

# CAHIERS DE L'EDEM

## LOUVAIN MIGRATION CASE LAW COMMENTARY

Octobre 2018

*Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, 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. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

*These Commentaries are written by the European Rights and Migration team (EDEM), which is part of the UCL. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

*Le 15 novembre aura lieu un séminaire sur le thème « La preuve en matière d'asile. Focus sur les violences liées au genre ». Cette formation a pour objectif d'actualiser et d'approfondir les aspects liés à la preuve et à la fonction de juger face à l'interculturalité. Infos et inscription [via ce lien](#).*

*L'ouvrage distribué lors de la journée d'étude du 5 octobre sur le « Statut familial de l'enfant et migrations » est disponible au prix de 25 euros (frais de port compris). Pour le commander, veuillez nous adresser un message à : [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

### Sommaire

#### 1. C.J.U.E., Aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, NF, NG et NM, EU:C:2018:705. La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie. Pieter-Augustijn Van Malleghem ..... 3

*La Cour de Justice déclare irrecevable trois pourvois contre une ordonnance du Tribunal qui avait considéré que l'accord UE-Turquie avait été conclu par les États membres de l'Union plutôt que par l'Union européenne elle-même. L'ordonnance de la Cour pose la question de l'usage stratégique du droit procédural afin d'éviter d'intervenir dans un débat idéologique controversé. Vu les parallèles avec la gestion de la crise de la zone euro, l'ordonnance donne également à penser qu'il s'agit là peut-être d'une stratégie récurrente de la Cour.*

**Déclaration UE-Turquie – Pourvois – Irrecevabilité.**

CeDIE – Centre Charles de Visscher  
pour le droit international et européen  
EDEM – Equipe droits européens et migrations  
Place Montesquieu, 2  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique  
[cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be)



#### Contact :

Jean-Yves Carlier [[jean-yves.carlier@uclouvain.be](mailto:jean-yves.carlier@uclouvain.be)]  
Jean-Baptiste Farcy [[jean-baptiste.farcy@uclouvain.be](mailto:jean-baptiste.farcy@uclouvain.be)]  
Christine Flamand [[christine.flamand@uclouvain.be](mailto:christine.flamand@uclouvain.be)]  
Hélène Gribomont [[helene.gribomont@uclouvain.be](mailto:helene.gribomont@uclouvain.be)]  
Luc Leboeuf [[luc.leboeuf@uclouvain.be](mailto:luc.leboeuf@uclouvain.be)]  
Matthieu Lys [[matthieu.lys@uclouvain.be](mailto:matthieu.lys@uclouvain.be)]  
Trésor Maheshe Musole [[musole.maheshe@uclouvain.be](mailto:musole.maheshe@uclouvain.be)]  
Emmanuelle Néraudau [[eneraudau@gmail.com](mailto:eneraudau@gmail.com)]  
Géraldine Renaudière [[geraldine.renaudiere@uclouvain.be](mailto:geraldine.renaudiere@uclouvain.be)]  
Sylvie Sarolea [[sylvie.sarolea@uclouvain.be](mailto:sylvie.sarolea@uclouvain.be)]  
Lilian Tsourdi [[evangelia.tsourdi@uclouvain.be](mailto:evangelia.tsourdi@uclouvain.be)]



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

**2. C.C., arrêt n° 133/2018, 11 octobre 2018. Nationalité et sous nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale : le cas des Belges de statut congolais. *Trésor Maheshe Musole* ..... 9**

*Par l'arrêt n° 133/2018, la Cour constitutionnelle belge se prononce sur la conformité de l'article 1<sup>er</sup> des lois relatives au personnel d'Afrique avec les articles 10 et 11 de la Constitution belge combinés aux articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel. Dans son raisonnement, la Cour considère que l'article 1<sup>er</sup> des lois relatives au personnel d'Afrique interprété comme excluant les « Belges de statut congolais » de la pension de retraite coloniale est discriminatoire. Ce commentaire évalue le raisonnement de la Cour constitutionnelle belge, à la lumière de sa jurisprudence antérieure et à celle de la Cour européenne des droits de l'homme.*

**Art. 14 CEDH – arts. 11 et 12 Const. Belge – Pension - Discrimination – Belges de statut congolais.**

**3. Cons. Const. (France), décision n° 2018-717/718 Q.P.C. du 6 juillet 2018. Le délit de solidarité jugé contraire au principe de fraternité. *Christelle Macq* ..... 13**

*Le Conseil constitutionnel français consacre la valeur constitutionnelle du principe de fraternité. Il précise qu'il résulte de ce principe la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national. Il juge l'incrimination de l'aide à la circulation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, contraire aux exigences découlant du principe de fraternité. Enfin, il précise que ce principe exige que toute acte d'aide au séjour irrégulier ou à la circulation irrégulière, posé dans un but humanitaire, bénéficie d'une immunité pénale.*

**Délit de solidarité – Articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile – Principe de fraternité – Liberté d'aider autrui sans considération de la régularité de son séjour.**

**4. Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canada), Section d'appel, X (Re), 2018 CanLII 64864 (CA CISR). Persécution liée au genre : le raisonnement d'un commissaire canadien. *Hélène Gribomont* ..... 21**

*La Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canada) reconnaît le statut de réfugié à une ressortissante guinéenne âgée de 65 ans alléguant des violences domestiques et des menaces de mort de la part de son mari forcé. Le commissaire mobilise une sensibilité et une intelligence culturelles qui permettent une appréciation juste et complète du bien-fondé de la crainte de persécution.*

**Asile – Guinée – Violences domestiques – Menaces de mort – Crédibilité – Alternative de protection interne.**

## 1. C.J.U.E., AFF. JOINTES C-208/17 P À C-210/17 P, ORDONNANCE DU 12 SEPTEMBRE 2018, NF, NG ET NM, EU:C:2018:705

*La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie.*

*Pieter-Augustijn Van Malleghem*

### A. Arrêt

Par une ordonnance du 12 septembre 2018, la Cour de justice a rejeté le pourvoi des trois demandeurs d'asile qui avaient contesté la déclaration UE-Turquie devant le Tribunal. Les requérants, trois demandeurs d'asile de nationalité afghane et pakistanaise qui avaient fui leur pays en raison de craintes de persécution et d'atteintes graves à leur personne, étaient entrés sur territoire Grec en mars 2016 et avaient chacun l'intention de demander l'asile dans un autre pays membre de l'Union. Ils font néanmoins une demande d'asile en Grèce afin d'éviter d'être refoulés vers Turquie en application de l'accord UE-Turquie. Devant le Tribunal, ils avaient cherché à contester la légalité cet accord.

Pour rappel, le Tribunal, statuant en chambre élargie, s'était considéré incompétent en vertu du fait que l'accord UE-Turquie n'avait paradoxalement pas été conclu par le Conseil européen, mais bien par les chefs d'État ou de gouvernement de ses États membres. Le communiqué de presse, qui faisait bien référence à l'« UE » et aux « membres du Conseil européen », est décrit par le Tribunal comme ayant des « termes regrettamment ambigus ». Le sommet européen organisé à Bruxelles le 17 et 18 mars 2016 était en réalité un ensemble de « deux événements distincts », une session du Conseil européen, d'une part, et un sommet international avec la Turquie, d'autre part. Pour « des raisons de coûts, de sécurité et d'efficacité » ces réunions avaient eu lieu dans un même bâtiment. Le Tribunal avait également considéré que « en pratique » les États membres avaient confié au président du Conseil « une tâche de représentation et de coordination des négociations » alors que le président de la Commission était présent lors des négociations afin d'assurer « la continuité du dialogue politique » avec la Turquie. Dès lors, l'accord UE-Turquie n'avait pas été conclu par le Conseil et le Tribunal ne pouvait pas examiner le fond de la requête<sup>1</sup>.

Saisie de trois pourvois contre cette ordonnance, la Cour de Justice déclarer de manière laconique les pourvois contre ces ordonnances irrecevables. De façon générale, la Cour reproche aux requérants un manque de cohérence dans leurs arguments. Ces derniers ne font que résumer « huit moyens sans que leur argumentation ressorte avec clarté et précision des éléments évoqués de façon vague et confuse », et « se limitent [...] à des affirmations générales » de méconnaissance du droit de l'Union « sans indiquer avec la précision requise ni les éléments critiqués des ordonnances attaquées ni les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique la demande d'annulation »<sup>2</sup>.

Alors que ce premier reproche aurait pu suffire pour conclure à l'irrecevabilité, la Cour constate également que les pourvois des requérants souffrent de plusieurs défaillances plus spécifiques. Alors que les requérants allèguent une insuffisance de motivation de l'ordonnance du Tribunal, ils ne font

<sup>1</sup> Trib. UE, 28 février 2017, NF/Conseil européen, aff. T-192/16, §61-70.

<sup>2</sup> C.J.U.E., 12 septembre 2018, NF, NG ET NM c. Conseil européen, aff. jointes C-208 à C-210/17 P, § 16.

que renvoyer aux arguments qui avaient été soumis au Tribunal, sans apporter d'éléments juridiques supplémentaires. Or il est de jurisprudence constante que la Cour n'est pas compétente pour effectuer un simple réexamen des arguments présentés devant le Tribunal<sup>3</sup>. Les requérants avaient également argumenté que le Tribunal avait commis une erreur de droit dans leur analyse de l'accord UE-Turquie. Les requérants avaient argumenté en particulier que cette analyse devait se baser sur des éléments de forme plutôt que de fond. Or ce reproche « non étayé » se borne à exprimer un « désaccord » sans identifier une « erreur de droit » que la Cour pourrait examiner<sup>4</sup>. Finalement, les requérants considéraient que des questions de fait pertinentes avaient été méconnues, que certains éléments de preuve n'avaient pas été analysés et que l'examen et l'appréciation des questions importantes auraient été entachées d'irrégularités. La Cour répond néanmoins que le Tribunal est seul compétent pour constater et apprécier les faits et refuse en outre d'examiner une éventuelle dénaturation des preuves par le Tribunal. Les requérants n'auraient pas, en effet, indiqués « de façon précise » les éléments qui auraient été dénaturés ni démontrés les erreurs d'analyse, tout en s'appuyant sur de nouveaux éléments de preuves qui n'avaient pas été soumises au Tribunal<sup>5</sup>.

Dès lors, la Cour a pu conclure que les trois pourvois étaient « manifestement irrecevables » à la lumière de l'article 181 du règlement de procédure<sup>6</sup>.

## B. Éclairage

La question de fond soulevée par cette ordonnance, c'est-à-dire la question du statut juridique de l'accord UE-Turquie, a déjà fait l'objet d'une analyse approfondie dans ces pages à l'occasion d'un commentaire de l'ordonnance du Tribunal, soulevant tant les aspects juridiques que les dilemmes moraux et politiques de cette question<sup>7</sup>. Cette note aborde d'autres aspects du même débat à l'occasion de l'ordonnance de la Cour.

