour les étrangers ni expulsables, ni autorisés au séjour ?](#), *Newsletter EDEM*, septembre 2016, pp. 16-20). L'arrêt commenté, rendu à peine un mois après l'arrêt *Khan*, enseigne cela de « nouveau » que les demandeurs d'asile, vivant dans un vide juridique et *de facto* dans une situation précaire, peuvent légitimement invoquer le droit au respect de la vie privée et familiale.

S.S. et H.G.

C. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt

[Cour eur. D.H., 13 octobre 2016, B.A.C. c. Grèce, req. n° 11981/15](#)

Pour citer cette note : S. SAROLEA et H. GRIBOMONT, « *L'obligation positive de statuer dans des délais raisonnables dans la procédure d'asile* », Newsletter EDEM, novembre 2016.

2. C.D.H., 15 JUILLET 2016, CCPR/C/117/D/2081/2011, D.T. C. CANADA

Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

A. Arrêt

La requérante, de nationalité nigériane et son fils, un ressortissant canadien né en 2004, invoquent devant le Comité des droits de l'Homme la violation par le Canada des articles 17, 23.1 et 24.1 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Le Comité a refusé de prendre des mesures provisoires afin de suspendre l'éloignement de la requérante et de son fils vers le Nigéria, lequel a été mis à exécution.

La requérante est mère célibataire. Le père de l'enfant est musulman alors que la requérante vient d'une famille chrétienne. La requérante et le père de l'enfant se sont mariés, malgré l'opposition de leurs familles. Le mari est décédé dans un accident de voiture alors que la requérante était enceinte. La requérante a relaté que sa belle-famille avait menacé de tuer l'enfant pour laver l'abomination que constitue à leurs yeux cette union. La requérante a fui le Nigéria pour le Canada avec l'aide d'un passeur. Au Canada, elle a donné naissance à son fils, lequel a dès lors obtenu la nationalité canadienne. Elle a commencé à travailler comme volontaire un an plus tard dans une organisation de soutien aux enfants souffrant du cancer. Le fils de la requérante est atteint d'un souffle cardiaque et d'une malformation congénitale du ménisque. Il souffre également d'hyperactivité et est suivi par des spécialistes au travers d'une approche pluridisciplinaire, en ce compris au niveau scolaire.

La demande d'asile introduite par la requérante a été rejetée en raison de doutes quant à son identité et sa crédibilité. En août 2005, la requérante a introduit une première demande de résidence permanente pour motifs humanitaires. Cette demande fut rejetée deux ans plus tard au motif que la requérante n'avait pas démontré que son départ lui causerait, ou à une autre personne au Canada, une difficulté excessive au point qu'elle souffrirait d'une atteinte inhabituelle injustifiée ou disproportionnée. Les autorités ont conclu que le risque pour elle et son fils ne pouvait en tout état de cause pas être évalué puisqu'elle n'avait pas établi son identité. En octobre 2007, elle a introduit une nouvelle demande humanitaire en invoquant les mêmes arguments. En ce qui concerne le problème de son fils au genou, sa demande est écartée puisqu'il a entretemps été opéré avec succès. La nécessité d'une opération de l'autre genou reste spéculative et le problème cardiaque est décrit par les médecins comme étant bénin. La Cour fédérale du Canada a rejeté les recours introduits considérant que même si l'intérêt supérieur de l'enfant est un facteur important, il n'est pas décisif. De surcroît, la Cour a considéré que l'officier en charge du dossier avait dûment pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et les preuves déposées.

Suite à ces décisions négatives et au rejet des recours ultérieurs, la requérante fut éloignée du Canada avec son fils de sept ans le 19 août 2011. Elle dénonce devant le Comité des droits de l'Homme en son nom et au nom de son fils la violation des articles 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, en tant que représentante de son fils, la violation de l'article 24.

