

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCLouvain 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.

These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. 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.

Le site de l'EDEM existe désormais intégralement en anglais : <https://uclouvain.be/en/research-institutes/juri/cedie/edem.html>. N'hésitez pas à faire circuler les Cahiers, nos actualités et nos publications à vos relais anglophones. **We are pleased to announce that EDEM is now officially on LinkedIn! To follow us on LinkedIn click [here](#).**

Sommaire

1. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 17 février 2020, F.H.A. c. Danemark, Com. n° 108/2016 – La vulnérabilité procédurale des demandeurs d'asile. *Alfred Ombeni Musimwa* 3

Asile – Comité CEDEF – Discrimination – Violences fondées sur le genre – Expulsion – Irrecevabilité – Charge de la preuve.

Devant le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, la première difficulté des victimes de violations des droits fondamentaux, se situe au niveau de la recevabilité de leurs demandes. La charge de la preuve pèse largement sur les épaules du demandeur d'asile pourtant moins outillé par rapport à l'État partie.

2. Cour eur. D.H., 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n° 9347/14 – L'arrêt *Moustahi* : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne. *Maxime Leardini et Sylvie Sarolea* 8

Interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants – Liberté – Détention – Respect de la vie privée et familiale – Recours effectif – Interdiction des expulsions collectives d'étrangers – Mineurs étrangers non accompagnés – Intérêt supérieur de l'enfant.

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

Éditeur responsable :
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]

Équipe :



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

Saisie d'une affaire concernant deux mineurs étrangers non accompagnés comoriens arrivés et détenus sur le territoire français, à Mayotte, avant d'être refoulés aux Comores, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle la nécessaire prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en contexte migratoire. Elle conclut à la violation des articles 3 CEDH – interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants –, 5 CEDH – protection face à la privation de liberté – et 4 du Protocole n°4 à la CEDH – interdiction des expulsions collectives.

3. Cour eur. D.H., 25 juin 2020, *Ghoumid et autres contre France*, req. n° 52273/16 et 4 autres – Déchéance de nationalité : une restriction des droits validée au nom de la lutte contre le terrorisme. *Christelle Macq*19

Déchéance de nationalité – Absence d'atteinte à la vie familiale privée et familiale – Conséquences non disproportionnées – Condamnation pour participation pendant dix années à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte terroriste – Absence d'apatridie consécutive – Absence de suppression automatique du droit de séjour – Inapplicabilité de l'article 4 du Protocole n°7 CEDH – Mesure non constitutive d'une punition pénale (critères Engel).

La Cour, aux termes d'une décision prise à l'unanimité, rejette les recours introduits par cinq individus déchus de la nationalité française à la suite de leur condamnation pour des faits de terrorisme. Elle reconnaît qu'une déchéance de nationalité peut dans certaines circonstances poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de son impact sur la vie privée de son destinataire. Elle juge toutefois, en l'espèce, ces décisions conformes aux exigences tirées de cette disposition dès lors qu'elles ne sont pas entachées d'arbitraire et qu'elles n'ont pas eu des conséquences disproportionnées sur la vie privée de leurs destinataires. La Cour, interrogée, par ailleurs, sur la conformité de ces mesures avec l'article 4 du Protocole n°7 à la CEDH consacrant le droit à ne pas être poursuivi ou jugé deux fois pour la même infraction, estime cette disposition inapplicable en l'espèce, la déchéance de nationalité prévue par l'article 25 du code civil français n'étant, à son estime, pas constitutive d'une punition à caractère pénal.

1. COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, 17 FÉVRIER 2020, F.H.A. C. DANEMARK, COM. N° 108/2016

La vulnérabilité procédurale des demandeurs d'asile

Alfred Ombeni Musimwa

A. Décision

Avant de présenter la position du [Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes](#) (ci-après : Comité), ce commentaire propose de résumer les faits (1), d'évoquer les décisions prises par les services danois de l'immigration (2) et de décrire la procédure devant le Comité (3).

1. Résumé des faits

L'auteure de la communication est F.H.A., de nationalité somalienne, née en 1988. Après la mort de ses parents, elle est recueillie par son oncle et maltraitée par l'épouse de ce dernier. En 2010, F.H.A. exprime sa volonté de se marier avec l'homme de son choix qu'elle présente à son oncle. Celui-ci s'y oppose catégoriquement. Le 5 janvier 2011, F.H.A. se marie l'insu de son oncle. En février 2011, l'oncle de F.H.A. l'oblige à revenir chez lui, puis l'enchaîne par la cheville (pt. 2.6). En mars de la même année, il la force à épouser, à titre de compensation, le père d'un villageois décédé, heurté accidentellement par un des cousins de F.H.A. Peu de temps après, elle réussit à s'échapper, et à s'enfuir avec son premier conjoint. En 2014, toujours recherchée par son oncle, F.H.A. s'enfuit en Ethiopie, et ensuite rejoint par avion et sans document de voyage valable le Danemark le 19 août 2014. Elle y introduit immédiatement une demande d'asile. Elle déclare craindre que son oncle la tue du fait de s'être mariée contre sa volonté et d'avoir fui l'homme qu'elle avait été obligée d'épouser. Elle dit aussi avoir peur d'être forcée de revivre avec cet homme (par. 4.3). Elle souligne enfin qu'elle ne peut prétendre à une protection des autorités de son État contre ces violences, du fait qu'il n'existe guère de protection contre ce phénomène répandu, et que le clan de son oncle est puissant (par. 3.2).

2. Décisions prises par les autorités danoises

En août 2015, le Service danois de l'immigration rejette la demande d'asile de F.H.A. Elle introduit un recours à la Commission danoise de recours des réfugiés. En novembre de la même année (2015), la décision du Service de l'immigration est confirmée par cette Commission.

En substance, les services danois de l'immigration considèrent que les motifs sous-tendant la demande d'asile de F.H.A. manquent de crédibilité, que le récit de l'auteure est improbable, et que sur plusieurs points, ses déclarations semblent avoir été inventées pour l'occasion (pt. 4.4 et 4.7). En conséquence, les autorités danoises décident de la renvoyer dans son pays d'origine, la Somalie.

Ayant épuisée toutes les voies de recours internes, et face au risque d'être expulsée vers son pays d'origine, F.H.A. saisit le Comité.

3. Procédure devant le Comité

La procédure devant le Comité se déroule en deux temps. Le Comité procède par un examen de la recevabilité de la communication, qui ouvre ou non la voie à l'examen du fond de la demande. Par ailleurs, le Comité peut demander – sans préjuger de la forme (recevabilité) ou du fond (violation ou non) de la communication – des mesures provisoires, notamment la surséance d'une décision d'expulsion de l'auteur tant que le Comité examine sa communication. Ce fut le cas dans l'affaire commentée (pt. 1.2).

- Teneur de la communication

Devant le Comité, F.H.A. soutient qu'au vu des faits vécus et du risque de subir à l'avenir des actes inhumains et dégradants contre lesquels elle ne serait pas protégée, son renvoi vers la Somalie violerait ses droits qu'elle tient de l'article premier, et des alinéas d, e, et f du deuxième article de la [Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes](#) (ci-après : CEDEF) (pt. 3.3). En somme, ces dispositions proscrirent tout acte ou pratique opérant une distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe, et ayant pour effet ou pour but d'enfreindre les droits humains et libertés fondamentales des femmes. De plus, ces dispositions obligent les États parties (la Convention et le Protocole facultatif y afférent lient le Danemark depuis le 21 mai 1983 pour la première, et le 22 décembre 2000 pour le second) à prendre les mesures positives nécessaires visant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes. En outre, l'auteur reproche aux services danois de l'immigration de se concentrer sur les incohérences mineures de son récit pour justifier le rejet de sa demande d'asile, en accordant moins d'importance aux actes de torture évoqués (pt. 5.4), la violence familiale et fondée sur le genre, le mariage forcé et l'existence de normes sociales patriarcales et discriminatoires en Somalie (pt. 5.5).

- Observations du Danemark

En réaction à la communication de F.H.A., le Danemark relève entre-autres que l'auteur n'a pas établi d'erreur, ni de déni de justice ou d'arbitraire dans l'évaluation par la Commission de recours de réfugiés de sa demande, ni relevé d'irrégularités dans la prise de décision (pt. 4.7) ou de facteur de risque dont les instances danoises de l'immigration n'auraient pas tenu compte (pt. 4.5). Il note en outre « qu'il appartient à l'auteur de démontrer la vraisemblance des motifs d'asile invoqués par elle et qu'elle n'a pas satisfait à la charge de la preuve qui pesait sur elle » (pt. 4.13). Il en déduit l'absence de fondement de la communication de l'auteur (pt. 4.1 et 4.19). Il soutient en outre que son expulsion vers son pays d'origine ne constituerait pas une violation des droits qu'elle tient de l'article premier, et des alinéas d, e, et f du deuxième article de la CEDEF (pt. 4.19).

- Position du Comité

Dans ses délibérations basées sur la communication de F.H.A. et les observations du Danemark, le Comité décide de l'irrecevabilité de la communication de l'auteur (pt. 7). Il estime que pour être recevable, l'auteur devrait démontrer que l'examen de sa demande d'asile par les services danois de l'immigration l'expose à la discrimination fondée sur le genre, et que son renvoi en Somalie l'exposerait à la persécution (pt. 6.9).

B. Eclairage

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes est de plus en plus régulièrement saisi en matière d'expulsion¹. Devant le Comité, la première difficulté des victimes des violations des droits fondamentaux se situe au niveau de la recevabilité de leurs plaintes. Plusieurs communications ne franchissent pas cette étape. En pareil cas, le Comité n'examine pas s'il y a eu ou non violation de la CEDEF. En d'autres termes, il n'arrive pas à l'étape d'accorder (ou pas) à l'auteur de la communication, la protection des droits que lui garantit la Convention.

En vertu du droit international des droits humains, l'État est tenu de respecter le principe de non-refoulement. Ce principe veut que les autorités nationales ne puissent pas renvoyer une personne dans un autre État où elle risque de subir de graves violations des droits humains, notamment des actes de torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants². La preuve d'un tel risque qui détermine le bénéfice ou non du principe de non-refoulement pèse – dans le cas d'espèce – sur le demandeur (par. 4.13). Cette affirmation du Danemark n'est ni contestée ni nuancée par le Comité qui s'aligne auxdites conclusions en ces termes : « Le Comité constate qu'en l'espèce, les autorités de l'État partie chargées de l'examen de la demande d'asile ont conclu que les déclarations de l'auteure manquaient de crédibilité en raison d'un certain nombre d'incohérences factuelles et de l'insuffisance des éléments présentés à l'appui de la demande » (par. 6.7).

