

Ces Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Ils se proposent 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 et de l'immigration en droit belge.

En ce mois de juin, nous bénéficions de l'apport de trois nouveaux experts de renom :

Bernadette Renauld, référendaire à la Cour constitutionnelle, co-auteur du traité de la Nationalité belge, commente deux décisions relatives à la notion de séjour légal.

Marc Fallon, Professeur de droit international privé et de droit européen à l'UCL, nous éclaire quant à la portée de l'arrêt Coman prononcé par la Cour de justice en mars 2018. Enfin, nous reprenons ici également l'analyse par

Philippe Gautier, Professeur de droit international public à l'UCL, spécialiste du droit de la mer, quant au [droit de la mer et assistance aux personnes en détresse](#).

Nous les en remercions.

Sommaire

1. Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., Coman, C-673/16, EU:C:2018:385 : Obligation de reconnaissance d'un mariage de personnes de même sexe aux fins d'octroi d'un droit de séjour 3

La grande chambre de la Cour de justice se prononce, dans l'arrêt Coman du 5 juin 2018, en faveur de l'octroi, par les autorités d'un État membre qui ignore l'institution du mariage de personnes de même sexe autant que du partenariat enregistré, d'un droit de séjour au ressortissant d'un État tiers conjoint d'un citoyen européen lors du retour vers l'État membre d'origine, lorsque le mariage a été célébré dans un autre État membre lors d'un séjour effectif conformément au droit de cet État.

Citoyenneté - Entrave au retour dans l'Etat d'origine Directive 2004/38 - Application (non) - Article 21 TFUE - regroupement familial - conjoint - Interprétation conforme à la directive - Mariage de personnes de même sexe conclu dans un Etat membre - Octroi du droit de séjour dans l'Etat d'origine - Obligation de reconnaissance.

2. Matter of A-B-, Respondent Decision by U.S. Attorney General Jeff Sessions, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018) : Asylum and withholding of removal based on private actor persecution on account of membership in a particular social group. 16

In a June 11, 2018 decision, Attorney General Jeff Sessions overruled a landmark 2014 decision by the Board of Immigration Appeals (BIA) in Matter of A-R-C-G-, 26 I&N Dec. 338 (BIA 2014), which had set the precedent that women fleeing domestic violence were eligible to apply for asylum. Attorney General Sessions reversed that precedential decision to rule that, except in rare cases, fleeing domestic abuse and gang-related violence should not be considered a basis for being granted asylum in the United States.

Domestic violence – Gang - Private Persecution – Asylum – Withholding of removal – Particular Social Group.

3. Bruxelles, 29 mars 2018 et Trib. fam. Bruxelles, 15 mai 2018 : Preuve de la légalité du séjour antérieur à la déclaration acquisitive de nationalité : le système documentaire fermé vole en éclats21

Bruxelles, 29 mars 2018 - Les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui établissent une liste exhaustive des titres de séjour pour démontrer le caractère légal de la résidence antérieure à la demande de nationalité sont contraires aux articles 10, 11 et 191 de la Constitution parce qu'ils restreignent sans justification le champ d'application de l'article 7bis du CNB. Ils doivent être écartés sur la base de l'article 159 de la Constitution, de sorte que le demandeur peut démontrer le séjour légal durant la période requise à l'aide d'autres titres de séjour que ceux qui sont énumérés par ces articles.

Trib. fam. Bruxelles, 15 mai 2018 - La liste des faits personnels graves établie par l'article 1^{er}, § 2, 4°, du CNB et par l'article 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est exhaustive. Les infractions sanctionnées par des décisions judiciaires qui n'infligent aucune peine d'emprisonnement ferme au déclarant ne peuvent être considérées comme des faits personnels graves.

Nationalité – Acquisition art. 12bis CNB – Résidence antérieure à la déclaration – Titres de séjour – Attestation d'immatriculation / Titre spécial fonctionnaire UE – Faits personnels graves.

4. CJUE, arrêt du 24 avril 2018, MP, C-353/16, EU:C:2018:276 : Le champ d'application de l'article 15, b), de la directive qualification de plus en plus précis28

La Cour de justice de l'Union européenne précise le champ d'application de la protection subsidiaire. Elle déclare qu'une victime de tortures passées dans son pays d'origine peut bénéficier de la protection subsidiaire, en vertu de l'article 15, b), de la directive qualification, si elle encourt un risque réel de privation de soins adaptés à la prise en charge des séquelles physiques ou mentales de ces actes de torture, à condition que cette privation soit infligée intentionnellement dans ledit pays

Article 15, b), de la directive qualification – article 3 de la CEDH – article 14 de la CCT – conditions pour pouvoir bénéficier de la protection subsidiaire – détérioration significative et irréversible de l'état de santé – arrêt M'Bodj – absence de traitement approprié des pathologies dans le pays d'origine – élément intentionnel.

1. OBSERVATIONS SOUS CJUE, 5 JUIN 2018, GR. CH., COMAN, C-673/16, EU:C:2018:385

Obligation de reconnaissance d'un mariage de personnes de même sexe aux fins d'octroi d'un droit de séjour.

A. L'arrêt

1. Éléments de fait

Un Américain avait épousé en Belgique un Américano-Roumain travaillant comme assistant parlementaire au Parlement européen. Suite à un déménagement vers la Roumanie, une demande de titre de séjour de plus de trois mois est introduite pour le ressortissant américain. Elle est rejetée par l'autorité roumaine, pour le motif que le Code civil roumain ne connaît pas le mariage de personnes de même sexe.

Il ressort des éléments de l'espèce que le ressortissant américain n'avait jamais résidé dans l'Union avant le mariage, et il est incertain s'il y a eu une cohabitation stable en Belgique après la célébration du mariage, le ressortissant américain ayant continué de résider aux États-Unis. Les parties avaient cohabité aux États-Unis pendant les quatre années ayant précédé la célébration du mariage.

La validité de ce mariage pouvait s'autoriser des dispositions de la loi belge du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, aux termes duquel, en particulier, il suffit que le droit de la nationalité ou de la résidence habituelle d'un des époux connaisse le mariage entre personnes de même sexe (art. 46, al. 2). Par ailleurs, la célébration du mariage doit être conforme au droit du pays de célébration (art. 47), mais il ne peut être célébré en Belgique que si l'un des époux est belge, est domicilié en Belgique ou y réside habituellement depuis plus de trois mois (art. 44). On peut supposer qu'en l'espèce, la condition de résidence habituelle était remplie dans le chef de l'époux américano-roumain.

La Cour constitutionnelle roumaine s'est interrogée sur la violation du droit à la vie familiale et du droit à la liberté de circulation au vu d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, s'interrogeant en particulier sur le sens des termes « conjoint », « partenaire » et « autre membre de la famille » visés par la directive 2004/38, avec l'obligation en découlant pour l'État d'accueil d'octroyer un titre de séjour de plus de trois mois, et ce, alors même que le droit de l'État d'accueil ignore aussi bien le mariage de personnes de même sexe que tout mode alternatif, tel le partenariat enregistré.

2. Position de la grande chambre

D'emblée, la Cour de justice corrige les termes de la question, pour les réorienter vers une interprétation des dispositions du droit primaire sur la citoyenneté (art. 21 FUE) — sans s'interroger pour autant sur l'applicabilité de l'article 45 TFUE alors que le déplacement du ressortissant roumain en Belgique l'avait été en qualité de travailleur. En effet, selon une jurisprudence constante résultant d'une interprétation « littérale, systématique et téléologique » (pt. 20), la directive 2004/38 ne couvre explicitement qu'une entrave affectant un citoyen se déplaçant hors de l'État membre de sa nationalité

(art. 3 ; pt. 20). En revanche, un tel droit de séjour dérivé peut être tiré de l'article 21 TFUE puisqu'en son absence, le citoyen regroupant serait dissuadé d'exercer son droit à la liberté de circulation en quittant son pays d'origine afin de développer et/ou consolider une vie de famille dans un autre État membre (pt. 24). Quant au régime de ce droit dérivé du regroupé basé sur le droit primaire, il ne saurait faire abstraction des conditions prévues par la directive 2004/38 afin d'éviter qu'il soit plus strict que celles de la directive (pt. 25).

Ensuite, la structure du raisonnement suit la grille d'examen de la compatibilité d'une entrave avec le régime de liberté de circulation.

La première phase du raisonnement s'attarde à établir l'existence d'une entrave, ici l'effet dissuasif du refus de reconnaître en Roumanie la validité du mariage contracté dans un autre État membre. Concrètement, il s'agit d'apprécier ce que signifie le droit fondamental d'un citoyen à mener une « vie familiale » dans l'État d'accueil autant que dans l'État d'origine, ce qui revient en l'espèce à qualifier de lien familial le mariage de personnes de même sexe. Pour ce faire, la Cour « applique par analogie » (pt. 33) la directive 2004/38 qui fait appel à la notion de « conjoint » (art. 2.2.a). Elle « souligne » que la notion est « neutre du point de vue du genre » et « englobe » donc le conjoint de même sexe (pt. 35). Quant à savoir si l'État d'accueil du regroupé peut opposer sa législation nationale sur la validité du lien, la Cour emprunte a contrario à la directive le « renvoi » à cette législation à propos du « partenaire » mais non du « conjoint », pour en déduire qu'une telle condition ne peut pas être opposée à celui-ci (pt. 36). De plus, même si « l'état des personnes » relève bien de la compétence de l'État, qui « reste ainsi libre de prévoir ou non le mariage de personnes de même sexe » (pt. 37), l'Etat ne saurait pour autant exercer sa compétence en violation d'une liberté de circulation. Or, cette liberté ne saurait « varier d'un État à l'autre en fonction [...] de son droit national », au risque de conduire à une interprétation stricte de la directive applicable par analogie et de la priver de son effet utile (pt. 39). Par conséquent, est constitutif d'entrave, le refus de reconnaître, « aux seules fins d'un droit de séjour dérivé », le mariage d'un regroupé conclu par les parties « lors de leur séjour effectif » dans un autre État membre « conformément au droit de ce dernier » (pt. 40).

La seconde phase porte classiquement sur l'examen de la justification combiné avec celui de la proportionnalité du contenu de la mesure nationale à l'objectif poursuivi.

La Cour confirme sans peine deux raisons d'intérêt général invoquées par certains gouvernements, à savoir le respect de « l'identité nationale » des États par l'Union (art. 4.2 TUE), avec l'appui de la jurisprudence relative à la détermination du nom de la personne, et la notion d'ordre public répondant aux conditions strictes d'une menace réelle et grave.

Elle écarte ensuite la pertinence de ces objectifs en l'espèce, du fait qu'une obligation de reconnaître le mariage aux seules fins du droit de séjour « ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » dans l'État d'accueil, laquelle relève de la compétence du droit de cet État (pt. 45). L'affirmation, qui semble relever du contrôle de proportionnalité, paraît assez abrupte, en l'absence de tout développement comparable à d'autres appréciations de la Cour dans le domaine de libertés économiques de circulation...

Ensuite, l'entrave n'est justifiable qu'en cas de conformité aux droits garantis par la Charte (pt. 46), par déduction analogique de l'arrêt *Rendon Marin* (pt. 46). L'article 7 est alors mobilisé, en lien avec

l'article 8 CEDH au sens duquel les notions de « vie privée » et de « vie familiale » englobent « la relation entretenue par un couple homosexuel » (pt. 47).

La Cour en déduit l'incompatibilité avec l'article 21 TFUE du refus d'un droit de séjour basé sur le fait que le droit de l'État d'accueil ne prévoit pas le mariage de personnes de même sexe, lorsque le citoyen a séjourné effectivement dans un État membre dont il n'a pas la nationalité en conformité avec l'article 7.1 de la directive 2004/38 et y a « développé ou consolidé » une vie de famille « par un mariage légalement conclu » dans cet État membre d'accueil (pt. 51).

L'arrêt confirme encore, en réponse à l'une des questions préjudicielles, qu'un tel droit de séjour du regroupé ressortissant d'un pays tiers vise bien, au sens de l'article 21 TFUE, un séjour de plus de trois mois, par identité de motifs, dès lors que le citoyen a développé ou consolidé une vie de famille dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité dans le respect des conditions prévues par le droit dérivé (pt. 53 à 56).

3. Conclusions de l'avocat général M. Wathelet

L'avocat général M. Wathelet s'était montré favorable à une obligation de l'État d'origine du citoyen de reconnaître le mariage étranger. Pour l'essentiel, les éléments de sa démonstration se retrouvent dans l'arrêt de la grande chambre. Certains méritent toutefois l'attention, comme éléments d'explicitation de certains passages de l'arrêt.

Quant aux faits de l'espèce, l'avocat général estime suffisant qu'une « consolidation » de la relation ait eu lieu en Belgique après sa constitution par quatre années de cohabitation dans un pays tiers. L'existence d'une vie familiale ne saurait dépendre de l'absence de cohabitation, « dans un monde globalisé » où « il n'est pas rare » qu'un couple ne partage pas le même logement (pt. 28)...

