

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. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 28 August 2020, *N.L. v. Sweden*, Communication No. 60/2019 – Non-refoulement and access to health care: a first positioning by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Marie Courtoy3**

UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) – UN Treaty Body – Deportation – Non-refoulement – Access to health care – Mental health – Socio-economic rights.

In this decision, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities ruled for the first time on the principle of non-refoulement, in relation to the deportation of a mentally ill woman to her country of origin where she claimed she could not receive the necessary health care. The Committee considers that since the author proved that her condition was 'severe and life-threatening' without adequate treatment, the returning State had to assess whether health care was available and accessible – which it failed to do. Although generous, the decision once again lays emphasis on the procedure to the detriment of the substance of the law.

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.

2. Cour eur. D.H., 15 octobre 2020, *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, req. n° 80982/12 – Garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers au regard de l'article 1 du protocole n°7 à la CEDH : la protection de la « substance » des droits. *Eugénie Delval* 13

Arts. 1 protocole 7, 6 CEDH – Art. 47 Charte – Directive 2004/38/UE – garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers – substance des droits – Protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public – droit à une protection juridictionnelle effective.

La Cour européenne des droits de l'homme examine la compatibilité de restrictions apportées aux garanties procédurales prévues lors de l'expulsion d'étrangers pour des motifs de sécurité nationale avec l'article 1 du protocole n°7 à la CEDH. Elle insiste sur le fait qu'un étranger ne peut pas utilement contester les allégations des autorités selon lesquelles la sécurité nationale est en cause ni faire raisonnablement valoir les raisons qui militent contre son expulsion sans connaître les éléments factuels pertinents qui sous-tendent la décision d'expulsion. Elle adopte un raisonnement similaire à celui qui découle de sa jurisprudence relative à l'article 6 en précisant que les restrictions apportées aux droits procéduraux ne peuvent réduire à néant la protection procédurale assurée par l'article 1 du protocole n° 7 en touchant à la substance même des garanties prévues. Dès lors, seules les restrictions dûment justifiées à la lumière des circonstances de l'espèce et qui sont suffisamment contrebalancées par des facteurs compensateurs de manière à préserver la substance même des droits, sont admises.

3. Conseil d'État, arrêt n° 248.424 du 1^{er} octobre 2020 – Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention des enfants migrants en un dédale kafkaïen. *Germain Haumont et Emmanuelle Bribosia*22

Arrêté royal du 22 juillet 2018 – Détention des familles avec enfants mineurs – « maisons familiales » – Centre 127bis – Conseil d'État – nature du contrôle – annulation partielle – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans ce qu'il convient probablement d'appeler « la saga » des recours juridictionnels tendant à remettre en cause la détention des enfants migrants, l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} octobre 2020 réduit, par son approche formaliste, les espoirs que l'arrêt en suspension avait pu faire naître. Si trois dispositions de l'arrêté royal du 22 juillet 2018 édictant certaines prérogatives du personnel des centres fermés sont annulées, cette décision laisse persister les lacunes dénoncées par les associations requérantes en termes de protection de la vie privée et familiale des familles et des enfants migrants, voire de risque de traitement inhumain ou dégradant.

1. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 28 AUGUST 2020, N.L. V. SWEDEN, COMMUNICATION NO. 60/2019

**Non-refoulement and access to health care:
a first positioning by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities**

Marie Courtoy

A. Facts and Ruling

The author, an Iraqi national, initially applied for asylum in Sweden alleging that she was fearing persecution from her family who disapproved of her relationship with a man – application which was denied (1). She invoked her state of health at a later stage, in support of her three applications for impediment of enforcement of the expulsion order when the latter had become final. Those applications were also rejected by the Swedish authorities (2) and led to the complaint before the [Committee on the Rights of Persons with Disabilities](#) (“the Committee”) (3).

1. Domestic decisions on asylum claim

The author arrived in Sweden on 13 March 2013. There, she motivated her need for international protection by the fact that she had received death threats from her relatives because of her relationship with a man of which they disapproved. She first received a Dublin decision of transfer to France and, when the timeframe for enforcing the transfer order expired, she submitted a new claim for asylum on 27 February 2015. The application was then examined on the merits by the Migration Agency which denied it on 14 February 2017. Both the Migration Court and the Migration Court of Appeal upheld the decision, respectively on 28 April 2017 and on 29 June 2017. The author indicates to the Committee that “the claims she raised in her initial application for asylum is not the subject matter of her complaint before the Committee” (see footnote 2 of the commented decision)¹.

2. Domestic decisions on impediment of enforcement of expulsion decision

After the deportation order became final, the author applied on three occasions for a residence permit citing impediments to the enforcement of the deportation order. In support of her first application, she referred both to her physical health which had deteriorated as she was diagnosed with diabetes and high blood pressure, and to her mental health since she claimed that she was suffering from a sleeping disorder and anxiety and that she had “started to think that death was the only solution”. The Migration Agency denied her application on 15 January 2018, considering that “it had not been substantiated that the author suffered from severe and life-threatening mental or physical illness” (para 2.3). The Migration Court and the Migration Court of Appeal confirmed the decision.

¹ This background information is important since the domestic authorities constantly referred to it when assessing the credibility of the claim. Member László Gábor Lovaszy, in his dissenting opinion, also found that “the author failed to prove her credibility during the process and used a personal threat to derail the procedure” and based his finding on the facts that she did not invoke her health condition in her initial asylum claim, that she did not respect the Dublin decision and that she first claimed that she was eligible for teaching (paras 1-3).

On 25 April 2018, the author submitted her second application. She restated her claim about physical illness and provided new medical certificates to attest to her deteriorating mental health. The reports noted a severe depression with psychotic features and a high risk of suicide, which justified admission for compulsory psychiatric care and heavy treatment on her release. The triggering factor was identified to be the negative decisions on her asylum application. The author explained that she was first able to handle her traumatic experiences from Iraq as she felt relieved to arrive in Sweden, but that the expulsion decisions made her mental illness “worse and acute” (para 2.4).

The Migration Agency rejected the application on 16 October 2018, considering that the author had not been able to prove that she was suffering “a severe mental illness that was not temporary in nature”. The Agency noticed in particular the fact that she did not invoke her mental illness during her initial asylum process and the fact that she herself linked her mental illness to the expulsion decisions, which must then rather be seen as an expression of disappointment or despair (para 2.5). The Migration Court confirmed the decision on 21 December 2018. While it did not contest the author’s mental illness, it did not consider that this condition was lasting since it seemed to have deteriorated as a result of the rejected asylum claim (para 2.7). The Court therefore found no reason to further assess the possibility of receiving psychiatric care in Iraq (para 4.3). Regarding diabetes, it considered that it was not established that the author would not be able to receive adequate care (para 2.7). The Migration Court of Appeal upheld the decision on 21 January 2019.

Eventually, the author’s third and last application – which was introduced after the submission of the communication to the present Committee – was denied by the Migration Agency on 7 August 2019. Despite acknowledging that the author was mentally unwell and in need of medical treatment and professional psychiatric contact, the Court did not find that she was suffering a severe mental illness that could be deemed to be of a lasting nature, since her state of health was primarily linked to her disappointment at her asylum process and had improved since then (para 4.4).

3. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities’ decision

The author submitted a communication to the Committee on 10 May 2019. She claims that, by deporting her to Iraq, Sweden will violate her rights under Articles 6 (women with disabilities), 10 (right to life), 12 (equal recognition before the law) and 15 (freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) of the [Convention on the Rights of Persons with Disabilities](#) (“the Convention”). Pending examination of the communication, the Committee issued an interim measure requesting Sweden to refrain from deporting her to Iraq on 21 May 2019. The views were adopted on 28 August 2020. After establishing the facts and the arguments as submitted by the parties, the Committee delivers its decision on admissibility (i) and on the merits (ii).

i. Decision on admissibility

In addition to a general argument that the author’s claims is inadmissible as manifestly ill-founded – which the Committee does not address –, the Swedish government considers the author’s claims inadmissible *ratione materiae* for the part relating to Articles 10 and 15 of the Convention and *ratione materiae* as well as *ratione loci* for the part relating to Articles 6 and 12.

The Government holds that Articles 10 and 15 of the Convention do not encompass the principle of *non-refoulement* since related claims can already be lodged with several international human rights

institutions, citing the Human Rights Committee, the Committee against Torture and the European Court of Human Rights. In the alternative, the Government submits that, even if such a principle could be inferred from Articles 10 and 15 of the Convention, this obligation should only apply to claims relating to an alleged risk of torture (para 4.7). The Committee rejects the argument by referring to its jurisprudence in *O.O.J. v. Sweden* where it recognized the principle of *non-refoulement* (para 6.4).

However, the Committee finds for the Government with regard to the author's claims under Articles 6 and 12 of the Convention and sets aside the claims in this regard. The author invoked her special vulnerability as a woman with disabilities and without a family network in Iraq. In addition, she pointed out that the Swedish authorities focused on the reasons for her health condition rather than on the risk in case of removal to Iraq, thereby violating her right to equal recognition before the law. However, the Committee considers that she had not provided any specific information or explain why these claims would amount to a real and personal risk of irreparable harm if she were removed to Iraq (para 6.5).

ii. Decision on the merits

The Committee starts with an analysis of the principle of *non-refoulement* as interpreted by the UN Treaty Bodies, notably the Human Rights Committee and the Committee against Torture, as well as the regional body that is the European Court of Human Rights (paras 7.3-7.5). It "notes" the findings of the Human Rights Committee both through its [General Comment No. 31](#) and through its case law, in particular the case *Abdilafir Abubakar Ali and Mayul Ali Mohamad v. Denmark* where the Human Rights Committee stated that the State has to undertake an individualized assessment of the risk in case of removal which includes access to adequate medical care. The Committee further "notes" the findings of the Committee against Torture in the case *Adam Harun v. Switzerland* that an individualized assessment of the risk to which the complainant would be exposed if returned must take into account his particular vulnerability, including his health status. The Committee finally "notes" the jurisprudence of the European Court of Human Rights in *Paposhvili v. Belgium* and recalls its main findings, both on the threshold to be reached by persons who are not in imminent danger of death in order to prevent their removal and on the assessment to be undertaken by the State party regarding the availability and accessibility of care once the applicant has substantiated his claim.