La décision du Comité dans cette affaire interroge au regard notamment de son raisonnement dans une précédente affaire en matière d'expulsion³. Dans cette affaire, le Comité – ayant à l'esprit l'existence en Jordanie de stéréotypes discriminatoires qui portent atteinte aux droits des femmes (CEDEF, *R.S.A.A. et al. c. Danemark*, par. 29) – reprochait au Danemark de s'être contenté uniquement de contradictions du récit et de la non-crédibilité de l'auteure qui en découlait pour rejeter sa demande d'asile (par. 8.5). Le Comité soulignait que les autorités nationales doivent être actives dans la recherche et la production des éléments de preuve nécessaires en appui aux demandes d'asile (par. 10.b.iv), et que celles-ci doivent être acceptées à l'aune de l'éventualité raisonnable de persécution de la demandeuse si elle était renvoyée dans son pays (par. 10.b.ii). Or, dans l'affaire commentée, c'est sur les mêmes bases que le Danemark rejette la demande d'asile de F.H.A. (par. 6.7) et le Comité est bien conscient et juge légitimes les préoccupations de l'auteure relatives aux violences et à la discrimination fondées sur le genre qui existent et qui portent atteinte aux droits des femmes en Somalie (par. 6.9). Nonobstant, il fait peser sur la seule auteure la charge de la preuve qu'elle serait persécutée en cas de renvoi en Somalie (par. 6.9). Pourtant, en matière d'asile, la charge de la preuve doit tenir compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile, de son profil spécifique et du contexte du pays d'origine. Généralement, les demandeurs d'asile sont confrontés à des difficultés d'ordre pratique ou psychologique qui affectent leur capacité à établir le

¹ Voir notamment H. GRIBOMONT, « Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : une deuxième décision dans une affaire d'expulsion », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2019.

² J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 454.

³ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 15 juillet 2019, *R.S.A.A. et al. c. Danemark*, Com. n° 86/2015.

risque des violations de leurs droits fondamentaux (notamment les actes de torture, les traitements cruels, inhumains ou dégradants) et à réunir les preuves⁴.

En outre, il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que le Danemark n'a pas suffisamment tenu compte des mauvais traitements antérieurs, y compris des actes de torture que la Commission danoise des réfugiés n'a pas jugé nécessaire de faire constater par examen médical (par. 4.17). Si les traitements cruels, inhumains ou dégradants *antérieurs* ne constituent pas en eux-mêmes un motif d'asile, ils fournissent cependant un indice solide d'un risque futur de persécutions ou de mauvais traitements⁵ (C.J.U.E., *M.M. c. Irlande*, par. 16.4). De plus, tout comme le Comité, le Danemark reconnaît que règnent en Somalie, violence et discrimination fondées sur le genre (par. 4.13, 4.14 et 6.9). Ces considérations auraient pu conduire les autorités danoises de l'immigration à accorder à F.H.A. le bénéfice du doute dans l'évaluation de la crédibilité de ses déclarations⁶.

La vulnérabilité des demandeurs d'asile est à la fois personnelle (liée à son statut d'étranger en quête de protection) et procédurale par comparaison à la force procédurale des autorités nationales. Le demandeur d'asile est tenu de fournir les faits et les éléments de preuve à l'appréciation des autorités nationales (Cour eur. D.H., *R.C. c. Suède*, par. 52, et CEDEF, *R.P.B. c. Philippines*, par. 7.5), seules compétentes pour accorder l'asile. Devant le Comité, c'est encore au demandeur d'asile de prouver en quoi l'évaluation de sa demande par les autorités nationales l'expose à la discrimination fondée sur le genre, et au risque de persécution en cas d'expulsion.

La jurisprudence récente des Cours européennes marque une certaine évolution dans ce domaine. S'il reste que le demandeur d'asile doit étayer ses allégations, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme « note que l'obligation d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents de la cause pendant la procédure d'asile est partagée entre le demandeur d'asile et les autorités nationales chargées de l'immigration. [...] Que] les règles relatives à la charge de la preuve ne doivent pas vider de leur substance les droits des requérants protégés par l'article 3 de la Convention [et qu']il est également important de tenir compte de toutes les difficultés qu'un demandeur d'asile peut rencontrer à l'étranger pour recueillir des éléments de preuve [...] » (Cour eur. D.H., *J.K. et autres c. Suède*, par. 96 et 97). De même, la Cour de justice de l'Union européenne souligne que l'exigence de coopération qui pèse sur l'État, veut que si pour quelque raison que ce soit, le demandeur d'asile ne peut produire de preuves complètes, actuelles ou pertinentes, l'État coopère activement avec le demandeur afin de permettre l'établissement de tous les éléments de nature à étayer sa demande d'asile (C.J.U.E., *M.M. c. Irlande*, par. 66).

En matière d'expulsion, le Comité ne pourra garantir efficacement les droits découlant de la CEDEF qu'en ancrant dans sa jurisprudence l'égalité des armes en matière de preuve. A cet effet, il devra assez clairement, à l'exemple de la jurisprudence des Cours européennes, préconiser le principe du partage de la charge de la preuve entre le demandeur d'asile (auteur de la communication) et l'État

⁴ S. SAROLEA, « Notes sous C.C.E., arrêt 126 484 du 30 juin 2014. Le partage de la charge de la preuve en matière d'asile », *Newsletter EDM*, août 2014.

⁵ G. RAVARANI, « Evaluation de la crédibilité des demandeurs d'asile : charge de la preuve et limites de l'examen par la CEDH », *Cour européenne des droits de l'Homme*, Discours prononcé lors de l'ouverture de l'année judiciaire – séminaire – 27 janvier 2017, p. 3.

⁶ UNHCR, *Au-delà de la preuve : Evaluation de la crédibilité dans les systèmes d'asile européens*, Bruxelles, mai 2013, pp. 42 à 45.

partie. Ce dernier – et contrairement au premier – dispose des ressources nécessaires permettant de combler la vulnérabilité procédurale du demandeur d’asile ([M.M. c. Irlande](#), par. 66). Dès lors, l’État ne pourra plus se limiter à la simple détection des incohérences dans le récit du demandeur, ni à la seule évaluation des faits et des éléments de preuve, mais à concourir, en coopération avec le demandeur d’asile, à la recherche et à la production de l’ensemble des éléments de preuve permettant d’évaluer objectivement l’éligibilité (ou non) du demandeur à la protection internationale.

C. Pour aller plus loin

Lire l’arrêt : Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes, 17 février 2020, [F.H.A. c. Danemark](#), Com. n° 108/2016.

Jurisprudence :

Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes, 15 juillet 2019, [R.S.A.A. et al. c. Danemark](#), Com. n° 86/2015.

Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes, 21 février 2014, [R.P.B. c. Philippines](#), Com. n° 34/2011.

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

Cour eur. D.H., 9 mars 2010, [R.C. c. Suède](#), req. n° 41827/07.

C.J.U.E., 22 novembre 2012, [M.M. c. Irlande](#), C-277/11, ECLI :EU :C :2012 :744.

Doctrine :

CARLIER, J.-Y. et SAROLÉA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

GRIBOMONT H., « [Le Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes : une deuxième décision dans une affaire d’expulsion](#) », *Cahiers de l’EDEM*, décembre 2019.

RAVARANI, G., « [Evaluation de la crédibilité des demandeurs d’asile : charge de la preuve et limites de l’examen par la CEDH](#) », *Cour européenne des droits de l’Homme*, Discours prononcé lors de l’ouverture de l’année judiciaire – séminaire – 27 janvier 2017.

SAROLEA S., « [Notes sous C.C.E., arrêt 126 484 du 30 juin 2014. Le partage de la charge de la preuve en matière d’asile](#) », *Newsletter EDEM*, août 2014.

UNHCR, [Au-delà de la preuve : Evaluation de la crédibilité dans les systèmes d’asile européens](#), Bruxelles, mai 2013.

Pour citer cette note : A. OMBENI MUSIMWA, « La vulnérabilité procédurale des demandeurs d’asile », *Cahiers de l’EDEM*, septembre 2020.

2. COUR EUR. D.H., 25 JUIN 2020, MOUSTAHY C. FRANCE, REQ. N° 9347/14

L'arrêt Moustahi : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne

Maxime Leardini et Sylvie Sarolea

A. Arrêt

La requête, dirigée contre la France, est introduite par trois ressortissants comoriens, M. Mohamed Moustahi ainsi que ses enfants, Nadjima Moustahi et Nofili Moustahi (« les requérants »). Le père agit en son nom propre et au nom de ses deux enfants, âgés de cinq et trois ans au moment des faits.

Les requérants sont nés respectivement en 1982, 2008 et 2010 et résident à Mayotte (département d'outre-mer français et, en tant que région ultrapériphérique de l'Union européenne, partie intégrante de l'UE¹). Le père, le premier requérant, réside de façon régulière et continue à Mayotte depuis 1994. Les enfants, les deuxième et troisième requérants, y naissent d'une mère également comorienne en situation irrégulière. En 2011, elle fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière et est renvoyée aux Comores (les Comores sont un Etat indépendant non-membre de l'UE composé de quatre îles) avec les deux enfants. Elle revient ensuite seule à Mayotte.

Le 13 novembre 2013, les enfants effectuent un voyage à bord d'une embarcation de fortune en vue de rejoindre leur père à Mayotte, sans être accompagnés d'un membre de leur famille. Avec les dix-sept personnes présentes sur cette embarcation, ils sont interpellés en mer par les autorités françaises. Ils font l'objet d'un contrôle d'identité, d'un contrôle sanitaire et d'une procédure administrative de reconduite à la frontière. Ils sont placés en rétention, en vue de leur éloignement.

Les enfants ont été administrativement rattachés à M.A., l'une des personnes présentes sur l'embarcation. Leurs noms sont inscrits sur l'arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre de M.A. Leur placement en rétention est en revanche opéré *de facto* puisque leurs noms ne figurent sur aucun arrêté de placement en rétention de tiers.

M. Moustahi se présente au centre de rétention où se trouvent ses enfants. L'accès lui est refusé. Il saisit le préfet d'un recours gracieux demandant la suspension de l'arrêté d'éloignement. Il demande également la suspension des décisions portant reconduite à la frontière des enfants et saisit le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte. Le même jour, les enfants sont renvoyés par bateau aux Comores. Le juge des référés déboute le requérant et sa décision est confirmée en appel.

Le 13 janvier 2014, M. Moustahi saisit les autorités consulaires françaises aux Comores d'une demande de regroupement familial. Il introduit aussi une requête auprès du greffe du juge aux affaires familiales afin de se voir reconnaître officiellement l'autorité parentale exclusive. Des visas long séjour sont délivrés en août 2014, permettant aux enfants de vivre avec leur père depuis septembre 2014.