Quant aux sources normatives pertinentes, l'avocat général s'attache essentiellement à proposer un « choix interprétatif » (pt. 75) de la directive 2004/38, sans recours premier à l'article 21 TFUE, qu'il ne mobilise que pour accorder un droit de séjour de plus de trois mois (pt. 86). Pour ce faire, il évoque en particulier la notion, reprise par l'arrêt, de mariage comme un « concept neutre du point de vue du sexe » (pt. 49). Comme la Cour aussi, il interprète a contrario la référence de la directive 2004/38 à la législation de l'État d'accueil à propos du partenariat pour en déduire la volonté du législateur d'omettre un tel renvoi pour le « mariage » (50). L'explication de cette différence dans le droit dérivé résiderait dans « une certaine universalité » que connaît le mariage en comparaison avec la diversité des législations relatives au partenariat. Les conclusions invoquent encore en ce sens un flottement au cours des travaux préparatoires, lorsque le Parlement avait souhaité préciser un élargissement « quel que soit le sexe » alors que le Conseil y avait été réticent vu le nombre négligeable d'États membres connaissant l'élargissement du mariage en 2004. L'avocat général encourage alors la Cour, non sans emphase, à une interprétation « évolutive » de la directive, vu les changements en droit comparé manifestant « un mouvement généralisé » dans « tous les continents » qui corresponde à « une reconnaissance universelle de la pluralité des familles » (pt. 58). De manière plus précise, l'avocat général évoque ensuite la jurisprudence de la Cour EDH en faveur d'une « reconnaissance légale » des couples homosexuels (pt. 62), dans le domaine de l'octroi d'un permis de séjour (pt. 64) comme « la garantie minimale » qui peut leur être donnée (pt. 99).

B. Éclairage

L'arrêt *Coman* intéresse à la fois le domaine d'application de la directive 2004/38 et la question de la reconnaissance, dans un État membre, du mariage de personnes de même sexe conclu dans un autre État membre. La position adoptée par la grande chambre semble plus innovante sur la seconde question que sur la première.

D'emblée, il faut relever que la terminologie du dispositif s'aligne sur celle de la question préjudicielle, laquelle portait explicitement sur l'octroi d'un « droit de séjour », seul en cause dans une espèce où, selon la terminologie des libertés de circulation, l'entrave émanait de l'État d'origine du citoyen au moment de son retour, après qu'il avait séjourné dans un autre État membre en tant qu'État d'accueil — d'ailleurs sous le statut probable de travailleur au sens de l'article 45 TFUE. En revanche, sous l'angle du statut juridique du mariage contracté dans cet État d'accueil, cet État constitue l'État d'origine du rapport juridique alors que l'État membre de retour en est l'État d'accueil.

1. Sur l'application de la directive 2004/38 à une entrave de l'État d'origine du citoyen

Sous l'angle du domaine d'application de la directive 2004/38, l'arrêt écarte celle-ci au vu d'une jurisprudence constante : la directive — dont le citoyen n'est « bénéficiaire » que s'il se déplace « dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité » (art. 3.1) — ne couvre littéralement que l'entrave émanant de l'État d'accueil vers lequel le citoyen s'est déplacé, non celle à laquelle le citoyen se heurte lors du retour dans son État d'origine du fait de cet État. Par conséquent, le demandeur ne pouvait pas invoquer un droit dérivé au regroupement établi par la directive.

Ceci n'empêchait nullement le droit primaire de recouvrer son empire : l'article 21 TFUE a vocation à traiter toute entrave affectant le citoyen du fait de l'exercice de la liberté de circulation. En réalité, une entrave à l'entrée émanant de l'État d'accueil et une entrave à la sortie émanant de cet État ou de l'État d'origine sont désormais couvertes par la directive : reste donc au droit primaire une entrave au retour émanant de l'État d'origine, ce que confirmera encore l'arrêt *Chavez-Vilchez* (10 mai 2017, C-133/15) après que l'arrêt *McCarthy Rodriguez* (18 décembre 2014, C-202/13) avait appliqué la directive à un cas d'« entrée » du conjoint regroupé dans l'État d'origine du citoyen...

Une telle dichotomie des sources liée au domaine restreint du droit dérivé comporte en soi le risque d'une différence de traitement de l'entrave, selon qu'elle est examinée au regard de ce droit ou du droit primaire. Pour y parer, la Cour s'impose constamment de ne pas interpréter celui-ci de manière plus « stricte » — à savoir plus défavorable au citoyen — que celui-là. De ce fait, les conditions du droit de séjour dérivé ouvert au regroupé par la directive s'offrent aussi à celui-ci en vertu de l'article 21 TFUE, quitte alors à déterminer la portée du droit primaire en fonction de celle du droit dérivé par un subtil chassé-croisé.

Cette pluralité de sources contraint le juge à louvoyer de l'une à l'autre. Dans la présente affaire d'abord, pour apprécier le titre au regroupement familial, la Cour puise à la directive le terme de « conjoint » pour y déceler une identité avec l'institution du « mariage ». Ensuite, elle se doit de revenir à la structure de raisonnement inhérente au droit primaire des entraves, à savoir constater l'existence d'une entrave avant d'en examiner la justification et la proportionnalité, tout en tenant compte de

distinctions opérées par le législateur européen dans les conditions affectant respectivement le mariage et le partenariat.

Non sans paradoxe, une limitation du domaine de la directive à l'entrave émanant d'un État dont la personne n'a pas la nationalité contraste avec l'objectif de l'acte, à savoir « codifier » le « statut de base » de tous les ressortissants d'États membres — citoyen, travailleur salarié ou indépendant, prestataire de services — « lorsqu'ils exercent leur droit de circuler » (préambule, cons. 3). De fait, l'« objet » de la directive vise « l'exercice » de ce droit sur le territoire « des » États membres (art. 2.1) — c'est-à-dire de tout État membre —, alors que le « bénéficiaire » est celui qui « se rend » hors de l'État membre de sa nationalité (art. 3.1). Cette précision relative à la titularité du droit, ou invocabilité de la directive, exprime la configuration d'une situation dont tous les éléments pertinents de rattachement — nationalité et localisation de la personne — ne se situent pas dans un seul et même État, ce qui revient à confirmer l'exclusion en règle d'une situation interne. Certes, la plupart des dispositions de la directive n'ont d'effet utile qu'à l'égard entraves affectant la personne en tant que « étrangère », mais pas toutes, tel l'article 4 sur le droit de sortie, ainsi que celles relatives, précisément, au regroupement familial, en cause dans la présente affaire. Non sans paradoxe encore, la directive est déclarée inapplicable à l'espèce alors même que l'entrave trouve son origine dans un déplacement préalable de la personne en conformité avec la même directive, comme le constate la Cour (pt. 51), de même qu'elle qualifie l'entrave en raison de son effet dissuasif au déplacement du citoyen hors de l'État de sa nationalité vers un autre État membre d'accueil (pt. 24), ce citoyen étant alors pourtant un « bénéficiaire » de la directive en vertu de son article 3.

Il semble donc y avoir place pour une interprétation extensive du domaine de la directive, pour y inclure toute situation dont les éléments de rattachement ne se cantonnent pas dans un seul État membre, dès lors que l'entrave en cause constitue un effet collatéral de l'exercice par le citoyen de sa liberté de se déplacer dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité.

2. Sur l'examen d'une entrave au sens de l'article 21 TFUE

L'existence d'une entrave est liée au constat d'un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté de circulation lorsque l'État d'origine du citoyen gêne son retour en refusant un titre de séjour aux membres de sa famille — dès lors qu'une vie familiale effective a bien été constituée ou consolidée dans l'État membre d'accueil où le citoyen a exercé sa liberté de circulation, et que le rapport juridique créé dans cet État est bien qualifiable de « mariage ».

Ensuite, la Cour admet sans difficulté, comme justification d'une telle entrave, un impératif de respect de l'identité nationale des États membres au sens de l'article 4 TUE, ainsi que la dérogation expresse d'ordre public, pourvu qu'il y ait menace réelle et suffisamment grave. Plus précisément, la première justification, déjà admise par la jurisprudence comme une raison impérieuse d'intérêt général invocable par l'État, signifie qu'en matière de relations de couple, l'État garde la maîtrise de « l'institution du mariage ». En ce sens, il lui appartient d'apprécier, en droit civil, une extension ou non du mariage aux personnes de même sexe.

En revanche, la Cour estime que les impératifs d'identité nationale ou d'ordre public ne sont pas affectés par une « obligation de reconnaissance aux seules fins d'un droit de séjour [...] » (pt. 46), car une telle obligation « ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » (pt. 45) dans l'État d'origine du

citoyen. On peut voir probablement dans cette affirmation, guère étayée, l'illustration d'un examen de proportionnalité sur base, soit du test d'aptitude, soit du test de proportionnalité stricte. Selon le premier, la mesure en examen doit parvenir à réaliser l'objectif prétendument poursuivi. Or en l'espèce, la Cour revient pratiquement à nier un lien de causalité entre l'interdiction du droit de séjour et son objectif. Le second test repose sur une balance des intérêts, normalement laissée à l'appréciation de l'État (ou de ses juridictions), et il s'attarde ici à ne pas voir dans l'obligation de reconnaître une vie familiale effective pour les besoins du droit de séjour, une ingérence portant atteinte à la substance du droit de l'État à l'identité nationale. Significativement, la Cour clôture le raisonnement avec un détour par la Charte et de là, par la CEDH, dont elle mobilise respectivement l'article 7 et l'article 8. Un double emprunt à l'évaluation d'une balance et aux articles 7 et 8 se retrouve déjà dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* (2 juin 2016, C-438/14), où il ouvre une marge d'appréciation à l'État.

Autre chose encore est de savoir si la maîtrise du droit civil laissée à l'État suffit à immuniser celui-ci de tout contrôle au regard du droit des libertés de circulation. Après tout, d'autres dispositions de droit civil, en matière de nom, y ont été confrontées à leurs dépens (arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003, C-148/02, et *Grunkin & Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06) au moyen d'un raisonnement lié à une entrave à la mobilité transfrontière de la personne, et l'arrêt *Coman* même ne l'exclut pas évoquant une obligation de reconnaissance aux « fins de l'exercice des droits que [les] personnes tirent du droit de l'Union » lorsque l'on sait l'étendue que revêt en réalité le champ d'exercice d'une liberté de circulation.

3. Sur la reconnaissance d'un mariage international de personnes de même sexe

La portée de l'arrêt *Coman* sur la problématique de la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger peut poser question à la lecture du dispositif qui, loin de formuler le concept, s'exprime uniquement en termes de droit de séjour. Pourtant, l'évocation d'une « reconnaissance » est très explicite tout au long de la motivation, qui y voit une « obligation » de l'État d'accueil. Il est donc indéniable que la base du raisonnement repose sur le concept de reconnaissance, alors que le dispositif s'attache plutôt à reprendre le vocabulaire de la question préjudicielle, inhérent à l'objet de la demande en litige devant le juge national, à savoir l'octroi d'un droit de séjour : le dispositif procède donc du dialogue entre juges, où l'un apporte à l'autre une réponse utile à l'examen de l'espèce. Quant aux motifs d'un arrêt d'interprétation, ils font par nature appel à des concepts normatifs permettant à la Cour de s'exprimer en droit plutôt qu'en substance, ce qui n'empêche pas toute attitude de prudence en des matières sensibles en réduisant la portée de certaines notions aux besoins de la cause dont connaît le juge national.

Précisément, selon l'arrêt *Coman*, l'exercice par le citoyen de la liberté de circulation induit une notion générale d'obligation de reconnaissance d'un mariage, soumise à une conditionnalité précise, dont se déduit une obligation spécifique d'octroi d'un droit de séjour pour le conjoint du citoyen.

Nul doute que l'arrêt, par l'emprunt de sa motivation à un concept de reconnaissance du mariage, déjà largement exploré en droit contemporain des conflits de lois, était attendu, en particulier par les civilistes. En effet, en matière de nom déjà, la Cour s'était prononcée en termes de « reconnaissance » à l'occasion de faits d'un litige de droit civil (voy. notamment les arrêts *Grunkin & Paul*, *Bogendorff von*

Wolffersdorff et Freitag du 8 juin 2017, C-541/15), mais cet arrêt est le premier à traiter du mariage de personnes de même sexe conclu à l'étranger. Certes, la Cour avait déjà eu à connaître de la reconnaissance d'un partenariat suédois, mais dans le contexte particulier de l'application du statut des fonctionnaires évoquant le « fonctionnaire marié » (arrêt du 31 mai 2001, *D. c. Conseil*, C-122/99P). Elle s'y était tenue au sens strict de la notion de mariage, d'abord en raison de l'hétérogénéité des législations nationales relatives au partenariat enregistré — quoique celui-ci puisse, comme c'est le cas en Suède, avoir des effets équivalents à ceux du mariage — et ensuite parce que le législateur avait écarté toute assimilation, s'en tenant au mariage au sens strict.

Ainsi, en utilisant un concept de « reconnaissance » désormais utilisé en matière civile, l'arrêt *Coman* suscite des interrogations au-delà de la portée de son dispositif, non seulement dans le contexte de la faculté pour le citoyen de faire valoir dans l'ensemble de l'Union un statut civil acquis dans l'Union comme un corollaire de son droit de circulation, mais encore pour les besoins de l'interprétation du droit dérivé en matière civile. En effet, divers règlements utilisent en cette matière les termes « mariage des époux » (règl. Bruxelles IIbis, art. 1.1.a), « relation de mariage » (règl. Aliments, art. 1.1), « mariage » ou « époux » (règl. Rome III, art. 1.2, art. 5 ; règl. Régimes matrimoniaux, art. 3.1.a). D'autres textes visent, pour une exclusion, « les relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputées avoir des effets comparables au mariage » (règl. Successions, art. 1.2.d) ou, pour les inclure, « les partenariats enregistrés » ou « les partenaires », entendus comme un régime de « vie commune de deux personnes prévu par la loi dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi » (règl. Partenariats enregistrés, art. 1^{er}). Quant au droit primaire, il n'évoque le concept de rapport de couple qu'à travers « le droit de se marier et de fonder une famille » consacré par l'article 9 de la Charte, mais avec l'Explication selon laquelle un sens « modernisé » permet d'y inclure, à l'exemple de la CEDH, « d'autres voies que le mariage pour fonder une famille » selon ce que « reconnaissent les législations nationales », mais sans se prononcer sur « l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes du même sexe ».

Aussi est-il légitime, à propos de l'arrêt *Coman*, d'appréhender la notion de mariage, le mode de raisonnement de ses conditions de validité et la détermination de ses effets.