The Committee then goes into its examination of the present case in one paragraph (para 7.8). After noting "that it is undisputed between the parties that the author has been diagnosed with depression" but "that the parties disagree on the severity of the author's health condition and whether it is lasting in nature", the Committee considers that the author had proven with several medical certificates that her health condition was "severe and life-threatening without the treatment" received in Sweden and that it was then up to Sweden to assess "whether the author would in fact be able to access adequate medical care if removed to Iraq" – which the State failed to do, as both parties agree. The Committee therefore finds a violation of Article 15 of the Convention, with no need to separately consider the author's claim under Article 10.

B. Discussion

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities² was negotiated in four years – which is very quick in UN time – to be adopted by the UN General Assembly on 13th December 2006. It was open to signatures on 30th March 2007 and came into force on 3rd May 2008 following ratification by the 20th State Party. It is now widely **ratified** as 182 States have acceded to it. While this could suggest a smooth process, the fact that the discussions only started at the beginning of the 21st century is a clear indicator of the resistance met by the international disability community to be heard³. It took decades to make their leitmotiv “Nothing about us without us” come true with a convention that regards all persons with disabilities as legally capable and that insists on their necessary participation in decision-making.

As usual in the UN human rights treaty system, the Convention establishes a Committee composed of experts in charge of monitoring its implementation, mostly through the consideration of state reports. The **Optional Protocol**, which came into force on the same day as the Convention and is **ratified** by 96 States today, introduces two additional mandates for the Committee: the examination of individual complaints – as it is the case here – and the undertaking of inquiries. The Committee’s “views” under the individual claims procedure are not legally binding and the Optional Protocol is silent on the response expected from the State, but the Committee’s Rules of Procedure still provide for a follow-up procedure⁴.

The present case is, to our knowledge⁵, the first case on *non-refoulement* that the Committee is examining on the merits. The Committee had already received a communication about a deportation, *O.O.J. v. Sweden*, where it confirmed that the principle of *non-refoulement* can be induced from the Convention and to which it refers in its present views, but the communication in question was declared inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies.

In deciding to declare the communication admissible, the Committee embarked on a case law already shared by several human rights institutions – as the Swedish government argued to convince the Committee of the inadmissibility of the claim. We will compare the Committee’s decision to other bodies’ jurisprudence on *non-refoulement* with regard to three important aspects, *i.e.* the notion of *non-refoulement* when it comes to socio-economic rights (1), the required severity of the violation in

² In the context of migration, it is worth noting that Article 18 of the Convention guarantees liberty of movement and nationality. For an analysis, see R. Cera, “Article 18 [Freedom of Movement and Nationality]”, in V. Della Fina, R. Cera and G. Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Cham, Springer, 2017, pp. 339-352.

³ For an overview of the different phases preceding the adoption of the Convention, see T. Degener and A. Begg, “From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations”, in V. Della Fina, R. Cera and G. Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Cham, Springer, 2017, pp. 1-39.

⁴ For more details, see O. Ferrajolo, “Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, in V. Della Fina, R. Cera and G. Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Cham, Springer, 2017, pp. 711-721.

⁵ We made a search in the UN Treaty body database for “jurisprudence” by the “CRPD” containing “refoulement”, “deportation” or “removal” and we only found *O.J.J. v. Sweden*. We looked at the chapters of the book *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (published in 2017) respectively dedicated to Article 10 (G. C. Bruno, pp. 243-251) and Article 15 (A. Marchesi, pp. 307-316) of the Convention, but no mention is made of the principle of *non-refoulement*. We finally looked at the case law inventory of the CRPD views on individual communications made by the International Disability Alliance (which seems to stop on 20 September 2018), and we again only found *O.J.J. v. Sweden*.

health cases (2) and the burden of proof (3), before providing tentative conclusions on the weight of the present views in this context (4).

1. Non-refoulement and socio-economic rights: disguise to better convince

In *O.O.J. v. Sweden*, the Committee carefully engages with the principle of *non-refoulement* with the following sentence:

“The Committee is of the view that the removal by a State party of an individual to a jurisdiction where he or she would *risk facing violations of the Convention* may, under certain circumstances, engage the responsibility of the removing State under the Convention” (para 10.3; emphasis added)

In the present case, it starts by the exact same sentence, referring to its jurisprudence, but goes a little further and adds that:

“The Committee considers that the principle of non-refoulement imposes a duty on a State party to refrain from removing a person from its territory when there is a *real risk* that the person would be subjected to *serious violations of Convention rights* amounting to a *risk of irreparable harm*, such as - but not limited to - those enshrined in articles 10 and 15 of the Convention” (para 6.4; emphasis added)

As we can see, the principle of *non-refoulement* is triggered if there is a real risk of serious violations of Convention rights in case of removal. But which Convention rights? In theory, any of them, as the Committee indicates. However, as *McAdam* perfectly explained:

“Although, in theory, any human rights violation may give rise to a non-refoulement obligation, in most cases ‘it will be virtually impossible for an applicant to establish that control on immigration was disproportionate to any breach’ of a human right. [...] For this reason, it is common for a violation of a socio-economic right [...] to be re-characterized as a form of inhuman treatment, which is a right giving rise to international protection.” (at p. 17)

No surprise then if the author did not invoke Article 25 of the Convention (right to the enjoyment of the highest attainable standard of health) in order to prevent her return to Iraq, but rather chose to highlight the threat to her right to life (Article 10) and her freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 15).

2. The threshold in health cases: exceptionality as the rule

Even with this legal ploy, the exercise remains complicated since, as *McAdam* continues, “courts have carefully circumscribed the meaning of ‘inhuman or degrading treatment’ so that it cannot be used as a remedy for general poverty, unemployment, or lack of resources or medical care except in the most exceptional circumstances.” (at p. 17) This extremely high threshold when it comes to socio-economic rights can be seen in the case law on health matters.

The Human Rights Committee indeed asks for exceptional circumstances, as can be seen in *Z. v. Australia* where the Human Rights Committee rejected the complaint of an author suffering from chronic heart condition that may require further surgery in the future, considering that “the file does not show that the author’s medical condition in itself is of such an exceptional nature as to trigger the State party’s non-refoulement obligations under article 7” (para 9.5). Violations of the ICCPR in case of deterioration of health condition will only be found on rare occasions and often with little elaboration on the legal basis, as in *A.H.G. v. Canada* where the Human Rights Committee found what member Yuval Shany called a “contextual violation” in a concurring opinion. He explains:

“Under the circumstances, it was a disproportionate response, since it caused an extremely vulnerable person significant harm, on account of a risk for which he was responsible to a limited degree only, notwithstanding the availability of other, less harmful alternatives for addressing the risk. I cannot exclude the possibility that in other circumstances, involving a less vulnerable individual, posing a greater risk to society, and who cannot be treated in the territory of a State party, the Committee would not find the decision to deport to violate article 7 of the Covenant.” (Appendix II, para 4)

The Committee against Torture, which used to be even more restrictive, recently softened its position with its [General Comment No. 4](#) (2017) where it recognized that victims of torture who need specialized rehabilitation services should not be removed to a State where those are not available or guaranteed (para 22) – in opposition to its previous jurisprudence (in particular, [K.K. v. Switzerland](#) at para 6.8). As [Cali, Costello and Cunningham](#) noticed, this softening seems in turn to have influenced the Committee against Torture’s case law on Dublin cases (at p. 372) and notably the case referred to by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in the present views, *i.e.* [Adam Harun v. Switzerland](#).

The European Court of Human Rights also departed from its very restrictive standard. While [D. v. the United Kingdom](#) (1997) was at the time often cited as an openness for socio-economic cases⁶, it was the *only* case in which socio-economic deprivation triggered the *non-refoulement* obligation for years and the circumstances were really exceptional since the applicant’s removal was found to “further reduce his already limited life expectancy and subject him to acute mental and physical suffering” (para 52). The incredibly high threshold was particularly criticized in [N. v. the United Kingdom](#) (2008) where the Court declared that “[t]he fact that the applicant’s circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3” (para 42).

The [N. v. the United Kingdom](#) judgment nevertheless recognized that there could be “other very exceptional cases” (para 43) than the immediate death situation that could give rise to *non-refoulement* obligations. These ‘other cases’ were “clarified”⁷ by the Court in [Paposhvili v. Belgium](#) (2016)⁸ and amounted to an extension of the protection scope in favor of persons who:

“although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy.” (para 183)

Despite some relaxation, the three international bodies’ case law thus remains more than demanding. It is therefore surprising that the Committee on the Rights of Persons with Disabilities does not really seem to engage with the issue, mentioning only a ‘severe and life-threatening’ standard which it considers the author has met without further explanation. This is criticized by member László Gábor Lovaszy in his dissenting opinion who found the lack of “clear and reasonable

⁶ [McAdam](#) at p. 26.

⁷ According to the official interpretation of the Court: see European Court of Human Rights, « [Immigration](#) », *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, 31 August 2020, pp. 21-22.

⁸ For a commentary, see L. Leboeuf, « [Expulsion d’étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales](#) », *Newsletter EDEM*, février 2017.

restriction” problematic, pointing out that “[a] State party cannot overtake the responsibility of other State party’s in terms of the quality of social and health care services in general” (para 4).

Interesting for comparison will be the upcoming Grand Chamber judgment of the European Court of Human Rights in *Savran v. Denmark*⁹, on a complaint introduced by a mentally ill Turkish national who was successful in the [Chamber judgment](#) – which is cited in the present views – before the case be referred to the Grand Chamber at the request of the State.

3. The burden of proof: a reversal for more equity

The question of who bears the burden of proof, although merely a procedural issue, is of considerable practical importance. While it is commonplace that the burden of proof lies predominantly on the complainant, it remains to determine whether the State shares the burden of finding or establishing the facts. The different international institutions do not adopt the same approach.

The Human Rights Committee does not recognize any kind of reverse or shared burden of proof, which therefore falls solely on the author. The Committee Against Torture is the most progressive since its new [General Comment No. 4](#) provides for a reversal of the burden of proof to be borne by the State “when complainants are in a situation where they cannot elaborate on their case, such as when they have demonstrated that they have no possibility of obtaining documentation relating to their allegation of torture or have been deprived of their liberty” (para 38). This statement seems to go beyond the existing case law of the Committee against Torture which has so far only shifted the burden of proof to the State in cases where the complainant had already sufficiently substantiated its claim¹⁰ – hence suggesting a willingness to go further in involving the State in this task¹¹.