¹ Voy. Commission européenne, La Politique régionale et les régions ultrapériphériques https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/policy/themes/outermost-regions/

Devant la Cour, les requérants invoquent la violation de :

- l'article 3 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (ci-après, "CEDH") dénonçant les conditions dans lesquelles les enfants ont été placés en rétention administrative en compagnie d'adultes, rattachés arbitrairement à l'un d'eux, et renvoyés de manière expéditive vers les Comores sans examen attentif et individualisé de leur situation;
- l'article 5, § 1, f) et 5, § 4 CEDH, en raison du placement en rétention administrative des enfants;
- l'article 8 CEDH, en raison du refus de réunir les enfants avec leur père venu, la brièveté de la mesure n'exclut pas la reconnaissance d'une atteinte, non prévue par la loi, dont le but est illégitime ;
- l'article 4 du [Protocole n°4](#) à la CEDH, du fait de l'expulsion collective des enfants;
- l'article 13, combiné aux articles 3 et 8 CEDH et 4 du Protocole no 4, en raison de l'absence de recours effectif pour contester le renvoi des enfants vers les Comores.

Il y a lieu tant de distinguer les griefs portant sur la détention de ceux qui concernent l'éloignement que d'envisager séparément les arguments concernant les enfants et ceux qui sont invoqués par le père.

1. Sur la détention

La Cour conclut que la privation de liberté a violé l'article 3 de la CEDH du fait de l'âge des enfants, qui n'étaient pas accompagnés et qui étaient détenus dans les mêmes conditions que et avec des adultes. Elle souligne : « [...] les enfants, qu'ils soient accompagnés ou non, sont extrêmement vulnérables et ont des besoins spécifiques [...] Il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal [...] » (§ 54). L'absence de base juridique de la détention ainsi que la séparation qu'elle a occasionnée conduisent également à une violation de l'article 8 de la CEDH. L'arrêt pointe le refus des autorités françaises de confier les enfants à leur père, voire même de permettre un contact. Le droit au respect de la vie familiale est méconnu dans le chef des trois requérants (§§ 113 et 114).

L'arrêt retient également la violation de l'article 5 § 1 de la CEDH dans le chef des enfants, en raison de l'absence de base juridique de leur rétention. L'article 5 § 4 de la CEDH est violé par l'absence d'acte juridique ayant formalisé leur placement en rétention et susceptible de faire l'objet d'un recours.

2. Sur l'éloignement

La Cour conclut à la violation de l'article 3 de la CEDH en ce qui concerne le renvoi des enfants qui ont effectué seuls le voyage vers les Comores sans que les autorités françaises n'entreprennent la moindre démarche pour contacter leur famille qui y réside.

Elle rejette par contre ce grief dans le chef du père. Celui-ci se plaignait des sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance qu'il a éprouvés face aux traitements subis par ses enfants. La Cour relève que la rétention d'enfants a été de courte durée et souligne que c'est lui qui a incité ses enfants à le rejoindre à Mayotte via des embarcations de fortune (§ 77).

Enfin, l'éloignement est qualifié d'expulsion collective par la Cour. L'éloignement de ces enfants en bas âge non accompagnés a été décidé et mis en œuvre sans leur accorder la garantie d'un examen raisonnable et objectif de leur situation particulière (§136).

Pour terminer, ces dispositions substantielles sont combinées avec l'article 13 pour analyser si les requérants ont bénéficié d'un recours effectif.

S'agissant des articles 13 et 3 de la CEDH, la Cour conclut à l'absence de violation soulignant qu'elle « a conscience que [les modalités pratiques du renvoi des étrangers vers des pays tiers] ne sont souvent connues de l'administration que dans les heures précédant l'exécution du renvoi, et que [ces modalités] ne sont le plus souvent pas susceptibles d'être en soi constitutives d'une violation de l'article 3 de la Convention » (§ 154). La Cour considère plus avant que « [...] l'article 13 n'impose pas, en la matière, que les recours disposent d'un caractère suspensif [...] » et que la « [...] possibilité d'un recours exercé *a posteriori* par un requérant suffit donc au respect de cette disposition » (§ 154). La Cour affirme qu'il ne résulte pas des échanges entre les parties qu'un tel recours était inexistant ou inefficace dans les circonstances de l'espèce.

La Cour conclut par contre à la violation de l'article 13 combiné avec les articles 8 de la CEDH et 4 du Protocole n° 4 en raison de la brièveté du délai séparant l'adoption de la mesure d'expulsion de son exécution. Ce délai exclut toute possibilité d'exercer un recours juridictionnel. La hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles (§§ 162 – 164).

B. Éclairage

Cet arrêt est l'occasion de réfléchir à quelques questions récurrentes en droit de l'immigration, notamment quant à la situation des mineurs privés de liberté. Leur réitération est le signe de leur *persistante pertinence*. La première, centrale, concerne la détention d'enfants migrants (1). Autorisée même si elle est encadrée par les textes et la jurisprudence, elle reste problématique dans tous les cas d'espèce où des organes internationaux ont dû se prononcer et elle est dénoncée par de nombreux observateurs avisés ainsi que par de multiples textes de *soft law*, à tel point que la question de son principe même doit être reposée. La deuxième, connexe, concerne la prise en charge des enfants mineurs non accompagnés et leur accompagnement par des adultes aptes à les prendre en charge (2.). La troisième, qui occupe aussi les débats jurisprudentiels depuis des années, est celle de la qualité des recours contre les décisions d'éloignement : doivent-ils ou peuvent-ils toujours être suspensifs ? Les arguments liés à leur praticabilité sont-ils admissibles ? (3.) Enfin, la localisation des faits de la cause nous conduit à mettre en avant ces territoires périphériques qui sont souvent loin des yeux mais qui risquent parfois aussi d'être loin des « droits » (4.).

1. Détention des mineurs migrants ou des migrants mineurs : lorsque le principe vacille, doit-il conserver son rang d'axiome ?

Ce n'est pas la première fois que la Cour européenne des droits de l'homme doit se prononcer quant à la compatibilité avec la convention d'une mesure de détention impliquant des enfants migrants, accompagnés (MEA) ou non accompagnés (MENA)². La ligne suivie reste constante : si le principe

² Voy. notamment les fiches thématiques de la Cour européenne des droits de l'homme consacrées à cette jurisprudence : sur les [mineurs accompagnés](#) et sur les [mineurs non accompagnés](#).

même de l'autorisation de détenir des mineurs en contexte migratoire est intact, les modalités appliquées conduisent à juger que la détention *in casu* viole le prescrit de la CEDH, soit sous l'angle de l'article 3 parce que les conditions de privation de liberté sont constitutives d'un traitement inhumain et dégradant³, soit de l'article 5 parce qu'elles sont à ce point inappropriées qu'elles sont qualifiées d'arbitraires ou enfin de l'article 8 parce qu'elles méconnaissent la vie familiale (voy. notamment *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, *Popov c. France*, *Rahimi c. Grèce*, etc.). La Cour, dans son analyse de ces éléments, prend en considération, au-delà des conditions de détention, la durée de celle-ci et le caractère de dernier ressort de la mesure⁴.

Ainsi, s'agissant de MEA, la Cour a pu juger que l'accompagnement des parents durant la période de rétention n'est pas de nature à exempter les autorités de leur obligation positive de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates découlant de l'article 3 de la CEDH (*Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, §58 ; *Popov*, §91). Dans sa jurisprudence, la Cour a également rappelé que le stress, l'insécurité et l'environnement hostile d'un tel enfermement ont des conséquences néfastes sur les mineurs, qui peuvent atteindre le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention. Dans l'affaire *Popov*, par exemple, la France a été condamnée sous l'angle de l'article 3 CEDH en raison du placement en détention pendant deux semaines, en vue de leur expulsion, d'un couple de demandeurs d'asile et de leurs deux enfants mineurs. Ainsi, compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre non adapté aux besoins d'enfants, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 de la CEDH dans le chef des enfants. La France avait également été condamnée sous l'angle de l'article 5 §§ 1 et 4 CEDH, au vu notamment de la non-prise en considération de l'intérêt supérieur des enfants et du vide juridique dans lequel ils s'étaient retrouvés, la loi française ne prévoyant pas que des mineurs puissent faire l'objet d'une mesure de placement en rétention.

Quant aux MENA, l'arrêt de référence est celui rendu dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* également connue sous le nom d'affaire "Tabitha". Il concerne la détention pendant près de deux mois d'une mineure congolaise âgée de 5 ans dans un centre de transit pour adultes. La Cour conclut notamment à la violation de l'article 3 CEDH dans le chef de l'enfant, jugeant que sa détention constituait un traitement inhumain, au vu de sa détention avec des adultes, de l'absence d'encadrement et d'accompagnement psychologique et de ses vulnérabilités (âge, étrangère en situation illégale, etc.).

L'arrêt *Moustahi* s'inscrit dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour prenant ici aussi en compte l'âge, la détention avec des adultes et la situation d'extrême vulnérabilité des enfants pour conclure à une violation de l'article 3 de la CEDH. En outre, tout en prenant, comme point de référence pour les enfants migrants l'article 5, § 1^{er}, f), (comme dans *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, §100), la Cour conclut à la violation cette disposition, notamment en raison de l'absence de base juridique soutenant la rétention des enfants.

³ Voy. p. ex. H. GRIBOMONT, "Conditions de détention des mineurs : le mauvais exemple de la Bulgarie", *Newsletter EDEM*, décembre 2017 à propos de l'arrêt *S. F. et autres c. Bulgarie*.

⁴ Voy. notamment J.-B. FARCY, « Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement », *Newsletter EDEM*, septembre 2016, à propos de l'arrêt *R.M. et autres c. France*.

En bref, d'un côté, le principe est admis *en théorie* mais, d'un autre côté, *en pratique*, la mesure prise n'est pas compatible avec les exigences de la convention. La posture en devient schizophrénique si aucune modalité ne trouve grâce aux yeux du juge européen. Ce décalage n'est-il pas un signe de ce que l'axiome (« [Proposition considérée comme évidente, admise sans démonstration](#) ») qui consiste à admettre qu'un mineur soit détenu, sans que cela ne motivé par son intérêt, ne peut être accepté, fut-il migrant ?

Pour comprendre la problématique, il faut sans doute revenir rapidement sur les questions de l'interprétation des textes, sur la manière dont la jurisprudence les a résolus et sur les conséquences de la posture adoptée.