3.1. Quant à la définition du mariage

Pour les besoins du regroupement familial au sens du droit primaire, en cause dans la présente affaire, la définition du « conjoint » se doit, selon la Cour, de relever d'une application par analogie du sens attribué dans la directive 2004/38, afin d'éviter tout risque d'interprétation plus stricte. La réponse dépend alors de distinctions opérées par le droit dérivé. Or, celui-ci différencie nettement « partenariat enregistré » et « conjoint » (art. 2.2). Pour la Cour, le « conjoint » est alors nécessairement une partie à un « mariage » (citant l'arrêt *Metock* du 25 juillet 2008, C-127/08). Elle « souligne » ensuite qu'au sens de la directive, la notion de conjoint « est neutre du point de vue du genre » et englobe donc les personnes de même sexe (pt. 35). Ceci constitue un enseignement nouveau, cependant non étayé autrement que par l'emprunt ainsi fait aux développements de l'avocat général (pt. 48 des conclusions) : pour celui-ci, la clé du raisonnement se trouve dans une précision de l'arrêt *Metock*, selon laquelle le « conjoint » s'entend « quels que soient le lieu et la date » du mariage. Cependant, c'était une hypothèse où la date du mariage était sensible car la célébration avait eu lieu après l'entrée illégale du ressortissant du pays tiers dans l'Union, et alors que cette célébration avait eu lieu dans l'État membre même qui s'opposait au séjour (Irlande). Ainsi, les circonstances factuelles

déclarées sans pertinence dans l'affaire *Metock* mais utilisées ici pour déclarer la « neutralité » du concept de mariage n'avaient aucun rapport avec la reconnaissance d'un mariage de personnes de même sexe célébré à l'étranger... A moins de considérer qu'important peu les conditions de célébration, pourvu qu'il y ait « mariage » selon la qualification retenue par le droit de l'État de célébration. On rejoindrait ainsi la référence de l'Explication de l'article 9 de la Charte à une forme de « ni oui ni non », du moment que l'élargissement du mariage soit admis par une législation nationale. C'est d'ailleurs aussi un « ni oui ni non » que l'avocat général prête au Conseil qui, lors de l'adoption de la directive, avait écarté la proposition du Parlement de viser les personnes de même sexe, ce qui avait conduit la Commission à préférer s'en tenir aux personnes « de sexe différent, sauf évolution future » (conclusions, pt. 51). En conclure à une forme de neutralité du législateur conscient de la controverse semble pourtant audacieux, tout autant qu'un appel à l'interprétation « évolutive » au regard d'un « mouvement généralisé » à la « reconnaissance universelle de la pluralité des familles », une forme d'interprétation expressément rejetée, comme le relève d'ailleurs l'avocat général, par la Cour à propos du statut des fonctionnaires — il est vrai entre-temps adapté.

Quant à la Cour dans la présente affaire, elle prend soin de « relever » qu'au contraire du cas du « conjoint », le « partenaire » visé par la directive est partie à un « partenariat enregistré sur le fondement de la législation d'un État membre » mais, à la différence du mariage, avec un « renvoi aux conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre » d'accueil (pt. 36). C'est précisément de l'absence de tout renvoi au droit de l'État d'accueil pour le mariage que la Cour déduit l'interdiction pour cet État de « s'opposer à la reconnaissance » d'un mariage de personnes de même sexe conforme au droit de l'État membre de conclusion.

Ainsi constate-t-on que l'interprétation d'un élément du droit primaire est fonction d'un état déterminé d'une disposition du droit dérivé. Encore relèvera-t-on que cet état peut se révéler mouvant. Ainsi, selon la directive 2003/86 relative au regroupement familial lorsque le regroupant est un ressortissant d'un État tiers et non un citoyen, lorsque l'État d'accueil « ne reconnaît pas l'existence de liens familiaux » dans les cas couverts par la directive (cons. 10), et l'article 4.4 interdit spécifiquement d'autoriser le séjour du conjoint d'un polygame dont le premier conjoint est déjà autorisé au séjour. On comprend certes la préoccupation de baliser toute cohabitation, en termes de droit de séjour, dans une situation polygamique ; il reste que le mariage est bien visé à propos d'une modalité étrangère à la conception traditionnelle de l'union matrimoniale dans les États membres. Quant à la directive 2004/38 même, il n'est pas exclu en définitive que le renvoi à « la législation » de l'État d'accueil pour le partenariat visait essentiellement, dans l'esprit du législateur, à vérifier si cette législation « considère le partenariat enregistré comme équivalent au mariage », comme le suggère le préambule (cons. 5). Or, une telle vérification n'a guère de sens face à une relation qualifiée de « mariage » selon l'État d'origine qui, par hypothèse, attribue des effets identiques à ceux d'une union entre personnes de sexe différent... Un renvoi au droit de l'État d'accueil pourrait alors avoir été sans objet.

3.2. *Quant aux conditions de reconnaissance du mariage*

L'arrêt *Coman* est non moins intéressant pour le mode de raisonnement de la validité du mariage dans une situation internationale. Avec une insistance particulièrement lourde, la Cour évoque tour à tour un mariage « conclu dans un État membre conformément au droit de celui-ci » (pt. 33, 35, 39) pour viser la catégorie de conjoint, puis un mariage conclu par le ressortissant d'un pays tiers avec un

ressortissant de l'État membre s'opposant à la reconnaissance, « conclu lors de leur séjour effectif dans un autre État membre conformément au droit de ce dernier État » pour établir l'existence d'une entrave à l'exercice du droit de circuler (pt. 40). La Cour poursuit en énonçant, à propos de l'examen de la justification, une « obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci » (pt. 45).

Ainsi décèle-t-on plusieurs constantes, à savoir (1°) le lieu de « conclusion », dans un État « membre », et (2°) cet État est celui du séjour effectif des parties à ce moment et (3°) la formation est « conforme au droit » de cet État. De plus, il y va d'un concept de « reconnaissance », qui traduit une « obligation », et ce même si une des parties a la nationalité de l'État requis de reconnaître.

La Cour constitutionnelle belge illustre un tel régime qui, dans un arrêt du 26 septembre 2013 (n° 121/2003, cons. B.58.7&8), constate une lacune de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire et le séjour, dont l'article 40bis omet le cas particulier du regroupement familial par un citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation en contractant un mariage dans l'État membre d'accueil, soulignant que la loi belge ne saurait imposer des conditions plus strictes au regroupement que celles prévues par la loi étrangère de l'État membre de résidence.

Cette conditionnalité multiple ne manquera pas d'interroger la portée de ces conditions, en particulier :

- visent-elles à identifier une hypothèse factuelle, ou des règles de reconnaissance ?
- excluent-elles tout mariage célébré dans un État tiers alors que la vie familiale a été « développée ou consolidée » dans un État membre de « séjour effectif » ?
- désignent-elles le droit matériel ou, plus vraisemblablement, les règles de conflit de lois de l'État d'origine du rapport juridique ?
- permettent-elle un refus de reconnaissance en cas d'absence de résidence effective des parties dans l'État d'origine du rapport juridique ?

De telles interrogations font écho à celles que suscite, en droit civil, la méthode dite de la reconnaissance des situations juridiques étrangères, selon laquelle une juridiction civile nationale évaluerait la formation du rapport juridique en matière de statut personnel, non selon ses propres règles de conflit de lois mais selon celles de l'État étranger où le rapport juridique s'est cristallisé, éventuellement sous la condition d'une proximité suffisante avec cet État (voy. récemment, sur une telle méthode : S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Larcier, 2017 ; M. Fallon, S. Francq et J. Mary, « La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation », *Rev. crit. jur. b.*, 2017, 247-295). Le législateur belge fournit désormais une illustration de cette méthode en matière de nom et de prénoms (loi du 6 juillet 2017, dont l'article 50 modifie l'article 39 Codip).

De fait, l'objectif d'une telle méthode est d'assurer la pérennité d'un rapport juridique au-delà du franchissement d'une frontière. De son côté aussi, l'arrêt *Coman* exprime la préoccupation que si l'octroi ou le refus du séjour est fonction de la validité de l'institution du mariage selon le droit de l'État d'accueil, alors que le rapport juridique est valable selon le droit de l'État membre où il a été conclu, la liberté de circulation du citoyen varierait d'un État membre à l'autre au gré du droit de cet État (pt. 39).

Une telle identité d'objectifs de l'approche du mariage suggère l'existence d'une raison d'être commune à une obligation de reconnaissance, que ce soit pour admettre un effet migratoire ou un effet civil...

Une différence subsiste cependant quant au régime de la reconnaissance. En effet, l'arrêt *Coman* exclut que, pour les besoins de l'effet migratoire, le droit de l'État d'accueil puisse s'opposer à la reconnaissance à des fins migratoires. En termes de droit des conflits de lois, cela signifie qu'en l'espèce, l'article 277 du Code civil roumain ne pouvait pas être pris en compte par l'autorité roumaine. Cette disposition va plus loin qu'une ignorance du mariage de personnes de même sexe puisqu'elle « interdit » celui-ci, au point de préciser qu'il n'est pas « reconnu » en Roumanie s'il a été conclu à l'étranger, par des Roumains ou par des étrangers. On trouve ici une règle d'ordre public positif, applicable immédiatement sans le détour d'une règle de rattachement, comme une loi de police, visant à prévenir un recours éventuel à l'exception d'ordre public après désignation d'un droit étranger par la règle de rattachement du for. Quant au droit général des conflits de lois, il n'exclut pas en soi toute mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans le modèle de la méthode de la reconnaissance.

3.3. Quant aux effets de la reconnaissance

Sans aucune ambiguïté, la Cour entend limiter la portée de l'arrêt *Coman* à la seule question de « l'octroi d'un droit de séjour », plus précisément d'un droit dérivé pour le conjoint ressortissant d'un État tiers lorsque le regroupant est un citoyen de l'Union. Très explicitement, cette restriction vise à ne pas s'engager sur le terrain des effets civils du mariage de personnes de même sexe.

Ceci autorise probablement la Cour à tempérer les appréhensions d'États membres ignorant (encore) l'institution de l'élargissement du mariage, voire toute forme de partenariat enregistré aux effets équivalents à ceux du mariage, cette frange d'États probablement considérés comme hermétiques aux développements de la société et hors jeu d'un mouvement généralisé vers une reconnaissance universelle de la pluralité des familles, selon le vocabulaire de l'avocat général. Pour la Cour, l'obligation de reconnaître un effet migratoire « ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » pas plus qu'elle « n'implique de prévoir dans le droit national l'institution du mariage entre personnes de même sexe » (pt. 45). Un sophisme fait pour rassurer... Les États visés seront pourtant moins rassurés de lire aussitôt que l'obligation de reconnaissance « se limite [...] aux seules fins de l'exercice des droits que [les personnes de même sexe] tirent du droit de l'Union » (*loc.cit.*). Or, on sait combien, en matière de nom, l'exercice de tels droits peut avoir une incidence élargie à la matière civile, selon l'exemple des jurisprudences *Garcia Avello* et *Grunkin & Paul*. Certes, la matière du nom n'affecte probablement pas l'identité nationale, voire « une norme de rang constitutionnel » comme à propos du mariage. D'aucuns verront pourtant deux poids deux mesures en comparant l'arrêt *Coman* et l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (22 décembre 2010, C-208/09), celui-ci admettant que l'ordre public constitutionnel républicain s'oppose à la reconnaissance d'un titre de noblesse étranger attaché au nom alors que la demande litigieuse ne portait pas sur le statut civil mais sur l'exercice d'une activité professionnelle en situation de liberté de circulation.

La question d'une reconnaissance modulable en fonction des effets de l'institution en cause appelle le civiliste à la comparaison avec les critères fonctionnels d'appréciation de l'exception d'ordre public en droit des conflits de lois, dont l'article 21 Codip fournit une illustration.

Sous l'angle d'un examen d'équivalence des droits nationaux en conflit — le droit étranger désigné par la règle de conflit du for et le droit matériel du for —, une similitude de résultat des raisonnements est probable, lorsque le droit du for connaît une institution aux effets équivalents à ceux de l'institution étrangère. Ce peut être le cas lorsque ce droit connaît une forme de partenariat enregistré mais non le mariage de personnes de même sexe : l'exception d'ordre public du droit des conflits de lois n'aura alors pas à s'opposer à l'application du droit étranger. En droit de l'Union non plus, un tel État ne pourrait pas s'opposer à la reconnaissance, au risque de créer une inégalité de traitement en raison de l'orientation sexuelle (arrêts du 1^{er} avril 2008, *Maruko*, C-267/06, et du 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08). Ainsi, dans un cas où les circonstances de l'espèce auraient porté sur un refus de reconnaître ce mariage en Allemagne, avant l'adoption de la loi du 20 juillet 2017 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, pour le motif que le *Partnerschaft* du BGB se distinguait formellement du *Ehe* en vertu d'un principe constitutionnel, quoique ses effets fussent rigoureusement identiques hormis l'effet de filiation, on voit mal comment la Cour de justice aurait pu admettre un refus de reconnaissance, par déduction a fortiori de l'arrêt *Coman*.

Sous l'angle du critère d'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for, on comprend de l'arrêt *Coman* que la circonstance que le citoyen de l'Union ait la nationalité de l'État qui refuse la reconnaissance ne suffirait pas à justifier le refus. Par comparaison, à propos d'effets de droit de pension ou d'effets alimentaires d'un mariage polygamique, la Cour de cassation de Belgique a plutôt privilégié le critère de la nationalité d'une partie de statut monogamique pour fonder un refus de reconnaissance (Cass., 3 décembre 2007, *Rev. gén. dr. civ.*, 2008, 522, obs. J.-Y. Carlier ; 18 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, 923, obs. S. Francq et J. Mary).