### 1. De l'usage stratégique du droit procédural

L'éminent juriste belge Paul Martens considérait autrefois qu'il « fut un temps où les juges usaient et abusaient des nullités de forme, des irrecevabilités, des exceptions d'incompétence et des innombrables stratagèmes d'évitement qu'offrait l'ancien Code de procédure civile » afin de « décliner » leur juridiction et d'éviter de « gouverner ». Maintenant que le droit d'accès au juge est un droit fondamental, ainsi argumente-t-il, ces temps sont cependant révolus<sup>8</sup>. Force est pourtant de constater que si l'ancien Code de procédure civile belge n'est plus, le règlement de procédure de la Cour de Justice n'a peut-être pas encore livré tous ses secrets, et que même si le juge belge n'oserait effectivement plus abuser des irrecevabilités, cela ne signifie pas pour autant que ses confrères européens manquent forcément d'une telle audace.

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 22.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>5</sup> *Ibid.*, § 27.

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 30.

<sup>7</sup> J.-B. Farcy et G. Renaudière, « L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences ? », *Newsletter EDEM*, mars 2017.

<sup>8</sup> P. Martens, « [Les juges ne gouvernent pas: ils gèrent tant bien que mal une démocratie du ressentiment, de la controverse, et de la défiance](#) ».

En l'absence des mémoires des requérants, il est bien sûr difficile de critiquer le détail de l'analyse de la Cour. Néanmoins on peut souligner la marge d'appréciation non négligeable des juges de la Cour dans l'appréciation de règles procédurales qui ne sont seulement claires qu'en apparence. Quel est le critère décisif, par exemple, pour déterminer le niveau adéquat de précision de l'argumentation concernant la dénaturation de la preuve par le Tribunal ? Si nul ne peut contester qu'un pourvoi qui se borne à avancer des « affirmations générales » ne permet pas à la Cour d'apprécier la légalité de la décision du Tribunal, quel est le niveau de particularité requis pour qu'un pourvoi soit bel et bien recevable ? À défaut de règles précises, il revient ultimement à la Cour de trancher ces questions.

En d'autres termes, la question d'un éventuel comportement stratégique des juges peut légitimement se poser. Un pourvoi devant la Cour laissera une ample marge rhétorique aux juges qui souhaiteraient représenter une requête comme insuffisamment structurée ou trop peu détaillée, ou de la représenter alternativement comme suffisamment étayée pour être recevable. Vu l'enjeu social et politique de cette affaire, on peut aisément s'imaginer qu'une aile conservatrice de la Cour ait pu chercher à éviter de remettre en question l'accord entre l'UE et la Turquie, et que la stratégie qui attirerait le moins d'attention à cette fin avait été la voie de sortie procédurale. Plutôt qu'un cadre réglementaire clair et circonscrit, on peut dès lors considérer que le règlement de procédure de la Cour offre encore des ressources considérables pour de divers stratagèmes juridiques.

## **2. L'approche constitutionnelle des crises européennes**

La comparaison entre les approches des crises migratoires et de la zone euro par les institutions européennes, en particulier la Cour, est éclairante. La Cour de Justice semble en effet vouloir entériner ce qu'on a appelé, dans le contexte de la crise de la zone euro, le « fédéralisme exécutif post-démocratique »<sup>9</sup>. La Cour donne en effet son aval à une gestion des crises de la gouvernance de l'Union qui permet quelquefois le contournement du droit de l'Union, l'utilisation des institutions européennes en dehors du cadre formel de l'Union et ce, pour le surplus, souvent aux dépens de la protection des droits fondamentaux.

Premièrement, la crise de la zone euro avait donné lieu à une série de mesures prises techniquement par les États membres en dehors du cadre du droit de l'Union, alors qu'ils cherchaient manifestement à mettre fin à la crise de la zone euro. Ils avaient procédé par exemple au renforcement de la discipline budgétaire, déjà prévue par les Traités et le droit secondaire de l'Union, à travers d'un Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. La crise de la zone euro avait également donné lieu à la création d'une nouvelle institution financière internationale, le Mécanisme Européen de Stabilité, sur le modèle du Fonds Monétaire International. Ses prédécesseurs, créés d'urgence pendant la crise, avaient été constitués soit sur une base juridique précaire (le Mécanisme européen de stabilité financière, basée sur la clause d'exception de l'article 122(2) du TFUE) soit par voie du droit international (le Fonds européen de stabilité financière). Le Mécanisme Européen de Stabilité, destiné à remplacer ces dispositifs sur le long terme, est également un instrument de droit international. Les États membres avaient amendés les Traités afin d'y insérer explicitement une autorisation permettant aux États membres de conclure cet accord. Néanmoins, cet accord était

---

<sup>9</sup> J. HABERMAS, « Die Europäische Union vor der Entscheidung zwischen transnationaler Demokratie und postdemokratischem Exekutivföderalismus », *in id., Zur Verfassung Europas, Ein Essay* (Suhrkamp Berlin 2011).

devenu l'objet de vives critiques juridiques, notamment eu égard à la prohibition pour les États membres de financer la dette d'autres États membres consacrée dans les Traités et par rapport à l'usage par le MES des institutions européennes comme la Commission ou la BCE. La Cour de Justice avait finalement tranché ces questions en faveur de la compatibilité du Traité MES avec le droit de l'Union<sup>10</sup>.

Avec l'accord UE-Turquie, l'Union opte une nouvelle fois pour la voie d'un accord international. La Cour, quant à elle, donne une nouvelle fois son aval à cette politique et approuve le rôle ambigu des institutions européennes dans ce processus. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour autorise des mesures d'urgence qui renforcent le pouvoir de l'exécutif européen au détriment d'un véritable processus démocratique. Lorsque la Cour avait examiné les recours (politiquement motivés) de la Hongrie et de la Slovaquie, appuyés par la Pologne, contre les décisions imposant des quotas de répartition de réfugiés accueillis en Italie et en Grèce vers les autres États membres, elle avait accepté l'usage de la clause d'exception de l'article 78(3) TFUE, en dépit du fait que cette clause ne donnait au Parlement qu'un rôle consultatif, et nonobstant le fait que les mesures concernées seraient d'application pendant une période relativement longue de 24 mois<sup>11</sup>.

Deuxièmement, ce « fédéralisme exécutif post-démocratique » semble aller de pair avec une absence de contrôle de conformité avec les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union. Les « *memoranda of understanding* » conclus avec les États membres dans le cadre de la crise de la zone euro, qui avaient imposé un régime d'austérité souvent draconien aux États membres affectés - aux conséquences économiques, mais également sociales et politiques considérables, ont fait l'objet de plusieurs recours devant la Cour. Mais la Cour s'était déclarée incompétente pour répondre à des questions préjudicielles concernant la compatibilité entre ces « *memoranda of understanding* » et la Charte<sup>12</sup>. Dans une affaire qui avait posé la question de la compatibilité du programme d'ajustement macro-économique de la Chypre avec le droit de l'Union, par exemple, la question du caractère juridique d'une déclaration de l'Eurogroupe qui reflétait l'accord politique en la matière s'était posée. Le Tribunal a considéré dans cette affaire que « l'Eurogroupe ne peut pas être considéré comme étant un organe décisionnel » et qu'il ressortait « implicitement, mais nécessairement » de la déclaration de l'Eurogroupe que la compétence pour adopter les décisions pertinentes relevait du conseil des gouverneurs du MES, une organisation internationale<sup>13</sup>. Dès lors le recours contre cette déclaration était irrecevable<sup>14</sup>. Plus tard, la Cour de Justice a confirmé cette décision.<sup>15</sup>

En confirmant l'ordonnance du Tribunal dans les affaires *NF*, *NG* et *NM*, la Cour assure une nouvelle fois que la délicate question de la compatibilité avec les droits fondamentaux de mesures adoptées en temps de crise – adoptées cette fois-ci pendant la crise migratoire – ne devra pas être abordée<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> C.J.U.E., 27 novembre 2012, *Pringle c. Irlande*, aff. C-370/12.

<sup>11</sup> C.J.U.E., 6 septembre 2017, *République Slovaque et Hongrie c. Conseil*, aff. jointes C-643/15 et C-647/15. Voy. également L. LEBOEUF, « Relocalisation des demandeurs d'asile. La Cour de justice confrontée à l'identité nationale », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

<sup>12</sup> C.J.U.E., 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*, aff. C-128/12, et 21 octobre 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, aff. C-665/13.

<sup>13</sup> Trib. UE, 16 octobre 2014, *Mallis et Malli c. Commission et BCE*, aff. T-327/13, § 58 et 59.

<sup>14</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>15</sup> C.J.U.E., 20 septembre 2016, *Mallis e.a. c. Commission et BCE*, aff. jointes C-105/15 P à C-109/15 P.

<sup>16</sup> Cf. également J.-B. FARCY et G. RENAUDIÈRE, *supra* note 7, mars 2017.

Coïncidence ou non, ce fait pose question vu la reconnaissance des droits de l'homme et de l'État de droit comme valeurs fondamentales de l'Union.

Depuis peu, la Cour semble néanmoins vouloir infléchir la direction de sa jurisprudence en matière de la crise de la zone euro, en soulignant l'importance du respect du droit de l'Union et de ses droits fondamentaux<sup>17</sup>. Elle a jugé qu'il revenait à la Commission de promouvoir l'intérêt général de l'Union, également lorsqu'elle fonctionne comme un organe du MES. Cela avait permis à la Cour d'examiner la compatibilité d'un « *memorandum of understanding* » avec la Charte. Elle avait procédé à cette analyse dans le cadre d'une action en responsabilité extra-contractuelle de l'Union. Néanmoins, la Cour a considéré que les atteintes au droit à la propriété n'étaient pas disproportionnées eu égard à l'importance de l'objectif d'assurer la stabilité du système bancaire de la zone euro. Ce revirement serait-il dû au fait que la crise de l'euro semble perdre progressivement son acuité politique ? En tout état de cause, la jurisprudence pertinente en matière de la crise migratoire, *NF* en premier lieu, n'inspire pas beaucoup de confiance et ne laisse pas augurer un revirement semblable en matière de droit de l'immigration. Peut-être qu'une action en responsabilité extra-contractuelle de l'Union mènerait à une analyse juridique différente également dans le cadre de la crise migratoire. Cependant, il est douteux que ceci constituerait une voie de recours effective pour les requérants.

Cette tendance de la jurisprudence soulève dès lors la question si la Cour de Justice ne fait pas implicitement usage d'une « *political question doctrine* » sur le modèle de la fameuse doctrine du droit américain. Une telle doctrine est souvent justifiée par le manque de légitimité démocratique d'un tribunal qui doit analyser la constitutionnalité d'une décision prise par un parlement qui, quant à lui, bénéficie habituellement d'une légitimité démocratique plus importante. Cet argument ne s'applique cependant pas aux questions soulevées par les crises migratoires et de la zone euro, précisément en vertu de cette tendance de la gouvernance européenne à renforcer un « fédéralisme exécutif post-démocratique ». La Cour a ainsi manqué plusieurs opportunités pour renforcer le caractère démocratique de l'Union. Ne trahit-elle pas ainsi les valeurs fondamentales de l'Union, la démocratie et l'état de droit – valeurs qu'elle cherche par ailleurs à imposer aux États membres qui ne partagent pas l'idéologie de Bruxelles ?