L'article 5 CEDH énumère de manière limitative les hypothèses de privation de liberté. L'article 5, §1, d), dédié aux mineurs d'âge, prévoit la détention d'un mineur « pour son éducation ou sa détention régulière afin de le traduire devant l'autorité compétente ». L'article 5, § 1^{er}, f), concerne la détention en contexte migratoire dans deux hypothèses : « l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire » ou dans le cadre d'une « procédure d'expulsion ou d'extradition ». En 2006, l'affaire *Mubilanzila* donne à la Cour l'occasion de décider si un mineur peut être détenu sous le § f). La requérante soutient, à titre principal, que l'article 5, §1^{er}, d), est un cas « limitatif et exclusif de privation de liberté d'un mineur » (§ 93). A titre subsidiaire, elle dénonce la violation des articles 3 et 8 de la CEDH. La Cour la suit sur l'argumentation subsidiaire mais rejette l'argument premier. Cette jurisprudence, jamais remise en question, a mené la Cour à devoir, dans chaque dossier, analyser les circonstances de fait pour, *in fine*, conclure affaire après affaire que les conditions requises pour détenir des mineurs d'une manière compatible avec la Convention font défaut.

L'article 37 de la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant](#) (ci-après, CIDE) permet d'enfermer un enfant à certaines conditions (légalité, caractère non arbitraire, mesure de dernier ressort, durée aussi brève que possible, etc.). Au vu de la CIDE, la détention d'enfant n'est donc pas interdite. Le texte de la CIDE n'interdit pas non plus l'enfermement d'enfants en raison de leur statut migratoire⁵.

Le droit de l'Union européenne autorise aussi l'enfermement d'enfant migrant, tant accompagné que non accompagné, à certaines conditions (voy. [Directive Retour](#), adoptée en 2008, article 17). Toutefois, comme pour les adultes, la privation de liberté n'est prévue qu'en dernier ressort (article 17, § 1^{er}).

Les droits européens autorisent dès lors la détention, ce qui ouvre la voie aux autorités nationales. La Belgique a décidé, en 2018, d'autoriser à nouveau la détention d'enfants migrants. Le [Conseil d'Etat belge](#) a finalement suspendu cette décision en 2019, notamment au vu des nuisances sonores « particulièrement importantes » autour de ces « maisons familiales » se trouvant en bord d'aéroport (§52 de l'arrêt). La procédure devant le Conseil d'Etat a été l'occasion, une fois de plus,

⁵ Voy. Comité des droits de l'enfant, « Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) », CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, p. 2.

de rappeler le caractère néfaste de la détention pour la santé psychologique mais aussi physique des mineurs⁶. L'arrêt sur l'annulation est attendu incessamment...

Au vu des développements qui précèdent et des connaissances de plus en plus nombreuses quant aux conséquences délétères de la détention pour les enfants, ne serait-il pas temps de revoir le principe et d'interdire la détention des enfants migrants ?

Cet argument est notamment relayé, dans le contexte de l'asile, par l'**UNHCR** ("the practice of putting children in immigration detention is in violation of the CRC in many respects and it should be stopped") et par des ONG (voy. p. ex., pour un développement de cet argument, **NANSEN NOTE 2018/2**). Il est renforcé expressément en droit européen par l'exigence de ne recourir à la détention qu'en dernier ressort (**Directive Retour**, article 17, §1). Or, comme le plaident de nombreuses organisations intergouvernementales ou ONG, le placement en rétention de mineurs n'est, au vu des alternatives à la détention, jamais de dernier ressort⁷.

En outre, ces différents arguments d'organisations internationales et d'ONG nous font revenir à la question fondamentale de savoir si la détention de l'enfant est conforme à l'obligation d'agir en fonction de son intérêt supérieur⁸.

2. Adosser un mineur non accompagné à l'adulte présent dans les faits à ses côtés ?

Dans le cadre de son analyse des articles 3 CEDH et 4 du Protocole n°4 à la CEDH, la Cour souligne que les mineurs ont été rattachés au premier adulte présent, ...sans autre précaution ou analyse rigoureuse. Une telle situation, condamnée par la Cour, montre à quel point le recours systématique à un système de tutelle est important. En principe, un tuteur est désigné dès qu'aucun adulte exerçant l'autorité parentale n'est présent aux côtés du mineur. C'est le cas en droit belge (**Loi tutelle, article 5**) et c'eût dû être aussi le cas ici au regard du **droit français**. Or, ici, comme le souligne la Cour, « aucun élément du dossier ne permet [...] de se convaincre que la moindre question ait été posée à M.A. au sujet des enfants qui lui étaient rattachés, ou que celui-ci ait pris l'initiative d'évoquer le sujet » (§135).

À défaut de cette vigilance, le risque que la Belgique disait vouloir éviter dans l'arrêt **Mubilanzila** (à savoir, le trafic ou l'enlèvement, voy. §43 de l'arrêt) et qui justifiait la détention (la Cour, on le sait, condamna la Belgique sur ces questions) n'est pas obvié. Le système de tutelle est donc essentiel dans ce contexte et ce, notamment, pour assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, en contexte migratoire.

3. Sur l'effectivité des recours, faut-il céder face aux impératifs de la praticabilité ?

Il a fallu des décennies pour définir la portée du droit à bénéficier d'un recours effectif, notamment en matière migratoire où ce droit est d'autant plus crucial que le droit à bénéficier d'un procès

⁶ Voy. C. FLAMAND, "**Primauté du statut d'enfant sur le statut de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais...**", Cahiers de l'EDEM, avril 2019.

⁷ Voy. notamment la Résolution 71/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies, le European legal and policy framework on immigration detention of children de l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne (Vienna, 2017, p. 23, qui compile les travaux du Groupe de travail sur la détention arbitraire de l'ONU, du Comité des droits de l'enfant, du rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, du rapporteur spécial des Nations Unies sur la migration, aux pp. 28-30).

⁸ Voy. FRA, "**European legal and policy framework on immigration detention of children**", Vienna, 2017, p. 28.

équitable ne s'applique pas. Parmi les exigences de l'article 13 figure celle de la mise en place d'un recours suspensif, seule de nature à éviter des dommages irréparables. La Cour européenne des droits de l'homme l'impose dès qu'un risque de violation de l'article 3 est allégué de manière sérieuse, ou qu'il se trouve un « grief défendable » (voy. *Čonka et autres c. Belgique*, §§75-76). Le débat subsiste en ce qui concerne l'article 8 de la CEDH (voy. *Ribeiro c. France*, §83.). En l'espèce, la Cour revient sur cet acquis. Elle examine séparément le grief tiré de la violation des articles 13 et 3 et celui qui lie les articles 13 et 8, ainsi que 4 du Protocole n°4 à la CEDH. Suivant sa jurisprudence habituelle, la Cour aurait dû être intransigeante quant au caractère suspensif du recours lorsque l'article 3 de la CEDH est en cause, et sans doute l'être moins quant au risque de violation des articles 8 de la CEDH et 4 du protocole n° 4.

Dans l'arrêt *Moustahi*, la logique est inverse puisque quant à l'article 3 CEDH, la Cour « rappelle que la portée de l'obligation que l'article 13 CEDH fait peser sur les États contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. S'agissant des modalités pratiques du renvoi des étrangers vers des pays tiers, la Cour a conscience qu'elles ne sont souvent connues de l'administration que dans les heures précédant l'exécution du renvoi, et qu'elles ne sont le plus souvent pas susceptibles d'être en soi constitutives d'une violation de l'article 3 de la CEDH. Elle considère que l'article 13 de la Convention n'impose pas, en la matière, que les recours disposent d'un caractère suspensif. La possibilité d'un recours exercé a posteriori par un requérant suffit donc au respect de cette disposition, et il ne résulte pas des échanges entre les parties qu'un tel recours était inexistant ou inefficace dans les circonstances de l'espèce » (§ 154). Certes, la Cour semble établir une distinction entre une violation de l'article 3 liée à un risque dans le pays d'origine et une atteinte à la même disposition en raison des conditions matérielles de l'éloignement. Or, d'une part, s'agissant d'enfants, les conditions mêmes d'éloignement – ici, l'absence d'assurance quant à leur accueil à leur arrivée, alors qu'ils ont 3 ans et 5 ans au moment des faits – ne peuvent-elles pas assurément être considérées comme un traitement inhumain et dégradant. D'autre part, face au risque d'un tel traitement, peut-on se satisfaire d'une garantie aussi faible que le fait que « le plus souvent » il n'y aurait pas de violation de l'article 3 ? Enfin, la Cour se limite à un contrôle *in abstracto* (« en soit ») en décalage avec son souci habituel d'assurer le respect des droits humains *in concreto*. Il est difficile de comprendre comment la Cour peut réduire à ce point son standard de contrôle dans une affaire impliquant de tout jeunes enfants.

L'arrêt poursuit ensuite quant à l'effectivité des recours s'agissant des griefs fondés sur la vie familiale et l'interdiction des expulsions collectives. Ici, s'arrêtant à nouveau sur la chronologie, la Cour relève que l'éloignement de Mayotte est intervenu moins de huit heures après l'interpellation (§159), et ce malgré que le premier requérant ait agi avec diligence pour saisir le juge (§ 162). La Cour estime que « la brièveté du délai séparant l'adoption de cette mesure de son exécution exclut toute possibilité pour un tribunal d'être effectivement saisi, et *a fortiori* d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militaient pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention ou de l'article 4 du Protocole n° 4 en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement » (§ 162). Il s'ensuit « qu'aucun examen judiciaire des demandes des requérants ne pouvait avoir lieu » (§ 163). Elle concède que si les recours existent en théorie, en pratique ils ne sont pas de nature à empêcher l'éloignement, concluant que « la hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc

indisponibles » (§ 163). Il est surprenant que le même caractère précipité des procédures soit excusé sous l'angle de l'article 3 mais condamné au regard des articles 8 et 4 du Protocole n° 4.

Plus fondamentalement, le droit à un recours effectif patiemment construit et consolidé par la jurisprudence doit-il céder face à des impératifs de praticabilité, comme en l'espèce ? Le risque est alors de devoir toujours y renoncer si l'on devait considérer que devoir attendre que le juge se prononce n'est jamais pratique.

4. Que se passe-t-il dans ces territoires que l'on ne voudrait voir ?

Rappelons que Mayotte fait partie de l'Etat français et, en tant que région ultrapériphérique de l'UE, en est pleinement membre et est soumis entièrement à la CEDH. Sa situation géographique particulière ne saurait être une opportunité pour déplacer la loupe des droits humains et ne pas mettre en lumière les questions migratoires qui se posent aux frontières de l'Europe.