The European Court of Human Rights recognizes a reversal of the burden of proof once the applicants have provided sufficient evidence to substantiate their case¹². The Court indeed considers that while it is for the applicant to prove individual circumstances, it is for the State to assess the general situation in the country¹³. The Court of Justice of the European Union adopts the same approach and deems it “necessary for the Member State concerned to cooperate actively with the applicant, at that stage of the procedure, so that all the elements needed to substantiate the application may be assembled”, recognizing that “[a] Member State may also be better placed than an applicant to gain access to certain types of documents”¹⁴. With regard to health cases, the European Court of Human Rights clarified in *Paposhvili v. Belgium* that it must be verified “whether the care generally available in the receiving State is sufficient and appropriate in practice for the treatment of the applicant’s illness so as to prevent him or her being exposed to treatment contrary to Article 3” (para 189) and “the extent to which the individual in question will actually have access to this care and these facilities in the receiving State” (para 190).

⁹ European Court of Human Rights – Press Unit, « [Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights](#) », *Factsheet*, September 2020, p. 10.

¹⁰ *Cali, Costello and Cunningham* at p. 375-376. They give the example of *J.K. v. Canada*, para 10.4.

¹¹ *Ibid.*

¹² See *Saadi v. Italy* (2008), para 129: “It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 [...]. Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.”

¹³ See *J.K. and Others v. Sweden* (2016), para 98.

¹⁴ See *M. M. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General* (2012), para 66.

The Committee on the Rights of Persons with Disabilities also seems to have chosen to follow this path. It even seems to base its conclusion on this almost purely procedural problem, holding that:

“taking into account that the author submitted several medical certificates before domestic authorities in which her health condition was assessed as severe and life-threatening without the treatment she is receiving in the State party, the State party authorities should, in light of the information available during the domestic proceedings, have assessed whether the author would in fact be able to access adequate medical care if removed to Iraq” (para 7.8)

Observing that it is undisputed between the parties that the State has failed to make such an assessment, the Committee concludes that there has been a violation of Article 15 of the Convention.

4. Tentative conclusions: proceduralization as a useful way to avoid the real debate

In these views, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities was awaited. It entered into the already much discussed jurisprudence on *non-refoulement*, which is even more sensitive when it comes to socio-economic rights. While it had already received a communication on *non-refoulement*, this was the first case it was considering on the merits.

Its answer is potentially powerful. In its first decision, the Committee is resolutely committed to the protection of the sick, and thus anchors a jurisprudence that is rather favorable to future applications. Perhaps this generous position indeed stems from its single-issue focus: *in fine*, the Committee is there to speak for a very vulnerable category that has long been left behind, less concerned with the logic of migration control that often guides jurisprudence¹⁵.

However, its answer is also disappointing in that it relies on a merely procedural issue: the burden of proof, of which the State has not assumed its share. No indication is given as to the severity required, apart from an empty reference to a ‘severe and life-threatening’ standard. The cross-fertilization with other international bodies remains limited to the procedural requirement of careful scrutiny, thus hiding the key substantial question of the level of severity.

In this way, the decision fits into a broader jurisprudential trend towards the proceduralization of rights. Although this trend may seem progressive at first glance, it should be closely watched. As Edouard Dubout rightly observed:

“the procedure must remain an *accessory* to the substance, and not the other way round. In other words, proceduralization in itself is not a virtue. It can only make sense if it is specifically designed to strengthen respect for substantive rights.”¹⁶

Let us remember, after all, that this is only a first decision on the issue. It will undoubtedly be followed by others, which will have to be looked at closely to see what direction the Committee really decides to take.

¹⁵ Cali, Costello and Cunningham at p. 383.

¹⁶ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, pp. 424-425 (free translation; footnote omitted).

C. Suggested Reading

To read the case: CRPD, 28 August 2020, *N.L. v. Sweden*, Communication No. 60/2019.

Case law:

CCPR, 29 March 2016, *Abdilafir Abubakar Ali and Mayul Ali Mohamad v. Denmark*, Communication No. 2409/2014.

CCPR, 25 March 2015, *A.H.G. v. Canada*, Communication No. 2091/2011.

CCPR, 18 July 2014, *Z. v. Australia*, Communication No. 2049/2011.

CAT, 6 December 2018, *Adam Harun v. Switzerland*, Communication No. 758/2016.

CAT, 23 November 2015, *J.K. v. Canada*, Communication No. 562/2013.

CAT, 11 November 2003, *K.K. v. Switzerland*, Communication No. 186/2001.

CPRD, 18 August 2017, *O.O.J. v. Sweden*, Communication No. 28/2015.

ECHR, 1st October 2019, *Savran v. Denmark*, Application No. 57467/15.

ECHR (GC), 13 December 2016, *Paposhvili v. Belgium*, Application No. 41738/10.

ECHR (GC), 23 August 2016, *J.K. and Others v. Sweden*, Application No. 59166/12.

ECHR (GC), 27 May 2008, *N. v. the United Kingdom*, Application No. 26565/05.

ECHR (GC), 28 February 2008, *Saadi v. Italy*, Application No. 37201/06.

ECHR, 2 May 1997, *D. v. the United Kingdom*, Application No. 30240/96.

CJEU, 22 November 2012, *M. M. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, Case C-277/11.

Doctrine:

B. CALI, C. COSTELLO and S. CUNNINGHAM, « [Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies](#) », *German Law Journal*, 2020, Vol. 21(3), pp. 355-384.

J.-Y. CARLIER and S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larquier, 2016.

V. DELLA FINA, R. CERA and G. PALMISANO (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Cham, Springer, 2017.

E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, pp. 397-425.

European Court of Human Rights, « [Immigration](#) », *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, 31 August 2020, pp. 21-22.

European Court of Human Rights – Press Unit, « [Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights](#) », *Factsheet*, September 2020, pp. 8-10.

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

J. MCADAM, « [Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards](#) », *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series*, No. 19, May 2011, PPLA/2011/03.

To cite this contribution: M. COURTOY, “*Non-refoulement and access to health care: a first positioning by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*”, *Cahiers de l’EDEM*, November 2020.

2. COUR EUR. D.H., 15 OCTOBRE 2020, *MUHAMMAD et MUHAMMAD c. ROUMANIE, REQ. N° 80982/12*

Garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers au regard de l'article 1 du protocole n°7 à la CEDH : la protection de la « substance » des droits

Eugénie Delval

A. Arrêt

Dans cette [affaire](#), la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « la Cour » ou « la Cour EDH ») examine une requête introduite en décembre 2012 par deux ressortissants pakistanais contre la Roumanie. Ceux-ci allèguent une violation, par la Roumanie, de l'article 13 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (ci-après, « la CEDH ») qui consacre le droit à un recours effectif, ainsi que de l'article 1 du [protocole n° 7](#) à la Convention lequel consacre les garanties procédurales qui doivent présider lors de l'expulsion d'étrangers. Les requérants se plaignent d'avoir été expulsés de la Roumanie vers le Pakistan à l'issue d'une procédure au terme de laquelle ils ont été déclarés indésirables sur le territoire roumain pour des motifs de sécurité nationale, sur la base de documents classés « secrets » qui n'ont pas été communiqués aux requérants. Le 26 février 2019, la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre.

1. Les faits

Le premier requérant, Adeel Muhammad, est né en 1993 et réside au Pakistan. Le second, Ramzan Muhammad, est né en 1982 et demeure aux Émirats Arabes Unis. Le premier requérant est entré en Roumanie en septembre 2012 sur base d'un visa étudiant valable pour une durée de trois ans. Il bénéficiait d'une bourse d'études *Erasmus Mundus* et a ainsi entamé ses études à l'Université de Sibiu. Le second requérant est entré en Roumanie en février 2009 sur base d'un visa étudiant long-séjour. Il fréquentait la même université que Adeel et bénéficiait de la même bourse *Erasmus*. Sa femme l'a rejoint en Roumanie en avril 2012.

Le 4 décembre 2012, le parquet saisit la Cour d'appel de Bucarest d'une demande par laquelle il la priait de déclarer les deux requérants indésirables sur le territoire roumain. A l'appui de sa demande, le parquet transmis des documents classés « secrets » que lui avait communiqués le Service roumain du renseignement (« le SRI ») et indiquait que, selon les informations contenues dans ces documents, il existait des indices sérieux de croire que les requérants prévoyaient de mener des activités susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale. Dans le cadre de la procédure menée en première instance devant la Cour d'appel le 5 décembre 2012, les requérants furent déclarés indésirables sur le territoire de la Roumanie pour une période de 15 ans et furent placés en rétention administrative dans l'attente de leur éloignement. La Cour d'appel accorda aux requérants le temps de prendre connaissance de l'acte introductif d'instance, avec l'assistance d'un interprète. Les requérants indiquèrent lors de l'audience qu'ils ne comprenaient pas les raisons de leur convocation étant donné que l'acte introductif ne contenait que des références à des textes de loi, sans mention aucune des faits reprochés. La Cour leur répondit que les documents du dossier étaient classés « secrets » et que seul le juge y avait accès. La Cour d'appel admit en tant qu'éléments de preuve les informations classées « secrètes », tandis que les requérants n'avaient aucune preuve à produire, et

rejeta leur demande d'accès à un avocat commis d'office pour tardiveté parce que celle-ci aurait dû être formulée avant l'ouverture des débats au fond.