### C. Pour aller plus loin

Lire l'ordonnance de la [Cour de Justice](#)

Lire l'ordonnance du [Tribunal](#)

#### Doctrines :

O. CORTEN et M. DONY, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du « machin » conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile? », *EU Migration Law Blog*, 10 juin 2016.

P. DERMINE, « [ESM and Protection of Fundamental Rights: Towards the End of Impunity?](#) », *Verfassungsblog*, 21 septembre 2016.

L. LEBOEUF, « [Relocalisation des demandeurs d'asile. La Cour de justice confrontée à l'identité nationale](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

---

<sup>17</sup> P. DERMINE, « [ESM and Protection of Fundamental Rights: Towards the End of Impunity?](#) », *Verfassungsblog*, 21 septembre 2016.

J.-B. FARCY et G. RENAUDIERE, « [L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne: Une incompétence lourde de conséquences ?](#) », *Newsletter EDEM*, mars 2017.

**Pour citer cette note** : P.-A. VAN MALLEGHEM, « Aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, *NF, NG et NM*, EU:C:2018:705. La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.



## 2. C.C., ARRÊT N° 133/2018, 11 OCTOBRE 2018

### Nationalité et sous nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale : le cas des Belges de statut congolais.

*Trésor Maheshe Musole*

#### A. Arrêt

Par l'arrêt du 28 juin 2017, la Cour d'appel de Mons saisit la Cour constitutionnelle en posant la question préjudicielle suivante :

« L'article 1<sup>er</sup> des lois relatives au personnel d'Afrique coordonnées le 21.05.1964, interprété en ce qu'il subordonne le droit à une pension de retraite aux personnes de nationalité belge ou luxembourgeoise nommées comme membres du personnel de carrière des cadres d'Afrique à l'exclusion des "Belges de statut congolais", viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à cette Convention ? » (pt I).

Cette question s'inscrit dans le cadre d'un différend entre le requérant et le Service fédéral des Pensions, dit le « SFPD », sur le droit à obtenir en Belgique une pension de fonctionnaire du secteur public. Le requérant travaillait auprès de l'Administration d'Afrique de 1947 à 1960, en qualité de « Belge de statut congolais ». À ce titre, il a été exclu de la pension de retraite coloniale réservée aux agents de carrière ayant la nationalité belge ou luxembourgeoise. Ce traitement différencié se fonde sur l'article 1<sup>er</sup> des lois relatives au personnel d'Afrique. Selon cette disposition :

« Le présent chapitre s'applique aux personnes de nationalité belge ou luxembourgeoise qui ont été nommées comme membres du personnel de carrière des cadres d'Afrique avant le 30 juin 1960 ».

Cette disposition prévoit deux conditions cumulatives pour bénéficier de la pension de retraite coloniale, à savoir la nomination en tant qu'agent statutaire, d'une part, et la détention de la nationalité belge ou luxembourgeoise, d'autre part. Après avoir recouvré la nationalité belge en 2006, le requérant demande au SFPD de pouvoir bénéficier de cette pension. Après plusieurs procédures antérieures devant les juridictions belges, la Cour d'appel de Mons décide de demander un éclairage à la Cour constitutionnelle au sujet de la compatibilité de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à cette convention. Pour examiner la conformité de cette disposition aux principes de non-discrimination et d'égalité, la Cour constitutionnelle adopte un raisonnement en deux temps.

Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle examine la justification du traitement différencié opéré par cette disposition, qui inclut dans son champ d'application les membres du personnel de carrière d'Afrique ayant la nationalité belge, mais pas les « Belges de statut congolais ». Pour comprendre la raison d'être de ce traitement différencié, la Cour interroge les travaux préparatoires. Selon ces travaux :

« La loi du 27 juillet 1961 avait donc pour objet de régler le sort des membres de ce personnel (Doc. parl., Chambre, S.E. 1961, n° 106/1, pp. 1-2) en instituant un régime en faveur des membres du personnel empêchés de poursuivre leur carrière par suite des événements, régime qui comporte en même temps l'octroi de certains avantages d'ordre pécuniaire et la mise en œuvre d'un dispositif permettant d'assouplir à leur égard les règles de recrutement dans le secteur public métropolitain (*ibid.*, p. 3) » (pt B.2.2.).

La Cour en déduit que cette loi avait été conçue pour faire face aux conséquences, pour les membres du personnel de carrière d'Afrique, de l'indépendance du Congo. Son but est de faciliter le reclassement des membres du personnel ayant la nationalité belge ou luxembourgeoise dans la fonction publique métropolitaine.

Dans un second temps, la Cour constitutionnelle évalue le critère de nationalité sur lequel repose cette justification, au regard des exigences d'objectivité et de pertinence.

Concernant le caractère objectif du critère de la nationalité, la Cour dit qu'un tel critère est objectif dès lors qu'il s'applique à « l'agent ayant accompli des prestations comme membre du personnel de carrière des cadres d'Afrique au moment où il faisait partie de ce personnel » (pt B.4.2.). À cette époque, la différence de traitement se justifiait par le fait que :

« Les premiers, qui tenaient leur nationalité belge ou luxembourgeoise des lois métropolitaines relatives à la nationalité, bénéficient du droit à la pension de retraite tandis que les seconds, originaires des territoires colonisés et qui étaient maintenus, en vertu de la Charte coloniale du 18 octobre 1908, sous le régime spécial des lois qui gouvernaient le statut de la colonie, ne bénéficient pas du même droit » (pt B.3.1.).

Quant à la pertinence du critère de nationalité, la Cour constitutionnelle adopte une motivation en demi-teinte.

D'un côté, elle considère qu'un tel critère peut être jugé pertinent au regard du contexte d'adoption de la loi en cause. Selon ce contexte, l'objet de cette loi était d'organiser « le reclassement dans la fonction publique belge des agents métropolitains qui avaient choisi de mener carrière dans la fonction publique de la colonie et qui se trouvaient soudainement empêchés de poursuivre cette carrière et obligés de rentrer en Belgique » (pt B.6.1.). À ce titre, le critère de nationalité est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, à condition de s'appliquer uniquement « aux dispositions organisant le reclassement des membres du personnel d'Afrique dans la fonction publique belge lors de leur retour en Belgique dû aux événements de 1960 et non aux dispositions relatives au droit à la pension de retraite prévues par les mêmes lois » (pt B.7.2.).

D'un autre côté, la Cour juge le critère de nationalité comme n'étant pas pertinent, car il n'existe aucune justification raisonnable à l'exclusion des « Belges de statut congolais » du bénéfice de la pension de retraite. Pour la Cour, « les événements survenus en juillet 1960 ont également eu des répercussions sur la carrière des agents de l'Administration d'Afrique qui étaient Belges de statut congolais et, notamment, sur leur droit à la pension de retraite » (pt B.6.2.). La Cour conclut que toute interprétation de l'article 1<sup>er</sup> excluant les « Belges de statut congolais » viole les articles 10 et 11 de la Constitution Belge.

## B. Observations

Le raisonnement de la Cour constitutionnelle mérite d'être examiné à l'aune de sa propre jurisprudence ainsi qu'à celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Concernant la jurisprudence de la Cour européenne, le raisonnement de la Cour constitutionnelle suit ses enseignements. Ceux-ci considèrent le critère de la nationalité en matière de sécurité sociale comme suspect<sup>1</sup>. Elle est très sévère « à l'encontre des différences de traitement fondées sur la nationalité lorsqu'elles aboutissent à désavantager un étranger établi sur le territoire »<sup>2</sup>. Dans l'affaire *Gaygusuz*, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Autriche à l'unanimité, parce que sa législation excluait les étrangers du droit aux allocations de chômage d'urgence, sur la base du seul critère de nationalité. Bien que le requérant bénéficie dans la présente espèce de la nationalité belge, rien n'empêche de lui appliquer cette jurisprudence. Il était privé de la pension de retraite coloniale parce qu'à l'époque où son travail pour l'administration coloniale lui a ouvert le droit à la pension, il était « Belge de statut congolais », une forme de sous-nationalité belge.

En considérant l'exclusion des « Belges de statut congolais » du droit à la pension de retraite coloniale comme contraire au principe d'égalité (article 10 et 11 de la Constitution), la Cour constitutionnelle se conforme à ces enseignements de la jurisprudence européenne. Elle reconnaît aux « Belges de statut congolais » ayant travaillé au sein de l'administration coloniale le droit de bénéficier de la pension de retraite coloniale. Toutefois, l'enseignement de cet arrêt a une portée limitée. Dans sa motivation, la Cour constitutionnelle prend le soin de limiter le champ d'application d'une telle interprétation. Selon elle, l'octroi d'une pension de retraite concerne uniquement les anciens membres du personnel de carrière des cadres d'Afrique qui, au moment de l'introduction de la demande d'admission au bénéfice de la pension, résident régulièrement en Belgique (B.3.2.). Il se dégage d'une telle motivation que le droit à une pension de retraite coloniale est réservé aux personnes qui résident en Belgique. Par le passé, la Cour constitutionnelle a eu à préciser la durée de résidence donnant droit à une prestation sociale de l'État belge en faveur des étrangers. Dans l'*arrêt n° 153/2007*, la Cour estime qu'il n'est pas raisonnablement justifié d'exclure du bénéfice des allocations sociales les étrangers installés en Belgique de « manière définitive ou à tout le moins pour une durée significative » (B.15).

Par rapport à sa propre jurisprudence, cet arrêt s'inscrit dans le schéma interprétatif des décisions de la Cour constitutionnelle appelée à statuer sur la violation des principes d'égalité et de non-discrimination. Cinq critères caractérisent ce schéma, à savoir le critère téléologique, le critère de comparabilité, le critère de pertinence, le critère de proportionnalité et le critère d'objectivité. Parmi ces critères, celui de comparabilité se trouve en filigrane lors de l'examen des principes d'égalité et de non-discrimination<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> À ce sujet, voy. J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 93 et s.

<sup>2</sup> Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 décembre 1996, req. n° 17371/90, pt 42.

<sup>3</sup> V. Flohimont, « *Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ?* », *R.B.D.C.*, 2008, n° 3, pp. 219 et 235.

Dans la présente espèce, la Cour constitutionnelle examine quelques-uns de ces critères pour établir la conformité ou non de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 juillet 1961 aux articles 10 et 11 de la Constitution.