A propos d'une autre région ultrapériphérique de l'UE, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de dire que la situation géographique de la Guyane et la forte pression migratoire subie par ce département-région d'outre-mer ne saurait justifier un régime d'exception prévu par la loi qui dénierait à un requérant « [...] la possibilité de disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d'éloignement arbitraire » (*Ribeiro c. France*, §97).

Dans ce contexte, l'arrêt commenté est un rare exemple, dans la jurisprudence de la Cour, de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH, interdisant de manière absolue l'expulsion collective d'étrangers. Cette disposition oblige les Etats membres à analyser raisonnablement, objectivement et individuellement les cas de personnes étrangères arrivant à leurs frontières (voy. <https://www.coe.int/fr/web/echr-toolkit/protocole-4>).

La jurisprudence *Moustahi* vient donc s'ajouter aux arrêts *Čonka c. Belgique*, *Hirsi Jamaa c. Belgique* et *M.K. et autres c. Pologne*. Elle est intéressante en ce qu'elle applique cette interdiction d'expulsion collective à des enfants, particulièrement vulnérables par nature. Au vu de sa jurisprudence précédente concernant l'expulsion collective d'étrangers (cette fois-là, majeurs) dans l'affaire *N.D. et N.T. c. Espagne*, il se pourrait que la qualité d'enfant des migrants ici en cause ait été décisive pour la Cour, au vu de leurs vulnérabilités.

Conclusions

Il est admis que l'intérêt supérieur doit guider toutes les décisions prises mais aussi les procédures suivies. Pierre angulaire des droits de l'enfant, il est consacré par l'article 3 de la CIDE en proclamant que "[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale". Véritable "étoile du berger" des droits de l'enfant⁹, l'idée sous-jacente à ce principe est de prendre en compte la vulnérabilité particulière des enfants lorsqu'il est question de mettre en balance différents droits de divers acteurs en cause.

⁹ J. FIERENS, *Alpha ursae minoris – The North Star and the child's best interests among competing interests in "The best interests of the child – A dialogue between theory and practice"*, Council of Europe, March 2016.

En l'espèce, la Cour prend expressément en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dans son examen de la violation de l'article 3 de la CEDH concernant la question de savoir si les requérants étaient accompagnés ou non. Elle conclut que le rattachement des enfants à un inconnu présent sur le même bateau de fortune par les autorités françaises était arbitraire et contraire à leur intérêt supérieur (voy. §64 de l'arrêt commenté ainsi que *Rahimi c. Grèce*, §§72-73).

D'autre part, la Cour fait à nouveau mention de ce principe dans le cadre de son examen de la violation de l'article 8 de la CEDH en affirmant que "le refus de réunir les requérants ne visait pas au respect de l'intérêt supérieur des enfants" (§114).

Enfin, il y fait référence implicitement à d'autres occasions au contenu matériel du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sans y faire référence formellement. Dans le cadre de son examen de la violation de l'article 3 de la CEDH, l'arrêt prend en considération l'âge des enfants, le fait qu'ils étaient non accompagnés, leur vulnérabilité particulière et le fait qu'ils étaient détenus dans les mêmes conditions que et avec des adultes (voy. p. ex. §§65-66 et 68-69 de l'arrêt commenté ainsi que *Tarakhel c. Suisse*, §§119-120, *Mubilanzila*, §58 et *Popov*, §102). Ces considérations sont décisives pour la Cour pour conclure à la violation de l'article 3 de la CEDH.

Au-delà des spécificités de l'espèce, reste la question cruciale du statut des enfants migrants. Sont-ils des migrants d'abord ou des enfants avant d'être des migrants ? Où est le principal, où est l'accessoire ?

C. Pour aller plus loin

Lire la décision : Cour eur. D.H., 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, Req. n° 9347/14.

Jurisprudence :

Mineur étranger non accompagné (MENA) :

Cour eur. D.H., 13 juin 2019, *Sh.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, Req. n° 14165/16.

Cour eur. D.H., 28 février 2019, *H.A. et autres c. Grèce*, Req. n° 19951/16.

Cour eur. D.H., 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, Req. n° 25794/13 et n° 28151/13.

Cour eur. D.H., 11 décembre 2014, *Mohamad c. Grèce*, Req. n° 70586/11.

Cour eur. D.H., 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, Req. n° 8687/08.

Cour eur. D.H., 28 octobre 2010, *Bubullima c. Grèce*, Req. n° 41533/08.

Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, Req. n° 13178/03.

Mineur étranger accompagné (MEA) :

Cour eur. D.H., 7 décembre 2017, *S.F. et autres c. Bulgarie*, Req. n° 8138/16.

Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, Req. n° 11593/12.

Cour eur. D.H., 31 juillet 2012, *Mahmundi et autres c. Grèce*, Req. n° 14902/10.

Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. ns° 39472/07 et 39474/08.

Cour eur. D.H., 13 décembre 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, Req. n° 15297/09.

Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, Req. n° 41442/07.

Autre :

Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, Req. n° 51564/99.

Doctrine :

CARLIER, J.-Y., SAROLEA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 119-122 et 235.

CARLIER, J.-Y., SAROLEA S., « On n'enferme pas un enfant. Point », in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles?*, Liber amicorum Jacques Fierens, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 209 - 219.

FARCY J.-B., « Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement », *Newsletter EDEM*, septembre 2016.

FIERENS, J., *Alpha ursae minoris – The North Star and the child's best interests among competing interests in "The best interests of the child – A dialogue between theory and practice"*, Council of Europe, March 2016.

FLAMAND C., « Primauté du statut d'enfant sur le statut de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais... », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019.

GRIBOMONT H., « Conditions de détention des mineurs : le mauvais exemple de la Bulgarie », *Newsletter EDEM*, décembre 2017.

Autre

Council of Europe, « *The best interests of the child - A dialogue between theory and practice* », March 2016.

Council of Europe, « *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children* », October 2017.

Conseil de l'Europe, Boite à outils, <https://www.coe.int/fr/web/echr-toolkit/protocole-4>

FRA, « *Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures* », Vienna, 2015.

FRA, « *European legal and policy framework on immigration detention of children* », Vienna, 2017.

INITIATIVE POUR LES ENFANTS MIGRANTS, « *Détention d'enfants migrants dans l'UE* », mars 2019.

NANSEN, « *NANSEN NOTE 2018/2 - La détention de famille de migrants avec enfants mineurs* », novembre 2018.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « *Etude mondiale sur les enfants privés de liberté* », A/74/136, 11 juillet 2019.

UNHCR, "UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context", January 2017.

Pour citer cette note : M. LEARDINI et S. SAROLEA, "L'arrêt *Moustahi* : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne", *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020.

3. COUR EUR. D.H., 25 JUIN 2020, *GHOUMID ET AUTRES CONTRE FRANCE*, REQ. N°52273/16 ET 4 AUTRES

Déchéance de nationalité : une restriction des droits validée au nom de la lutte contre le terrorisme

Christelle Macq

A. Arrêt

L'affaire concerne cinq binationaux (quatre franco-marocains et un franco-turc) déchus de leur nationalité française en octobre 2015 par décret ministériel en raison de leur condamnation pour des faits de terrorisme commis au cours des années 1995 à 2004.

Les requérants reprochent à la mesure de déchéance de nationalité prise à leur égard, de présenter un caractère éminemment politique. La mesure de déchéance notifiée aux principaux intéressés en date du 8 octobre 2015 a préalablement été annoncée devant l'assemblée nationale par le ministre de l'Intérieur le 6 octobre 2015. Le lendemain, le Journal « Le Monde » publiait un article détaillé, faisant en particulier état de l'absence de repentance et de respect des valeurs et principes français que leur imputait le ministre (§31).

Ils invoquent subir une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Sur le plan personnel, ils indiquent avoir reconstruit leurs vies après la condamnation et l'exécution de leurs peines, travailler et avoir une vie de famille. Ils font grief au gouvernement de ne pas prendre en compte les circonstances propres à leurs cas, leur insertion en France, ni expliquer pourquoi d'autres personnes condamnées à l'occasion de la même affaire n'avaient pas également été déchues de leur nationalité (§32).

Ils soulignent les conséquences que cette mesure a eu sur leur droit de séjourner en France. En droit français, le décret de déchéance entraîne, dès sa publication, la perte du droit de séjour sur le territoire français et, subséquemment, le droit d'y travailler et d'y percevoir des prestations sociales. Afin de préserver leurs droits de séjourner sur le territoire français, ils ont été contraints d'introduire des demandes de cartes de séjour « vie privée et familiale » lesquelles n'avaient toujours pas abouti, de sorte qu'ils ne disposaient que de récépissés d'une durée de validité de trois mois. Deux d'entre eux ont, par ailleurs, fait l'objet d'une mesure d'expulsion, mesures qui n'ont toutefois pas été menées à leur terme (§33).

En l'espèce, la Cour estime que la déchéance de nationalité qui touche les requérants n'est pas constitutive d'une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie familiale dès lors qu'un décret portant déchéance de la nationalité française n'a pas d'effet direct sur la présence sur le territoire français de celui qu'il vise. Elle souligne le fait que les requérants, qui ont déposé des demandes de cartes de séjours « vie privée et familiale », disposent de récépissés leur permettant de vivre en France. Le cas échéant, ils pourront contester devant le juge administratif le rejet de ces demandes ainsi que les mesures d'éloignement qui suivraient (§§41 et 42).

Bien que le droit à la nationalité ne soit pas en tant que tel garanti par la Convention, la Cour reconnaît qu'une déchéance arbitraire de nationalité peut dans certaines circonstances poser un

problème au regard de l'article 8 de la Convention du fait de son impact sur la vie privée de l'intéressé. Son contrôle porte sur deux points. Premièrement, elle vérifie si la déchéance de nationalité est entachée d'arbitraire ; elle établit à cet égard si elle était légale, si le ou les requérant(s) ont bénéficié de garanties procédurales, notamment s'ils ont eu accès à un contrôle juridictionnel adéquat, et si les autorités ont agi avec diligence et promptitude. Deuxièmement, elle se penche sur les conséquences de la déchéance de nationalité sur la vie privée des intéressés (§§43 et 44).