En revanche, il y a bien un critère implicite de proximité dans les termes de l'arrêt *Coman*, qui évoquent la conclusion du mariage par les parties « lors de leur séjour effectif » dans cet État. Cette effectivité — déjà rencontrée dans l'arrêt *Grunkin & Paul* en matière de nom — renvoie au fait de la résidence du citoyen en Belgique pendant deux ans et elle semble traduire, aux yeux de la Cour, une forme d'intégration suffisante de la situation dans cet État pour éviter tout risque d'abus de droit de l'Union. En termes d'appréciation de l'exception d'ordre public, un degré d'intégration peut aussi contribuer à mesurer l'intensité du rattachement de la situation avec un ordre juridique donné : plus forte cette intensité avec le système du for, plus grande la possibilité de contrer l'application du droit étranger, et inversement. Autrement dit, au regard de l'autorité roumaine, si l'existence d'un séjour effectif en Belgique devait traduire une intensité suffisante avec l'ordre juridique belge en conformité duquel le mariage a été conclu, il y aurait moins de motif de refuser la reconnaissance que si le couple avait une résidence de longue durée en Roumanie avant, au moment où après la conclusion du mariage, et inversement. Aussi peut-on se demander si, à propos même de la question du droit de séjour, la référence de l'arrêt à un « séjour effectif » dans l'État de conclusion du mariage ne gagnerait pas à être précisée davantage en termes d'intégration d'une situation juridique, par exemple par un critère de durée de résidence traduisant une forme d'intégration progressive de la personne, ou par l'utilisation d'une méthode indiciaire de localisation d'une situation. De fait, la Cour utilise cette méthode en matière de citoyenneté pour l'accès à certains droits sociaux dans l'État d'accueil (voy. par exemple l'arrêt du 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, l'arrêt du 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, l'arrêt du 18 juillet 2013, *Prinz*, C-523/11).

C'est sous l'angle du critère de gravité de l'effet invoqué que l'arrêt *Coman* suggère le rapprochement le plus net avec les conditions de déclenchement de l'ordre public en droit des conflits de lois. En effet, la jurisprudence belge a clairement admis, à propos d'une union polygamique, l'effet de compensation d'un dommage extracontractuel causé à un conjoint, ou encore, elle a différencié d'une part l'effet de filiation et de regroupement qu'elle admet au bénéfice d'enfants de la seconde union et d'autre part, l'effet de regroupement refusé pour la seconde épouse. Cet effet-ci affecte par ricochet l'effet de cohabitation, à tout le moins lorsque le mari cohabite encore avec la première épouse (C. constit., arrêt du 26 juin 2008, *Vluchtelingenwerk Vlaanderen*, n° 95/2008).

Il est prévisible que la reconnaissance du mariage de personnes de même sexe en droit de l'Union ne s'arrête pas à l'effet migratoire, par un effet de contagion ou de percolation en d'autres matières. Déjà, la mise en œuvre de divers règlements de droit international privé en fournit l'occasion, tel le nouveau dispositif sur la compétence judiciaire et le droit applicable aux régimes matrimoniaux, ou, en matière alimentaire, une combinaison plus délicate du règlement 4/2009 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions, avec le Protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable. Quant au règlement Rome III sur la loi applicable au divorce, il contient probablement un début de réponse : il « n'oblige » nullement le juge saisi à prononcer le divorce en application du règlement si sa loi « ne considère pas le mariage en question comme valable » (art. 13). Cette disposition pourrait certes n'être vue que comme un expédient à la problématique générale du mariage boiteux. Néanmoins, par son objet qui couvre des « Différences dans le droit national » et notamment le cas du droit du for qui « ne prévoit pas le divorce », le législateur européen vise des hypothèses radicales de conflit de normes où le droit du for ignore une institution matrimoniale, tel le divorce — à Malte lors de la préparation du règlement — ou l'élargissement du mariage (P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, 337, évoquant le cons. 26 du préambule et le fait que l'article 13 résulte d'un amendement du Parlement visant le mariage étranger de personnes de même sexe). En cette matière donc, le droit dérivé semble bien admettre un refus de reconnaissance du mariage étranger.

Hors du domaine du droit dérivé aussi, certains effets collatéraux de la reconnaissance de l'effet migratoire sont perceptibles. Ainsi de l'effet de cohabitation. Dès lors qu'un titre de séjour est attribué en qualité de conjoint dans un regroupement familial, comme dans l'affaire *Coman*, on voit mal les conjoints ne pas être supposés cohabiter ensuite en vertu du droit civil et si l'un se soustrait à cette obligation, ne pas voir celui-ci assigné en exécution d'effets personnels du mariage, puis du devoir de secours.

On comprend certes la réticence de la Cour de justice à s'aventurer dans des zones sensibles de l'espace normatif national, au demeurant dans un climat eurosceptique croissant. Il est pourtant de sa responsabilité, comme juge de l'interprétation du droit de l'Union, d'apporter des réponses systémiques non seulement entre sources juridiques mais aussi entre matières. A tout le moins, la portée du droit primaire ne saurait dépendre de particularités du droit dérivé qui, en dehors même de son domaine d'application, servirait à l'interprétation des libertés fondamentales de circulation. De même, toute déterminante qu'elle puisse être pour la détermination du contenu des droits

fondamentaux, la jurisprudence de la Cour EDH ne saurait servir de prétexte à des arrêts de circonstance de la Cour de justice, juge de la légalité et non du fond.

M.F.

Pour citer cette note: M. FALLON, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.

2. MATTER OF A-B-, RESPONDENT DECISION BY U.S. ATTORNEY GENERAL JEFF SESSIONS, 27 I&N DEC. 316 (A.G. 2018)

Asylum and withholding of removal based on private actor persecution on account of membership in a particular social group.

A. The decision

1. Background

The respondent, a native and citizen of El Salvador, entered the United States illegally and was apprehended by the U.S. Customs and Border Protection agents in July 2014. After being placed in removal proceedings, the respondent filed an application for asylum and withholding of removal under the Immigration and Naturalization Act (INA) and under the regulations implementing the UN Convention Against Torture. The respondent asserted that her ex-husband, with whom she shares three children, repeatedly abused her physically, emotionally, and sexually during and after their marriage. The respondent claimed that she was eligible for asylum because she was persecuted on account of her membership in a particular social group, i.e. the group of “El Salvadoran women who are unable to leave their domestic relationships where they have children in common” with their partners¹.

In December 2015, the immigration judge denied the respondent’s asylum claim and ordered her removed to El Salvador. More specifically, the judge concluded that 1) the respondent lacked credibility, 2) that the group to which she claimed membership did not qualify as a “particular social group” within the meaning of INA, 3) even if such a group existed, she failed to establish that her membership was a central reason for her persecution and, 4) that she failed to show that the El Salvadoran government had been unable or unwilling to protect her.

The respondent appealed her removal decision to the BIA, which reversed the immigration judge’s decision in December 2016. Among the grounds of reversal, the BIA noted that the respondent’s claim of persecution based on membership in a particular social group was similar to another social group it had recognized in its 2014 landmark decision in *Matter of A-R-C-G*, that of “married women in Guatemala who are unable to leave their relationship.”² Unlike the immigration judge, the BIA also determined that the El Salvadoran government was unwilling or unable to protect the respondent. It must however be noted that, since *Matter of A-R-C-G*, several courts of appeals have offered a narrowed interpretation of private violence and membership in a particular social group as a ground for asylum³. As stated in *Velasquez v. Sessions*, “evidence consistent with acts of private violence or that merely shows that an individual has been the victim of criminal activity does not constitute evidence of persecution on a statutorily protected ground.”⁴ With particular reference to membership in a particular social group, it has been noted that those who seek asylum on that ground as victims of gang violence “are often not exposed to more violence or human rights

¹ *Matter of A-B-* (Immig. Ct. Dec. 1, 2015) at *8.

² *Matter of A-R-C-G-*, 26 I&N Dec. 338 (BIA 2014) at *390; See *Matter of A-B-* at *2.

³ See, inter alia, *Fuentes-Erazo v. Sessions*, 848 F. 3d 847, 853 (8th Cir. 2017); *Cardona v. Sessions*, 848 F. 3d 519, 523 (1st Cir. 2017); *Marikasi v. Lynch*, 849 F. 3d 281, 291 (6th Cir. 2016); *Vega-Ayala v. Lynch*, 833 F. 3d 34, 40 (1st Cir. 2016).

⁴ *Velasquez v. Sessions*, 866 f. 3d 188 (4th Cir. 2017) at *194.

violations than other segments of society (...) and not in a substantially different situation from anyone who has crossed the gang, or who is perceived to be a threat to the gang's interests.”⁵

In light of these conflicting decisions and what he referred to as the “confusion” caused by the BIA since its opinion in *Matter of A-R-C-G*, Attorney General Sessions directed the BIA, on March 7, 2018, to refer the *Matter of A-B* to him for review, upon completion of which he issued the ruling below ⁶.

2. Ruling

The central legal question underlying Attorney General Sessions' review of BIA's decision in *Matter of A-B* was whether, and under what circumstances, being a victim of private criminal activity constitutes persecution on account of membership in a particular social group for purposes of an application of asylum or withholding of removal. This question is the subject of an abundant case law both domestically and internationally. After review of the case, the Attorney General decided to 1) vacate the BIA's decision of December 6, 2016 in *Matter of A-B*, and 2) overrule its precedential decision in *Matter of A-R-C-G*, upon which the BIA had relied to decide *A-B*. In *Matter of A-R-C-G*, the BIA had recognized that domestically abused married women in Guatemala who are unable to leave their relationship constituted a particular social group for the purpose of asylum application or withholding of removal. Attorney General Sessions disagreed with that opinion on the ground that the BIA engaged in a cursory legal and factual analysis of the case. He wrote, “A-R-C-G was wrongly decided and should not have been issued as a precedential decision (...) To the extent that the Board examined the legal questions, its analysis lacked rigor and broke with the Board's own precedents.”⁷ He argued that the BIA deviated from its own standards by establishing this new social group. According to the Attorney General, these standards require an applicant seeking to establish persecution on account of membership in a “particular social group” to meet two requirements:

First, the applicant must demonstrate membership in a group, which is composed of members who share a common immutable characteristic, is defined with particularity, and is socially distinct within the society in question. And second, the applicant's membership in that group must be a central reason for her persecution. When, as here, the alleged persecutor is someone unaffiliated with the government, the applicant must show that flight from her country is necessary because her home government is unwilling or unable to protect her.⁸

Attorney General Sessions argued that the BIA did not follow its own standards when deciding *Matter of A-R-C-G*. To be cognizable, wrote the Attorney General, “a particular social group must exist independently of the harm asserted in an application of asylum or statutory withholding of removal.” While admitting, “there may be exceptional circumstances when victims of private criminal activity could meet these requirements,” Attorney General Sessions asserted that being the victim of domestic violence or gang-related persecution does not constitute membership of such group. He

⁵ *Id.* At 199

⁶ The respondent argued that the Attorney General lacks the statutory authority to certify the BIA's decision in *Matter of A-B* because it did not reacquire jurisdiction following its remand to the immigration judge. The respondent contended that the authority of the Attorney General is restricted to cases over which the BIA expressly retains jurisdiction. The Attorney General's authority in this case seems however to be on solid legal ground.

⁷ 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018), section IV.

⁸ *Id.*

wrote, “The mere fact that a country may have problems effectively policing certain crimes—such as domestic violence or gang violence—or that certain populations are more likely to be victims of crime, cannot itself establish an asylum claim.”⁹ Had the BIA carefully analyzed *A-R-C-G-* under its own legal standards, argued the Attorney General, it would not have recognized this new and expansive particular social group of domestically abused married Guatemalan women unable to leave their relationship because such a group was not cognizable and did not exist independently of the harm alleged in the application for asylum. Furthermore, indicated the Attorney General, “when the alleged persecutor is not even aware of the group’s existence, it becomes harder to understand how the persecutor may have been motivated by the victim’s ‘membership’ in the group to inflict the harm on the victim.” In addition, the harm, he wrote, “must be severe (...) The applicant must show that the government condoned the private actions or demonstrated an inability to protect the victims.” Generally, claims by aliens pertaining to domestic violence or gang violence perpetrated by non-governmental actors will not qualify for asylum. Citing Judge Wilkinson in *Velasquez v. Sessions*, the Attorney General indicated that the “asylum statute is not a general hardship statute”, and that membership in a particular social group was not intended to be “some omnibus catch-all” for solving every “heart-rending situation.”¹⁰

Having overruled the BIA’s landmark decision in *Matter of A-R-C-G-*, the Attorney General outlined some general requirements relevant to all asylum applications to provide guidance to the Board, immigration judges and all asylum officers when evaluating an application for asylum. Two points are worth highlighting. First, “an applicant seeking asylum (...) based on membership in a particular social group must clearly indicate, on record and before the immigration judge, the exact delineation of any proposed social group.” Second, “the Board, immigration judges, and all asylum officers must consider (...) whether internal relocation in the alien’s home country presents a reasonable alternative before granting asylum.” These guidelines could have far-reaching implications in the handling of future cases.

B. Discussion

The ruling by Attorney General Sessions is of important legal and political significance. Legally, it has overturned what was overwhelmingly celebrated as an important precedent in the movement toward a greater convergence between refugee law and human rights law. By unambiguously establishing that women fleeing domestic violence could be eligible for a particular social-group based asylum, the BIA was considered to have meaningfully moved the law of asylum toward more consistent and expansive recognition of domestic violence-based asylum claims. The 2014 BIA precedent in *Matter of A-R-C-G-* was particularly celebrated as an important step forward and a significant victory by women rights advocates. Politically and in the larger American society, the Attorney General’s ruling comes at a critical juncture in the fight for gender equality and seems to feed into the broader narrative that the Trump Administration is not only anti-immigration and immigrant but is also determined to roll back important social progress that has been made in many areas of the American society. As Karen Musalo, one of the leading immigration attorneys and women rights advocate put it, the ruling by the Attorney General “basically throws us back to the

⁹ Id.