L'article 17 interdit les « immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ». L'article 23 protège la famille tandis que l'article 24 exige des Etats une protection des enfants sans discrimination et en prenant en compte leur condition de mineur. Sous l'angle de l'article 24, la requérante invoque que son fils souffre d'hyperactivité et ne pourrait bénéficier d'une prise en charge adaptée au Nigéria de sorte que ses perspectives éducatives et sous l'angle de la santé mentale seraient sévèrement compromises.

Le Comité rappelle que dans toutes les décisions affectant un enfant, la prise en compte de son intérêt supérieur doit être une considération qui prime. De ce point de vue, l'option consistant à permettre à l'enfant de rester au Canada, ce qu'il a le droit de faire en tant que citoyen canadien, pour bénéficier d'une éducation adéquate et de soins de santé appropriés entraînerait une séparation entre l'enfant et sa mère.

En ce qui concerne la violation des articles 17 et 23, le Comité considère que l'éloignement d'une jeune femme d'un enfant de sept ans qui est un citoyen de l'Etat défendeur est une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. Même si l'objectif est légitime puisqu'il tient à la mise en œuvre de la législation sur l'immigration, il y a dès lors lieu de s'assurer que cette ingérence n'est pas arbitraire au sens de l'article 17. Tel sera le cas si l'ingérence s'avère inappropriée, injuste, manquant de prévisibilité, disproportionnée, et si elle a été adoptée au terme d'une procédure inéquitable. Entrent en compte les motifs objectifs invoqués par l'Etat, d'une part, et le niveau d'atteinte aux droits protégés qui en découle, d'autre part.

Sur la base des éléments du dossier, le Comité juge que le Canada a manqué de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Au vu de ce critère, l'ingérence a généré une atteinte excessive. Délivrer une mesure d'éloignement à la maman en lui laissant, en définitive, le choix entre laisser son enfant de sept ans au Canada ou l'exposer à un manque de soins médicaux et d'accompagnement scolaire alors qu'il est dépendant d'elle mène à cette conclusion. Rien n'indique que l'enfant pourrait être pris en charge par un autre adulte au Canada. Il accompagnera nécessairement sa mère au Nigeria où il serait privé du support socioéducatif dont il a besoin. Sous cet angle, le Canada n'a pas expliqué adéquatement quel était l'objectif légitime qu'il poursuivait. L'alternative proposée par le Canada qui sollicite de la maman qu'elle introduise une demande de résidence permanente au départ du Nigeria est écartée par le Comité qui ne perçoit pas en quoi la politique migratoire peut justifier une telle exigence du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant.

B. Éclairage

Cette décision du Comité comporte des enseignements intéressants quant à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après l'ISE). Le droit canadien présente d'importantes différences avec le droit belge puisque, d'une part, la Belgique n'applique pas le *ius soli* de sorte que l'enfant n'aurait pas eu la nationalité belge à la naissance ([sauf dans le cas exceptionnel d'enfants nés apatrides, Code de la nationalité, article 10](#)) et, d'autre part, la [loi du 15 décembre 1980](#) autorise les parents d'un enfant belge mineur au séjour sur le territoire belge (article 40ter). Sous ces réserves, le raisonnement du Comité est pertinent au regard de la jurisprudence belge quant à l'article 9bis, lorsqu'il s'agit d'évaluer une décision de refus de régularisation à la lumière de l'ISE, quant à

l'article 9ter lorsqu'est en cause l'état de santé d'un enfant et, de manière générale, quant au respect de ce principe en matière d'éloignement.

La présente note met en exergue l'observation générale du Comité des droits de l'enfant quant à la signification de l'ISE. Sont ensuite citées quelques décisions de jurisprudence y faisant référence, notamment au travers de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 qui prévoit une sauvegarde fondée sur l'ISE en matière d'éloignement.

a) L'observation générale n° 14

L'ISE est le concept phare de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après la CIDE). Plusieurs articles de la Convention y font référence: l'article 9 relatif à la séparation de l'enfant de sa famille, l'article 18 quant à la responsabilité parentale, l'article 20 qui traite du placement en foyer ou en famille d'accueil, l'article 21 sur l'adoption, ou encore l'article 37 qui régit la privation de liberté. Outre ces matières particulières, l'ISE est visé dès l'article 3 au titre de règle transversale. Le paragraphe premier de l'article 3 énonce que

« dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être **une considération primordiale** ».