S'agissant de la légalité, la Cour note qu'à l'époque des faits de la cause, l'article 25-1 du code civil précisait que la déchéance de nationalité ne pouvait être prononcée que dans un délai de dix ans à compter de la perpétration des faits ayant fondé la condamnation pénale. Or, en l'espèce, les décisions ayant déchu les requérants de la nationalité française ont été prises en 2015 alors que les faits les plus récents dataient de 2004. La Cour constate cependant que le législateur avait porté ce délai à quinze ans en janvier 2006, et que le Conseil d'État a estimé, conformément à sa jurisprudence, qu'en matière de sanction administrative, les dispositions administratives et réglementaires fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure s'appliquent immédiatement. La Cour en déduit que les mesures prises contre les requérants sont légales (§46). Elle estime, par ailleurs, après examen des garanties procédurales existantes en la matière, que la prise de ces mesures a été entourée de garanties procédurales suffisantes (§47). Concernant le délai écoulé entre les faits et la prise de ces mesures, elle admet qu'un État puisse reprendre, à l'occasion de faits de terrorisme dont il est victime, avec une fermeté renforcée, l'évaluation du lien de loyauté et de solidarité existant entre lui-même et des personnes condamnées antérieurement pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme et qu'il puisse en conséquence, sous la condition d'un strict contrôle de proportionnalité, décider de prendre contre elles des mesures qu'il n'avait pas initialement retenues (§45).

Quant aux conséquences de cette mesure sur le droit à la vie privée des requérants, dès lors qu'aucune mesure d'éloignement n'a été prise, la Cour considère qu'elles tiennent uniquement dans la perte d'un élément de leur identité. Elle rappelle que la violence terroriste constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme. Elle note que la participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte terroriste dont ils se sont rendus coupables tous les cinq s'est poursuivie pendant dix années consécutives, que certains des requérants venaient d'acquérir la nationalité française quand ils ont commis ces faits, et que les autres l'ont acquise alors qu'ils étaient en train de les commettre. Elle constate ensuite que les requérants ont tous une autre nationalité, ce à quoi elle précise accorder une grande importance. La décision de les déchoir de la nationalité française n'a donc pas eu pour conséquence de les rendre apatrides. Au vu de ces éléments, la Cour estime que la décision de déchoir les requérants de la nationalité française n'a pas eu des conséquences disproportionnées sur leur vie privée (§§49 à 51).

Les requérants soutiennent, par ailleurs, que la déchéance de nationalité prononcée contre eux constitue une « peine déguisée » dès lors qu'elle vise à réprimer la même conduite que celle pour laquelle ils ont été condamnés par les juridictions pénales. Ils invoquent une violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH qui consacre le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle l'intéressé a déjà été condamné ou acquitté (§53).

La Cour précise que la question qui se pose quant à l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 est celle de savoir si, par l'effet de cette déchéance de la nationalité française, les requérants peuvent être considérés comme ayant été « punis pénalement » au sens de cette disposition (§67). À cet égard, la Cour rappelle que, pour déterminer si une procédure est « pénale », il faut appliquer les critères dits « *Engel* » relatifs à la notion d'« accusation en matière pénale », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention à savoir : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci et le degré de sévérité de la « sanction » (§68).

En l'espèce, elle relève en premier lieu que la déchéance de nationalité n'est pas une mesure « pénale » en droit français. Elle n'est pas prévue par le code pénal mais insérée dans le code civil et n'est pas du ressort des juridictions pénales mais des autorités et juridictions administratives (§70). En second lieu, s'agissant de la « nature même » de cette mesure, la Cour estime, qu'au-delà de sa coloration punitive, la déchéance de nationalité a un objectif particulier en ce qu'elle vise à tirer conséquence du fait qu'une personne ayant bénéficié d'une mesure d'acquisition de la nationalité française a par la suite brisé son lien de loyauté envers la France. Elle tend ainsi avant tout à prendre solennellement acte de la rupture de ce lien entre eux et la France (§71). En troisième lieu, quant au degré de sévérité de cette mesure, la Cour dit ne pas mésestimer le caractère sérieux du message que l'Etat adresse ainsi à ceux qu'elle vise, ni l'impact qu'elle peut avoir sur leur identité. Son degré de sévérité doit cependant, à son estime, être significativement relativisé eu égard au fait que la déchéance de nationalité répond à des comportements qui, s'agissant d'actes terroristes, sapent le fondement même de la démocratie. La Cour rappelle à cet égard que cette mesure n'a pas en elle-même pour effet l'éloignement hors du territoire français de ceux qu'elle touche (§72). La Cour en conclut que la déchéance de nationalité n'est pas une punition pénale, au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH. Cette disposition n'est donc pas applicable en l'espèce (§73).

B. Eclairage

A la faveur de la menace terroriste, la déchéance de nationalité connaît un regain d'intérêt dans les pays occidentaux depuis une quinzaine d'années¹.

Sous couvert de préoccupations sécuritaires, ces législations font preuve d'une sévérité accrue à l'égard des personnes condamnées pour des faits de terrorisme.

A la suite des attentats de 2015, des modifications législatives ont été proposées ou adoptées par certains Etats européens afin d'étendre le champ d'application des dispositions applicables en la matière.

En droit belge, [une loi du 20 juillet 2015](#) visant à lutter contre le terrorisme a étendu les cas dans lesquels une déchéance de nationalité peut être prononcée à l'égard de personnes condamnées pour des faits de terrorisme. Cette loi a introduit dans le code de la nationalité un article 23/2 prévoyant la possibilité pour le juge pénal de prononcer la déchéance de nationalité lorsqu'il condamne à une

¹ D. PERRIN, « [Réflexions sur la déchéance de nationalité en contexte terroriste- \(pluri\) appartenance et \(sous\) citoyenneté en France et au Maghreb](#) », *L'année du Maghreb*, n°22, 2020.

peine d'au moins 5 ans d'emprisonnement pour des faits de terrorisme quelle que soit l'infraction visée et sans aucune limite temporelle².

En France, un projet de révision de la Constitution a été déposé deux jours après les attentats du 13 novembre 2015 dans le sens d'une extension de cette mesure aux binationaux nés Français. Ce projet visait à inscrire dans la Constitution une disposition permettant de déchoir de la nationalité française une personne qui, née française et ayant également une autre nationalité, aura été condamnée pour un crime constituant « une atteinte grave à la vie de la Nation ». Après plusieurs mois de discussions, ce projet a finalement été abandonné.

Le champ d'application de la déchéance de nationalité inscrite à l'article 25 du code civil français actuel avait déjà été revu dans le sens d'un élargissement par une loi de 2006 relative à la lutte contre le terrorisme. Actuellement, il prévoit qu'un individu qui a acquis la nationalité française peut être déchu de la nationalité dans les quinze ans suivant son acquisition s'il est condamné pour des faits de terrorisme ou dans les dix ans pour d'autres motifs. Seuls sont exclus du champ d'application de cette disposition les nationaux par filiation (nés d'un parent français) et par la naissance (le double droit du sol : est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents y est né).

Si l'année 2015 n'a finalement pas donné lieu à un durcissement législatif en France, des mesures de déchéance de nationalité exploitant le champ d'application de ces dispositions à leur maximum ont été adoptées. Ainsi, des étrangers nés ou France ou y ayant pratiquement toujours vécu ont été déchus de leur nationalité en raison de leurs condamnations pour des faits de terrorisme commis plus de dix ans plus tôt. Le gouvernement admettait avoir pris ces mesures en raison du contexte sécuritaire particulièrement grave entourant la prise de ces décisions.

L'arrêt commenté offre à la Cour de statuer sur la conformité de ces mesures avec les droits protégés par la Convention. Cet arrêt est intéressant en ce que les décisions déjà rendues en matière de déchéance de nationalité se comptent sur les doigts de la main (voy. Cour eur. D.H., *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016 ainsi que la décision *K2 c. Royaume Uni*, 7 février 2017, n°42387/13).

Les décisions de déchéance de nationalité rendues en l'espèce étaient, par ailleurs, considérées comme de bonnes candidates à l'annulation par la doctrine vu le fait que certains de leurs destinataires étaient nés sur le territoire français et y disposaient de toutes leurs attaches personnelles et familiales³.

La Cour valide toutefois la conventionalité de ces décisions aux termes d'un raisonnement que nous proposons de commenter en trois temps.

Nous nous intéresserons, premièrement, à l'analyse que la Cour fait de la conformité de ses mesures avec l'article 8 de la Convention, mettant en exergue les limites de ce contrôle (1).

Nous reviendrons ensuite sur le raisonnement et les enjeux soulevés par la position adoptée par la Cour quant à l'absence du caractère pénal de ses mesures (2).

² Pour un commentaire de ces modifications législatives voy. M-A, BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *J.T.*, 2015, pp. 833 à 836.

³ Voy. J. LEPOUTRE, « La déchéance de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privé*, 2017/3, pp.381-388.

Enfin, nous proposons de conclure en questionnant plus largement la place et le sens de ces mesures dans l'arsenal antiterroriste (3).

1. Quelles répercussions sur le droit à la vie privée et familiale de l'étranger ?

Bien que la Convention ne garantisse pas « le droit d'acquérir une nationalité », la Cour a jugé que l'impact du droit d'acquérir une nationalité sur « l'identité sociale » de l'individu est tel que ce droit relève de « la portée générale et du champ d'application de l'article 8 » de la Convention (Cour eur. D.H., 11 oct. 2011, *Genovese c/ Malte*, § 33). Elle a ensuite inclus la déchéance de nationalité dans le champ de l'article 8 (*Ramadan c/Malte*, préc., § 85).

Conformément à sa jurisprudence précédente, la Cour considère que l'examen d'une ingérence dans le droit à la vie familiale est une question de timing. Tant qu'une mesure d'éloignement n'est pas adoptée, peu importe qu'une mesure de déchéance de la nationalité soit susceptible de conduire à un éloignement, cette mesure ne constitue pas une ingérence dans l'exercice par son destinataire de son droit à la vie familiale (voy. *Ramadan c. Malte*, préc., §§ 90-91).

Elle admet toutefois qu'une telle mesure puisse avoir des répercussions sur la vie privée de la personne déchue de sa nationalité, conséquences telles qu'elle porterait atteinte à son droit à la vie privée protégé par l'article 8. Le contrôle qu'elle opère en la matière sort du schéma de l'article 8. La Cour contrôle, dans un premier temps, le caractère éventuellement arbitraire de la mesure⁴. Elle s'intéresse, ensuite, dans un second temps, aux conséquences de cette mesure sur la vie privée de l'étranger. Conformément à sa jurisprudence précédente, la Cour rappelle que ce contrôle inclut la réponse à trois questions : la déchéance est-elle prévue par la loi ? Les autorités ont-elles agi avec diligence et célérité ? Des garanties procédurales ont-elles été respectées ? (*Ramadan c. Malte*, préc. §§ 86-93, et *K2 c. Royaume-Uni*, préc. (déc.), §§ 50-63).