¹⁰ See *Velasquez v. Sessions*, op.cit., at *199.

Dark Ages, when we didn't recognize that women's rights were human rights."¹¹ I will quickly offer some comments on both considerations.

Legally, it is worth noting that decision in *Matter of A-R-C-G-* was the culmination of a fifteen years process through the immigration courts and BIA. Contrary to the Attorney General's claim that the BIA engaged in a cursory legal and factual analysis of the case, its decision was certified by three attorney generals. The Department of Homeland Security, the American Bar Association, and the American Immigration Lawyers Association all agreed with its final determination¹². Attorney General Sessions' ruling runs contrary to a large body of circuit courts and BIA decisions that have 1) consistently determined that private criminal activity can establish persecution for both asylum and with withholding of removal, and 2) repeatedly found that private persecution of an individual on account of membership in a particular social group can warrant asylum and withholding of removal.

The decision ignores a well-established precedent that supports defining "persecution" to include private criminal activity when the government is unable or unwilling to protect the victims thereof. The circuit court cases and BIA precedential decisions are replete with examples of private criminal activity rising to the level of "persecution" under the INA, par example in case of repeated rapes and beatings by a spouse¹³, attempted murder by drug traffickers¹⁴, female genital mutilation¹⁵, and sexual abuse and beatings of daughter by father¹⁶. Circuit courts and BIA decisions have also determined membership in a particular social group in a wide range of situations including, inter alia, women threatened with forced prostitution by private actor¹⁷, female member of a tribe that subjects its female to female genital mutilation¹⁸, rape (female member of the Muuse Diriiye clan in Somalia¹⁹, incest (unmarried women over 25 in Ghana)²⁰, and young women of a certain tribe who had not been subjected to female genital mutilation and opposed the practice²¹.

In light of this well-establish precedent, it is difficult to understand and follow Attorney General Sessions' legal rationale in reversing *Matter of A-R-C-G-*. As stated by a group of 15 retired immigration judges and former BIA members in an open letter in response to Attorney General's decision, "For reasons understood only by himself, the Attorney General today erased an important legal development that was universally agreed to be correct." They called it "an affront to the rule of law,"²² while the American Immigration Lawyers Association has referred to it as a "shameful chapter in our country's history."²³ What is certain is that this decision has created a direct conflict with Circuit

¹¹ See Samantha Schmidt, "Back to the Dark Ages: Sessions' Asylum Ruling Reverses Decades of Women's rights Progress," *The Washington Post* (June 12, 2018).

¹² Id.

¹³ See *Alonzo-Rivera v. Unite States AG*, 649 F (11th Cir. 2016); *Matter of [Redacted]*. 2015 BIA LEXIS 36 (BIA 2015).

¹⁴ See *R.R.D. v. Holder*, 746 f. 3d 807, 809 (7th Cir. 2014)

¹⁵ See *Hassan v. Gonzales*, 484 F. 3d 515, 517 (8th Cir. 2007); *Matter of S-A-K & H-A-K-*, 24 I&N 464 (BIA 2008); *Matter of Kasinga*, 21 I&N Dec. 357 (BIA 1996).

¹⁶ See *Fiadjoe v. AG*, 411 F. 3d 135, 138-42, 160-63 (3rd Cir. 2005); *Matter of S-A-*, 22 I&N Dec. 1328 (BIA 2000).

¹⁷ See *Cece v. Holder*, 733 F, 666-77 (3rd Cir.)

¹⁸ See *Uanreroro v. Gonzales*, 443 F.1197, 1211 (10th Cir. 2006).

¹⁹ See *Ali v. Ashcroft*, 785-87 (9th Cir. 2005).

²⁰ See *Fiadjoe v. AG*, 411 F. 137 (3rd Cir.)

²¹ *Matter of Kasinga*, 21 I&N Dec. 365-66 (BIA 1996).

²² Cited in Samantha Schmidt, "Back to the Dark Ages: Sessions' Asylum Ruling Reverses Decades of Women's rights Progress," op.cit.

²³ Cited in Dana MacGuill, "Attorney General Sessions Reverses Protections for Asylum Seekers," available at <https://www.snopes.com> (June 11, 2018).

Court precedent on asylum claims and withholding of removal on the ground of private persecution of an individual on account of membership in a particular social group. While the Attorney General has the power to overrule BIA precedent, Circuit Court precedent cannot be overturned by the Justice Department. In addition to conflicting with the Justice department's own guidelines (The Coven Memorandum), Attorney General Sessions' ruling clearly departs from the spirit of US international obligations as embodied, inter alia, in the Convention on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degradant Treatment, and in the International Covenant on Civil and Political Rights, all of which address the concerns raised in gender persecution asylum claims. In the final analysis, this decision appears to be no more than a political instrumentalization of INA to stem the flow of asylum seekers from Central America.

J.M.

C. Pour en savoir plus

Suggested Readings

DEBORAH ANKER, "Refugee Law, Gender, And The Human Rights Paradigm," *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15 (2002), 133-154.

NINETTE KELLEY, "The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress," *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13 (2001), 560-568.

Pour citer cette note : J. MANGALA, "Asylum and withholding of removal based on private actor persecution on account of membership in a particular social group", *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.

3. BRUXELLES, 29 MARS 2018 et TRIB FAM., BRUXELLES, 15 MAI 2018

Preuve de la légalité du séjour antérieur à la déclaration acquisitive de nationalité : le système documentaire fermé vole en éclats.

A. Les décisions commentées

1. Bruxelles, 29 mars 2018

La défenderesse a souscrit une déclaration de nationalité sur la base de l'article 12*bis*, § 1^{er}, 1^o du Code de la nationalité belge (étranger âgé de plus de 18 ans, né en Belgique et qui y séjourne légalement depuis la naissance). Le procureur du Roi avait émis un avis négatif fondé sur l'absence de titre de séjour tel que visé à l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 durant une partie de la période de résidence devant être couverte. Il n'est pas contesté que la déclarante, qui est fille de fonctionnaires européens, réside légalement et de manière ininterrompue sur le territoire belge depuis sa naissance. Elle a bénéficié, jusqu'à environ un an avant la déclaration de nationalité, d'un titre de séjour spécial délivré par le SPF Affaires étrangères conformément à l'arrêté royal du 30 octobre 1991 relatif aux documents de séjour de certains étrangers en Belgique, pris en application de l'article 10, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 15 décembre 1980. Elle a ensuite été admise au séjour illimité. Le Tribunal de la famille de Bruxelles a jugé l'avis négatif du procureur du Roi non fondé et a fait droit à la demande d'acquisition de la nationalité. Le Tribunal a considéré que les dispositions de l'article 7*bis* du Code de la nationalité étaient respectées en l'espèce. Admettant que la liste des documents à prendre en considération en tant que preuve du séjour légal au sens de l'article 7*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de ce Code établie par l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est exhaustive, le Tribunal a constaté que cette dernière disposition crée une discrimination entre les étrangers qui disposent d'un des titres de séjour qu'elle énumère et ceux qui disposent d'un autre titre de séjour. Il a en conséquence écarté l'application de l'article 4 précité en vertu de l'article 159 de la Constitution.

La Cour d'appel confirme ce jugement. Elle juge d'abord qu'aucune interruption de séjour légal ne peut être déduite du fait que l'appelante n'a été mise en possession d'un certificat pour enfants que plus de six mois après sa naissance, parce que ce certificat est purement déclaratif et ne fait que confirmer un droit au séjour légal existant depuis la naissance. Elle suit le premier juge en ce qu'il a considéré que l'énumération des documents à prendre en considération, suivant l'article 4 de l'arrêté royal précité est exhaustive. Elle le suit également en ce qu'il a refusé d'appliquer cette disposition, sur la base de l'article 159 de la Constitution, pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour d'appel estime, à la suite du Tribunal, que l'article 4 de l'arrêté royal est discriminatoire dans la mesure où il crée une différence de traitement injustifiée entre les Européens en séjour légal porteurs d'un titre de séjour figurant dans l'énumération et les européens en séjour légal porteurs d'un titre de séjour n'y figurant pas. Elle en conclut que cet article 4 restreint sans justification le champ d'application de l'article 7*bis* du Code de la nationalité belge.

2. Trib fam., Bruxelles, 15 mai 2018

Le demandeur a souscrit une déclaration de nationalité belge sur pied de l'article 12*bis* du Code de la nationalité belge. Le procureur du Roi a émis un avis négatif motivé par l'absence de titres de séjour

légaux au sens de l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 durant les cinq ans précédant la demande, l'intéressé ayant, durant une période de 5 mois et 5 jours au cours des 5 ans, été pourvu d'une attestation d'immatriculation. A l'audience, le ministère public maintient son avis négatif, considérant que l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 mars 2018 (résumé ci-dessus) ne concerne que les titres de séjour spéciaux délivrés par le SPF affaires étrangères. Il ajoute par ailleurs des éléments supplémentaires, qu'il considère comme des faits personnels graves formant obstacle à l'acquisition de la nationalité.

Sur le titre de séjour, le Tribunal considère que l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 29 mars 2018 est transposable en l'espèce dès lors que le caractère inconstitutionnel de l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'est pas lié à un titre de séjour en particulier, ni au fait que le déclarant soit ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne.

Le Tribunal observe au passage qu'à supposer que la période de séjour sous AI constitue une interruption dans le séjour, cette interruption serait inférieure à six mois et n'affecterait donc pas le caractère ininterrompu du séjour légal en application de l'article 7bis, § 3 du Code de la nationalité belge.

Le Tribunal relève par ailleurs que l'article 7bis, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, pris isolément, autorise la prise en compte de l'attestation d'immatriculation, puisqu'elle a eu pour effet concret que le déclarant a été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume durant la période considérée. Il observe cependant que l'article 7bis, § 2, 2^{ème} alinéa, habilite le Roi à dresser la liste des documents pris en considération en tant que preuve du séjour de plus de trois mois et que l'attestation d'immatriculation ne figure pas parmi les titres de séjour énumérés par les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il juge que cette exclusion est contraire aux articles 10, 11 et 191 de la Constitution, en ce qu'elle crée une différence de traitement discriminatoire entre les étrangers disposant d'un titre de séjour qui figure dans l'énumération et ceux qui disposent d'un titre de séjour qui n'y figure pas. Il écarte en conséquence les articles 3 et 4 de l'arrêté royal précité en application de l'article 159 de la Constitution, de sorte qu'il autorise le déclarant à démontrer à l'aide d'autres titres que ceux énumérés par les articles 3 et 4 de l'arrêté royal qu'au cours des cinq ans précédant la déclaration, il était autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume. Il admet à ce titre l'attestation d'immatriculation couvrant une période de plus de trois mois.

Sur les faits personnels graves, le Tribunal considère que la liste établie par l'article 1^{er}, § 2, 4^o, du Code de la nationalité belge, telle qu'elle est complétée par l'article 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, est exhaustive. Il constate que les jugements invoqués à l'audience par le ministère public n'infligent aucune peine d'emprisonnement ferme au déclarant, de sorte que les infractions sanctionnées par ces décisions judiciaires ne peuvent être considérées comme des faits personnels graves.

B. Éclairage

1. Les titres de séjour prouvant la légalité du séjour durant la période antérieure à la déclaration

L'arrêt de la Cour d'appel ci-dessus résumé vient fort opportunément confirmer la jurisprudence adoptée depuis quelques mois par le Tribunal de la famille francophone de Bruxelles. Cette jurisprudence, encore mise en œuvre par la décision du 15 mai 2018, répond, au terme d'un

raisonnement aussi irréprochable qu'inventif, au malaise provoqué par l'application stricte du système documentaire relatif à la preuve de la résidence légale couverte par un droit de séjour préalable à la déclaration de nationalité mis en place, sur habilitation du législateur, par le Roi.

L'article *7bis* du Code de la nationalité belge établit le principe selon lequel la période de résidence principale sur le territoire à prendre en considération au titre de condition de base pour pouvoir introduire, notamment, une déclaration acquisitive de la nationalité sur la base de l'article *12bis* du même Code doit être couverte par un droit de séjour légal. Le deuxième paragraphe, alinéa 1^{er}, 2^o, de cette disposition précise qu'il faut entendre, par « séjour légal » pour ce qui concerne cette période de résidence : « avoir été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume ou autorisé à s'y établir conformément à la loi sur les étrangers ou la loi de régularisation ». Cette disposition, en son 2^{ème} alinéa, charge également le Roi de déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, « les documents qui seront pris en considération en tant que preuve du séjour ». Le Roi s'est acquitté de cette mission en établissant, par les articles 3 et 4 de l'Arrêté royal du 14 janvier 2013, une liste conçue comme exhaustive des titres de séjour qui peuvent être admis comme preuve du caractère légal du séjour durant la période de, selon les cas, 5 ou 10 ans, voire pendant, comme en l'espèce devant la cour d'appel, toute la vie du déclarant.

Le caractère exhaustif de cette liste a, d'emblée, soulevé un certain nombre d'interrogations. L'on s'est étonné, d'abord, de ce qu'elle excluait les titres délivrés au cours de la procédure d'asile, même dans l'hypothèse d'une reconnaissance ultérieure du statut de réfugié. La réglementation aboutit en effet à interdire de prendre en compte le temps de la procédure de reconnaissance et ce, malgré le caractère déclaratif de celle-ci. La même interrogation s'est fait jour au sujet du temps écoulé entre la demande de droit de séjour en tant que citoyen européen ou membre de la famille d'un citoyen européen et l'octroi de celui-ci, compte-tenu également du caractère déclaratif de la reconnaissance du droit de séjour dans cette hypothèse. Dans les deux cas, la rigidité de la réglementation semblait mettre la Belgique en difficulté par rapport à ses obligations internationales. Plus généralement, la non-admission de l'attestation d'immatriculation valable pour 6 mois semblait contredire les termes mêmes de l'article *7bis* du Code, qui définit le séjour légal dans ce contexte comme l'autorisation de séjourner plus de trois mois sur le territoire.