Cette priorité s'applique aux trois grands pouvoirs de l'Etat : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. La notion d'autorité administrative est large et couvre toutes les décisions des autorités administratives, notamment en matière d'éducation, de soins, de santé, d'environnement, de conditions de vie, de protection, d'asile, d'immigration et d'accès à la nationalité.

L'article 3 pose pour principe la primauté et non l'exclusivité de l'ISE. Il ne s'agit pas de l'unique considération devant guider le processus de décision mais de celle qui prime sur les autres. Ce faisant, l'article 3 impose davantage une méthode qu'une règle de fond. S'agissant de questions impliquant la mise en balance d'intérêt en présence, il fait pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'enfant. Cette prévalence intervient alors à chaque fois qu'il est procédé à une analyse sous l'angle de la proportionnalité, omniprésente non seulement en matière de droits fondamentaux mais dans tous les litiges où deux intérêts se confrontent : l'individuel et le collectif, le public et le privé mais aussi lorsqu'il s'agit d'arbitrer les prétentions de plusieurs personnes privées.

La CIDE n'avait jusqu'il y a peu pas de juge propre. Le Comité des droits de l'enfant ne peut recevoir de communications individuelles que depuis le 14 avril 2014. Le Protocole additionnel permettant le droit de plainte individuelle est alors entré en vigueur. La Belgique en est signataire. Aucune décision n'a encore été prononcée sur le fond. La jurisprudence mettant en œuvre l'ISE est dès

essentiellement nationale ou émane alors d'autres organes intervenant en matière de droits de l'homme, tel ici le Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Outre les décisions sur communication individuelle, le Comité des droits de l'enfant publie des observations générales. L'une d'entre elles nous intéresse plus particulièrement : l'observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant visant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale. Etre une considération primordiale signifie que l'ISE est « un droit, un principe juridique interprétatif et une règle de procédure ». Comme règle de fond, il garantit « le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décision concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général ». Le Comité souligne que de son point de vue, le premier paragraphe de l'article 3 est directement applicable et peut être invoqué devant un tribunal. La notion de « considération primordiale » comporte une obligation juridique stricte signifiant que les Etats n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'ISE.

Dans la balance des intérêts en présence, l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être mis sur le même plan que les autres considérations. En matière d'adoption, le comité relève que le texte est encore plus contraignant puisque l'article 21 n'indique pas que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale mais est bien « la considération primordiale ».

En tant que principe juridique interprétatif, il signifie que si une disposition se prête à plusieurs interprétations, il y a lieu de choisir celle qui sert le plus efficacement l'ISE.

Pour aboutir à cet objectif, l'ISE comporte un volet procédural. Dès qu'une décision peut avoir une incidence sur un enfant, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ses incidences positives ou négatives. Une obligation de motivation renforcée s'impose. La décision doit exposer en quoi les droits de l'enfant ont été pris en considération, précisant les critères retenus, le raisonnement suivi, et notamment la mise en balance de l'intérêt de l'enfant avec d'autres considérations. Cette évaluation doit être effectuée par une autorité compétente, de préférence pluridisciplinaire. Les faits doivent être établis par des professionnels qualifiés. Parmi les éléments à prendre en compte figurent l'opinion de l'enfant même s'il est en très bas âge ou particulièrement vulnérable, les autorités devant s'adapter à sa situation au besoin via une représentation adéquate. L'analyse doit « englobe[r] des éléments comme le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, la religion et les convictions, l'identité culturelle et la personnalité ». Les décisions doivent être prises rapidement. Un « rang de priorité » doit être réservé aux procédures impliquant les enfants qui n'ont pas le même rapport à l'écoulement du temps. Enfin, les décisions relatives aux enfants doivent pouvoir faire l'objet de réexamens et de révisions.

b) L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence belge

En droit interne belge, malgré l'invitation du Comité à voir dans l'article 3 une règle bénéficiant d'effet direct, les juridictions hésitent à estimer que l'article 3 contient une règle claire, précise et inconditionnelle (voy. not. [C.E., n° 233.836, 16 février 2016](#)). Pourtant, la méthode qu'il impose revêt ces qualités. L'obligation accrue de motivation qu'elle impose et le poids accordé aux intérêts de l'enfant dans l'exercice de mise en balance des intérêts en présence sont au moins aussi clairs que l'analyse de proportionnalité à laquelle plusieurs articles de la CEDH invitent.

La jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers a longtemps été hésitante, voire réticente. Une évolution se dessine depuis la transposition de la « [directive retour](#) », et notamment de son article 5. L'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit désormais que

« lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné ».

Ainsi, le Conseil du contentieux des étrangers (CCE) juge cette disposition violée lorsqu'une décision d'éloignement est adoptée, seule ou connexe à une décision de refus de séjour, sans tenir compte des sauvegardes mentionnées dans l'article 74/13, dont l'ISE. Par exemple, l'[arrêt n° 177.249 du 31 octobre 2016](#) examine une requête contestant, sur cette base, la légalité d'une décision déclarant non fondée une demande d'autorisation de séjour prise sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980. L'enfant souffre de drépanocytose homozygote. En ce qui concerne le refus d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9ter, le Conseil annule la décision à défaut pour l'Etat belge d'avoir pris en compte plusieurs certificats médicaux fondamentaux utiles à la compréhension de la maladie. L'ordre de quitter le territoire est annulé en ce qu'il viole l'article 74/13 qui impose lors de l'adoption d'une mesure d'éloignement « la prise en compte notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'ISE a également été pris en compte par le CCE face à une décision imposant à un parent un retour temporaire dans le pays d'origine pour y introduire une demande de regroupement familial sur la base de l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980. Le juge souligne que l'ISE impose une motivation démontrant son intégration dans le raisonnement de l'administration.

L'O.E. estimait que « la présence de cet enfant n'est pas de nature à empêcher [la mère] d'accomplir les formalités prévues par la loi et ne la dispense pas de se soumettre à la procédure en vigueur, à savoir lever le visa requis au pays d'origine. D'autant qu'aucun élément ne justifie l'impossibilité que l'enfant l'accompagne le temps, limité, nécessaire qu'elle accomplisse les démarches ad hoc auprès du poste diplomatique compétent ». Le C.C.E. annule la décision reprochant à l'administration de ne pas avoir « spécifiquement et précisément répondu à l'argument relatif à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant mineur de la requérante à rester auprès de ses deux parents » (C.C.E., 29 avril 2014, n° 123.190).

Une telle décision reste marginale alors qu'elle procède à un exercice de mise en balance intégrant l'ISE, même si, *in fine*, la décision annule sur la base d'un défaut de motivation.

c) *L'intérêt supérieur de l'enfant devant la CEDH*

Le questionnement quant à l'effet direct échappe à la Cour européenne des droits de l'homme qui se réfère abondamment à l'ISE (Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, § 23, faisant expressément référence aux articles 19 et 37 de la CIDE ; en matière de détention *Mubilanzila c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 83 ; *Muskhadzhiyeva c. Belgique*, 19 janvier 2010, § 74 renvoyant expressément à l'arrêt *Mubilanzila* ; *Kanagaratnam c. Belgique*, 13 décembre 2011, § 67).

En matière de regroupement familial, l'arrêt *Jeunesse* prononcé par la grande chambre (3 octobre 2014, § 120) précise l'articulation entre le droit subjectif au respect de la vie familiale, droit relatif ne pouvant faire l'objet que d'ingérences nécessaires et proportionnées, et l'absence d'un droit à choisir le lieu de la réunion de la famille migrante. Il substitue à l'existence d'obstacles insurmontables un critère plus souple de faisabilité compte tenu de l'intérêt supérieur des mineurs impliqués. La Cour estime que les autorités nationales ne lui ont pas accordé suffisamment de poids :