Le lendemain, le SRI publia un communiqué de presse contenant des détails et exemples des activités dont les requérants étaient accusés, lesquelles étaient supposément en lien avec une structure extrémiste affiliée idéologiquement à l'organisation Al-Qaïda. Les requérants formèrent un recours devant la Haute Cour de cassation et de justice (« la Haute Cour ») contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel. Ils se plaignaient de ne pas avoir été informés de la procédure à suivre pour solliciter l'assistance d'un avocat. En outre, ils alléguaient que la Cour d'appel n'avait pas indiqué quels étaient les éléments fondant l'interdiction de séjour mais s'était bornée à renvoyer au niveau de classification « secret » des documents versés au dossier et que, n'ayant pas du tout été informés par la Cour d'appel des faits concrets qui leur étaient reprochés, ils avaient été mis dans l'impossibilité de présenter des preuves à décharge. La Haute Cour rejeta le recours des requérants, jugeant qu'il ressortait des éléments « secrets » dont elle disposait que la Cour d'appel avait retenu à bon droit l'existence d'indices tendant à démontrer que les requérants nourrissaient le projet de mener des activités de nature à porter atteinte à la sécurité nationale. La Haute Cour observa ensuite que, en vertu de la loi nationale, lorsque la décision d'interdiction de séjour était prononcée pour raisons de sécurité nationale, les juges ne pouvaient pas mentionner dans l'arrêt les données, les informations ni les raisons factuelles au vu desquelles ils avaient statué. Enfin, la Haute Cour précisa que les requérants avaient été mis en mesure de comprendre la raison pour laquelle ils avaient fait l'objet de la procédure d'éloignement et d'interdiction de séjour puisqu'ils s'étaient vu octroyés le temps nécessaire, avec l'aide d'un interprète, pour prendre connaissance de l'acte introductif d'instance.

En conséquence, les requérants quittèrent le territoire roumain le 27 décembre 2012.

Considérant que la Roumanie a violé l'article 1 para. 1 du protocole n° 7 à la CEDH ainsi que l'article 13 de la CEDH, en ce qu'ils n'ont pas bénéficié des garanties procédurales adéquates puisque les faits concrets qui leur étaient reprochés ne leur ont jamais été communiqués, les requérants décident de porter leur affaire devant la juridiction strasbourgeoise le 19 décembre 2012.

2. La décision de la Cour

Tandis que les requérants ont invoqué l'article 1 du protocole n° 7 et l'article 13, la Cour estime approprié d'examiner les allégations des requérants sous le seul angle de l'article 1 du Protocole n°7. La Cour estime que la Roumanie a violé cette disposition, le paragraphe 1 de laquelle prévoit que :

« Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,*
- b) faire examiner son cas, et*
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. »*

La Cour précise qu'elle examinera successivement trois questions afin de déterminer si ces garanties procédurales sont violées lors de l'expulsion d'un étranger : est-ce que les droits revendiqués par les

requérants sont garantis par l'article 1 du protocole n°7 et dans l'affirmative, quelle est leur portée ? ; est-il possible d'y apporter des restrictions ? ; quels sont les critères à prendre en considération pour statuer sur la compatibilité d'une restriction apportée auxdits droits avec l'article 1 du protocole n°7 ?

- L'application de l'article 1 du protocole n°7 aux droits revendiqués par les requérants

La Cour observe que les droits revendiqués par les requérants, à savoir le droit d'être informés des raisons de leur expulsion et celui d'avoir accès aux documents versés au dossier de l'affaire, sont couverts par l'article 1 du protocole n° 7 bien qu'ils n'y soient pas mentionnés expressément. En particulier, la Cour estime que l'information des éléments factuels qui ont fondé l'expulsion de l'intéressé est essentielle pour assurer un exercice effectif du droit consacré à l'article 1 para. 1 a) du protocole. Selon la Cour, « *un étranger ne peut pas utilement contester les allégations des autorités selon lesquelles la sécurité nationale est en cause ni faire raisonnablement valoir les raisons qui militent contre son expulsion sans connaître les éléments factuels pertinents qui ont conduit les autorités internes à considérer que l'intéressé met en danger la sécurité nationale* » (para. 126).

- Sur les restrictions qui peuvent être apportées aux droits découlant de l'article 1

La Cour précise que les droits découlant de l'article 1 protocole n°7 ne sont pas absolus en ce qu'une procédure administrative d'expulsion peut être caractérisée par des intérêts concurrents qui doivent être mis en balance avec les droits des étrangers. Toutefois, la Cour insiste sur le fait que les restrictions apportées auxdits droits ne doivent pas réduire à néant la protection procédurale assurée par l'article 1 du protocole n° 7 en touchant à la *substance* même des garanties prévues (para. 133). Dès lors, seules les restrictions dûment justifiées à la lumière des circonstances de l'espèce et qui sont suffisamment contrebalancées par des facteurs compensateurs de manière à préserver la substance même des droits, sont admises au regard de l'article 1 protocole n°7. En l'occurrence, la Cour note que les juridictions nationales ont jugé qu'elles étaient contraintes par la loi de ne pas fournir aux requérants des informations concrètes sur les faits qui fondaient la demande d'expulsion, et que les requérants ne pouvaient pas avoir accès aux pièces du dossier classées « secrètes ». Il en résulte une limitation importante des droits procéduraux des requérants.

- Quant à la compatibilité de ces restrictions importantes avec l'article 1 du protocole n°7 : justification et facteurs compensateurs

Cette dernière question conduit à une analyse très élaborée au cours de laquelle la Cour développe et applique d'une part, les critères permettant de déterminer si les restrictions aux droits procéduraux étaient dûment justifiées, et, d'autre part, les facteurs qui permettent de compenser les restrictions afin de préserver la substance même desdits droits.

Quant à la justification des restrictions, la Cour EDH précise que le contrôle des motifs fondant les restrictions doit être confié à une autorité indépendante. Dans l'hypothèse où cette autorité estimerait que la protection de la sécurité nationale s'oppose à la divulgation à l'intéressé du contenu des documents classifiés, la Cour devra rechercher si ladite autorité a dûment mis en balance les intérêts tenant à la préservation de la sécurité nationale et ceux des étrangers concernés. En l'espèce,

à défaut de tout examen par les juridictions saisies de l'affaire de la nécessité de restreindre les droits procéduraux des requérants – celles-ci s'étant bornées à répéter que les requérants ne pouvaient avoir accès au dossier – les restrictions ne sont pas dûment justifiées. Toutefois, le fait que les autorités nationales n'aient pas examiné ou qu'elles aient insuffisamment examiné et justifié la nécessité de restrictions aux droits procéduraux des étrangers mis en cause ne suffit pas, à lui seul, à emporter violation de l'article 1 du protocole 7. Ceci implique néanmoins que la Cour exercera un contrôle strict pour établir si des éléments compensateurs ont été suffisants pour contrebalancer les effets des restrictions apportées aux droits des requérants (paras. 144, 165).

Dès lors, et dans un second temps, la Cour explicite (de manière non-limitative) des facteurs / des garanties adéquates et suffisantes susceptibles de compenser la limitation des droits procéduraux, en précisant que les États bénéficient d'une marge d'appréciation dans le choix des facteurs à appliquer (para. 149). Ces facteurs visent par exemple (i) la pertinence des informations communiquées aux étrangers quant aux raisons de leur expulsion et l'accès au contenu des documents sur lesquels les autorités se sont fondées ; (ii) l'information des étrangers quant au déroulement de la procédure et quant aux dispositifs prévus au niveau interne pour compenser la limitation de leurs droits ; (iii) la représentation des étrangers ; (iv) l'intervention d'une autorité indépendante dans la procédure.

En l'espèce, la Cour décide que les importantes restrictions subies par les requérants dans la jouissance de leurs droits n'ont pas été compensées de manière à préserver la substance même desdits droits. D'abord, la Cour relève qu'aucune information concrète n'a été transmise aux requérants dans le cadre de la procédure, que ce soit en première instance ou devant la Haute Cour. Les requérants n'ont reçu que des informations générales relatives à l'énumération des articles de loi pertinents et à la qualification juridique, tandis qu'aucun des faits spécifiques qui leur étaient reprochés n'a été communiqué. Ensuite, la Cour note d'importantes lacunes dans l'information fournie aux requérants au sujet du déroulement de la procédure d'appel et des droits dont ils auraient pu bénéficier. En particulier, la Cour d'appel n'a pas vérifié si les requérants savaient qu'ils avaient la possibilité de se faire représenter par un avocat et à quel moment de la procédure une demande de représentation pouvait être faite utilement, et ne leur a fourni aucune information quant à l'existence d'avocats titulaires d'un certificat les autorisant à avoir accès aux documents classés « secrets », ni quant aux moyens par lesquels ils pouvaient se faire représenter par de tels avocats. Au vu de la célérité de la procédure, ces lacunes ont eu pour effet *d'anéantir* les garanties procédurales dont les requérants avaient le droit de jouir devant cette juridiction (paras. 182, 191). Enfin, la Cour juge qu'aucune vérification n'a été réalisée par les juridictions nationales quant à la crédibilité et à la réalité des informations transmises par le SRI et le parquet, se limitant à indiquer qu'il ressortait des preuves instruites l'existence d'indices forts quant aux projets des requérants (para. 198-199). Par conséquent, la Cour juge que l'article 1 para. 1 du protocole n° 7 a été violé par la Roumanie.

B. Éclairage

Tout d'abord, relevons que cet arrêt est le premier dans lequel non seulement la Grande Chambre de la Cour EDH conclut à la violation de l'article 1 du protocole n° 7 dans le cadre de l'expulsion d'étrangers, mais fournit également un examen approfondi des garanties procédurales prévues par cette disposition. En effet, tandis que la violation de cet article a été soulevée dans **16 affaires** portées devant la Cour EDH, la Grande Chambre n'avait jusqu'ici rendu **qu'un seul jugement** concernant l'article 1 du protocole n° 7 en 2014, dans lequel elle avait conclu à l'absence de violation puisqu'il n'était pas établi que des expulsions avaient eu lieu. Par conséquent, aucune analyse approfondie de l'article 1 protocole n° 7 n'avait été réalisée jusqu'à présent par la Cour EDH.

Il est intéressant de noter que l'expulsion d'étrangers pour raisons de sécurité nationale – et en particulier en raison de condamnations pour des faits de terrorisme – peut également soulever des questions relatives à l'article 3 de la CEDH lorsque le requérant allègue que son renvoi risque de le soumettre à des traitements inhumains ou dégradants, violant ainsi le principe de *non-refoulement* (par exemple *Daoudi c. France*), et des questions relatives à l'article 8 de la CEDH lorsque la mesure d'expulsion porte atteinte au droit au respect de la vie familiale (par exemple *Geleri c. Roumanie*).