Confrontés à des avis négatifs du parquet s'en tenant strictement aux documents figurant sur la liste établie par l'arrêté royal, les tribunaux de la famille ont mobilisé plusieurs raisonnements pour en contourner l'excessive rigidité. Ainsi, le Tribunal de la famille de Liège a-t-il estimé qu'il y avait lieu de tenir compte de l'effet déclaratif de la reconnaissance du statut de réfugié, qui a pour conséquence que le déclarant doit être considéré comme réfugié rétroactivement à dater de la demande d'asile et donc comme ayant joui depuis ce moment d'un droit au séjour illimité¹. Le Tribunal de la famille de Namur a admis une attestation d'immatriculation de plus de trois mois parce qu'elle répond à l'exigence légale de l'article *7bis*, jugeant que celui-ci devait prévaloir sur le texte restrictif de l'arrêté royal². Le Tribunal de la famille de Gand a pour sa part estimé que la liste de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'était pas exhaustive, arguant qu'il ne pouvait être inféré de la

¹ Trib. fam. Liège, 9 mars 2018, 17/1725/B.

² Trib. fam. Namur, 17 mai 2017, 16/650/B, https://www.ipr.be/sites/default/files/rechtspraak/20173_20170517.pdf

circonstance que certains documents devaient être acceptés comme preuves du séjour que d'autres documents ne pouvaient pas l'être également³.

Le Tribunal de la famille de Bruxelles adopte depuis quelques mois à cet égard une position solidement étayée et qui a le mérite, à l'instar des raisonnements tenus à Namur et à Gand, de pouvoir être appliquée à toutes les hypothèses dans lesquelles le titre de séjour couvrant une partie de la durée de résidence exigée consacre un droit de séjour de plus de trois mois alors qu'il n'est pas repris dans la liste établie par l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Tout en reconnaissant que la liste établie par les articles 3 et 4 de cet arrêté royal est exhaustive, ce qui est conforme à l'habilitation donnée par l'article 7bis, § 2, 2^{ème} alinéa, du Code de la nationalité, le Tribunal bruxellois constate que le caractère non complet de cette liste engendre des différences de traitement entre étrangers injustifiables par rapport à l'alinéa 1^{er} de la même disposition, en vertu duquel un séjour autorisé pour plus de trois mois est un séjour légal qui doit être pris en considération pour l'accès à la déclaration de nationalité. Le Tribunal conclut que les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont contraires aux articles 10, 11 et 191 de la Constitution, qui garantissent le droit fondamental à l'égalité et à la non-discrimination. Sur la base de l'article 159 de la Constitution, qui enjoint aux Cours et tribunaux de n'appliquer les arrêtés et règlements que s'ils sont conformes aux normes qui leur sont supérieures, le Tribunal écarte l'application des articles 3 et 4 de l'arrêté royal et autorise les déclarants à prouver leur résidence légale durant la période précédant la demande à l'aide d'autres titres de séjour que ceux qui y sont énumérés⁴.

Par l'arrêt du 29 mars 2018, la Cour d'appel confirme en tous points ce raisonnement. L'arrêt concerne un titre de séjour spécial délivré à la fille d'un fonctionnaire européen par le Service public fédéral Affaires étrangères conformément à l'arrêté royal du 30 octobre 1991. L'on ne voit pas pourquoi, cependant, son enseignement ne pourrait pas être étendu à l'ensemble des hypothèses dans lesquelles un titre de séjour ne figurant pas dans l'énumération des articles 3 et 4 de l'arrêté royal constate néanmoins un droit de séjour accordé pour plus de trois mois et est produit en vue de prouver la résidence légale durant la période qui précède une demande d'acquisition de la nationalité belge. S'il est vrai que la Cour d'appel considère que l'arrêté royal « crée une différence de traitement, sans justification, entre les Européens en séjour légal porteurs d'un titre de séjour légal qui figure dans la liste de documents de l'article 4 et les Européens en séjour légal porteurs d'un titre de séjour légal qui n'y figure pas », elle en tire une conclusion à portée générale : « L'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'étant pas conforme à la loi, en particulier en ce qu'il restreint sans justification le champ d'application de l'article 7bis du CNB, [il] doit être écarté. »

La portée générale de cet enseignement est d'ailleurs confirmée par le Tribunal dans le jugement ci-dessus résumé : « La solution retenue par cet arrêt est transposable en l'espèce : le caractère inconstitutionnel de l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'est pas lié à un titre de séjour en particulier, ni au fait que le déclarant soit ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne. »

³ Trib. fam. Gand, 21 avril 2016, 16/202/B, http://www.agii.be/sites/default/files/20160421_rb_gent.pdf

⁴ Trib. fam. Bruxelles F, 9 novembre 2017, 14/2520/B (A.I.) ; 12 décembre 2017, 15/2903/B et 30 janvier 2018, 16/3312/B (titres de séjour spéciaux /A.R. du 30 octobre 1991 relatif aux documents de séjour en Belgique de certains étrangers) ; 15 février 2018, 2017/688/B (A.I. et titre de séjour spécial) ; 8 mai 2018 (titre de séjour spécial).

Relevons encore que la Cour d'appel confirme, de manière classique, la différence entre le droit de séjour et les titres qui le constatent. L'exigence de légalité du séjour porte sur le droit, et non sur l'instrumentum. Dès lors, la circonstance que la déclarante n'a été mise en possession d'un certificat pour enfants que près de six mois après sa naissance n'affecte pas la continuité du droit de séjour qui lui a été reconnu dès son premier jour, le certificat étant purement déclaratif et ne faisant que confirmer un droit au séjour légal (pré)existant depuis sa naissance.

L'article 138 du projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, qui est soumis à la signature royale, ajoute dans le § 2 de l'article 7bis du Code de la nationalité deux alinéas qui inscrivent dans cette disposition l'effet déclaratif de la reconnaissance du statut de réfugié et du droit de séjour en tant que citoyen européen ou membre de la famille d'un citoyen européen⁵. Pour ces catégories de personnes, la durée de la procédure d'autorisation du séjour ou du statut est désormais prise en considération par le Code comme séjour légal et peut donc être comptabilisée dans la période précédant la demande qui doit être couverte par un séjour légal.

La jurisprudence ici commentée garde toutefois toute sa pertinence pour les autres situations et, notamment, pour les personnes ayant obtenu leur statut de séjour sur la base d'un regroupement familial avec un Belge et ayant bénéficié, à un moment quelconque de leur parcours durant la période précédant leur déclaration de nationalité, d'un titre de séjour ne figurant pas sur la liste des articles 3 et 4 de l'arrêté royal.

2. Les interruptions de séjour admises

Le jugement du Tribunal ci-dessus résumé contient encore un enseignement intéressant au sujet du paragraphe 3 de l'article 7bis du Code de la nationalité, qui pourrait peut-être faire l'objet de plus d'applications dans les cas d'historiques de titres de séjour présentant des lacunes. Cette disposition prévoit que « le caractère ininterrompu du séjour défini au § 2 n'est pas affecté par des absences temporaires de six mois maximum et ce, pour autant que ces absences ne dépassent pas au total une durée d'un cinquième des délais requis par le présent Code dans le cadre de l'acquisition de la nationalité ». Si le principe est donc que la résidence principale sur le territoire durant la période précédant la demande et la légalité du séjour couvrant cette résidence doivent être ininterrompues, les absences temporaires restant dans les limites établies par le § 3 de l'article 7bis ne sont pas considérées comme portant atteinte au caractère ininterrompu du séjour.

La circulaire du 8 mars 2013 donne de cette disposition une interprétation qui nous paraît restrictive lorsqu'elle précise que doivent être considérées comme temporairement absentes les personnes visées à l'article 18, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 1992 relatif aux registres de la population et au registre des étrangers et lorsqu'elle indique que la radiation d'office doit être assimilée à une interruption de résidence de sorte qu'il convient dans ce cas de comptabiliser la durée de résidence légalement requise uniquement à partir de la date de réinscription de l'étranger dans un des registres.

⁵ Chambre, DOC 54 2919.

Certes, dans l'espèce jugée par le Tribunal de Bruxelles le 15 mai 2018, il n'est pas question de radiation d'office, mais bien d'un court laps de temps couvert par une attestation d'immatriculation. Il n'est toutefois pas inintéressant de relever que le Tribunal considère, à bon droit selon nous, qu'à supposer que cette période constitue une interruption, elle est inférieure à six mois, de sorte qu'en application de l'article 7bis, § 3, du Code, elle n'affecte pas le caractère ininterrompu du droit de séjour légal.

3. Les faits personnels graves

Le jugement du 15 mai 2018 ci-dessus résumé est encore intéressant à un autre point de vue. Il tranche la question controversée⁶ de savoir si la liste des faits personnels graves contenue par l'article 1^{er}, § 2, 4^o, du Code, tel que complété par l'article 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, doit être considérée comme exhaustive ou si le procureur du Roi et, à sa suite, le juge, peuvent encore estimer que d'autres faits, non envisagés, peuvent ou doivent être retenus comme graves, avec la conséquence qu'ils permettent de s'opposer à l'acquisition de la nationalité. On sait que la notion de faits personnels graves n'avait fait l'objet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 4 décembre 2012, d'aucune définition légale ou réglementaire et qu'elle était donc entièrement prétorienne. Le législateur de 2012 a conféré un contenu exemplatif à la notion et a chargé le Roi de « compléter » la liste.

Le Tribunal retient que le pouvoir exécutif a souhaité donner à la liste qu'il a complétée un caractère exhaustif et en veut pour preuve qu'il n'a assorti son énumération d'aucune locution comme « notamment » ou équivalent. Il constate que cette façon de faire est conforme aux objectifs de sécurité juridique et d'égalité de traitement des étrangers qui font une déclaration de nationalité. En l'espèce, il relève que les jugements invoqués à l'audience par le ministère public au titre de faits personnels graves n'infligent aucune peine d'emprisonnement ferme au déclarant et en déduit que les infractions sanctionnées par ces décisions judiciaires ne peuvent être considérées comme des faits personnels graves⁷.

B.R.

C. Pour aller plus loin

C. Apers, « Quand l'effet déclaratif du droit de séjour 'naturalise' le séjour sous A.I. ! », Newsletter ADDE février 2016, www.adde.be

Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, art. 137 et suivants : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2919/54K2919013.pdf>

⁶ Voy. notamment D. de Jonghe et M. Doutrepont, « Le Code de la nationalité belge, version 2013, De 'Sois belge et intègre-toi' à 'Intègre-toi et sois belge' », *J.T.*, 2013, p. 335.

⁷ Même solution à propos de dossiers ouverts à l'information judiciaire plusieurs années avant la déclaration et entretemps classés sans suites : Trib. fam. Bruxelles, 18 janvier 2018, 2016/2974/B. *Contra* : Gand, 14 janvier 2016, 2015/AR/1044.

Pour citer cette note : B. RENAULD, « Preuve de la légalité du séjour antérieur à la déclaration acquisitive de nationalité : le système documentaire fermé vole en éclats », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.

4. CJUE, ARRÊT DU 24 AVRIL 2018, MP, C-353/16, EU:C:2018:276

Le champ d'application de l'article 15, b), de la directive qualification de plus en plus précis.

A. Arrêt

1. Procédure interne

Le requérant, MP, est un ressortissant sri-lankais. Au terme de son autorisation de séjour en qualité d'étudiant au Royaume-Uni, il introduit une demande d'asile. Il invoque les tortures et la détention par les forces de sécurité subies en raison de son appartenance à l'organisation des « Tigres de libération de l'Îlam Tamoul » (LTTE) et le risque qu'il courrait, s'il était renvoyé au Sri Lanka, de subir de nouveaux mauvais traitements. L'autorité compétente refuse de lui octroyer la protection subsidiaire : ne représentant plus un intérêt pour les autorités sri-lankaises, le risque en cas de renvoi est absent.

S'appuyant sur des preuves médicales attestant de séquelles de torture, le requérant introduit un recours. Il y expose, appuyé par des preuves médicales attestant des séquelles de torture, qu'il être atteint d'un syndrome de stress post-traumatique (PTSD) et de dépression sévère et présenter une tendance suicidaire élevée en cas de retour au Sri Lanka. La juridiction rejette le recours en ce qu'il n'était pas établi que le requérant était toujours menacé dans son pays d'origine, mais elle l'admet en ce qu'il est fondé sur l'article 3 de la CEDH. Elle considère que si le requérant était renvoyé, il ne pourrait bénéficier des soins appropriés à la prise en charge de sa pathologie psychologique. Autrement dit, la juridiction refuse d'octroyer la protection subsidiaire au requérant mais estime qu'il ne peut pas être éloigné car un tel éloignement violerait l'article 3 de la CEDH. Cette décision est confirmée par la Cour d'appel. Le requérant forme un pourvoi contre cette décision devant la Cour suprême, faisant valoir que la directive qualification ne revêt pas un champ d'application aussi étroit que les interprétations qu'en donnent les juridictions de première instance et d'appel et qu'il aurait dû bénéficier de la protection subsidiaire, que le fait que les mauvais traitement subis sont la cause de sa pathologie, et vu l'absence d'infrastructure dans son pays d'origine permettant une prise en charge adaptée de ses séquelles.

La Cour suprême demande alors à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) si un ressortissant de pays tiers, qui conserve des séquelles d'actes de torture perpétrés dans son pays d'origine mais qui ne risque plus d'y subir de tels traitements en cas de retour, peut bénéficier de la protection subsidiaire au motif que ses pathologies psychologiques ne pourront être adéquatement prises en charge par le système de santé de ce pays.