« Lorsqu'elles ont examiné la question de savoir s'il y avait des obstacles insurmontables à ce que la requérante et sa famille s'installent au Surinam, les autorités internes ont tenu compte dans une certaine mesure de la situation des enfants (...). La Cour estime toutefois qu'elles sont restées en deçà de ce que l'on pouvait attendre d'elles à cet égard. Elle rappelle que, pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement. »

La décision du Comité présente le double intérêt de confronter les Etats à une obligation de motivation renforcée, intégrant l'intérêt supérieur de l'enfant, et de les obliger à prendre réellement en compte cet élément lorsqu'ils statuent. Effectuer l'exercice premier, à savoir analyser le dossier de manière à pouvoir motiver adéquatement et non formellement, devrait inciter les Etats à aboutir à une décision correcte sur le fond

S.S.

C. Pour aller plus loin

Pour lire la décision :

[C.D.H., 15 juillet 2016, CCPR/C/117/D/2081/2011, D.T. c. Canada](#)

Pour citer cette note : S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.

3. CASS. (2^e CH.), 21 SEPTEMBRE 2016, P.16.0939/F

Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure privative de liberté : un obstacle à l'effectivité ?

A. Arrêt

Dans cette affaire, l'Etat belge se pourvoit en cassation contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Mons, Chambre des mises en accusation, le 18 août 2016. Par son second moyen, le secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration conteste l'arrêt de la Cour qui a estimé que certains arguments invoqués par l'étranger auraient pu être pris en considération avant la décision de mise à la disposition du gouvernement, s'il avait été entendu. Faute d'un intérêt à critiquer l'arrêt de la Cour sur ce point, le défendeur oppose à l'Etat belge une fin de non-recevoir. Celle-ci est rejetée par la Cour de cassation qui considère cette question intrinsèquement liée à l'examen du fond du moyen. Le gouvernement reproche en effet à la Cour d'appel d'avoir méconnu l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980¹ ainsi que les principes généraux du droit relatif au respect des droits de la défense, du droit d'être entendu et *audi alteram partem*. Il soutient que la Chambre des mises en accusation n'aurait pas dû déclarer illégale la mesure de privation de liberté prise par l'administration en vue de la mise à la disposition du gouvernement du défendeur au motif que celui-ci n'a pas été préalablement entendu.

La Cour de Cassation confirme. Il n'existe pas de principe général du droit d'être entendu qui se distingue du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense. En outre, l'article 72 ne prévoit pas explicitement l'audition préalable de l'étranger avant une décision de mise à la disposition du gouvernement et aucune norme, notamment établie par l'Union européenne, ne fixe les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière « avant de faire l'objet d'un maintien dans un lieu déterminé en vue de leur mise à disposition du gouvernement ». En considérant que les droits de la défense de l'étranger n'avaient pas été respectés en raison du fait qu'il n'avait été entendu *que* dans le cadre de procédures ayant un objet différent et que, n'ayant pas été à *nouveau* entendu avant la décision de privation de liberté, il n'avait pas eu la possibilité de faire valoir ses observations à l'encontre de cette mesure spécifique, les juges d'appel n'ont pas légalement motivé leur décision. Le moyen est donc fondé, l'arrêt de la Cour d'appel est cassé et renvoyé devant une chambre autrement composée.

B. Éclairage

La conclusion de la Cour de cassation dans cette affaire est une parfaite illustration de l'approche adoptée par la Cour de Justice, suivie par de nombreuses juridictions nationales, consistant à conférer une interprétation toute relative au principe général du droit d'être entendu dès lors qu'il est mis en balance avec des considérations d'effectivité.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, seule la Chambre du conseil, qui statue dans les 5 jours ouvrables du dépôt de la requête, est tenue d'entendre préalablement

¹ Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584.