En l'espèce, les requérants reprochent, notamment, aux autorités décisionnaires un défaut de célérité, les décisions de déchéance ayant été prises plus de dix ans après les faits. Le défaut de diligence ou de célérité n'est pas très contraignant en droit de la nationalité, la Cour considérant que tant que l'individu bénéficie de la nationalité, il n'est pas fait préjudice à son droit au respect de la vie privée et familiale (voy. en ce sens *Ramadan c. Malte*, préc., §88). Ainsi, dans la présente affaire, le gouvernement soutient que l'écoulement de ce long délai n'a pas impacté le droit à la vie privée des requérants dès lors qu'ils ont pendant tout ce temps pu bénéficier des avantages liés à la jouissance de la nationalité française. Toutefois, ce n'est pas sous cet angle que les requérants reprochaient au gouvernement d'avoir manqué de célérité dans l'adoption de ces mesures. Ceux-ci considèrent que ce défaut de célérité traduit le caractère arbitraire de la mesure dès lors qu'il lui confère une connotation essentiellement politique. Ainsi les autorités ont agi longtemps après les faits pour lesquels les intéressés ont été condamnés, suite à des événements auxquels ils n'étaient nullement liés. Ceci n'est pas contesté par la Cour. Toutefois, elle estime que la mesure prise n'en est pas pour autant arbitraire. Elle justifie cette position, admettant « qu'en présence d'événements de cette nature, un Etat puisse reprendre avec une fermeté renforcée l'évaluation du lien de loyauté et de solidarité existant entre lui-même et des personnes condamnées antérieurement pour un crime

⁴ Le contrôle de l'arbitraire rejoint les exigences posées par le droit international des droits de l'homme qui consacre explicitement l'interdiction de la privation arbitraire de la nationalité (voy. l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de même que l'article 4 de la [Convention européenne sur la nationalité](#)⁴).

ou un délit constituant un acte de terrorisme ». Or, un tel raisonnement nous paraît précisément ouvrir la voie à l'arbitraire dans la mesure où il autorise les Etats à jouer aux dés à la faveur de n'importe quel attentat ou acte terroriste en prenant une mesure de déchéance de nationalité à l'égard de n'importe quel condamné pour des faits de terrorisme peu importe les circonstances propres à sa situation personnelle en ce compris le délai écoulé ainsi que l'évolution de son comportement depuis cette condamnation.

L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe attirait l'attention dans une [résolution 2263 \(2019\)](#) sur les risques de violation des droits de l'homme sous-tendant la privation de nationalité, dans le contexte des stratégies de lutte contre le terrorisme. Elle soulignait le fait qu'il s'agit d'« une mesure radicale qui peut être source de profondes fractures sociales » et « peut être en contradiction avec les droits de l'homme ». Elle précisait à cette occasion qu'à son estime, afin de prévenir ces risques, « la déchéance de nationalité ne devrait pas être politiquement motivée ». En admettant que cette mesure puisse avoir une connotation politique, la motivation de l'arrêt commenté nous paraît s'inscrire en totale contradiction avec ces considérations.

Quant à l'examen des répercussions de ces mesures sur la vie privée de leurs destinataires, la Cour estime, dans la mesure où aucune mesure d'éloignement n'a été prise à leur égard, qu'à ce stade les répercussions sur leur vie privée tiennent dans la perte d'un élément de leur identité. Aux termes d'une motivation se bornant à rappeler la grave menace que représente la violence terroriste, la Cour, mettant en exergue la gravité des faits commis par les intéressés et soulignant le fait que la décision de les déchoir de la nationalité n'a pas eu pour conséquence de les rendre apatrides⁵, conclut à l'absence de conséquences disproportionnées de la mesure sur leur droit à la vie privée.

La Cour effectue ainsi un contrôle *a minima* de l'impact de ces déchéances de nationalité sur la vie privée des requérants. Ceci nous paraît problématique à plusieurs égards. Premièrement, réduisant les conséquences de cette mesure à la perte d'un élément de leur identité, la Cour exclut d'emblée la prise en compte de toutes les autres conséquences que cette mesure est susceptible d'avoir sur leur vie personnelle et familiale. Or, comme elle le reconnaît plus loin, une telle mesure a déjà à ce stade des répercussions sur la vie personnelle et familiale de son destinataire dès lors qu'elle fragilise son droit au séjour. En l'espèce, la mesure de déchéance de nationalité a eu pour conséquence de les priver de droit au séjour. Afin de se maintenir sur le territoire français, ces, désormais, étrangers ont dû introduire des demandes de regroupement familial lesquelles ne leur ouvrent qu'un droit au séjour précaire ce qui impacte nécessairement le bon exercice de leur vie personnelle et familiale. Soulignons, par ailleurs le fait que l'absence de prise en compte de ces éléments n'est pas une constante puisque, dans l'arrêt *K2 contre Royaume-Uni*, la Cour tient compte, dans le cadre de cet examen, de certaines conséquences que la mesure de déchéance a sur la vie familiale de l'intéressé. Deuxièmement, la Cour se contente de souligner la gravité des faits commis et condamnations subies par les requérants sans réserver aucune place à la prise en compte de l'évolution de leurs comportements depuis cette condamnation. En l'espèce, ceux-ci soulignaient être réinsérés, être sortis de prison et travailler, autant d'éléments de nature à relativiser la perte du lien de ces derniers avec les valeurs françaises dont la Cour fait le constat. Enfin, ce schéma de raisonnement ne laisse

⁵ Ceci ne veut pas dire qu'en cas de décision entraînant l'apatridie la Cour conclurait à son inconventionnalité. Dans l'affaire *Ramadan c. Malte*, préc., la Cour a jugé qu'un retrait de nationalité entraînant l'apatridie n'était pas contraire à l'article 8 puisque l'individu était en possession d'un titre de séjour l'autorisant à travailler (§91)

aucune place à un examen de la capacité des mesures adoptées à atteindre l'objectif recherché par celles-ci. La Cour examine d'un côté les éléments propres à la situation des intéressés et de l'autre souligne la gravité de la menace terroriste sans effectuer une appréciation *in concreto*, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de la capacité de ces mesures à endiguer cette menace.

On aperçoit mal dans quels cas, sur base d'un tel contrôle *a minima* des répercussions que ce type de mesures peut avoir sur la vie privée de ses destinataires, la Cour pourrait conclure à une violation de l'article 8. Ce contrôle mériterait pour gagner en effectivité à être entouré de balises claires laissant place à la prise en compte de l'ensemble des répercussions de la mesure sur la vie privée et familiale de celui qui en fait l'objet ainsi que de l'ensemble des éléments de nature à permettre une appréciation éclairée et actualisée de la gravité des comportements posés par celui-ci.

2. Mesure de nature administrative ou pénale : quels enjeux ?

Depuis l'arrêt *Engel c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, la notion d' « accusation en matière pénale » conditionnant l'applicabilité des droits consacrés par le volet pénal de l'article 6 de la Convention est une notion déterminée par la Cour de manière autonome. La détermination de l'existence d'une accusation en matière pénale est décidée au regard de trois critères définis dans cet arrêt (§82) : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction ». Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs. Pour déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale » (Voy. Cour eur. D.H., *Kapetenios et autres c. Grèce*, 30 avril 2015, § 52 ; Cour eur. D.H., *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni (GC)*, 9 octobre 2003, § 86). Une sanction qui ne serait pas qualifiée en droit interne de sanction pénale est susceptible d'être considérée comme ressortant à la matière pénale et entrant dans le champ d'application du volet pénal de l'article 6 par la Cour dès lors que celle-ci, de par la gravité des conséquences qui en découlent, présente un caractère dissuasif et répressif prédominant (Voy. *Kapetenios et autres c. Grèce*, préc., §§ 52 à 57). L'inverse est également vrai. Ainsi, la Cour a déjà eu l'occasion de juger que des mesures relevant, en droit interne, des juridictions pénales peuvent constituer de par leur nature, des mesures de prévention spécifiques en matière de police des étrangers. Dans ce cas, le fait qu'elles soient prononcées dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer leur caractère préventif (voy. Cour eur. D.H., *Maaouia c. France (GC)*, 5 octobre 2000, §39)⁶.

Aux termes de l'arrêt *A et B c. Norvège*, la Cour a précisé que, pour déterminer si une procédure est « pénale » pour les besoins de l'article 4 du Protocole n° 7 consacrant le principe *non bis in idem*, il

⁶ La position de la Cour sur cette question est toutefois à nuancer. Alors qu'elle tranche en ce sens dans son arrêt *Maaouia*, elle juge, ensuite, dans un arrêt *Gurguchiani c. Espagne* que le remplacement d'une peine de prison par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire d'une durée de 10 ans peut s'analyser en une peine au sens de l'article 7 de la Convention au même titre que celle fixée lors de la condamnation initiale, voy. Cour eur. d. h., *Gurguchiani c. Espagne*, 15 décembre 2009, §§ 40 et 47-48. Faut-il en déduire que cette mesure constitue une peine lorsqu'elle est prononcée par un juge pénal à titre principal et non lorsqu'elle est prononcée à titre complémentaire?

faut également appliquer les critères dits « *Engel* » relatifs à la notion d' « accusation en matière pénale ».

En l'espèce, les requérants se plaignaient d'une violation du principe *non bis in idem* invoquant le fait que la déchéance de nationalité dont ils avaient fait l'objet constituait une « peine déguisée » s'ajoutant à la sanction pénale. La Cour, faisant application des critères « Engel », conclut à l'absence du caractère punitif de ces mesures et, par conséquent, à l'inapplicabilité de l'article 4 du Protocole n°7. Dans le cadre de ce raisonnement, elle attache une importance particulière au fait que cette mesure ne soit pas pénale par nature. Elle relève le fait que le Conseil d'État a précisé en l'espèce qu'il s'agit d'une « sanction de nature administrative ». Outre la nature administrative des mesures attaquées, elle se prononce sur le degré de sévérité lequel ne permet pas de leur conférer un caractère punitif. Cette appréciation est toute subjective puisque les intéressés eux-mêmes expliquent que la déchéance de nationalité constitue à leurs yeux une sanction plus grave encore que la peine compte tenu de son irrévocabilité et du fait qu'elle pourrait entraîner l'expulsion vers des pays avec lesquels ils n'ont pas de lien. Il est dommage mais guère surprenant au regard de sa jurisprudence antérieure que la Cour ne les ait pas suivis. Ainsi la Cour a eu l'occasion de répéter à plusieurs reprises que l'expulsion pour motifs d'ordre public d'un étranger est une mesure de police administrative malgré le fait que ces mesures soient perçues par les intéressés eux-mêmes comme une sanction tout aussi sévère voire plus sévère qu'une sanction pénale (voy. *Maaouia c. France* (GC), préc., § 39 et Cour eur. D.H., *Üner c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006).

