

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](#).

Forts de notre première édition du MOOC droit d'asile et des réfugiés, nous sommes heureux de vous annoncer qu'une **nouvelle version** s'ouvrira le 9 février 2021 sur Edx. Celle-ci tient compte des évolutions récentes, tant au niveau de la jurisprudence que de la situation sanitaire.

Une **version anglophone** adaptée y sera également accessible à partir du 2 février 2021.

Rendez-vous sur le site d'Edx. N'oubliez pas d'y créer un compte afin de pouvoir vous inscrire et consulter le cours :

Version francophone : <https://www.edx.org/course/droit-dasile-et-des-refugies-2>

Version anglophone : <https://www.edx.org/course/asylum-and-refugee-law>



**Toute l'équipe de l'EDEM vous présente ses meilleurs vœux
pour une très belle année 2021**



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.

Sommaire

1. Court of Justice of the European Union, judgement of 24 november 2020, joined cases *RNNS and KA* (Joined cases C-225/19 and C-226/19), EU:C:2020:951 – No objection without substantiation? The visa applicant’s right to an effective remedy in the case of consultation procedures. *Eleonora Frasca* 3

Community Code on Visas – Appeal against a decision to refuse a visa – Procedure of prior consultation of central authorities of other Member States – Scope of judicial review – Right to an effective remedy.

*With the ruling *RNNS and KA* (C-225/19 and C-226/19), the CJEU deals with the prior consultation procedure in the context of visa application whereby a Member State can object to the issuing of a Schengen visa by another Member States. On the one hand, the Court strengthens the procedural safeguards surrounding the decision of refusal, by clarifying (and expanding) the scope of the duty to state reasons for the decision of refusal. On the other hand, it complexifies the scope of the right to an effective remedy (and of appeal procedures) by judging that the domestic Court that adopted the final decision on the visa cannot review the merits of the objection of the other Member State.*

2. European Court of Human Rights, 27 october 2020, *M.a. v. Belgium*, app. n° 19656/18 – The two faces of the moon of a decision condemning the 2017 cooperation between Belgium and Sudan. *Marion de Nanteuil* 10

Art. 3 ECHR – Burden of proof – Risk assessment – Cooperation with third countries – Missions of identification – Principle of *non-refoulement* – Due diligence obligations.

*In this case, the ECtHR ruled that Belgium had not respected its procedural obligations under Article 3 in relation to a Sudanese national who was deported to Sudan following the visit of a Sudanese identification mission. This decision should be welcomed in that it grants significant importance to the vulnerability of irregular migrants and thus further endorses a greater responsibility for national authorities to investigate risks under Article 3, including in relation to individual situations. However, this contribution contends that the Court missed the opportunity to take a more radical approach towards identification missions from the migrants’ country of origin. It argues that this method of migration management can constitute a novel form of violation of the principle of *non-refoulement* and claims that the manner in which the identification mission was organised is incompatible with the obligations of due diligence lying on Belgium.*

3. Cour d’appel Bruxelles (fr), 5 mars 2020, n°2020/KR/60 – La reconnaissance d’un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie : un grand pas en avant. *Laura Cools*19

Assistance consulaire – Rapatriement - intérêt supérieur de l’enfant – Camps d’Al Hol et Roj en Syrie – rapatriement conjoint - enfants nés en Syrie d’un parent djihadiste belge – application extraterritoriale des droits fondamentaux.

*La Cour d’appel de Bruxelles déduit du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant et de la *déclaration du gouvernement belge* de décembre 2017 sur le rapatriement automatique des enfants belges de moins de 10 ans, l’existence d’un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants de djihadistes belges retenus dans les camps en Syrie, lorsqu’ils se trouvent dans une situation de détresse dont ils ne peuvent être extraits que par un rapatriement.*

1. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, JUDGEMENT OF 24 NOVEMBER 2020, JOINED CASES *RNNS AND KA* (JOINED CASES C-225/19 AND C-226/19), EU:C:2020:951

No objection without substantiation? The visa applicant's right to an effective remedy in the case of consultation procedures

Eleonora Frasca

A. Facts and ruling

The preliminary ruling of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *RNNS and KA* (C-225/19 and C-226/19) concerns the interpretation of the provision on visa refusal of the [Visa Code](#) (Article 32) in light of the right to an effective remedy. It rules on the specific situation of a refusal decision by a Member State is based on the objection expressed by another Member State in the context of the prior consultation procedure.