1. Des critères très précis pour examiner la compatibilité de restrictions aux garanties procédurales avec l'article 1 du Protocole 7

L'arrêt *Muhammad et Muhammad c. Roumanie* énonce des critères très spécifiques qui doivent être pris en considération afin de déterminer si les restrictions imposées sur les droits procéduraux dans le cadre de l'expulsion d'étrangers sont compatibles avec l'article 1 du protocole n° 7. De telles garanties procédurales sont cruciales, non seulement en raison des effets qui peuvent être causés aux étrangers par leur éloignement, et ce, d'un point de vue personnel, professionnel et social (la Cour prend d'ailleurs compte des effets de l'expulsion sur les requérants en l'espèce : para. 161), mais aussi particulièrement à l'heure actuelle où les États multiplient les mesures nationales restreignant les libertés fondamentales au nom de la prévention du terrorisme (comme souligné par la Juge Elosegui dans son opinion concordante).

Dans de précédentes affaires, la Cour avait conclu à la violation de l'article 1 du protocole n°7 en raison notamment du fait que l'acte de saisine n'avait **pas été notifié** à l'intéressé ni aux avocats ; que les tribunaux avaient **refusé d'examiner** au fond un recours contre la décision d'expulsion et qu'aucun organe indépendant et impartial n'avait examiné ladite décision ; que l'ordonnance d'expulsion du requérant reposait sur une base légale n'offrant pas les garanties suffisantes contre l'arbitraire de sorte que la décision d'expulsion n'avait pas été prise « conformément à la loi » (voy. par exemple *Baltaji* ; *Lupsa*). En l'espèce, le droit roumain prévoyait l'expulsion pour des raisons de sécurité nationale, l'acte de saisine avait été notifié aux requérants, et tant la Cour d'appel que la Haute Cour roumaines – dont l'indépendance et impartialité ne semblent pas être remises en cause par la Cour EDH – avaient examiné la décision. Néanmoins, dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad*, la Cour met en lumière que les garanties prévues par l'article 1 du protocole n° 7 n'impliquent pas seulement une « mise en scène » procédurale, mais disposent d'un véritable sens substantiel. En effet, la Cour rappelle qu'elle a toujours sanctionné l'absence de toute information fournie aux intéressés quant aux raisons qui fondent l'expulsion (voy. par exemple *Baltaji*, *Kaya* et *Ahmed*). L'article 1 du protocole

n°7 impose un examen substantiel des raisons qui sous-tendent la décision d'expulsion pour s'assurer qu'elle ne soit pas arbitraire (para. 123), ce qui implique une réelle vérification par les instances nationales quant à la crédibilité et réalité de ces raisons, ainsi que les intéressés aient connaissance des reproches portés à leur encontre. En particulier, « *un étranger ne peut pas utilement contester les allégations des autorités selon lesquelles la sécurité nationale est en cause ni faire raisonnablement valoir les raisons qui militent contre son expulsion sans connaître les éléments factuels pertinents qui ont conduit les autorités à considérer que l'intéressé met en danger la sécurité nationale* » (para. 126). Dès lors, une procédure nationale entièrement basée sur des informations classées « secrètes » ne permet pas de garantir que les droits des requérants soient « concrets et effectifs » (para. 125). L'arrêt de la Grande Chambre est donc particulièrement important en ce qu'il assure l'effet utile de l'article 1 du protocole 7, lequel est basé sur un principe de *justice naturelle*, pour reprendre les termes utilisés par le Juge Pinto dans son opinion concordante (p. 88).

2. Les « indications utiles » que la Cour tire de l'Article 6 de la CEDH

Comme le rappelle la Cour, l'article 6 de la CEDH qui consacre le droit à un procès équitable ne s'applique pas aux procédures d'expulsion puisque celles-ci, selon une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt *Maaouia c. France*, n'impliquent pas une décision sur des droits et obligations de caractère civil, ni une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Par conséquent, les États ont adopté l'article 1 du protocole n° 7 qui définit des garanties procédurales applicables spécifiquement à ce type de procédure. Selon le [rapport explicatif](#) relatif au protocole n° 7, les États ont consenti à des garanties procédurales « minimales » en cas d'expulsion (point 7 du rapport), tandis que l'article 6 énumère plusieurs droits spécifiques. Cela n'empêche toutefois pas la Cour, dans *Muhammad et Muhammad*, d'utiliser la jurisprudence développée relativement à l'article 6 afin d'interpréter l'article 1 du protocole n° 7. La Cour note en effet que cette jurisprudence « *fournit des indications utiles quant à la méthodologie à suivre pour apprécier les restrictions apportées aux droits consacrés par l'article 1 du protocole n° 7* » (para. 135) En particulier, la Cour se base sur l'arrêt *Regner v. the Czech Republic*, qui concernait une décision administrative ayant mis fin à la validité d'une attestation de sécurité dont le requérant avait besoin pour exercer de hautes fonctions. Le requérant invoquait la violation de l'article 6, se plaignant de ne pas avoir pu prendre connaissance d'un élément de preuve déterminant, qualifié d'information confidentielle. La prise en compte de cet arrêt conduit la Cour à considérer que la *substance* des garanties prévues par l'article 1 du protocole n°7 doit être préservée (para. 133) – notion en effet généralement utilisée dans le cadre des limitations apportées au droit à un procès équitable – de sorte que les restrictions doivent être dûment *justifiées* et suffisamment *contrebalancées* par des facteurs compensateurs. À ce titre, le juge Pinto de Albuquerque développe, dans son opinion concordante, une analyse fascinante de l'approche utilitariste de la Cour quant à la notion de substance des droits à laquelle il préfère une approche essentialiste. Ce parallèle entre l'article 6 et l'article 1 du protocole n° 7 permet d'assurer une cohérence dans le système de protection des droits fondamentaux relatifs aux garanties procédurales et de donner une consistance effective aux garanties prévalent lors de l'expulsion d'étrangers.

Toutefois, force est de constater que la Cour ne « s'inspire » pas seulement de sa jurisprudence relative à l'article 6 afin de développer une structure de réflexions qui soit propre à l'article 1 du

protocole n° 7 et à sa fonction de « garanties minimales », mais, *in fine*, transpose et suit un raisonnement tout à fait similaire. Notamment, les facteurs compensateurs mentionnés par la Cour dans *Muhammad et Muhammad* sont ceux dont elle avait précisément tenu compte dans l'arrêt *Regner*. L'opinion dissidente commune note que les droits procéduraux reconnus aux justiciables par ces deux articles ne devraient pas avoir la même portée puisqu'ils sont différents et que l'un ne prévoit que des « garanties minimales », de sorte qu'il est même naturel que l'étendue des garanties offertes par l'article 1 du protocole 7 soit moins élevée. Or, le résultat est relativement contradictoire en l'espèce en ce que la jurisprudence relative à l'article 6 semble fournir plus d'exceptions au droit de recevoir des informations jugées « secrètes » contrairement aux possibilités de restriction de ce droit dans l'affaire *Muhammad et Muhammad*. En ce sens, les juges dissidents observent qu'il est paradoxal que la protection offerte par l'article 1 du protocole n°7 soit supérieure à celle conférée par l'article 6. En outre, il est surprenant que la Cour EDH utilise des critères établis dans le cadre de l'article 6 afin d'examiner les restrictions apportées aux droits procéduraux de l'article 1 du protocole n°7, sans même mentionner le paragraphe 2 de ce dernier qui autorise explicitement des restrictions : « *Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1.a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.* » Selon l'opinion concordante commune, puisque l'article 1 du protocole n° 7 fixe lui-même les conditions des restrictions possibles et ne permet dès lors pas d'exceptions implicites (contrairement à l'article 6), toute restriction aux droits procéduraux des étrangers doit nécessairement être prévue par ce paragraphe 2, sans qu'il ne soit pertinent d'appliquer la jurisprudence relative à l'article 6.

3. Le droit de l'Union européenne

L'éloignement pour motifs de sécurité nationale est également prévu par le droit de l'Union européenne, tant vis-à-vis des citoyens européens, que vis-à-vis des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier.

Premièrement, la [directive 2004/38](#) relative au droit de libre circulation des citoyens de l'Union prévoit en son article 27 que les États Membres peuvent adopter une décision d'éloignement du territoire à l'encontre d'un citoyen de l'UE pour des raisons impérieuses de sécurité publique. L'article 30 de la directive prévoit qu'une telle décision doit être notifiée par écrit à l'intéressé (para. 1), et que « les motifs précis et complets d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui sont à la base d'une décision le concernant sont portés à la connaissance de l'intéressé, à moins que des motifs relevant de la sûreté de l'État ne s'y opposent » (para. 2). D'une part, la CJUE a déjà eu l'occasion de préciser ce que la notion de 'raisons impérieuses de sécurité nationale' recouvre (par exemple [Tsakouridis](#)). D'autre part, la CJUE a également eu l'occasion de se prononcer sur l'obligation d'informer le citoyen concerné des motifs fondant la décision d'expulsion. En particulier, dans l'affaire [C-300/11](#) dans laquelle un citoyen de l'Union avait fait l'objet d'une décision d'expulsion du Royaume Uni sans s'être vu communiquer les éléments de fait fondant cette décision en raison de leur caractère dit « confidentiel », la Cour a été amenée à répondre à la question préjudicielle suivante : « *Le principe de la protection juridictionnelle effective, énoncé à l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/38, (...) exige-t-il qu'une juridiction saisie d'un recours contre une décision interdisant à un citoyen de l'Union européenne l'accès au territoire d'un État membre pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique (...) veille à ce que la substance des motifs retenus à l'encontre*

du citoyen (...) européenne concerné soit portée à la connaissance de celui-ci, malgré le fait que les autorités de l'État membre et la juridiction nationale compétente (...) ont conclu que des raisons relevant de la sûreté de l'État s'opposeraient à la divulgation de la substance des motifs?» (para. 34). Des similitudes peuvent être observées entre la réponse de la CJUE et l'arrêt *Muhammad et Muhammad* de la Cour Strasbourgeoise. La CJUE a précisé qu'il appartient au juge national de procéder à un examen indépendant de l'ensemble des éléments invoqués à l'appui la décision, afin d'apprécier si la sûreté de l'État s'oppose effectivement à une communication de ces éléments au citoyen concerné. Si tel est le cas, le contrôle juridictionnel doit être effectué dans le cadre d'une procédure qui met en *balance* les exigences découlant de la sûreté nationale et celles du droit à une protection juridictionnelle effective (Art. 47 [Charte UE](#)) en limitant les ingérences dans l'exercice de ce droit au *strict nécessaire*. Ainsi, tout comme la Cour EDH, la CJUE impose de procéder à une mise en balance des intérêts en présence, tandis que la condition de « stricte nécessité » fait penser à la protection de la substance des droits procéduraux telle qu'avancée par la Cour EDH (*i.e.* un noyau nécessaire, substantiel, des droits individuels ne peut être atteint). Notamment, la CJUE a précisé qu'il importe « que soit communiqué à l'intéressé, *en tout état de cause*, la substance des motifs sur lesquels est fondée une décision de refus d'entrée » puisque cette décision ne peut « avoir pour effet de priver l'intéressé de son droit d'être entendu et, partant, de rendre inefficace son droit de recours » (para. 65). Ceci semble presque faire effet miroir avec l'arrêt *Muhammad et Muhammad* qui juge qu'un étranger « ne peut pas raisonnablement faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion sans connaître les éléments factuels pertinents ». Par conséquent, le raisonnement de la Cour EDH dans l'affaire *Muhammad et Muhammad* semble coïncider au raisonnement de la CJUE.