Les conséquences d'une telle décision sont lourdes. En refusant de reconnaître à ces mesures un caractère pénal au sens de la Convention, la Cour prive les destinataires de ces mesures non seulement des garanties découlant de l'article 4 du Protocole n°7 mais pourrait également les priver d'autres garanties applicables en matière pénale parmi lesquelles celles consacrées à l'article 6 de la Convention ou encore aux termes de l'article 2 du Protocole n°7. A cet égard, nous suivrons avec attention les suites qui seront réservées par la Cour aux requêtes *El Aroud c. Belgique* (n° 25491/18) et *Soughir c. Belgique* (n° 27629/18) actuellement pendantes devant elle. Ces affaires concernent la déchéance de la nationalité belge des requérants suite à leur condamnation pour des faits liés au terrorisme. Les intéressés invoquent notamment une violation de l'article 2 du Protocole n°7 consacrant le droit à un double degré de juridiction en matière pénale. En droit belge, la déchéance de nationalité n'est pas une mesure de nature administrative mais est nécessairement prononcée par une juridiction : elle est soit du ressort de la Cour d'appel en cas de fraude ou en cas de manquement(s) grave(s) aux devoirs de citoyen belge, soit du ressort de la juridiction pénale qui prononce une condamnation notamment pour des faits de terrorisme, soit du ressort du tribunal civil qui annule un mariage. Ces requêtes pourraient être l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme de faire évoluer sa jurisprudence et d'adopter, dans ce cas, une position moins restrictive de droits.

La position retenue pour l'heure par la Cour renvoie à une question également essentielle en la matière étant celle de la conformité de ces mesures avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Les mesures de déchéance de la nationalité ne s'adressant qu'à certaines catégories de nationaux à l'exclusion d'autres, entraînent une différence de traitement dont la conformité avec

les principes d'égalité et de non-discrimination est régulièrement questionnée par la doctrine⁷. Dans nombre de législations, seuls les plurinationaux peuvent faire l'objet d'une mesure de déchéance de la nationalité. Cette différence de traitement s'explique par la nécessité de prévenir l'apatridie prohibée par plusieurs instruments internationaux. C'est le cas de la [Convention internationale sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961](#) ou encore de la [Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997](#). La différence de traitement découlant de cette interdiction de l'apatridie n'est pas la seule résultant de l'application de ces dispositions. Celles-ci opèrent également, dans de nombreux cas, une différence de traitement entre les condamnés pour des faits de terrorisme et les condamnés pour des faits de droit commun, les premiers faisant, sous couvert de préoccupations sécuritaires, l'objet d'un traitement plus sévère que les seconds. Bien qu'elles ne soient pas dénuées de justifications, ces différences de traitements pourraient faire l'objet de contestations devant la Cour au regard de l'interdit de non-discrimination inscrit à l'article 14 de la Convention. La Cour avait été invitée à se prononcer sur la conformité de ces mesures avec l'article 14 de la Convention dans le cadre de l'affaire *K2 contre Royaume-Uni* mais concluant à l'irrecevabilité du recours, n'avait pas été plus loin dans l'examen de cette question. Nous n'irons pas beaucoup plus loin non plus dans l'examen de cette question dans le cadre de ce commentaire. Nous nous permettons néanmoins d'observer, en lien avec l'arrêt commenté, le fait que la privation des destinataires de ces mesures des garanties applicables en matière pénale constitue une différence de traitement qui vient s'ajouter à celles déjà existantes. Ainsi, non seulement certaines catégories de nationaux, à l'exclusion d'autres, peuvent faire l'objet d'une mesure de déchéance qui s'ajoutera à la condamnation subie, mais en plus, la prise de cette mesure ne sera pas entourée des mêmes garanties strictes que celles applicables en matière pénale.

3. La déchéance de nationalité : quelle place et quel sens dans l'arsenal anti-terroriste ?

Les requérants reprochaient en l'espèce à la déchéance de nationalité de représenter un caractère symbolique lequel devrait être confronté aux conséquences qu'a une telle mesure sur le plan individuel : perte des droits de vote et d'éligibilité, impossibilité d'accéder aux emplois publics et privés, perte de la nationalité européenne, risque d'éloignement et d'expulsion et, plus largement, exclusion sociale (§34 de l'arrêt commenté). La Cour élude cette question admettant qu'un Etat puisse prendre ce type de mesure à la faveur d'un contexte sécuritaire particulièrement préoccupant sans s'interroger sur la pertinence de celle-ci en tant que réponse à la menace terroriste.

Cette question soulevée par les requérants nous paraît pourtant de première importance sur le plan de l'appréciation de sa conformité avec les droits fondamentaux, le respect dû à ces droits supposant qu'une atteinte à ceux-ci puisse être raisonnablement justifiée.

En ce sens, le [Secrétaire général des Nations Unies](#) appelait en décembre 2009, dans un rapport rappelant le cadre juridique applicable au droit de chacun d'avoir une nationalité à ce que les mesures conduisant à la privation de la nationalité servent un but légitime, qui soit conforme au droit international et, surtout, aux objectifs du droit international des droits de l'homme, ajoutant : « Cet

⁷ Voy. parmi d'autres P. WAUTHLET, « Priver les djihadistes de leur nationalité belge : les garde-fous à respecter », *J.T.*, 2015, pp. 183-184 ainsi que L. VAN WAAS, S. JAGHAI, "All Citizens are Created Equal, but Some are More Equal Than Others", *Netherlands International Law Review*, 2018, volume 65, pp. 413-430.

examen de proportionnalité implique de garantir que les mesures conduisant à la privation de la nationalité doivent être, parmi celles qui permettraient d'atteindre le résultat recherché, les moins attentatoires aux droits d'autrui, et elles doivent être proportionnelles à l'intérêt qu'elles visent à protéger ».

L'objectif premier de la déchéance de nationalité en assortissant la condamnation pénale d'une perte de droits est de montrer ce que donne le droit aux citoyens et ce qu'ils perdent avec l'exclusion du groupe national⁸. Ainsi, dans l'affaire commentée, le gouvernement s'estime en droit d'exclure de la communauté nationale compte-tenu de la nature même et de la gravité de ces faits, qui révèlent un assentiment à des valeurs radicalement contraires aux principes républicains français et donc un défaut de loyauté vis-à-vis de la nation française. La Cour, dans le même sens, note que cette mesure a un objectif particulier en ce qu'elle vise à tirer conséquence du fait qu'une personne ayant bénéficié d'une mesure d'acquisition de la nationalité française a par la suite brisé son lien de loyauté envers la France en commettant des actes particulièrement graves qui, s'agissant d'actes de terrorisme, sapent le fondement même de la démocratie.

En pratique, elle donne lieu bien souvent à un éloignement du territoire vers le pays dont le binational a conservé, sinon de réelles attaches, au moins la nationalité. La volonté est non seulement d'exclure le binational des droits attachés à la nationalité mais également du droit de séjourner sur le territoire concerné. Ceci paraît logique au regard de l'objectif de lutte contre la menace terroriste que l'Etat affirme ainsi poursuivre. En effet comment mieux se prémunir de la menace qu'en l'éloignant.

Or, avertit D. Perrin, cette exclusion dont est susceptible d'être frappé le binational à l'exclusion des autres, et avec un degré de sévérité plus élevé dans le cas où les faits commis consistent en des actes terroristes n'est pas sans comporter certains risques pour l'Etat qui entend s'en prémunir⁹.

A la peine, on ajoute l'humiliation, la dégradation avec tout ce que cela implique comme ressentiments dans le chef de celui qui en fait l'objet à l'égard de la Nation qui l'a exclu¹⁰. Exclure cet étranger de la communauté nationale, le renvoyer vers son pays d'origine et espérer ainsi se prémunir de la menace terroriste revient par ailleurs à nier les faiblesses des constructions nationales et la transnationalité de la menace terroriste. A cet égard, la même auteure souligne : « Le déni de francité, voire d'occidentalité du terrorisme et la déchéance de nationalité, en réponse symbolique ou pratique à cette violence ne peuvent que l'accentuer en stigmatisant ceux qui ressentent déjà la hiérarchie occulte des civilisations »¹¹.

En guise de conclusion,

Le prononcé de ce type de mesures n'étant pas dénué de risques, elles sont à utiliser avec discernement et parcimonie¹² et à entourer d'un contrôle strict sur le plan du respect des droits fondamentaux.

⁸ D. PERRIN, *op cit.*

⁹ D. PERRIN, *op cit.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² Voy. en ce sens également P. WAUTHELET, « Priver les djihadistes de leur nationalité belge : les garde-fous à respecter », *J.T.*, 2015, pp. 183-184 et M-A, BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *J.T.*, 2015, pp. 833 à 836.

A cet égard, l'arrêt commenté est décevant en ce qu'il constitue, à notre sens, une occasion manquée d'entourer de limites claires et autrement plus strictes l'utilisation de ce type de mesures à des fins politiques.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D.H., *Ghoumid et autres contre France*, 25 juin 2020, req. n°52273/16 et 4 autres

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., *K2 c. Royaume-Uni* (déc.), 7 février 2017, req. n° 42387/13

Cour eur. D.H., *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016, req. n°76136/12

Cour eur. D.H., *A et B c. Norvège* (GC), 15 novembre 2016, req. n° 24130/11 et 29758/11

Cour eur. D.H., *Kapetenios et autres c. Grèce*, 30 avril 2015, req. n°3453/12, 42941/12 et 9028/13

Cour eur. D.H., *Genovese c/ Malte*, 11 oct. 2011, req. n°53124/09

Cour eur. D.H., *Üner c. Pays-Bas* (GC), 18 octobre 2006, req. n°46410/99

Cour eur. D.H., *Maaouia c. France* (GC), 5 octobre 2000, req. n°39652/98

Cour eur. D.H., *Engel et autres c. Pays-Bas* (GC), 8 juin 1976, req. n°5100/71 et 4 autres

Doctrine :

BEERNAERT, M-A, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *J.T.*, 2015, pp. 833 à 836.

LEPOUTRE J., « La déchéance de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privée*, 2017/3, pp.381-388.

PERRIN D., « Réflexions sur la déchéance de nationalité en contexte terroriste- (pluri) appartenance et (sous) citoyenneté en France et au Maghreb », *L'année du Maghreb*, n°22,2020

VAN WAAS, L, JAGHAI, S., "All Citizens are Created Equal, but Some are More Equal Than Others", *Netherlands International Law Review*, 2018, volume 65, pp. 413–430

WAUTHELET P., « Priver les djihadistes de leur nationalité belge : les garde-fous à respecter », *J.T.*, 2015, pp. 183-184

Pour citer cette note : C. MACQ, « Déchéance de nationalité : une restriction des droits validée au nom de la lutte contre le terrorisme », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020