l'étranger privé de liberté ou son conseil. Au contraire, une telle garantie n'est pas explicitement reconnue en droit belge aux étrangers mis à la disposition du gouvernement pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution d'une mesure d'éloignement. Toutefois, comme l'a jugé la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) à plusieurs reprises, le droit d'être entendu fait partie intégrante du principe fondamental du respect des droits de la défense,² lequel s'impose à toute procédure *même* lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité.³ Ainsi, lorsqu'un Etat membre agit en application du droit de l'Union, comme c'est le cas ici, il est tenu d'en respecter les règles et garanties fondamentales, et d'envisager ces principes de façon transversale. En matière de retour, les garanties accordées aux ressortissants de pays tiers sont encadrées de manière détaillée par la Directive 2008/115⁴ qui fixe les conditions de forme auxquelles les décisions liées au retour sont soumises et oblige les Etats membres à mettre en place des voies de recours effectives contre ces décisions. Bien que la directive ne précise pas si et dans quelles conditions le respect des droits de la défense doit être assuré, il découle de l'obligation faite aux Etats membres de mener les procédures de retour de façon transparente et équitable, qu'un étranger soumis à une procédure relative à l'irrégularité de son séjour soit valablement entendu avant l'adoption d'une décision de retour le concernant.⁵ S'agissant par contre d'une décision de privation de liberté (ici le maintien dans un lieu déterminé en vue de la mise à la disposition du gouvernement), la Cour de cassation a relevé à juste titre qu'aucune norme établie par l'Union européenne ne fixait les conditions dans lesquelles le respect des droits de la défense devait être assuré. Cela étant, à en croire la jurisprudence constante de la CJUE, le droit d'être entendu a toujours eu une portée très large dans l'ordre juridique de l'Union et s'applique à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief. Concrètement, il garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue avant l'adoption d'une décision administrative « susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts ».⁶ A moins qu'une raison objective justifie de ne pas considérer la privation de liberté d'un individu comme étant une décision susceptible de porter défavorablement atteinte à ses intérêts, le respect du droit d'être entendu nous semble, dans ces circonstances, indiscutable.

Quant à l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle il n'existe pas de principe général du droit d'être entendu qui se distingue du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, il convient de nuancer une nouvelle fois ce propos à la lumière de la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière a en effet, dans des affaires relatives au droit de l'immigration, exclu l'application de l'article 41 de la Charte au motif que le libellé de cette disposition s'adresse

² C.J.U.E., 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935, point 42, et 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, Rec.p. I-10369, point 36.

³ C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, point 86; *Sopropé*, précité, point 38

⁴ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, p. 98).

⁵ Voy. en ce sens les C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida/Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13 et C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega/Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13.

⁶ C.J.U.E., 9 juin 2005, *Espagne/Commission*, C-287/02, Rec. p. I-5093, point 37; *Sopropé*, précité, point 37; 1^{er} octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil*, C-141/08 P, Rec. p. I-9147, point 83; 21 décembre 2011, *France/People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, Rec. p. I-13427, points 64 et 65 ; 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, point 87.

uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union. Le demandeur d'un titre de séjour ne saurait donc tirer de cette disposition un droit d'être entendu par l'administration dans toute procédure relative à sa demande.⁷ Ce faisant, la Cour semble toutefois s'écarter d'une série d'arrêtés, rendus en matière d'asile et de protection des consommateurs, dans lesquels elle reconnaissait une application générale au paragraphe 2 de l'article 41 de la Charte et déduisait du principe de bonne administration « le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre, le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne (...) ainsi que l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions »⁸. Le droit d'être entendu était dès lors consacré tant par les articles 47 et 48 de la Charte, qui garantissent le respect des droits de la défense dans le cadre de toute procédure juridictionnelle, que par l'article 41 de celle-ci, qui assure le droit à une bonne administration.⁹