Deuxièmement, [la directive 2008/115](#) « retour » des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prévoit en son article 12, para. 1, que « les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles. Les informations relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique (...) ». A notre connaissance, la CJUE n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'obligation d'informer le ressortissant des motifs qui sous-tendent la décision d'éloignement. Toutefois, il est fort à parier que des garanties similaires à celles applicables dans le cadre de la directive 2004/38 – ainsi que dans le cadre de l'art. 1 du protocole n°7 CEDH – trouvent à s'appliquer.

4. Conclusion

En conclusion, nous pouvons dire que l'affaire *Muhammad et Muhammad c. Roumanie* a été saisie par la Grande Chambre de la Cour EDH comme l'occasion de développer une jurisprudence précise quant aux limitations apportées aux droits procéduraux des étrangers en cas d'expulsion. D'ailleurs, presque la moitié de ce long arrêt est consacrée aux opinions individuelles de plusieurs juges qui détaillent ou discutent davantage de l'un ou l'autre point.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D.H., *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020.

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009.

Cour eur. D.H., *Baltaji c. Bulgarie*, 12 juillet 2011.

Cour eur. D.H., *Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006.

Cour eur. D.H., *Al-Nashif c. Bulgarie*, 20 juin 2002.

Doctrine : BESSON, S., et KLEBER, E., « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole no 7, CEDH » in SON NGUYEN, M. (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, 2014, pp. 68-72.

LENAERTS, K., « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, Vol. 20, numéro spécial 6, septembre 2019.

MACQ, C., « C.C.E., 8 décembre 2017, n° 196 353. L'éloignement d'un citoyen de l'Union de seconde génération : un retour en arrière entouré de 'garanties' suffisantes contre l'arbitraire ? », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2018.

DATOUSSAID, S., « Les garanties du procès équitable visées à l'article 6 CEDH et le contentieux des étrangers », *Newsletter EDEM*, octobre 2014.

Pour citer cet article : E. DELVAL, « Garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers au regard de l'article 1 du protocole n°7 à la CEDH : la protection de la « substance » des droits », *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2020.

3. CONSEIL D'ÉTAT, ARRÊT N° 248.424 DU 1^{er} OCTOBRE 2020

Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention des enfants migrants en un dédale kafkaïen

Germain Haumont¹ et Emmanuelle Bribosia²

A. Arrêt

1. L'acte attaqué : l'arrêté royal du 22 juillet 2018 définissant le régime de détention des étrangers dans les « maisons familiales »

L'arrêt commenté résulte d'un recours en annulation introduit par quinze associations, francophones et néerlandophones, et l'ordre des barreaux francophones et germanophone contre la quasi-totalité des dispositions composant l'arrêté royal du 22 juillet 2018 définissant le régime de détention des familles d'étrangers avec enfants dans ce qu'il nomme les « maisons familiales »³.

Comme l'a constaté « avec une vive préoccupation » le Comité des droits de l'enfant à l'occasion de ses observations finales de 2019 à propos de la Belgique, dès l'entrée en vigueur de cet arrêté, « l'État partie a recommencé à détenir des familles avec des enfants, notamment dans des centres fermés ». Il n'a, en effet, fallu qu'une dizaine de jours pour qu'une première famille soit enfermée dans ce que l'arrêté qualifie de « maison familiale », à savoir une annexe fermée – mais « adaptée » – du centre 127bis à Steenokkerzeel⁴.

La détention d'enfants en centres fermés avait pourtant cessé, depuis 2009, après plusieurs condamnations de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme, en raison des conditions de détention ayant cours dans ces centres⁵, condamnations auxquelles se réfère abondamment le rapport au Roi précédant l'arrêté du 22 juillet 2018. En instaurant le régime des « maisons familiales », le Gouvernement a précisément entendu rencontrer ces critiques tout en réinstaurant la possibilité de détenir des familles avec enfants.

L'article 1^{er} de l'arrêté du 22 juillet 2018 décrit ainsi la « maison familiale » comme un « lieu se trouvant dans un centre et adapté aux besoins d'une famille avec enfants mineurs ». L'article 2 précise que « l'organisation et le fonctionnement du centre doivent être aménagés à ces fins, en veillant spécifiquement aux besoins des familles et des enfants mineurs » et dispose que, « pour les enfants mineurs, des activités ludiques adaptées à leur âge sont notamment prévues ainsi que,

¹ Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Libre de Bruxelles et à l'Université Saint-Louis.

² Professeure à la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Libre de Bruxelles et Vice-Présidente de l'Institut d'Etudes européennes.

³ Arrêté royal du 22 juillet 2018 modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Etrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 1^{er} août 2018.

⁴ Voir, à ce sujet : *La Libre*, « La première famille est arrivée dans le centre fermé », 14 août 2018.

⁵ Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03 ; 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, req. n° 41442/07 ; 13 décembre 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, req. n° 15297/09. Sur cette première salve d'arrêts, on lira J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, pp. 357-362.

durant l'année scolaire, la possibilité de suivre dans le centre un enseignement adapté à leur âge et à la durée limitée de leur séjour dans le centre ». Le lecteur attentif aura remarqué que l'auteur du texte a pris soin d'éviter le champ lexical carcéral. Il s'agit toutefois bien d'une détention, qui peut durer jusqu'à deux semaines, ce délai étant susceptible d'être renouvelé une fois⁶.

2. L'arrêt du Conseil d'État : une annulation de certaines dispositions litigieuses

Dès l'entame de son raisonnement, le Conseil d'État fixe les limites de son analyse : « contrairement à ce que les parties requérantes semblent soutenir lorsqu'elles dressent la 'liste non exhaustive des défauts d'adaptation' des maisons familiales à la situation particulière des enfants mineurs qui y sont placés, *il n'appartient pas au Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir, de décider, en lieu et place du Roi, des mesures concrètes propres à assurer à la fois une transposition adéquate des conditions posées par l'article 17 de la directive 2008/115/CE pour la rétention de familles avec enfants mineurs et le respect des obligations positives découlant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais seulement de vérifier si l'ensemble des garanties prévues par la directive le sont également par les dispositions de l'arrêté royal attaqué et si le régime des maisons familiales qu'il prévoit n'est pas contraire aux obligations positives découlant de la Convention pour protéger les enfants* » (nous soulignons). Cette subtile – et à maints égards sibylline – remarque liminaire emporte des conséquences concrètes. En effet, dans une large mesure, le Conseil d'État refuse de se pencher sur les lacunes de l'arrêté litigieux, mises en évidence par les associations requérantes et posant potentiellement problème sur le plan des droits fondamentaux. Ainsi, les griefs pris tant de l'absence d'interdiction du port de l'uniforme à l'intérieur des « maisons familiales », que de l'absence d'obligation de formation spécifique dans le chef du personnel du centre, ou encore de l'absence de mesures générales excluant toute détention d'enfants « vulnérables parmi les vulnérables », par exemple ceux porteurs de handicaps ou les plus jeunes, sont jugés irrecevables.

De manière frappante, la haute juridiction administrative se retranche derrière une considération symétriquement inverse pour écarter le grief tiré de l'absence de protection contre les nuisances atmosphériques et sonores, pourtant considéré comme sérieux, au stade de l'arrêt en suspension : « il ne revient pas au Conseil d'État, saisi d'un recours en annulation dirigé contre un arrêté royal réglementaire ayant une portée générale pour le présent et pour le futur, de se prononcer sur la régularité de l'exécution qui a été donnée à celui-ci en examinant concrètement si les maisons familiales existant actuellement au centre 127bis respectent les exigences des articles 3 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aux juridictions compétentes saisies dans le cadre d'autres recours dirigés, par exemple, contre les décisions prises en matière d'implantation comme les permis ou contre les décisions de placement ou de maintien en détention, d'examiner *in concreto* le respect des articles 3 et 8 de la Convention, l'arrêté royal ne violant pas, en tant que tel, ces dispositions ». Nous reviendrons sur ce *distinguo* dans le cadre de l'éclairage apporté ci-dessous. Remarquons simplement, à ce stade, que les plaideurs se trouvent pris en étau : s'ils critiquent l'arrêté de manière trop abstraite en listant ce qui, ne s'y trouvant pas,

⁶ Voir l'article 83/11 inséré par l'article 13 de l'arrêté du 22 juillet 2018 précité dans l'arrêté du 2 août 2002 précité.

pourrait engendrer des illégalités, ils manquent leur cible ; mais s'ils le critiquent en montrant que certaines lacunes mènent concrètement à des illégalités, ils manquent tout autant leur cible.

Malgré les verres grossissants dont se sont ainsi munis les juges administratifs pour exercer leur examen, l'arrêt commenté annule trois des dispositions de l'arrêté du 22 juillet 2018. La première permettait de restreindre l'accès des familles aux espaces extérieurs desdites « maisons familiales » jusqu'à 22 heures par jour pour assurer l'ordre et la sécurité. Le Conseil d'État considère que rendre une telle restriction possible apparente la détention à un régime carcéral, ce qui contrevient aux enseignements strasbourgeois relatifs à l'enfermement des enfants. En effet, « selon la Cour européenne des droits de l'homme, des périodes de détente en plein air sont une nécessité pour les enfants détenus en vue de leur éloignement et le régime de détention doit leur être le moins carcéral possible ». Or, aux yeux du Conseil d'État, « vu la durée maximale possible de la restriction, celle-ci n'est pas justifiée à suffisance, aucun éclairage n'étant en outre donné quant aux incidents susceptibles de mettre en danger non seulement la 'sécurité' mais également 'l'ordre' ».