2. Décision de la Cour

Dans un premier temps (§§ 30-34), la Cour considère que, selon le droit de l'Union européenne, le fait qu'une personne ait été torturée dans le passé par les autorités de son pays d'origine mais ne serait plus exposée à un risque réel que de tels actes se reproduisent en cas de renvoi, n'est pas suffisant pour justifier l'octroi de la protection subsidiaire.

Dans un second temps (§§ 35-44), la Cour relève que le requérant a non seulement été victime, dans le passé, d'actes de torture de la part de ses autorités nationales mais, même s'il ne risque plus de subir à nouveau de tels actes en cas de renvoi, il souffre encore actuellement de sévères séquelles psychologiques consécutives à ces actes de torture passés. En outre, selon des constatations médicales dûment établies, ces séquelles s'aggraveraient de manière substantielle, avec le risque sérieux que le requérant se suicide, en cas de renvoi.

Cela étant, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle la directive qualification, qui établit le régime de la protection subsidiaire, doit être interprétée et appliquée dans le respect des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ([Aranyosi et Căldăraru](#) (2016), §§ 85-87 ; [C. K. e.a.](#) (2017), § 59). Celle-ci prévoit expressément que, lorsque les droits qu'elle garantit correspondent à ceux garantis par la CEDH, le sens et la portée de ces droits sont équivalents. Dès lors, en conformité avec le arrêt récent [Paposhvili c. Belgique](#) (2016) de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour considère que la Charte¹ doit être interprétée en ce sens que l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, constitue un traitement inhumain et dégradant si cet éloignement entraîne le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irréversible de son état de santé. Partant, la Cour juge que la Charte s'oppose à ce qu'un état membre renvoie un étranger vers son pays d'origine lorsque ce renvoi aboutirait à exacerber de manière significative et irréversible les troubles mentaux dont il souffre, spécialement lorsque, comme en l'espèce, cette aggravation mettrait en danger sa survie même.

Dans un troisième temps (§§45-58), la Cour souligne qu'en l'espèce, les juridictions nationales ont admis que le renvoi du requérant au Sri Lanka constituerait une violation de l'article 3 de la CEDH. La question sur laquelle il lui est demandé de statuer ne porte donc pas sur la protection contre l'éloignement découlant de l'interdiction d'exposer une personne à des traitements inhumains ou dégradants mais celle de savoir si l'état membre d'accueil est tenu d'accorder la protection subsidiaire à un étranger ayant été torturé par ses autorités nationales et dont les sévères séquelles psychologiques pourraient s'aggraver, en manière telle qu'il risquerait de se suicider en cas de renvoi.

La suite du raisonnement de la Cour prend largement appui sur l'arrêt [M'Bodj](#) (2014). D'une part, elle rappelle que l'existence d'un risque de traitements inhumains et dégradants, pour un requérant, dû à l'absence de traitements adéquats dans son pays d'origine dans lequel il ne peut, de ce fait, être renvoyé n'implique pas automatiquement l'octroi de la protection subsidiaire. D'autre part, elle souligne que l'aggravation substantielle de la santé d'un étranger ne peut, en soi, être considérée comme un traitement inhumain ou dégradant infligé dans son pays d'origine. Ce ne serait le cas que si l'étranger risquait réellement d'être privé intentionnellement de soins de santé, par exemple si les autorités nationales adoptent un comportement discriminatoire, en termes d'accès aux soins de santé, ayant pour effet de rendre plus difficile pour certains groupes ethniques ou catégories de personnes l'accès aux soins adaptés à la prise en charge des séquelles physiques ou mentales des actes de torture perpétrés par ces autorités.

¹ En particulier l'article 4 dont les droits garantis correspondent à ceux garantis par l'article 3 de la CEDH.

Par conséquent, la Cour conclut que la Cour suprême devra vérifier, à la lumière de tous les éléments d'information actuels et pertinents (rapports d'organisations internationales et d'organisations non gouvernementales de protections des droits de l'homme) si le requérant est susceptible de se voir exposer, en cas de renvoi au Sri Lanka, à un risque de privation *intentionnelle* de soins adaptés à la prise en charge de son état psychologique résultant des actes de torture perpétrés dans le passé par ses autorités nationales.

B. Éclairage

L'arrêt commenté appelle plusieurs observations. Trois sont brièvement développées ci-après.

1. L'élément intentionnel : un critère flou et difficilement prouvable

Dans son raisonnement, la CJUE fait état de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de renvoi des étrangers gravement malades. Elle témoigne ainsi du dialogue essentiel qui doit s'instaurer entre les deux juridictions.

À la lecture de l'arrêt, on peut toutefois se demander pourquoi la Cour fait si longuement référence à cette jurisprudence. Elle considère en effet à mi-chemin que la question ne se situe pas sur le plan de la protection contre l'éloignement en vertu de l'article 3 de la CEDH mais concerne uniquement les conditions d'octroi de la protection subsidiaire. Elle se base alors plus que sur l'arrêt *M'Bodj*.

Certes, l'article 15, b), de la directive qualification doit être interprété dans le respect de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux, qui doit lui-même être entendu à la lumière de l'article 3 de la CEDH. La Cour rappelle donc l'arrêt *Paposhvili* (2016), par lequel la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme juge que la CEDH offre une protection contre le renvoi aux étrangers gravement malades, non seulement lorsque leur maladie a atteint un stade critique, mais également lorsque leur renvoi impliquerait un « déclin grave, rapide et irréversible » de leur état de santé, ce qu'il revient en priorité aux autorités nationales de déterminer à l'aide de procédures adéquates. La Grande Chambre « clarifie »² ainsi la jurisprudence de la Cour relative aux étrangers gravement malades³ et « marque la fin du régime d'exceptionnalité qui a semblé frapper sa jurisprudence relative au renvoi d'étrangers gravement malades. Le seuil de gravité ne varie pas. L'évaluation du respect de l'article 3 CEDH se réalise selon des critères et une méthode similaires à celles appliquées aux autres affaires d'expulsion. Il importe peu, à cet égard, que le facteur générateur du risque soit lié à l'état de santé »⁴.

Le juge luxembourgeois intègre ainsi dans son raisonnement le fait que l'article 3 de la CEDH « s'oppose à l'éloignement d'une personne gravement malade pour laquelle il existe un risque de décès imminent ou pour laquelle il existe des motifs sérieux de croire que bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, elle ferait face, en raison de l'absence de traitement adéquats dans le

² P. FRUMER, « L'éloignement des étrangers gravement malades : la Cour européenne des droits de l'homme clarifie sa jurisprudence antérieure et en atténue la sévérité », *Justice en ligne*, 30 décembre 2016 ; L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter EDEM*, février 2017.

³ Cour eur. D.H., *D. c. Royaume-Uni* ; *N. c. Royaume-Uni* (2008) ; *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* (2011) ; *Aswat c. Royaume-Uni* (2013) ; *S.J. c. Belgique* (2014).

⁴ L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter EDEM*, février 2017.

pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, un risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie » (§ 40).

Cette évolution dans la jurisprudence strasbourgeoise n'a toutefois aucun impact sur le raisonnement de la Cour. Comme mentionné ci-dessus, elle écarte très rapidement ces considérations en constatant que « [l]a présente affaire concerne donc non pas la protection contre l'éloignement découlant, en vertu de l'article 3 de la CEDH, de l'interdiction d'exposer une personne à des traitements inhumains ou dégradants, mais la question distincte de savoir si l'Etat membre d'accueil est tenu d'accorder le statut conféré par la protection subsidiaire au titre de la directive 2004/83 au ressortissant d'un pays tiers ayant été torturé par les autorités de son pays d'origine et dont les sévères séquelles psychologiques pourraient s'aggraver de manière substantielle, avec le risque sérieux qu'il se suicide, en cas de renvoi dans ledit pays » (§ 45).

La Cour poursuit son raisonnement en l'inscrivant dans la lignée de l'affaire *M'Bodj* dans laquelle elle a conclu que l'article 15, sous b), de la directive qualification, doit être interprété en ce sens que l'« atteinte grave » ne couvre pas une situation dans laquelle des traitements inhumains ou dégradants, qu'un demandeur atteint d'une maladie grave pourrait subir en cas de retour dans son pays d'origine, sont le résultat de l'inexistence de traitements adéquats dans ce pays, sauf si la privation de soins était infligée intentionnellement à ce demandeur. L'élément primordial est donc le caractère « intentionnel » de l'atteinte grave.

La charge probatoire liée à un tel critère d'intentionnalité semble toutefois extrêmement lourde, d'autant plus qu'elle s'inscrit dans un système structuré par l'omniprésence et la complexité excessive de la preuve et de ses déclinaisons. Les difficultés auxquelles ferait face un demandeur de protection internationale qui tenterait de prouver l'intention des autorités de son pays d'origine de le priver de soins de santé sont évidentes. Une charge de la preuve partagée entre le demandeur et les autorités compétentes – prévue par les principes généraux et les législations et consacrée par les jurisprudences mais encore laborieusement concrétisée en pratique – sera dans ce cas plus que nécessaire.

Cette première observation en entraîne une seconde, soulevée et analysée avec précision par l'Avocat général Yves Bot.

2. Une extension déraisonnable ?

Afin d'apprécier si l'étranger, torturé dans le passé par les autorités de son pays d'origine, court, en cas de renvoi, un risque réel de privation intentionnelle de soins adaptés à la prise en charge des séquelles physiques ou mentales des actes de torture perpétrés par ces autorités, il convient, selon la Cour, de prendre en considération l'article 14 de la Convention contre la torture (CCT), qui enjoint aux Etats parties de prévoir les procédures et moyens permettant aux victimes d'actes de torture d'obtenir réparation. La directive qualification prévoit en effet que les critères pour l'octroi de la protection subsidiaire sont définis sur la base des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (considérant 25). Selon cette disposition, les états ont l'obligation de garantir à la victime d'un acte de torture, dans leur système juridique, le droit d'obtenir réparation, y compris, les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. La Cour estime toutefois que les mécanismes mis en œuvre par la directive (voy. considérant 6) poursuivent des buts différents et instituent des

mécanismes de protection clairement distincts de ceux de la Convention contre la torture (voy. considérant 6 et article 2). Elle considère dès lors que « sauf à méconnaître les domaines propres à chacun de ces deux régimes, la possibilité pour un ressortissant d'un pays tiers se trouvant dans une situation telle que celle de MP de bénéficier du régime de la protection subsidiaire ne peut découler de toute violation de l'article 14 de la convention contre la torture par l'état d'origine dudit ressortissant » (§ 56).

Le raisonnement de la Cour à cet égard semble quelque peu « avorté ». C'est la raison pour laquelle les [conclusions de l'Avocat général Yves Bot](#) méritent d'être en partie reproduites ci-après (§§ 50-65).

L'Avocat général rappelle que l'interprétation littérale de l'article 14 de la CCT stipule que c'est l'état responsable des actes de torture commis sur son territoire qui doit prévoir les moyens et les procédures permettant aux personnes concernées d'obtenir réparation ou de bénéficier d'une réadaptation la plus complète possible. Cela étant, il se demande si, dans le cas où le Sri Lanka ne respecterait pas les obligations découlant de la CCT, cela pourrait étendre les obligations des états membres en matière de protection subsidiaire. Autrement dit, l'Avocat général se pose les questions suivantes : la méconnaissance de la CCT, par un état tiers à l'Union, pourrait-elle permettre aux individus de se prévaloir d'un droit à la protection subsidiaire dans l'Union ? Cette méconnaissance pourrait-elle être interprétée comme une preuve de l'existence d'un risque de traitement inhumain et dégradant en cas de renvoi vers le pays d'origine ? L'absence de procédure permettant réparation dans le pays d'origine pourrait-elle être considérée comme un risque d'atteintes graves ?

Il constate alors que certains états pourraient accepter de prendre en charge les obligations que la CCT ferait naître alors même qu'ils ne sont pas responsables des actes de torture en cause. Dans ce cas, il s'agirait d'une application de la *compétence universelle*, en matière pénale, prévue par la CCT (article 5, § 2) en matière de responsabilité civile et de droit à indemnisation des victimes d'actes dommageables, ce qui n'est en principe pas reconnu⁵. Dans le contexte qui nous occupe, le seul lien exigé entre l'infraction et l'état serait la présence de la victime d'actes de torture, commis à l'étranger, sur le territoire de l'état qui prendra en charge l'action aux fins de réparation. Selon l'Avocat général, « [c]ette extension de la compétence juridictionnelle des états parties à la CCT permettrait aux victimes d'actes de torture d'exercer effectivement leurs droits à réparation et de faire pleinement écho au jus cogens, renforçant ainsi la lutte contre la torture au plan international ». Il considère que c'est dans cette mesure uniquement que l'article 14, § 1^{er}, de la CCT pourrait être appliqué au cas d'espèce, comme permettant d'étendre les obligations des états membres en matière de protection subsidiaire.