D'abord, elle recourt au critère téléologique pour rechercher dans les travaux préparatoires si le législateur a voulu traiter de manière identique ou non deux catégories des personnes. Après avoir consulté ces travaux, elle aboutit à la conclusion selon laquelle le législateur voulait distinguer les « Belges de statut congolais » de ceux qui bénéficiaient de la nationalité belge sur la question du reclassement dans la fonction publique métropolitaine, plutôt que sur le bénéfice de la pension de retraite coloniale (pts B.2.3. et B.2.4.)

Ensuite, la Cour examine cette justification au regard du critère d'objectivité pour évaluer le facteur de différenciation. Elle identifie le critère de nationalité comme facteur de différenciation pour bénéficier de la pension de retraite coloniale. Selon la Cour, un tel critère est objectif au moment où le requérant faisait partie de ce personnel. Cette précision est d'autant plus importante, car à cette époque le demandeur originaire ne résidait pas en Belgique. Or, pour la Cour constitutionnelle, « la demande d'octroi d'une pension concerne une personne qui réside en Belgique » (pt B.3.2). Il se dégage que la différence de traitement ne repose pas exclusivement sur le critère de nationalité.

Enfin, la Cour confronte cette justification au critère de pertinence pour vérifier son caractère raisonnable. C'est ici où apparaît en filigrane le critère de comparabilité dans l'analyse de la pertinence. Pour la Cour, il n'est pas raisonnablement justifié d'exclure « les Belges de statut congolais » de la pension de retraite, dès lors qu'ils ont subi les répercussions des événements de juillet 1960 au même titre que les agents de carrière de nationalité belge.

Cet arrêt traduit la difficulté pour les juges d'examiner le traitement différencié entre l'étranger et le national. Le nombre des décisions contradictoires dans la procédure antérieure à cette affaire atteste cette difficulté (pt II). En recourant à son propre schéma interprétatif, la Cour constitutionnelle éclaire les conditions de nationalité et de sous-nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale. Il se dégage de cet arrêt que le bénéfice de la pension de retraite coloniale par le « Belge de statut congolais » est conditionné par la résidence régulière en Belgique.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** C. C., 11 octobre 2018, n° 133/2018.

#### **Jurisprudence :**

Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 décembre 1996, req. n° 17371/90.

C. C., 12 décembre 2007, n° 153/2007.

#### **Doctrine :**

Carlier, J.-Y., et Saroléa, S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

Flohimont, V., « *Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ?* », *R.B.D.C.*, 2008, n° 3.

**Pour citer cette note :** T. MAHESHE MUSOLE, « Nationalité et sous-nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale : le cas des Belges de statut congolais », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.

### 3. CONS. CONST. (FRANCE), DÉCISION N° 2018-717/718 Q.P.C. DU 6 JUILLET 2018

*Le délit de solidarité jugé contraire au principe de fraternité.*

*Christelle Macq*

#### A. Arrêt

##### 1. Rétroactes

Aux termes de l'arrêt commenté, le Conseil constitutionnel français répond à une question prioritaire de constitutionnalité posée par la Cour de cassation française portant sur les articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »). Ces dispositions répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France. L'article L. 622-4 du CESEDA prévoit une exemption pénale applicable, toutefois, au seul délit d'aide au séjour irrégulier à l'exception de l'aide à l'entrée et à la circulation. Par ailleurs, les actes couverts par cette exemption pénale sont limitativement énumérés dans la loi. Seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. Précisons que suite à cet arrêt du Conseil constitutionnel, ces articles incriminant l'aide à l'immigration irrégulière ont été modifiés par le législateur français<sup>1</sup>.

La Cour de cassation était saisie par Cédric Herrou, condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir aidé à l'entrée, la circulation, ou au séjour irrégulier d'étrangers par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence au mois d'août 2017<sup>2</sup>. Cette dernière lui reprochait d'avoir accueilli et transporté des migrants sachant qu'ils ne disposaient pas de titres de séjour. Soulignant le fait que les actions de Cédric Herrou « s'inscrivent dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en place par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration », la Cour d'appel lui refusait le bénéfice de l'exemption pénale prévue par l'article L. 622-4 du CESEDA<sup>3</sup>. Cet arrêt réforme, pour partie, le jugement rendu, en première instance, par le tribunal correctionnel de Nice. Celui-ci avait considéré que Cédric Herrou pouvait bénéficier de cette cause de justification pour ce qui concernait les faits constitutifs d'aide au séjour irrégulier<sup>4</sup>. Le tribunal correctionnel de Nice insistait sur le caractère humanitaire des actions menées par l'intéressé, soulignant qu'il avait croisé « des personnes

<sup>1</sup> Par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n°0209 du 11 septembre 2018. Voy. *infra* pour les modifications portées par ce texte.

<sup>2</sup> Aix-en-Provence (13<sup>e</sup> chambre), 8 août 2017, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1378 et s., obs. P. MARTENS, « Sur la défondamentalisation des droits humains », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1380-1383.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1379.

<sup>4</sup> Corr. Nice, 10 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 519.

d'origine africaine, parfois très jeunes, marchant sur des routes sans trottoir, présentant pour leur sécurité un véritable danger, personnes qu'il décrit comme étant dans un état de total dénuement, hargardes, épuisées, frigorifiées, vêtues et chaussées de façon inappropriée, parfois malades [...] affaiblies après plusieurs heures, parfois plusieurs jours de marche, n'ayant pas mangé depuis plusieurs jours, présentant des problèmes de santé importants et notamment des difficultés à la marche, des plaies au pied, une fatigue nécessitant un véritable repos »<sup>5</sup>. Précisons que le tribunal correctionnel de Nice avait toutefois jugé qu'il ne pouvait bénéficier de cette exemption pénale pour les migrants qu'il avait pris en charge en Italie, s'agissant d'aide à l'entrée et à la circulation à laquelle l'exemption pénale n'est pas applicable. Il avait été condamné pour ces faits à une amende de 3000 euros avec sursis.

Cédric Herrou s'est pourvu devant la Cour de cassation contre la décision rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. À cette occasion, il invite cette dernière à poser au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité des dispositions sanctionnant l'aide au séjour, au transit et à la circulation des étrangers en séjour irréguliers, avec le principe de fraternité<sup>6</sup>. L'article 61-1 de la Constitution française autorise tout justiciable à contester, devant le juge en charge de son litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire parce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Il appartient ensuite à la Cour de cassation ou au Conseil d'État de transmettre au Conseil constitutionnel cette question pour autant que les conditions prévues par la loi soient rencontrées. L'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution précise qu'il est procédé au renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel lorsque celle-ci « est nouvelle ou présente un caractère sérieux »<sup>7</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation juge ces conditions réunies<sup>8</sup> et renvoie cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dans les termes suivants :

« En édictant les dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation, le législateur a-t-il porté atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité des délits et des

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Cass. fr. (chambre criminelle), 9 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p.1243.

<sup>7</sup> [Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution](#), JORF n°0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

<sup>8</sup> Cass. fr. (chambre criminelle), 9 mai 2018, *op. cit.*, p. 1243. Elle précise d'abord « que les dispositions législatives contestées sont applicables à la procédure et n'ont pas été déjà déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel » et juge ensuite que « la question, en ce qu'elle tend à ériger en principe constitutionnel, la fraternité, qualifiée d'idéal commun par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et reconnue comme l'une des composantes de la devise de la République par l'article 2 de ladite Constitution, principe que méconnaîtraient les dispositions législatives contestées, présente un caractère nouveau »

peines ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice garantis respectivement par les articles 8 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »<sup>9</sup>.

## **2. Décision du Conseil constitutionnel**

Le Conseil constitutionnel répond à cette question en commençant par reconnaître et par consacrer la valeur constitutionnelle du principe de fraternité. Renvoyant à l'article 2 de la Constitution française ainsi qu'à son préambule consacrant l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité, il en déduit que le principe de fraternité est un principe à valeur constitutionnelle. Il précise ensuite que découle de ce principe de fraternité, la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national. Toutefois, il souligne : « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ». Dès lors, il rappelle que « cette exigence de fraternité doit se concilier avec la sauvegarde de l'ordre public ».

Il en vient ensuite à un examen de la conformité des dispositions critiquées avec les exigences découlant du principe de fraternité.

Le Conseil constitutionnel était, premièrement, appelé à statuer sur la conformité avec ce principe, des dispositions de l'article L. 622-1, combinées avec les dispositions du premier alinéa de l'article L. 622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. En l'espèce, il considère qu'en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'exigence de sauvegarde de l'ordre public et le principe de fraternité.

Le Conseil était, ensuite, appelé à vérifier la conformité de l'article 622-4, 3° du CESEDA avec les exigences découlant du principe de fraternité. Il relève que :

« [Cette] disposition prévoit que lorsqu'il est apporté une aide au séjour à un étranger sur le territoire français sans contrepartie directe ou indirecte, par une personne autre qu'un membre de la famille proche de l'étranger [...], seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger ».

Le Conseil estime qu'en limitant l'exemption pénale aux seuls actes énumérés dans la loi, le législateur n'a pas « opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ». Toutefois, il émet quelques réserves. Il précise que ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant à tout acte d'aide apporté dans un but humanitaire. Ainsi, cette disposition ne saurait être considérée comme conforme au principe de fraternité que pour autant que l'exemption pénale qu'elle édicte ne soit interprétée comme s'appliquant à tout acte posé dans un but humanitaire.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

Le Conseil conclut en revenant sur les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité. Il invite à la révision des dispositions déclarées inconstitutionnelles, de manière à en exclure les actions humanitaires et désintéressées, tout en précisant qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour remédier à cette inconstitutionnalité. Il attire l'attention sur le fait que « l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou tenter de faciliter l'entrée irrégulière » et entraînerait « des conséquences manifestement excessives ». Il fixe, par conséquent, au 1<sup>er</sup> décembre 2018, l'abrogation de ces dispositions.

## B. Éclairage

Cette décision produit des enseignements essentiels.

Premièrement, le Conseil constitutionnel français consacre, pour la première fois, la valeur constitutionnelle du principe de fraternité. Bien que le principe de fraternité soit inscrit dans la Constitution française depuis de nombreuses années, le Conseil constitutionnel n'en avait encore jamais reconnu la valeur constitutionnelle<sup>10</sup>. La décision commentée lui donne l'opportunité d'élever le principe de fraternité au rang de principe de droit à valeur constitutionnelle et de définir les exigences qui en découlent. Le Conseil précise qu'il résulte du principe de fraternité la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national. Le principe de fraternité est universel et doit être garanti sans considération de nationalité ou de régularité de séjour. Bien que l'on ne puisse prédire la consistance et l'importance qui lui seront données à l'avenir, la consécration du principe de fraternité par le Conseil constitutionnel offre de nouvelles perspectives. Il constitue, *a minima*, un instrument de protection des droits des étrangers en séjour irrégulier ainsi que de ceux qui leur viennent en aide.