La seconde disposition censurée permettait au personnel des centres où sont situées lesdites « maisons » d'y pénétrer, sans condition, entre 6 et 22h. Cette possibilité porte atteinte à la vie privée et familiale de ces familles dès lors que, pour la durée de la détention, la « maison familiale » constitue leur « domicile » au sens de l'article 8 de la CEDH. Pour cette raison, « l'intimité et la tranquillité » de la famille doit y être garantie.

La troisième permet d'isoler pendant 24 heures un adolescent de plus de 16 ans qui engendre une menace pour la sécurité. Le Conseil d'État condamne ce régime dans la mesure où « l'isolement du mineur peut, le cas échéant, avoir lieu durant un jour et une nuit, dans un 'local' dont il n'est pas même spécifié qu'il soit équipé d'un lit et aménagé pour qu'il n'ait pas l'apparence d'un cachot ». Les modalités d'isolement n'étant pas adaptées à la situation d'un adolescent, elles ne garantissent pas le respect de l'article 3 de la CEDH ni des droits de l'enfant. A ce propos, le Conseil d'État note au passage que « pour un enfant étranger maintenu dans une maison familiale, le fait d'être séparé de ses parents et isolé dans un local implique une restriction supplémentaire de ses droits, déjà limités par le fait du maintien de la famille en une maison familiale ».

En résumé, seules des dispositions édictant certaines prérogatives du personnel des centres fermés sont annulées. En revanche, les griefs des associations requérantes mettant en évidence des lacunes dans la protection à prévoir, et en particulier celui tiré de l'absence de protection contre les nuisances atmosphériques et sonores ayant fait l'objet de discussions approfondies devant le Conseil d'État, sont écartés pour des motifs formels.

B. Eclairage

1. Antécédents : du constat de violation à Strasbourg au brevet constitutionnel

La Cour européenne des droits de l'homme, à rebours d'un consensus international naissant⁷, a jusqu'ici refusé de reconnaître l'inconventionnalité de principe de la détention d'enfants dont la famille n'a pas le droit de séjourner sur le territoire d'un État et ce, sur le plan tant de l'article 5 (droit à la liberté) que de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) de la CEDH⁸. Cette attitude est conforme à sa tendance, en contentieux migratoire, à se retrancher derrière un « principe de droit international bien établi » en vertu duquel les États contrôlent souverainement l'accès à leur territoire et sont, pour cette raison, libres d'expulser les personnes étrangères qui n'ont pas le droit de s'y trouver⁹. Par conséquent, ce n'est bien souvent qu'à la lumière des circonstances particulières des espèces qui lui sont soumises que la Cour constate, à la marge du principe de souveraineté et de manière casuistique, des violations de la Convention¹⁰.

En matière de détention d'enfants migrants, la Cour s'inquiète surtout des conditions et de la durée de la détention, qu'elle évalue à l'aune de l'âge des enfants concernés¹¹. Au titre des premières, outre les cas les plus flagrants où les conditions de détention s'avèrent en elles-mêmes inhumaines, une liste de balises relatives aux besoins spécifiques des enfants se dégage progressivement de sa jurisprudence, toujours susceptible néanmoins d'évoluer selon les cas d'espèce. On y retrouve notamment la présence exigée d'aires de jeu (Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n^{os} 39472/07 et 39474/07, §95 ; 17 octobre 2019, *G.B. et autres c. Turquie*, req. n^o 4633/15, §116) ainsi que le bannissement des nuisances génératrices d'angoisse telles qu'une présence policière ou des grillages visibles (Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n^{os} 39472/07 et 39474/07, §§95 et 102. Voir aussi : Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n^o 11593/12, §113), ou le bruit continu des avions lorsque le centre se situe en bordure d'aéroport, voire celui des haut-parleurs du centre fermé (Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n^o 11593/12, §113). A propos de ces nuisances génératrices d'angoisse, la Cour ne leur reconnaît le niveau de gravité de nature à violer l'article 3 de la Convention que lorsque la détention a dépassé « une brève période », ce qui est le cas lorsque la détention a duré 18 jours (Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n^o 11593/12, §114).

⁷ Voir l'analyse de C.M. SMYTH, « Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children », *Human Rights Review*, 2019, pp. 1-36.

⁸ Cette position a fait l'objet de vives critiques, y compris dans cette revue (voir par exemple : 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, pp. 10-13 ; Ch. FLAMAND, « Privilégier le statut d'enfant à celui de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais... », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019, pp. 13-15).

⁹ Consacré par Cour eur. D.H. (plénière), 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 9214/80, 9473/81 et 9474/81, §67. Pour une application récente, voir Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 février 2020, *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. n^{os} 8675/15 et 8697/15, §167.

¹⁰ Sur cette question méthodologique, qui différencie la Cour eur. D.H. de la C.J.U.E., voir récemment : J. CALLEWAERT, « Interactions migratoires entre Strasbourg et Luxembourg », *Journal de droit européen*, pp. 310-318.

¹¹ Ce prisme d'analyse se trouve formalisé dans Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n^o 11593/12, §109. Voir aussi Cour eur. D.H., 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n^o 9347/14, §55.

Dans un arrêt rendu sur la constitutionnalité de la disposition législative permettant l'enfermement d'enfants en « maisons familiales »¹², la Cour constitutionnelle a dû s'approprier cette jurisprudence casuistique de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle y constate que la détention d'enfants migrants n'est pas en soi contraire à la Convention (B.5.4), mais que lesdits enfants ne peuvent pas séjourner dans un lieu inadapté à leur âge (B.5.6), critère qu'elle ne définit que par renvoi à l'article 17 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (B.8.4), qui dispose que :

- « 1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.
2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.
3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.
4. Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.
5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ».

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pourtant pas pour habitude de se référer à cette disposition de l'Union européenne et dégage plutôt ses balises au creuset des circonstances particulières des espèces qui lui sont soumises. C'est ce qu'a remarqué la doctrine lorsqu'elle a critiqué la Cour constitutionnelle pour n'avoir pas, en définitive, défini plus précisément ce qu'elle voulait dire par lieux « adaptés aux besoins des familles », compte tenu que la directive elle-même reste évasive¹³. En effet, seules s'y trouvent établies la garantie de l'intimité familiale, qui suppose un logement séparé, et celle d'activités récréatives.

La Cour constitutionnelle a cependant estimé qu'il ne lui appartenait pas, vu le niveau d'abstraction qui caractérise son office, d'aller plus loin : « il appartient au Roi de veiller à ce que les lieux dans lesquels des enfants mineurs peuvent être maintenus remplissent ces conditions [sont ici explicitement visées les conditions de l'article 17 de la directive 2008/115/CE, ndlr] ». Par un premier « renvoi de balle », la Cour constitutionnelle affirme qu'il ne lui appartient pas, « *mais bien au Conseil d'État et aux cours et tribunaux* de veiller au respect de ces exigences par le Roi » (B.8.4, nous soulignons). Ce renvoi nous amène, sans transition, à l'arrêt commenté.

¹² C.C., arrêt n°166/2013 du 19 décembre 2013.

¹³ Voir H. RIAD, « België opnieuw voor de opsluiting van gezinnen met kinderen », obs. sous C.C., arrêt n°166/2013 du 19 décembre 2013, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten*, 2014/2, p. 205.

2. Espoirs et désillusions devant le Conseil d'État

Jacques Fierens, avocat des associations requérantes dans l'arrêt commenté, résume le contexte juridique dans lequel le Conseil d'État a été saisi de la manière suivante : « les défenseurs de ces enfants et de leur famille (...) ont donc été réduits, à cause notamment de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle, à attaquer cet arrêté royal devant le Conseil d'État, non sur le principe de l'enfermement, mais sur les modalités de mise en œuvre de cette politique ferme et inhumaine »¹⁴.

Sur ce plan, nous avons vu que le Conseil d'État n'a accepté de contrôler que les prescriptions positives contenues dans l'arrêt attaqué (« ce qui s'y trouve »), contrairement aux lacunes dénoncées par les requérantes (« ce qui ne s'y trouve pas »). Cette pusillanimité dissipe certains espoirs qu'avait fait naître l'arrêt en suspension rendu plus tôt dans la même affaire¹⁵.

Le Conseil d'État y avait, en particulier, considéré qu'« il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que celle-ci n'admet la détention d'enfants en bas âge dans un lieu où ils sont exposés à des nuisances aéroportuaires importantes que pour une durée extrêmement courte ». Or, au terme de l'arrêt en cause, « des enfants en bas âge peuvent être détenus pour une durée pouvant aller jusqu'à un mois dans des maisons implantées sur le site du centre 127bis, situé en bordure de pistes de l'important aéroport belge de 'Brussels Airport' ». Le Conseil d'État avait, sur la base de ce constat, suspendu l'arrêt litigieux pour contrariété possible avec l'article 3 de la CEDH.

S'en est suivi un second *round* qui s'est déroulé sous forme de « guerre de rapports ». L'État a, entretemps, procédé à des travaux d'isolation sonore dans les « maisons familiales » et produit deux rapports d'expert, dont l'un démontre de manière peu satisfaisante et frôlant la mauvaise foi que « si les familles ne passent pas ou peu de temps à l'extérieur (par exemple 30 minutes par jour), les recommandations de l'OMS sont respectées ». Les associations requérantes ont, quant à elles, répliqué en déposant « une dernière pièce, constituée par les 'notes de travail' d'une étudiante de l'UCLouvain, Madame Léna Lahaye, active au sein de la Rosa Parks Law Clinic, qui a effectué des recherches très documentées sur le sujet et dont l'étude confirme et renforce les constatations de la requête en annulation ».