Cependant, l'Avocat général estime que reconnaître une telle compétence universelle irait au-delà de ce que la Cour a déjà admis et que le cas d'espèce ne semble pas être la meilleure occasion de

⁵ L'Avocat général mentionne l'arrêt *Nait-Liman c. Suisse* (2016) de la Cour européenne des droits de l'homme dans lequel la Cour refuse de considérer que l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH oblige les Etats parties à prévoir des mécanismes de réparation civile pour des actes de torture commis dans les Etats tiers. Elle précise que l'acceptation d'une compétence universelle en la matière aurait provoqué un afflux massif de recours. Après un examen exhaustif des systèmes juridictionnels européens, la Cour conclut que, si l'interdiction de la torture relève bien du jus cogens et bénéficie de la compétence universelle, les actions civiles qui sont la conséquence d'actes de torture doivent néanmoins respecter les règles de territorialité de la compétence juridictionnelle (voy. aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001)).

franchir ce pas, dès lors que deux éléments s'opposent à l'applicabilité de l'article 14, § 1^{er}, de la CCT. Premièrement, aucune pièce du dossier n'indique que le Sri Lanka méconnaîtrait intentionnellement les obligations qui découlent de l'article 14, § 1^{er}, de la CCT. En d'autres termes, même si l'insuffisance du système de santé n'est pas contestée, il n'est pas possible de reconnaître a priori que le Sri Lanka méconnaîtra les obligations découlant de la CCT à l'encontre du requérant. Deuxièmement, pour que le droit à réparation soit admis, il faut un dépôt de plainte ou une demande en justice. Toutefois, en l'espèce, le requérant n'établit, ni même n'allègue, avoir présenté de demande tendant à bénéficier d'une indemnisation ou des moyens de réadaptation, ni auprès des autorités du Sri Lanka ni auprès de celles d'un Etat membre (si tant est que ces dernières puissent se reconnaître compétentes).

Partant, pour inclure le cas d'espèce dans le champ d'application de ces stipulations, il faudrait considérer : 1) que les insuffisances du système de santé du Sri Lanka seraient à l'origine d'une méconnaissance intentionnelle des obligations de l'état titre de l'article 14, § 1^{er}, de la CCT, à l'égard de MP ; 2) que le dépôt d'une demande de protection subsidiaire dans un état membre vaudrait demande de droit à bénéficier d'une indemnisation ou des moyens nécessaires à une réadaptation. Selon l'Avocat général, une telle lecture permettrait à toute personne ayant subi, par le passé, de mauvais traitements, de bénéficier d'un droit à la protection subsidiaire, et ce tant que son pays d'origine ne prévoirait pas les moyens et les procédures permettant une indemnisation ou une réadaptation des victimes, y compris par la mise en place d'un système de santé suffisant. Il considère toutefois cette lecture « semble [...] étendre, à outrance, le champ d'application tant des dispositions de la directive [qualification], que des stipulations de [l'article 14, § 1^{er}, de la CCT] » (§ 62). D'une part cela « amplifierait considérablement les obligations des Etats membres en matière de protection subsidiaire et poserait des difficultés tant procédurales que matérielles », et d'autre part cela « risquerait d'entraîner un accroissement des demandes de protection internationale ainsi que des difficultés pour mettre fin à ces régimes de protection, conformément à l'article 16 de la directive [qualification], en cas de stress post-traumatique ou de risque suicidaire » (§ 63).

Cette deuxième observation entraîne une troisième. Si le requérant ne peut être renvoyé au Sri Lanka et ne peut se voir octroyer la protection subsidiaire en vertu de l'article 15, b), de la directive qualification, interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'article 14 de la CCT, poussé à son paroxysme, il se trouvera potentiellement en séjour illégal, avec les conséquences juridiques et matérielles qui s'en suivent.

On retrouve dans cette hypothèse le paradoxe des étrangers ni autorisés au séjour ni expulsables pour lesquels ni la juridiction luxembourgeoise ni la juridiction strasbourgeoise n'apportent de solution claire. Dans l'arrêt *Mahdi* (2014), par exemple, la CJUE a jugé que la circonstance qu'une décision de retour ne pouvait pas être adoptée l'encontre d'un étranger en séjour irrégulier n'emportait pas l'obligation, pour les états membres, de régulariser son séjour⁶. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'a pas saisi, par exemple, 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 en

⁶ Voy. P. d'HUART, « Prolongation de la détention : forme et contrôle judiciaire de la décision de prolongation de la détention aux fins d'éloignement », *Newsletter EDEM*, juin 2014.

l'espèce qui souffrait de maladies mentales⁷. La [directive retour](#) fournit toutefois quelques indications sur le statut que doivent se voir accorder ces étrangers non expulsables. Elle énonce qu'ils doivent se voir accorder diverses garanties minimales « dans l'attente de leur expulsion : protection de l'unité familiale, accès aux soins médicaux de base, accès au système éducatif et, pour les plus vulnérables, prises en considération de leur besoins spécifiques (article 14). En précisant qu'il revient aux états membres de garantir ces droits « dans la mesure du possible » (article 14) et que « les besoins de base [des étrangers non expulsables] devraient être définis conformément à la législation nationale » (considérant 12), la directive leur confie un large pouvoir d'appréciation. On peut ainsi regretter que l'arrêt commenté n'apporte pas plus d'éléments de réponse à cette problématique.

3. La crainte subjective exacerbée

En Belgique, MP pourrait palier à cette difficulté en invoquant dans sa demande de protection internationale une crainte subjective exacerbée. Il pourrait également introduire une autorisation de séjour sur la base de l'article *9bis*, sur la base de « circonstances exceptionnelles » (al. 1^{er}) ou sur la base de l'article *9ter* de la loi du 15 décembre 1980, en considérant qu'il « souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine » (§ 1^{er}, al. 1^{er}). L'Avocat général, dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, souligne d'ailleurs que « la jurisprudence de la Cour s'applique sans préjudice du pouvoir discrétionnaire des Etats membres d'admettre au séjour, pour des raisons humanitaires, les personnes atteintes de telles pathologies » (§ 63). MP ayant introduit une demande d'asile au Royaume-Uni, seule la crainte subjective exacerbée est développée ci-après.

Dans certaines décisions en effet, le Conseil du contentieux des étrangers (CCE) admet que l'intensité de la persécution passée suffise en soi à fonder la crainte de persécution future. Des persécutions extrêmement graves constituent un fondement suffisant pour justifier que le requérant ne veuille se réclamer de la protection des autorités de son pays. Le Conseil estime « qu'il faut réserver les cas dans lesquels, en raison du caractère particulièrement atroce de la persécution subie – eu égard à sa nature intrinsèque, aux circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée, et à l'importance des conséquences psychologiques et physiques engendrées –, la crainte de l'intéressée est exacerbée à un point tel, qu'un retour dans le pays d'origine où cette persécution a été rendue possible est inenvisageable. La prise en considération d'un tel état de crainte devra être appréciée en fonction de l'expérience personnelle vécue par l'intéressé, de sa structure psychologique individuelle, de l'étendue des conséquences physiques et psychiques constatées, et de toutes les autres circonstances pertinentes de l'espèce » (p.e. [17 juin 2014, n° 125 702, pt 5.5](#)). Plus qu'un risque futur objectif, c'est bien une crainte subjective qui résulte d'une persécution passée d'une gravité objectivement élevée⁸.

Dans cette hypothèse, les juges raisonnent par analogie avec la réserve de la clause de cessation prévue par la Convention de Genève (l'article 1^{er}, section C), 5)), reprise dans la directive qualification (article 11, § 3) et la loi du 15 décembre 1980 (article 55/2), qui prévoit le cas particulier d'une

⁷ Voy. L. LEBOEUF, « Quel statut pour les étrangers ni expulsables, ni autorisés au séjour ? », *Newsletter EDEM*, septembre 2016.

⁸ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016., p. 428.

personne qui a fait l'objet de violentes persécutions dans le passé et qui, de ce fait, ne cesse pas d'être un réfugié même si un changement fondamental de circonstances intervient dans son pays d'origine⁹. Il s'agit de raisonner par analogie et d'appliquer, anticipativement, au moment de la décision sur le statut, la clause d'exception à la cessation¹⁰.

Les cas de persécutions passées auxquels le CCE applique l'hypothèse de la crainte subjective exacerbée se situent largement dans le champ des violences domestiques et intrafamiliales familiales (p.e. 30 mai 2017, n° 187 744 ; 27 octobre 2016, n° 177 178 ; 11 février 2015, n° 161 913) et des mutilations génitales féminines (p.e. 31 mai 2016, n° 168 784 ; 1^{er} mars 2017, 183 264). C'est aussi le cas pour les personnes qui ont subi ou ont assisté à des massacres dans le cadre du génocide (11 mars 2008, n° 8512 ; 29 janvier 2016, n° 161 068) ou dans un contexte politique troublé (9 février 2011, n° 55 770 ; 29 juin 2009, n° 29 223 ; 15 octobre 2012, n° 89 676 ; 29 avril 2010, n° 42 541).

Toutes ces hypothèses concernent des femmes. La jurisprudence dans laquelle la crainte subjective exacerbée est appliquée à des hommes est plus faible numériquement, d'autant plus pour des hommes persécutés dans le passé sur la base du motif politique, comme c'est le cas du requérant dans l'arrêt commenté. On relève plutôt, par exemple, les cas suivants : un requérant guinéen maltraité de manière sévèrement pendant son enfance et son adolescence par son père et sa marâtre et ayant vécu dans la rue (21 mars 2017, n° 198 977) ; deux requérants ayant vécu des événements particulièrement traumatisants alors qu'ils étaient encore mineurs en raison de leur appartenance à la communauté ethnique des Roms, Ashkalis et Égyptiens au Kosovo (RAE) (30 janvier 2018, n° 198 977) ; un requérant albanais contraint par son père de travailler dès l'âge de neuf ans et victime de violences intrafamiliales graves et régulières (18 août 2016, n° 173 287). Ces exemples sont le fait de violences privées. Ils ne peuvent donc pas être transposés à l'espèce commentée.

Toutefois, on trouve aussi dans la jurisprudence, en plus petit nombre encore, des exemples qui se rapprochent au cas de MP, tant sur le plan des auteurs de la persécution – étatiques – que des séquelles – PTSD – qui en découlent et des soins qui pourraient être octroyés au requérant dans son pays d'origine. C'est le cas d'un couple de nationalité kosovare (12 février 2015, n° 138 404 ; voy. aussi 15 octobre 2012, n° 89 676 (Serbie, couple)). Dans cette affaire, le requérant avance qu'en avril 2009, les forces serbes ont chassé sa famille du village de Dubovc et massacré devant lui sa mère, sa sœur et sa fille. Depuis cet événement, il souffre de différents maux et d'un syndrome de stress post-traumatique (diagnostiqué). Sa demande d'asile est rejetée par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA) qui estime que si les forces serbes sont bien responsables de graves violences à l'origine du traumatisme du requérant, elles ont quitté le Kosovo il y a plus de quinze ans. Il s'ensuit qu'il n'y a pas de risque que le requérant soit confronté à des événements traumatisants en cas de retour au Kosovo. Le Commissariat ajoute que le requérant a pu bénéficier de soins au Kosovo et ne peut dès lors alléguer qu'il court un risque de persécution ou d'atteintes graves en cas de retour¹¹.

⁹ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979, § 136.

¹⁰ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 429.

¹¹ Le CGRA jette également la demande de la requérante, épouse du requérant au motif que le fait qu'elle soit victime d'ostracisme de la part des membres de sa famille, qui refuse son union avec un malade, n'est pas lié à l'une des causes visées par la Convention de Genève.

Les requérants font appel de cette décision devant le CCE. Celui-ci note que la question à trancher porte sur la répercussion des faits avancés quant à la crainte alléguée par le requérant en raison de faits qui se sont déroulés en 1999 et ce, malgré le retrait des forces serves depuis la fin du conflit (§ 4.1.7). Dès lors, le Conseil « estime devoir analyser les craintes du requérant sous l'angle des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures qui pourraient l'empêcher de rentrer dans son pays d'origine, malgré l'ancienneté des faits qui n'exclut évidemment pas que des personnes puissent encore avoir des raisons valables de craindre au sens de la Convention de Genève, compte tenu des circonstances propres à leur cause » (§ 4.1.8.).

Le Conseil conclut, à l'évidence, que la persécution en cause est fondée sur la race du requérant, motivation première du massacre. Le traumatisme psychologique qui s'en déduit est aussi lié à sa race bien qu'il appartienne désormais à un groupe national majoritaire qui n'est plus la cible de persécutions. Cela ne modifie toutefois en rien le fait que la persécution passée est liée à sa sous-nationalité albanaise au Kosovo. Il peut donc être conclu à l'existence d'un risque de persécution, à savoir la dégradation psychologique, lié à sa race en cas de retour au Kosovo. Par ailleurs, le Conseil n'a aucun égard au fait que des soins étaient disponibles pour le requérant dans son pays d'origine, argument pourtant soulevé par le CGRA dans sa décision de refus.

Cet arrêt, dont les faits ne sont pas exactement similaires à ceux de l'espèce commentée mais s'en rapprochent, illustre une réflexion qui pourrait être menée par les juridictions britanniques compétentes si elles ne souhaitent pas se pencher sur l'évaluation du caractère intentionnel de la privation des soins adaptés à la prise en charge de l'état psychologique du requérant au Sri Lanka, comme le leur suggère la CJUE.

Il faut toutefois souligner que pour que de telles décisions soient possibles, encore faut-il qu'une force probante soit reconnue aux attestations psychologiques et aux documents médicaux. Or on le sait, les jurisprudences nationales sur ce point restent particulièrement variables.

H.G.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt :

- CJUE, arrêt du 24 avril 2018, MP, C-353/16, EU:C:2018:276 ;
- CJUE, conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 24 octobre 2017, C-353/16, EU:C:2017:795.

Jurisprudence :

- CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, M'Bodj, C-542/13, EU:C:2014:2452 ;
- CJUE, arrêt du 16 février 2017, C.K. e.a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127 ;
- Cour eur. DH [GC], 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, req. n° 41738/10.

Doctrine :

- S. SAROLEA, « Note sous C.C.E., arrêt n° 138.404 du 12 février 2015 – Le risque de dégradation psychologique fondé sur de très lourdes persécutions passées ayant conduit à un stress post-traumatique intense est un risque de persécution », *Newsletter EDEM*, mars 2015.

Pour citer cette note : H. GRIBOMONT, « Le champ d'application de l'article 15, b), de la directive qualification de plus en plus précis », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.