Deuxièmement, si cette décision est difficilement transposable aux autres ordres juridiques nationaux des États membres de l'Union européenne, elle constitue une invitation à la réflexion pour tous les dirigeants européens. Il est bon de rappeler l'importance qu'il convient d'attacher aux valeurs de fraternité et de solidarité. Une directive européenne invite les États membres de l'Union européenne à sanctionner l'aide à l'immigration irrégulière<sup>11</sup>. Elle les autorise, toutefois, à exempter de toute sanction pénale ceux qui auraient apporté une aide « dans un but humanitaire »<sup>12</sup>. La décision du Conseil constitutionnel est l'occasion de rappeler que de nombreux actes d'aide au séjour irrégulier, à la circulation ou l'entrée irrégulières, sont posés dans l'unique objectif de venir en aide

<sup>10</sup> Fr. TULKENS, « En France la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle », *J.T.*, 2018, pp. 625-627.

<sup>11</sup> Voy. [Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002](#) définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.C.E.*, 2002, L328/17. Celle-ci enjoint « chaque État membre à adopter des sanctions appropriées a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers; b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers. ». Voy. article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, de la Directive.

<sup>12</sup> La directive 2002/90/CE prévoit d'ailleurs expressément que « tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard des comportements d'aide au transit et séjour irréguliers, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée ». Voy. article 1<sup>er</sup>, § 2, de la Directive.



à des « frères » humains, dans un souci de fraternité. Parce que ces frères humains, contraints à l'exil pour des raisons d'ordre sociales, économiques mais également d'ordre vitales se retrouvent bien souvent placés dans des situations de détresse humaine, qu'il est impossible d'ignorer.

Cet arrêt pourrait, en outre, constituer une source d'inspiration pour d'autres Cours suprêmes européennes, en ce compris notre Cour constitutionnelle. Précisons que la fraternité ne se trouve nulle part inscrite dans notre Constitution. Notre Cour constitutionnelle ne pourrait, par conséquent, être amenée à reconnaître au principe de fraternité une valeur constitutionnelle. D'autres valeurs consacrées par notre Constitution, telles que la dignité humaine, pourraient, toutefois, dans le même sens que celui dégagé par le Conseil constitutionnel français, amener notre Cour constitutionnelle à garantir la liberté d'aider autrui sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national.

Une telle intervention serait-elle pour autant nécessaire à condamner l'infraction d'aide à l'immigration illégale en droit belge ? À quoi s'exposent ceux qui hébergent, soignent, collectent du matériel, apportent aide et assistance aux étrangers transitant ou séjournant irrégulièrement sur le territoire belge, dans un but humanitaire ? Sont-ils condamnables pénalement ?

En droit belge, les comportements d'aide à l'immigration irrégulière sont sanctionnés pénalement par les articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après « la loi du 15 décembre 1980 »). Une confusion est parfois faite entre ces deux dispositions qui ne couvrent pourtant pas le même type de comportements. L'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 incrimine le trafic d'êtres humains, défini comme la contribution à l'entrée, le transit et le séjour dans un but de lucre tandis que l'article 77 de la loi du 15 décembre 1980 incrimine l'aide à l'immigration irrégulière sans exiger que celle-ci n'ait été offerte dans un but lucratif. L'alinéa 2 de l'article 77 restreint toutefois sensiblement le champ d'application de cette disposition, précisant ne pas s'appliquer lorsque « l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires ». Cette notion « d'aide offerte pour des raisons principalement humanitaires », définie de manière succincte dans [les travaux préparatoires](#)<sup>13</sup>, a fait l'objet d'interprétations jurisprudentielles restrictives<sup>14</sup>, qui ont conduit le collège des procureurs généraux à en préciser la portée [par voie de circulaire](#)<sup>15</sup>. En conclusion et au terme de cette circulaire, le collège des procureurs généraux appelle les parquets à éviter que des poursuites ne soient diligentées sur pied de l'article 77 « lorsque des organisations, des travailleurs sociaux ou des individus apportent l'aide visée à l'article 77 en dehors de tout objectif économique ou criminel ».

Il ressort du texte de cette circulaire que le collège des procureurs généraux a clairement souhaité exclure toute poursuite du chef de l'infraction visée à l'article 77 en dehors de situations d'abus. Toutefois, la référence à l'absence de but économique et criminel nous paraît insuffisante à cet égard. Si la référence à l'absence de but économique nous paraît à même d'exclure du champ d'application de l'article 77 l'aide à l'immigration illégale apportée de manière principalement altruiste, nous

---

<sup>13</sup> Voy. [Projet de loi du 14 janvier 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains](#), n° 1560/001, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess.ord., 2004-2005, p. 29.

<sup>14</sup> Voy. [Circulaire n° COL 10/2010 du collège des procureurs généraux près des Cours d'appel du 18 mai 2010 citant des décisions du tribunal correctionnel de Bruges des 8 janvier 1997 et 24 avril 1997](#).

<sup>15</sup> *Ibid.*

sommes plus réservés quant à la référence à l'absence de but criminel. La poursuite d'un but altruiste est-elle nécessairement antagoniste de la poursuite d'un but criminel ? Une personne qui aurait aidé sciemment et volontairement à l'entrée, au transit ou au séjour d'un étranger en séjour irrégulier sans volonté quelconque d'en abuser ne pourrait-elle être considérée comme poursuivant à la fois un but altruiste et criminel ? Ce serait alors le serpent qui se mord la queue... Cela témoigne toutefois du manque de clarté de l'expression reprise à l'article 77, alinéa 2, ainsi que de l'inconsistance de l'interprétation qui en est donnée par le législateur et le collège des procureurs généraux.

L'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 qui définit le trafic d'êtres humains comme le fait de contribuer à l'entrée au séjour ou au transit d'un étranger dans le but d'en tirer un avantage patrimonial nous paraît également couvrir un champ d'application trop large que pour exclure toute condamnation de personnes ayant agi sans aucune intention d'abuser de la vulnérabilité de migrants. La notion de but de lucre ne permet en effet pas de circonscrire cette incrimination à ceux qui en aurait tiré un avantage patrimonial disproportionné. La simple finalité lucrative suffisant à constituer le trafic, indépendamment de tout élément d'abus, une personne, animée de bonnes intentions, qui offrirait ses services à un étranger en séjour illégal, à un prix tout à fait raisonnable, rentre dans le champ d'application de cette notion. Il pourrait en être ainsi de celui qui dans une démarche altruiste loue un appartement à une famille de migrants. Il pourrait en être de même du chauffeur de taxi ou du chauffeur de bus qui, accepte de lui porter assistance en le transportant jusqu'à la frontière moyennant une contrepartie tout à fait raisonnable.

Les articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980 gagneraient à être modifiés afin d'exclure clairement de leur champ d'application toute personne ayant agi sans intention aucune d'abuser de la vulnérabilité du migrant. Une alternative pourrait être de ne sanctionner l'aide à l'immigration irrégulière qu'à supposer qu'elle s'accompagne d'un abus de vulnérabilité. Ceci permettrait, d'une part, d'englober dans le champ d'application de cette infraction tout passeur abusant de la vulnérabilité de migrants peu importe la nature de cet abus et, d'autre part, d'en exclure clairement les personnes animées uniquement de louables intentions.

En attendant, il nous semble que d'autres valeurs consacrées par notre Constitution, telles que la dignité humaine, pourraient amener nos juridictions à garantir la liberté d'aider autrui sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national, dès lors que cette aide est offerte sans intention aucune d'abuser de la vulnérabilité du migrant. L'article 23, alinéa premier, de notre Constitution garantit à tous le droit à la dignité humaine. Certains en défendent l'applicabilité directe<sup>16</sup>. Il pourrait ainsi être « invoqué devant le juge pour empêcher ou faire cesser un traitement contraire à la dignité humaine, qu'il soit le fait de la puissance publique ou de personnes privées »<sup>17</sup>. Notre Cour constitutionnelle pourrait aller un pas plus loin et en déduire la liberté d'aider autrui, afin de lui garantir l'accès à des conditions de vie dignes d'un être humain, sans considération de la régularité de son séjour. Ceci impliquerait de reconnaître de manière plus concrète et effective que tout être humain en tant que tel et de par sa seule naissance, bénéficie d'une protection spécifique lui assurant le droit de jouir de conditions de vie dignes. Cela impliquerait, par ailleurs, d'admettre que la protection de la dignité de tout être humain doit, dans certaines circonstances, primer sur

<sup>16</sup> J. FIERENS, « Existe-t-il un principe général du droit du respect de la dignité humaine ? », *R.C.J.B.*, 2015, p. 372.

<sup>17</sup> *Ibid.*

d'autres impératifs tels que la protection de notre souveraineté nationale. Nous en sommes encore loin. Actuellement, notre Cour constitutionnelle ne garantit pas de la même manière le droit à la dignité humaine des étrangers en séjour irrégulier que celui de nos nationaux<sup>18</sup>. La décision commentée incite toutefois à la rêverie.

À l'inverse, cette décision nous laisse, à certains égards, un goût de trop peu.

Nous regrettons son absence d'effectivité ainsi que les suites insuffisantes qui lui ont été réservées. Le Conseil constitutionnel conclut la décision commentée en s'en remettant au législateur français. Celui-ci s'est contenté de restreindre le champ d'application du délit de solidarité plutôt que de l'abolir. Une loi du 10 septembre 2018 modifiant, entre autres dispositions, l'article L 622-4 du CESEDA exonère ainsi de poursuite « toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire »<sup>19</sup>. Alors que le Conseil constitutionnel affirmait qu'une aide désintéressée au « séjour irrégulier » ne saurait être passible de poursuites, au nom du « principe de fraternité », les modifications introduites par la loi du 10 septembre 2018 ne nous paraissent pas suffire à garantir que de tels comportements ne soient pas, à l'avenir, sanctionnés pénalement. Ceci car, premièrement, la nouvelle loi continue à condamner de tels actes lorsqu'ils ont fait l'objet de contreparties, ce qui pourrait englober des actes militants posés de manière tout à fait désintéressée. Nous pensons, par exemple, au citoyen qui héberge un étranger en séjour irrégulier et à qui cet étranger offre d'initiative de ramasser les feuilles dans son jardin, de faire la vaisselle ou de cuisiner, animé par l'unique volonté de le remercier. Ne risque-t-on pas de considérer que l'aide offerte par ce citoyen a fait l'objet d'une contrepartie ? La notion de contrepartie mériterait d'être précisée afin d'exclure toute sanction des personnes ayant apporté à l'étranger en séjour irrégulier une aide « désintéressée » en dehors de toute optique d'abus. Par ailleurs, la nouvelle loi n'exclut du champ d'application de l'incrimination de l'aide au séjour et au transit que l'« aide apportée dans un but exclusivement humanitaire », sans définir plus avant cette notion. Or, comme démontré ci-dessus dans le cadre de notre analyse des dispositions belges, cette notion sujette à interprétation, ne saurait suffire à exclure toute condamnation de personnes ayant agi sans intention aucune d'abuser de la vulnérabilité du migrant. Enfin, « l'aide à l'entrée irrégulière » reste un délit dans tous les cas puisque l'exemption pénale prévue à l'article L. 622-4 du CESEDA ne s'y applique pas.