Cette différenciation pourrait sembler purement symbolique. Or, les implications ne sont pas exactement les mêmes en fonction de la base juridique choisie. Alors qu'au sens de l'article 41, le droit d'être entendu est assuré lors de la phase administrative ou *précontentieuse*, comme corollaire de l'obligation de motivation formelle de l'administration, l'article 47 est apprécié plus largement, comme l'une des composantes du respect des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures juridictionnelles. Il n'est donc pas étonnant qu'en retenant cette dernière disposition comme unique base légale applicable, la Cour ait (implicitement) relativisé la portée du droit d'être entendu : s'agissant par exemple des conséquences légales d'une méconnaissance de cette garantie dans les procédures de retour, la CJUE laisse au juge national le soin de vérifier si une telle violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que la procédure administrative ayant conduit au maintien de la rétention aurait pu aboutir à un résultat différent.¹⁰ Autrement dit, le contrôle *a posteriori* du respect du droit d'être entendu est loin d'être aussi systématique que celui exercé à l'égard d'autres obligations formelles qui pèsent sur l'administration.¹¹

L'idée sous-jacente de cette position se retrouve en fait dans la directive elle-même : celle-ci vise à mettre en place une politique de retour efficace tout en respectant les droits fondamentaux des étrangers et en observant les principes reconnus, en particulier par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.¹² Si ces deux objectifs sont d'égales importances, il semble néanmoins que la Cour de Justice ait plus fortement penché du côté de l'efficacité dans sa jurisprudence récente. Consciente des préoccupations nationales à l'égard des phénomènes migratoires, elle adopte une démarche plus casuistique et admet qu'en dépit de l'importance du droit d'être entendu dans l'ordre juridique de l'Union, sa portée puisse être réduite au nom de la priorité de lutter contre l'immigration « illégale ».¹³ On peut cependant s'interroger sur la validité

⁷ C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega*, C-166/13, point 44.

⁸ Ch. dr. fond. UE, Article 41.

⁹ C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, points 82-84.

¹⁰ C.J.U.E., 10 septembre 2013, *M. G. et N. R. / Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13.

¹¹ A ce sujet, voy. L. LEBOEUF, « Droit d'être entendu et ordre public. Le rappel du principe d'équivalence », *Newsletter EDEM*, Mars 2016.

¹² Voy. not. les considérants n°2, 4, 17, 24 de la Directive 2008/115/CE.

¹³ C.J.U.E., 10 septembre 2013, *M. G. et N. R. / Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13, point 43; 6 décembre 2011, *Achughbajian*, C-329/11, point 38.

d'un tel raisonnement : le juge national ne devrait-il pas garantir les droits fondamentaux de l'étranger en toutes circonstances à moins d'une incompatibilité manifeste avec l'effectivité d'une procédure de retour ?

Dans un cas déterminé, l'étranger ne devrait-il pas être systématiquement en mesure de faire valoir ses observations à l'égard des décisions qui lui portent préjudice à défaut pour l'administration de justifier d'une dérogation exceptionnelle ?

Enfin, même sur le plan de l'efficacité, il est permis de se demander si entendre un étranger à chaque étape déterminante d'une procédure d'éloignement est véritablement inconciliable avec un tel objectif. A cet égard, (re-)définir les modalités d'une telle garantie (durée de l'audition, écrits, questionnaire, délais réduits etc.) pourrait peut-être constituer une première étape en vue d'une réconciliation de ces deux considérations.

G.R.

C. Pour en savoir plus

Lire l'arrêt :

[Cass. \(2e ch.\), 21 septembre 2016, P.16.0939/F](#)

Pour en savoir plus :

L. LEBOEUF, « Droit d'être entendu et ordre public. Le rappel du principe d'équivalence », *Newsletter EDEM*, mars 2016.

M. MORARU, G. RENAUDIERE, "REDIAL electronic journal on judicial interaction and the EU return policy. Second edition: Articles 12 to 14 of the Return Directive 2008/115/CE", Migration Policy Centre; Research Report (2016/04)

E. GUILD, K. NAPLEY, « The right to be heard in immigration and asylum cases: the CJEU moves towards a definition », *EU law analysis*, January 2015.

H. GRIBOMONT, « La Cour précise la teneur et les modalités du droit d'être entendu des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant l'adoption d'une décision de retour », *Newsletter EDEM*, janvier 2015.

Pour citer cette note : G. RENAUDIERE, « Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure privative de liberté : un obstacle à l'effectivité ? », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.