Le Conseil d'État s'est manifestement laissé impressionner par le tournant très prosaïque qu'ont pris les débats, qui « montrent (...) que les parties s'opposent sur le respect *in concreto* de ces articles par les maisons familiales telles qu'elles existent au sein du centre 127bis, compte tenu notamment des travaux supplémentaires d'isolation qui y ont été menés ». La haute juridiction administrative en tire comme conclusion que « le respect ou non des articles 3 et 8 de la Convention dépend des circonstances et conditions particulières de chaque lieu d'implantation ». Elle en veut pour preuve que « les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme auxquels se réfèrent les parties requérantes ont, par ailleurs, été rendus dans le cadre de recours concernant des décisions de

¹⁴ J. FIERENS, « L'enfermement des migrants enfants », *Journal du droit des jeunes*, à paraître en décembre 2020.

¹⁵ C.E., 4 avril 2019, n° 244.190, spéc. §§43-45.

placement et ont donné lieu à un examen concret des conditions de détention auxquelles ces familles ont été confrontées pour conclure à une violation de la Convention ».

Que penser de cette motivation ? Premièrement, le fait que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme soient rendus dans le contexte concret des décisions de placement est inhérent au système de protection mis en place par la CEDH. Les requérants ne peuvent la saisir que s'ils se prétendent victimes d'une violation et s'ils ont épuisé les voies de recours internes. Mais la juridiction strasbourgeoise, au fil de ses arrêts, éclaire toutefois le sens de la Convention, de sorte que ses interprétations s'imposent aux autorités internes – auxquelles il appartient, en premier lieu, de mettre en œuvre la Convention. Il va de soi que cette mission revient également aux juridictions de contentieux objectif. Pour ces dernières, se retrancher derrière le contexte concret des arrêts rendus à Strasbourg relève donc, du moins pour une part, d'une stratégie d'évitement.

Certes, dans le cadre du contentieux migratoire, la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à se reposer davantage sur les circonstances particulières des espèces qui lui sont soumises que sur des principes abstraits et aisément réitérables. Mais il reste que, même en cette matière « d'exception », c'est « l'ordre juridique interne » qui doit fournir les garanties suffisantes pour éviter que des violations des droits humains soient perpétrées¹⁶. Dans le cadre de la détention d'enfants migrants, la Cour a ainsi eu l'occasion de critiquer les textes légaux servant de base à une détention en raison du manque de précision des garanties fournies *par ce texte*. Elle a, par exemple, pu constater qu'un « texte se contente de mentionner la nécessité de fournir des 'chambres spécialement équipées, et notamment du matériel de puériculture adapté' mais n'explicite aucunement les infrastructures nécessaires à l'accueil des familles ». Et de combiner ce constat avec des rapports d'experts dressés à propos de centres particuliers dont il ressort que, « si les autorités ont pris le soin de séparer les familles des autres détenus, il n'en demeure pas moins que les infrastructures disponibles dans la zone 'familles' du centre ne sont pas adaptées à la présence d'enfants » (Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n^{os} 39472/07 et 39474/07, §§93 et 95).

En l'espèce, le Conseil d'État disposait donc du matériau nécessaire, tant jurisprudentiel que factuel (rapports d'experts produits par les parties), pour mener plus avant son analyse, sur le modèle de ce qu'avait laissé espérer l'arrêt en suspension.

Deuxièmement, renvoyer la balle aux juges judiciaires s'avère foncièrement inefficace en termes de protection des familles et enfants concernés. En effet, cela suppose que des détentions soient effectivement ordonnées pour que soient mises en branle des procédures particulières. A nouveau c'est ce que soulignait le Conseil d'État, dans le recours en suspension, quand il relevait, pour justifier l'urgence, que « l'introduction de recours juridictionnels à l'encontre de décisions individuelles prises en exécution de l'arrêté royal attaqué, n'empêcherait pas la réalisation du préjudice allégué (violation des articles 3 et 8 de la CEDH), qu'il convient pourtant de prévenir dès que possible, singulièrement lorsqu'il est subi par des personnes vulnérables, tels les enfants mineurs d'âge »¹⁷.

¹⁶ Voir, pour un exemple récent : Cour eur. D.H., 30 juin 2020, *Muhammad Saqawat c. Belgique*, req. n^o 54962/18, §73.

¹⁷ C.E., 4 avril 2019, n^o 244.190, §16.

Qui plus est, en son temps, la Cour constitutionnelle avait déjà renvoyé la balle au Conseil d'État, qui la renvoie donc à nouveau, ce qui génère sans aucun doute chez les acteurs des reflux kafkaïens. C'est, pourtant, l'atout-même du contentieux objectif que de purger l'ordre juridique des normes contraires aux droits fondamentaux et ce, précisément pour éviter que des violations incarnées de ces droits ne surviennent. Or, dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État décide en substance que, dès lors que l'arrêté prévoit par principe que la détention sera conforme aux besoins des enfants, il faut attendre que des détentions soient effectivement ordonnées (comprendre : que des enfants soient effectivement enfermés) pour constater si tel est bien le cas, plutôt que d'examiner si ce texte contient suffisamment de garanties pour éviter que, dans les faits, des illégalités soient commises. En ce qui concerne les nuisances sonores et atmosphériques, force est de constater qu'aucune garantie n'est prévue, alors qu'il s'agit effectivement d'un point d'attention de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n° 11593/12, §113). Combiné à la durée possible de l'enfermement (1 mois), ce constat suffisait à justifier l'annulation.

3. Du (non-)usage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en contentieux objectif

En conclusion, nous retiendrons surtout de cet arrêt son utilisation minimaliste de la jurisprudence strasbourgeoise relativement aux lacunes de l'arrêté mises en évidence par les associations requérantes, et la protection amoindrie et fragmentaire des droits de l'enfant qui en résulte.

L'arrêt en suspension avait pourtant auguré une autre voie d'analyse en critiquant le texte réglementaire litigieux à l'aune des applications concrètes qu'il rend possible. Ceci avait mené le Conseil d'État à comparer le centre fermé 127bis, dans l'enceinte duquel ont effectivement été construites les premières « maisons familiales », avec le centre fermé de Toulouse-Cornebarrieu dont la Cour européenne des droits de l'homme avait stigmatisé les nuisances atmosphériques et sonores. L'État belge avait d'ailleurs réagi en améliorant l'isolation sonore des dites « maisons » du 127bis, ce qui a mené Christine Flamand à poser dans cette revue la question suivante : « cela suffira-t-il pour que la Belgique se conforme aux droits de l'enfant et trouve un équilibre entre deux éléments inconciliables que sont la protection sonore et le droit à prendre l'air »¹⁸ ? Décevant toutes attentes, le Conseil d'État a finalement fui le débat.

Cette attitude pousse à s'interroger sur l'usage des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en contentieux objectif, en particulier lorsque sont en cause des questions de droit des étrangers, matière où les juges strasbourgeois déploient une méthode hautement casuistique. L'arrêt commenté illustre une première alternative, à savoir une intégration minimaliste de ces arrêts qui ne retient que les enseignements de principe, par exemple que les conditions de détention des enfants ne peuvent pas être les mêmes que celles des adultes. Par contraste, une intégration maximaliste suppose pour les juges d'entrer dans le détail de la casuistique strasbourgeoise et de l'intégrer dans un raisonnement adapté aux circonstances d'espèce. En contentieux objectif, ceci

¹⁸ Ch. FLAMAND, « Privilégier le statut d'enfant à celui de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais... », Cahiers de l'EDEM, avril 2019, p. 17.

peut avoir pour conséquence de « déranger » les juges dans leurs méthodes habituelles. Des débats plus concrets devront par exemple avoir lieu, débats dans le cadre desquels des rapports d'experts ou des enquêtes de cliniques juridiques seront le cas échéant mobilisés. A cet égard, rien n'interdit aux juges de la légalité de considérer les illégalités concrètes qu'a déjà engendrées l'acte attaqué sur le terrain. Celles-ci sont en effet susceptibles de révéler les problèmes structurels – ou les lacunes – de l'acte attaqué.

Le postulat qui fonde cette alternative « maximaliste » est que la forte dose d'abstraction qui caractérise le contentieux objectif ne devrait jamais dégénérer en œillères formalistes. Autrement dit, il s'agit de veiller à ce que, même dans un cadre objectif, les droits humains demeurent, selon le mot d'ordre usuel à Strasbourg, des garanties non pas théoriques et illusoire, mais concrètes et effectives.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C.E., 1^{er} octobre, n° 248.424.

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n° 9347/14.

Cour eur. D.H., 17 octobre 2019, *G.B. et autres c. Turquie*, req. n° 4633/15.

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

Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n^{os} 39472/07 et 39474/07.

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.

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

C.C., *arrêt n°166/2013* du 19 décembre 2013.

C.E., 4 avril 2019, n° 244.190.

Doctrine :

J. CALLEWAERT, « Interactions migratoires entre Strasbourg et Luxembourg », *Journal de droit européen*, pp. 310-318.

J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « 'On n'enferme pas un enfant. Point' Jacques Fierens, une voix pour les sans-voix » in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles?*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 209-218.

J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, pp. 357-362.

J. FIERENS, « L'enfermement des migrants enfants », *Journal du droit des jeunes*, à paraître en décembre 2020.

Ch. FLAMAND, [Privilégier le statut d'enfant à celui de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais...](#), *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019.

G. HAUMONT, « Sa langue vers l'autre. Itinéraires de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le raisonnement du juge constitutionnel belge en matière de droits fondamentaux des étrangers », *Revue belge de droit constitutionnel*, à paraître.

F. KRENC, « 'Dire le droit', 'rendre la justice', Quelle Cour européenne des droits de l'homme? », *Rev. Trim. D.H.*, 2018/114, pp. 315-321.

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.

A.-C. RASSON, « La détention des familles avec enfants mineurs dans le centre 127bis suspendue par le Conseil d'État : un premier (petit) pas en faveur des droits de l'enfant », 17 juillet 2019, disponible en ligne : <https://www.justice-en-ligne.be/La-detention-des-familles-avec>, consulté le 8 novembre 2020.

A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in [L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles?](#), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 159-188.

H. RIAD, « België opnieuw voor de opsluiting van gezinnen met kinderen », obs. sous C.C., arrêt n°166/2013 du 19 décembre 2013, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten*, 2014/2, pp. 197-207.

C.M. SMYTH, « [Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children](#) », *Human Rights Review*, 2019, pp. 1-36.

Autre :

C.D.E., [Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques](#), CRC/C/BEL/CO/5-6.

Pour citer cet article : G. HAUMONT et E. BRIBOSIA, « Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention des enfants migrants en un dédale kafkaïen », *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2020.