On peut, dans le même sens, regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas été plus loin dans son raisonnement. Il affirme la nécessité d'exclure de toute poursuite ceux qui auraient agi dans un but humanitaire. La notion de but humanitaire n'est, toutefois, pas définie clairement. Il aurait été utile que le Conseil constitutionnel définisse avec précision ce qu'il fallait entendre par « tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire » afin de garantir une protection absolue des personnes aidant au séjour, au transit ou à la circulation d'étrangers en séjour irrégulier dans une logique altruiste. L'acte humanitaire aurait pu y être défini comme constitutif de tout acte d'aide au séjour, à la circulation

---

<sup>18</sup> Voy. not. la jurisprudence de notre Cour constitutionnelle relative à l'article 57, § 2, de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'action sociale, *M.B.*, 5 août 1976, limitant le droit à l'aide sociale des étrangers en séjour illégal à une aide médicale urgente : *C. Const.*, 29 juin 1994, n° 51/94.

<sup>19</sup> Voy. la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n° 0209 du 11 septembre 2018.

ou au transit irréguliers, posé sans aucune intention d'abuser de la vulnérabilité de l'étranger. Ceci aurait permis d'exclure clairement du champ d'application de cette incrimination toute personne ayant aidé au séjour, ou à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier, animée de louables intentions.

Cette décision constitue donc une victoire importante dans la lutte pour le respect des droits des migrants et de ceux qui leur viennent en aide. Elle ne marque toutefois pas la disparition définitive du délit de solidarité puisqu'elle ne suffit pas à garantir, dans tous les cas, que ne soient plus condamnés à l'avenir ceux qui auraient aidés à l'entrée, au transit ou au séjour d'étrangers en séjour irréguliers dans un souci d'humanité.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cons. Const., [décision n° 2018-717/718 Q.P.C.](#) du 6 juillet 2018.

#### **Législation française :**

[Articles L. 622-1 à L. 622-4](#) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[Loi n° 2018-778](#) du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

#### **Législation belge :**

Articles 77 et 77 *bis* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[Circulaire COL n°10/2010](#) du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel.

#### **Jurisprudence :**

Cour de cassation française (chambre criminelle), 9 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p.1242 et s., obs. P. MARTENS.

Aix-en-Provence (13<sup>e</sup> chambre), 8 août 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p.1378 et s., obs. P. MARTENS.

Corr. Nice, 10 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 519.

#### **Doctrine :**

Fr. TULKENS, « En France la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle », *J.T.*, 2018, pp. 625-627.

P. MARTENS, « La fraternité : une norme juridique ? », *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1243 à 1245.

P. MARTENS, « Sur la défondamentalisation des droits humains », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1380 à 1383.

J. FIERENS, « Existe-t-il un principe général du droit du respect de la dignité humaine ? », *R.C.J.B.*, 2015, pp. 358 à 382.

**Pour citer cette note :** C. MACQ, « Le délit de solidarité jugé contraire au principe de fraternité », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.

## 4. COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ (CANADA), SECTION D'APPEL, X (RE), 2018 CANLII 64864 (CA CISR)

*Persécutions liées au genre : le raisonnement d'un commissaire canadien.*

*Hélène Gribomont*

### A. Arrêt

#### 1. Résumé des faits allégués

La requérante est une ressortissante guinéenne âgée de 65 ans, de religion musulmane. Elle a été mariée de force en 1976 et a été abusée et violentée par son mari depuis lors. En 2000, elle a permis à leur fille de 14 ans de s'enfuir au Canada, afin de la soustraire à l'excision. A la suite de cet événement, toute sa famille s'est liguée contre elle et elle a été battue à plusieurs reprises par son mari. Elle a également été hospitalisée en raison de tentatives d'empoisonnement par ses belles-sœurs et de coups et blessures infligés par son mari.

En 2016, le frère aîné de son mari est décédé. En vertu de la tradition peule, le frère du défunt hérite des biens de celui-ci, y compris les femmes et les enfants. Alors qu'elle était au Canada pour visiter sa fille, le mari de la requérante lui a téléphoné pour lui annoncer qu'elle allait avoir des coépouses et qu'elle devrait exécuter leurs ordres. Lorsqu'elle a refusé, son mari l'a insultée et menacée de mort.

Craignant pour sa vie, la requérante a introduit une demande d'asile auprès de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR).

#### 2. Décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR)

La SPR a refusé de reconnaître le statut de réfugié à la requérante, estimant qu'elle n'était pas crédible. Son témoignage n'était pas satisfaisant pour trois raisons : elle changeait constamment ses réponses durant l'audience<sup>1</sup> ; elle ne répondait pas directement aux questions posées et préférait citer les lignes de son formulaire de Fondement de la demande d'asile<sup>2</sup> lorsqu'elle était confrontée à ses propos contradictoires ; elle a quitté la Guinée tardivement et a fait de nombreux voyages à l'étranger.

La requérante a introduit un recours contre cette décision devant la Section d'appel des réfugiés (SAR).

#### 3. Décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR)

La SAR statue en plein contentieux : elle peut confirmer la décision de la Section de la protection des réfugiés, la casser et lui substituer « la décision qui aurait dû être rendue » ou la casser et renvoyer le dossier à un tribunal différemment constitué.

---

<sup>1</sup> L'audience à la SPR correspond à l'audition au CGRA.

<sup>2</sup> Le formulaire de Fondement de la demande d'asile correspond au questionnaire rempli par l'Office des étrangers.

En l'espèce, selon le commissaire, la question déterminante est la crédibilité. Il se demande si la SPR « a erré dans l'évaluation de la crédibilité » de la requérante ; autrement dit, si la requérante « a soumis une preuve objective et crédible qu'il existe une possibilité sérieuse qu'elle soit persécutée » en cas de retour en Guinée (§ 23). Il répond à la question dans une analyse en trois points, basée sur le mémoire d'appel de la requérante.

**Premièrement**, le commissaire s'interroge sur la prise en compte par la SPR des [Directives n° 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe](#) (Directives n° 4). Le commissaire rappelle que les Directives n° 4 doivent être prises en compte et que les décideurs doivent les appliquer « d'une manière complète et avec sensibilité » lorsqu'ils statuent dans un contexte de violence faite aux femmes (§ 24). Dans ses motifs, la SPR a écrit qu'elle était sensible au fait que la violence conjugale et les coutumes guinéennes pourraient avoir un impact sur le comportement de l'appelante, mais que cela n'expliquait pas pourquoi elle ne témoignait pas clairement et ne répondait pas directement aux questions. Le commissaire a écouté l'enregistrement de l'audience. Il constate, comme le soulève la requérante, l'irritabilité et le manque de sensibilité dont a fait preuve la SPR, et qu'aucune pause n'a été suggérée ni offerte. Il conclut que **la SPR n'a pas sincèrement pris en compte les Directives n° 4** : « il ne suffit pas de mentionner qu'on est sensible au fait que la violence dont une femme a pu être victime peut affecter son comportement. Il faut le démontrer concrètement dans son approche durant l'audience et l'évaluation du témoignage » (§ 30).

**Deuxièmement**, le commissaire vérifie l'évaluation que la SPR a faite de la crédibilité de la requérante. Il rappelle que :

« [l']évaluation de la crédibilité est une question de fait pour laquelle j'estime, de manière générale, que la SPR dispose d'un avantage sur la SAR puisqu'elle interroge, voit et entend les témoins. Par ailleurs, dans le contexte de la [CISR] et vu l'importance de la décision rendue pour les demandeurs d'asile, je suis d'avis que cette situation privilégiée dont bénéficie la SPR, [...], ne lui donne pas *carte blanche*<sup>3</sup> et ne la met pas à l'abri de toute intervention de la SAR ; les conclusions tirées doivent être fondées sur l'ensemble de la preuve pertinente, les déclarations du demandeurs ne doivent pas être prises isolément sans tenir compte du contexte culture ni de l'entièreté de la preuve [...] » (pt 31).

À cet égard, il précise que « l'évaluation de la crédibilité doit tenir compte, entre autres, de la culture du demandeur d'asile, des coutumes de son pays, de l'interprétation et de la signification données à certains concepts temporels, du niveau d'éducation, et de l'expérience sociale et de travail » (§ 33). Le Commissaire revient ensuite sur cinq éléments de fait, que la SPR a jugé non crédibles.

- *Qui a téléphoné à la requérante deux jours avant son audience ?* Lors de l'audience, la requérante a dit que quelqu'un l'avait appelée deux jours auparavant depuis la Guinée. Elle a dit que c'était son mari, ensuite sa voisine et enfin une domestique. La SPR a conclu que cette réponse changeante entachait la crédibilité de la requérante. Pourtant, en écoutant l'enregistrement de l'audience, le commissaire a constaté que ce n'était pas la requérante qui avait changé son témoignage mais qu'il s'agissait d'un problème d'interprétation.

---

<sup>3</sup> En italique dans le texte.

L'interprète avait en effet clairement dit à deux reprises « C'est moi qui n'ait pas compris » et la SPR n'a pas tenu compte de ce fait.

- *Manque de preuve médicale au sujet des sévices physiques.* À l'audience, la SPR a demandé à la requérante pourquoi elle n'avait soumis aucune preuve médicale attestant des sévices subis et des soins obtenus et pourquoi elle n'avait pas demandé les documents de l'hôpital une fois arrivée au Canada. Elle a conclu que la requérante changeait sa réponse et que cela entachait sa crédibilité. Le commissaire a considéré que le témoignage de la requérante à cet égard était peut-être confus mais pas changeant. Il a constaté qu'elle avait donné différentes réponses à plusieurs reprises car elle ne comprenait pas les questions de la SPR.
- *Crainte subjective.* La SPR considère que la crédibilité de la requérante est entachée dès lors qu'elle est incapable de fournir une explication plausible pour clarifier pourquoi elle n'a pas quitté son mari plus tôt, eu égard à ses déclarations changeantes et contradictoires. Elle estime invraisemblable (1) qu'elle n'a pas quitté son mari plus tôt alors qu'elle est mariée depuis 1976 et allègue être abusée depuis lors, (2) qu'elle n'ait pas été contre l'autorité de son mari pour se protéger elle-même, alors qu'elle l'a fait en 2000 pour sa fille, lorsqu'elle l'a aidée à s'enfuir au Canada pour éviter d'être excisée, et (3) qu'elle n'ait pas saisi l'occasion de ses nombreux voyages à l'étranger pour quitter son mari. Le commissaire rappelle qu'un tribunal administratif ne doit tirer une conclusion d'invraisemblance que dans les cas les plus évidents, « étant entendu que des actes qui semblent peu plausibles peuvent se produire dans des cultures ou des milieux qui sont bien différents de ceux qui règnent au Canada » (§ 60). Partant, il estime qu'il est logiquement possible et vraisemblable que la requérante, en tant que femme battue, parte en voyage et revienne au domicile conjugal bien que son mari abuse d'elle depuis le début de leur mariage. Selon la prépondérance des probabilités, il est plausible qu'une femme démunie, à cause de plusieurs années de violence physique et psychologique, ne soit pas capable de se sauver mais qu'elle trouve le courage de sauver son enfant. Il est également plausible que le fait que son mari accepte trois autres femmes dans le foyer familial, auxquelles la requérante devra obéir, soit « la goutte qui fait déborder le vase » (§ 62).
- *Contradictions dans le comportement du mari.* La SPR a demandé à la requérante pourquoi un homme aussi méchant et violent que son mari, qui la surveillait de près en tout temps, lui a permis de voyager autant et surtout de se rendre au Canada pour y rendre visite à sa fille. D'une part, elle a considéré que les déclarations de la requérante étaient non crédibles car avant de dire que « si elle suppliait son mari et lui donnait ce dont il avait envie, il acceptait » (§ 64), la requérante avait donné d'autres explications. D'autre part, la SPR a estimé invraisemblable qu'un mari abusif permette à sa femme de voyager pour visiter ses enfants. Comme pour le point précédent sur la crainte subjective, le commissaire a rappelé que la SPR devait être prudente avant de tirer une conclusion d'invraisemblance car « des actes qui semblent peu plausibles peuvent se produire dans des cultures ou des milieux qui sont bien différents de ceux qui règnent au Canada » (§ 67).
- *Aggravation des menaces à la suite du dernier voyage au Canada.* En ce qui a trait à l'argument de la requérante selon lequel les menaces se sont aggravées à la suite de son

dernier voyage au Canada et qu'elle est aujourd'hui menacée de mort, ce qui expliquerait pourquoi elle n'a pas introduit de demande d'asile plus tôt, la SPR n'a accordé aucun poids à cet argument en raison des propos changeants de la requérante. Le commissaire est d'avis que les explications de la requérante connexes à cet argument étaient satisfaisantes et ne justifient pas une conclusion défavorable sur sa crédibilité. Il ajoute que selon la prépondérance des probabilités, il est crédible que la situation de la requérante ait changé pendant qu'elle était au Canada et lorsque son mari lui a annoncé qu'elle devrait revenir au foyer et qu'elle serait maintenant soumise à trois coépouses.

Partant, le commissaire estime que la SPR a commis une erreur en concluant que la requérante n'était pas crédible. Selon lui une grande partie de cette erreur est due au fait que la SPR n'a pas sincèrement pris en compte les Directives n° 4 :

« En analysant l'ensemble de la preuve, incluant le témoignage de l'appelante, je trouve que ses réponses et explications étaient satisfaisantes et ne justifiaient pas une conclusion défavorable sur sa crédibilité ni le rejet de sa demande d'asile. Mon écoute de l'enregistrement de l'audience m'a permis de constater que l'appelante a répondu aux questions de façon spontanée et franchement, du mieux qu'elle pouvait en tenant compte de son expérience de vie de son bagage culturel » (§ 76). « En vertu de cette preuve, je crois l'histoire de l'appelante et que, **selon la prépondérance des probabilité, l'appelante sera soumise à la polygamie et à une continuité d'abus de son mari si elle retourne dans son pays** » (§ 77).

**Troisièmement**, le commissaire analyse la capacité de l'État guinéen de protéger la requérante et l'existence d'une alternative de protection interne<sup>4</sup>. Concernant la protection de l'État, le commissaire se base sur la preuve documentaire : celle soumise par la requérante, à savoir plusieurs articles de presse relatifs à la situation des femmes en Guinée d'une part, et celle dont il dispose, à savoir le Cartable national de documentation de la Guinée. Considérant ce qui y est renseigné sur la violence conjugale, la polygamie, le lévirat, le sororat, l'excision et la situation des victimes au niveau judiciaire, le commissaire estime que **la Guinée n'est pas capable de fournir ne protection adéquate à la requérante**. Concernant l'alternative de protection interne, le commissaire conclut qu'aucune protection adéquate ne sera accessible à la requérante et qu'il ne peut pas être raisonnablement exigé d'elle qu'elle se rende dans une autre partie de la Guinée, compte tenu qu'elle n'a pas de moyens financiers propres, qu'elle n'a pas fait d'études supérieures et qu'elle a 65 ans. **Il n'y a donc pas d'alternative de protection interne**.

En conclusion, le commissaire casse la décision de la SPR et y substitue la sienne, reconnaissant ainsi le statut de réfugié à la requérante en vertu de l'article 96 de la [loi sur l'immigration et la protection des réfugiés](#) (LIPR).

## B. Éclairage

La CISR est un tribunal administratif est composé de quatre sections : la Section de l'immigration (SI) et la Section d'appel de l'immigration (SAI) d'une part, et la Section de la protection des réfugiés (SPR)

<sup>4</sup> Au Canada, on parle de Possibilité de refuge intérieur (PRI).



et la Section d'appel des réfugiés (SAR) d'autre part. Ces deux dernières sont donc les deux tribunaux consacrés aux réfugiés.

La procédure est inquisitoire, ce qui est rare au Canada puisque le système en vigueur est celui de la *common law* (mis à part le Québec qui utilise un système mixte). Le commissaire de la SPR pose des questions ouvertes au demandeur d'asile, sur la base de son dossier. Ensuite, l'avocat peut poser des questions au demandeur pour compléter le témoignage. Le commissaire prend ensuite sa décision. Il peut la rendre directement, et oralement, ce qui est souvent le cas pour les décisions positives. Il peut aussi prendre le dossier en délibéré et rendre sa décision par écrit, ultérieurement.

Si la décision est négative, le demandeur peut introduire un appel auprès de la SAR. Celle-ci a une compétence qu'on peut qualifier de « plein contentieux », comme le CCE, puisque le commissaire peut annuler (« casser » selon les termes de la CISR) la décision de la SPR et lui substituer la sienne, confirmer la décision de la SPR ou annuler (« casser » selon les termes de la CISR) la décision de la SPR et renvoyer le dossier à un tribunal différemment constitué de la SPR pour qu'il statue à nouveau sur l'affaire. Avant d'introduire un appel à la SAR, ou après si la celle-ci confirme la décision négative de la SPR, le demandeur peut introduire un recours auprès de la Cour fédérale, qui opérera un contrôle judiciaire de la décision.

La décision commentée a été rendue par la juridiction d'appel compétente en matière de détermination du statut de réfugié au Canada. L'intérêt de consulter les raisonnements tenus ailleurs est double. D'une part, cela permet de s'informer et de situer notre pratique par rapport à celle d'un autre État qui, s'il n'est pas à l'identique construit et gouverné comme le nôtre, rencontre néanmoins les mêmes difficultés quand il s'agit de décider d'octroyer une protection au ressortissant d'un pays tiers. D'autre part, c'est l'occasion de réfléchir à l'importation d'éventuelles bonnes pratiques ou, au contraire, de réfuter celles qui semblent moins appropriées.

Le commentaire proposé épingle trois éléments qui présentent l'un ou l'autre intérêt en ce que cela est différent de ce qui se fait en Belgique ou en Europe. La liste de ces éléments n'est ni exhaustive, ni présentée dans un ordre préférentiel.

### **1. Lignes directrices**

La CISR déclare combler les lacunes de la loi ou de la jurisprudence en mettant en place des mécanismes pour améliorer la qualité de la justice qu'elle rend. Ces « [instruments de politique](#) » sont de quatre types : (1) les Directives du président, qui énoncent les principes directeurs applicables au règlement et à la gestion des cas ; (2) les Guides jurisprudentiels, qui favorisent la cohérence dans le règlement des cas qui comportent des similarités importantes ; (3) les Politiques, qui sont des énoncés officiels expliquant les objectifs et les rouages des activités opérationnelles à la Commission ; (4) les Instructions du président, qui donnent à des employés particuliers de la Commission la directive officielle de prendre ou de ne pas prendre une mesure donnée.

Parmi les Directives du président, on retrouve les Directives n° 4, mobilisées dans la décision commentée. Celles-ci concernent sur les demandeuses d'asile craignant d'être persécutées en raison de leur sexe. Elles donnent des indications sur les quatre principales questions soulevées par les demandes d'asile liées au sexe : Dans quelle mesure les femmes qui disent craindre d'être persécutées en raison de leur sexe peuvent-elles invoquer avec succès l'un ses cinq motifs de la

Convention de Genève ? Dans quelles conditions la violence sexuelle, la menace de violence sexuelle ou un autre traitement défavorable envers les femmes constitue-t-il une persécution ? Quels sont les principaux éléments de preuve que les décideurs doivent prendre en compte lors de l'examen d'une demande fondée sur le sexe ? Quels sont les problèmes spéciaux auxquels les femmes doivent faire face lorsqu'elles sont appelées à formuler leur revendication à cours des audiences, notamment lorsqu'elles ont vécu des expériences dont il est difficile, voire humiliant, de parler ?

Dans la décision commentée, le commissaire insiste sur la prise en compte des Directives n° 4. L'importance de cette prise en compte est vérifiée dès lors qu'il estime que l'erreur dans l'évaluation de la crédibilité de la requérante est due au fait que la SPR n'en a pas sincèrement tenu compte. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est que le commissaire donne corps à la notion de « prise en considération ». Il précise qu'« il ne suffit pas de mentionner qu'on est sensible au fait que la violence dont une femme a pu être victime peut affecter son comportement. Il faut le démontrer concrètement dans son approche durant l'audience et l'évaluation du témoignage » (§ 30). La SAR estime au contraire que la SPR applique correctement les directives si lorsqu'elle a évalué la demande d'asile, elle « a fait preuve de sensibilité dans la manière dont elle a posé les questions et que l'appelante a eu maintes occasions de réfléchir et de répondre aux questions ».

D'autres Directives sont pertinentes pour l'évaluation des demandes liées au genre : les [Directives n° 8](#) sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la CISR et les [Directives n° 9](#) relatives aux procédures devant la CISR portant sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre. Les objectifs des premières sont les suivants : reconnaître que certaines personnes se heurtent à des difficultés particulières lorsqu'elles se présentent à l'audience parce que leur capacité de présenter leur cas est grandement diminué ; veiller à ce que les personnes qui s'avèrent ainsi vulnérables soient identifiées et ) ce que des mesures d'adaptation sur le plan procédural propres à leur situation soient prises ; éviter que ces personnes ne soient traumatisées ou ne subissent un nouveau traumatisme en raison du processus d'audience ; assurer la sensibilisation continue des commissaires et des autres participants en salle d'audience à l'incidence que pourrait avoir une grande vulnérabilité. Les secondes visent à favoriser une meilleure compréhension des demandes d'asile introduites par les personnes LGBTIQ+ ainsi que sur le préjudice auquel elles peuvent être exposées.

La mise en place des Directives n°4 et le contrôle de leur correcte application a pour avantage d'encourager, voire de contraindre, les décideurs moins sensibles, moins diligents, qui ne feraient pas le travail de renseignement et de documentation par eux-mêmes, à au moins prendre conscience des questions de genre. De plus, les Directives diffèrent largement des COI. Ceux-ci présentent les informations sur la situation générale existant dans les pays d'origine, y compris les lois et règlements et la manière dont ils sont appliqués. Ils sont ainsi considérés comme un moyen adéquat de fournir un élément objectif dans la détermination du statut de réfugié. Les Directives quant à elles vont un pas plus loin. Elles permettent aux décideurs d'affiner leur compétence culturelle, nécessaire pour décider dans un contexte interculturel et qui va bien au-delà de la connaissance d'un pays d'origine.

Selon nous, les Directives rédigées par la CISR sont une bonne pratique. Sur le [site Internet](#) du CGRA, dans l'onglet « [publications](#) », une seule brochure est adressée aux officiers de protection. Il s'agit de la [Charte de l'audition](#), rédigée en 2011. Selon le site, cette brochure contient des directives à

caractère déontologique relatives à l'attitude de l'officier de protection au cours de l'audition au CGRA, mentionne des recommandations visant au bon déroulement de l'audition et a pour objectif de garantir au demandeur la qualité du déroulement de son audition. Sur le [site Internet](#) du CCE, sont uniquement épinglées quelques décisions, sous l'onglet « actualités » et précédées d'un bref résumé. Il ne s'agit pas de directives telles qu'entendues ci-avant. On ne peut pas non plus les considérer comme des guides jurisprudentiels, ni même des tendances jurisprudentielles, puisqu'aucun commentaire sur le raisonnement employé et à reproduire ne les accompagnent. Il ne nous semble que rien n'empêcherait le CGRA d'adopter des directives plus substantielles. Quant au CCE, la loi ne prévoit actuellement rien en ce sens. Reste qu'il existe au niveau européen les outils pratiques, de formation et de support de l'[European Asylum Support Office](#) (AESO).

## 2. Enregistrement

À la SPR, chaque audience est enregistrée par un système d'enregistrement audionumérique. Dans son dossier d'appel à la SAR, le demandeur, s'il souhaite l'invoquer, doit inclure l'enregistrement, voire une transcription complète ou partielle, de son audience ([Règles de la SAR](#)). En général, la décision de la SAR est rendue sans la tenue d'une audience<sup>5</sup>. Elle se fonde sur le contenu du dossier examiné dans le cadre de l'audience devant la SPR et sur les observations et les éléments de preuve documentaire transmis par les parties (le demandeur, et le Ministre s'il intervient<sup>6</sup>) (article 110(3), LIPR)<sup>7</sup>. Ainsi, la SAR peut être amenée à écouter l'enregistrement de l'audience devant la SPR pour décider.

En droit de l'Union européenne, l'article 17 de la [directive procédures](#) établit que l'entretien personnel de détermination du statut de réfugié doit faire l'objet soit d'un rapport détaillé et factuel contenant tous les éléments essentiels soit d'une transcription (§ 1<sup>er</sup>). Les États membres peuvent également prévoir l'enregistrement audio ou audiovisuel de l'entretien. S'il a lieu, l'enregistrement, ou sa transcription, doit être versé au dossier (§ 2). Le demandeur et son conseil doivent avoir accès au rapport ou à la transcription et, le cas échéant, à l'enregistrement de l'entretien personnel avant la prise de décision par l'autorité compétente (§ 5).

Cette possibilité offerte par la directive de procéder à un enregistrement audio ou audiovisuel de l'entretien personnel n'a pas été transposée en droit belge. C'est regrettable. L'enregistrement éviterait des contestations *a posteriori* sur les propos tenus par les uns et les autres et pourrait assister le juge dans sa prise de décision, en s'insérant dans le cadre de la procédure écrite. Plus

---

<sup>5</sup> Article 110(6), LIPR : la SAR peut tenir une audience si elle estime qu'il existe des éléments de preuve documentaire qui, à la fois, soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause ; sont essentiels pour la prise de décision relative à la demande d'asile ; à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée.

<sup>6</sup> Agent d'audience qui représente le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

<sup>7</sup> Dans certaines circonstances, la SAR autorise le requérant à produire de nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas la SPR lorsqu'elle a rendu sa décision. Si la SAR accepte les nouveaux éléments de preuve, elle les examinera dans le cadre de l'instruction de l'appel et peut ordonner la tenue d'une audience pour les examiner. Pour déterminer si un élément de preuve est nouveau, la SAR applique les critères suivants : l'élément de preuve n'existait pas encore au moment où la SPR a rejeté la demande d'asile ; l'élément n'était pas normalement accessible au moment où la SPR a rejeté la demande ; dans les circonstances, la SPR ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur produise l'élément au moment où elle a rejeté la demande.

qu'une « bonne pratique » à importer du système canadien, c'est une possibilité offerte par le droit européen, qu'il serait pertinent d'adopter.

### 3. Intelligence/sensibilité culturelle

Dans la décision commentée, le commissaire présente un raisonnement empreint d'une sensibilité et d'une intelligence culturelles certaines. Cela nous renvoie à la norme de preuve attendue et nous amène à l'appréciation de la vraisemblance de la crainte alléguée par le demandeur, telles qu'en cours à la CISR.

#### - Norme de preuve

La norme de preuve applicable devant la SPR, et le cas échéant la SAR, est la « prépondérance des probabilités », qui se traduit par la question de savoir s'il est plus probable qu'improbable que chaque élément existe, qu'une chose se soit produite. Cette norme est précisée selon certaines questions. En ce qui concerne la crainte fondée de persécution, il faut qu'il y ait une « possibilité sérieuse » ou des « motifs raisonnables », ce qui exige une preuve moins rigoureuse que la prépondérance des probabilités. L'incapacité de l'État de protéger la personne en cause doit être démontrée au moyen d'une preuve « claire et convaincante ». La nécessité qu'il existe des « raisons sérieuses de penser » qu'il y a une exclusion fondée sur l'article 1<sup>er</sup>, F), de la Convention de Genève est une norme moins rigoureuse que la prépondérance des probabilités.

La norme de preuve ainsi **fixée par la CISR** est la même que celle fixée par le HCR :

« there is no necessity for the adjudicator to have to be fully convinced of the truth of each and every factual assertion made by the applicant. The adjudicator needs to decide if, based on the evidence provided as well as the veracity of the applicant's statements, it is likely that the claim of that applicant is credible » (*Note of Burden and Standard of Proof, pt 8*).

La norme de la prépondérance des probabilités n'est pas fixée comme telle par le droit européen ni par le droit belge. Elle se déduit toutefois du principe du bénéfice du doute repris à l'article 4, § 5, de la directive qualification et à l'article 48/6, § 4, de la loi du 15 décembre 1980. Par ailleurs, les États membres ne peuvent pas fixer une norme de preuve trop élevée car cela nuirait à la pleine effectivité du non-refoulement.

#### - Invraisemblances

Dans l'évaluation du bien-fondé de la crainte de persécution, conduite par la norme de la prépondérance des probabilités, le critère de la vraisemblance des faits, prouvés par les éléments matériels mais surtout par les déclarations du demandeur, est évidemment primordial. Il l'est, en tout cas, dans la décision commentée.

La Cour fédérale a **insisté** sur la prudence à avoir lorsqu'il s'agit d'apprécier les normes de cultures différentes et les pratiques suivies dans des systèmes politiques, policiers et sociaux différents. Elle a indiqué que des actes qui peuvent sembler invraisemblables selon les normes canadiennes pourraient être vraisemblables dans le contexte des antécédents sociaux et culturels du demandeur. Elle a également prévenu les commissaires ne pas imposer les « concepts occidentaux », les « critères

canadiens » ou la « logique et l'expérience nord-américaines », sans tenir compte du contexte socio-politique du cas dont elle est saisie et des circonstances particulières du demandeur.

Encore, dans l'arrêt *Valtchev c. Canada*, la Cour fédérale a souligné la rigueur dont il faut faire preuve en tirant des conclusions défavorables sur la crédibilité et des conclusions d'in vraisemblance :

« Un tribunal peut tirer des conclusions défavorables au sujet de la vraisemblance de la version des faits relatée par le revendicateur, à condition que les inférences qu'il tire soient raisonnables. Le tribunal administratif ne peut cependant conclure à l'in vraisemblance que dans les cas les plus évidents, c'est-à-dire que si les faits articulés débordent le cadre de ce à quoi on peut logiquement s'attendre ou si la preuve documentaire démontre que les événements ne pouvaient pas se produire comme le revendicateur le prétend. Le tribunal doit être prudent lorsqu'il fonde sa décision sur le manque de vraisemblance, car les revendicateurs proviennent de cultures diverses et que des actes qui semblent peu plausibles lorsqu'on les juge en fonction des normes canadiennes peuvent être plausibles lorsqu'on les considère en fonction du milieu dont provient le revendicateur » (§ 7).

Dans la décision commentée, la SAR, contrairement à la SPR, fait une application correcte des principes élaborés par la Cour fédérale quant à l'analyse de la vraisemblance de faits issus d'un contexte culturel différent. Le commissaire indique la prudence dont doit faire preuve le décideur avant de tirer une conclusion d'in vraisemblance : « une conclusion d'in vraisemblance doit être tirée que dans les cas les plus évidents, étant entendu que des actes qui semblent peu plausibles peuvent se produire dans des cultures ou des milieux qui sont bien différents de ceux qui règnent au Canada » (§ 60). Il fait référence à l'« expérience de vie » et au « bagage culturel » (§ 76) de la requérante quand il évalue la crédibilité des faits allégués et la manière dont elle a répondu aux questions lors de l'audience devant la SPR.

L'intérêt de souligner cela n'est pas de présenter le système canadien comme étant meilleur que le système belge, ou d'autres systèmes. Au contraire, la différence d'appréciation entre la SPR et la SAR dans le cas d'espèce illustre la variabilité des raisonnements. Il reste que, *in casu*, en application de la jurisprudence constante de la Cour fédérale, le commissaire a fait état d'une sensibilité et d'une intelligence culturelles affirmées. La première tendance pourrait être de penser que cette ouverture raisonnée est innée, propre à chaque commissaire, comme à chaque personne. L'enseignement que l'on peut tirer du système canadien est toutefois que cette perspective culturelle peut être construite. Autrement dit, qu'il existe des moyens d'outiller les décideurs : la rédaction de lignes directrices en l'occurrence mais aussi la formation (à l'embauche et continue), l'accompagnement des décideurs et une jurisprudence forte de la juridiction supérieure.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canada), Section d'appel, X (Re), 2018 CanLII 64864CA CISR.

**Pour citer cette note :** H. GRIBOMONT, « Persécutions liées au genre : le raisonnement d'un commissaire canadien », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.