The judgment gives additional clarifications on the scope of the right to an effective remedy enshrined in Article 47 of the [EU Charter of Fundamental Rights](#) and guaranteed to third country nationals who apply for Schengen short-term visa against visa refusal. As regards consultation procedures, part of the legal problem in these cases arise from the vagueness of the wording of the standard form for the notification of visa refusal to the applicant. However, this does not mean that the procedural guarantees can be disregarded, including the scope of the duty to state reasons for the decision of refusal, which surround the right to an effective remedy of the visa applicant. Those clarifications will help the national immigration authorities who, in their everyday practice, deal with the consultation procedures. If, on the one hand, they provide clearer procedural safeguards to visa applicants in discerning their chances of appeal, yet on a more negative note, they also risk discouraging appeal procedures.

Opportunely, the wording of the standard form for the notification of visa refusal was amended by the EU legislature with the reform of the Visa Code ([Regulation \(EU\) 2019/1155 amending Regulation \(EC\) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas](#)). In the new standard form, the various grounds for refusal referred to in Article 32 are now set out separately. The *RNNS and KA* judgment complements this legislative improvement.

1. *Facts and circumstances of the case (§ 12-31)*

The preliminary questions have been referred by the Dutch District Court of The Hague in the context of disputes opposing failed visa applicants to the Dutch Minister of Foreign Affairs. In the pre-pandemic era, travelling for tourism, economic activity or family matters was much easier than today. *RNNS*, an Egyptian national married to a Dutch citizen, was willing to visit his parents-in-law in the Netherlands (C-225/19) and for that purpose applied for a short-term visa at the Dutch consulate. *KA*, a Syrian national who lives in Saudi Arabia, applied for the same visa to visit her children living in the Netherlands (C-226/19). Both visa applications were rejected by the Dutch Minister, applying Article 32 (1) to (3) of the Visa Code, on the ground that one or more Member States had considered

RNNS and KA to be a threat to public order, internal security, the public, or to the international relations of one of the Member States. In fact, Hungary objected to the issuing of a visa to RNNS while Germany objected to the issuing of KA's. Neither country had issued an alert for the purpose of refusing a visa in the Visa Information System (VIS). Since data on consultation procedures are not available, it is difficult to evaluate their use and outcomes, and it is unclear whether the objection automatically results in the refusal of the visa (see the comprehensive [expert opinion](#), p. 11-14). That was the case for RNNS and KA who were notified the visa refusal decision by means of the standard form (Annex VI of the Visa Code). The form did not contain any mention of the identity of the Member State objecting the issuing of the visa, the reasons for the objection or any information concerning the possibility of bringing proceedings in the objecting Member States. Both applicants submitted a complaint – later rejected – against the refusal decision to the Minister in order to seek information about the identity of the Member State and the reasons behind the objection it had raised.

In the main proceedings, the applicants argued that they have been deprived of their right to effective remedy since they were not able to challenge the Minister's decisions or their substance. Therefore, the domestic judge decided to refer four main questions (§ 30), identical in the joined cases, to the Court of Justice concerning the interpretation of Article 32(1)(a)(vi) of the Visa Code.

In essence, the domestic Court wonders whether Article 32(2) and (3) of the Visa Code, read in the light of Article 47 of the Charter, must be interpreted as meaning: 1) first, that a Member State which has adopted a final decision of visa refusal on the basis of a Member States' objections as an outcome of the consultation procedure [Article 32(1)(a)(vi)] is required to indicate, in that decision, the identity of the Member State which raised that objection, the specific ground for refusal based on that objection and the remedies available against that objection and, 2) secondly, that, where an appeal is lodged against that decision on the basis of Article 32(3) of that code, the courts of the Member State which adopted that decision must be able to examine the substantive legality of the objection raised by that other Member State to the issuing of the visa.

2. Judgement and reasoning of the Court (§32-57)

The Court's reasoning on the interpretation of Article 32(2) and (3) of the [Visa Code](#), read in the light of Article 47 of the [Charter](#), is built around two main points:

First, the scope of the statement of reasons in the decision of visa refusal by a Member State (§34-47): the Court states that a Member State which has adopted a final decision refusing to issue a visa on the basis of Article 32(1)(a)(vi) of the Visa Code – because another Member State objected to the issuing of that visa – must indicate, in that decision, under the "remarks" section of the standard form, 1) the identity of the Member State which raised that objection, 2) the specific ground for refusal based on that objection, (3) accompanied, where appropriate, by the essence of the reasons for that objection, and the authority which the visa applicant may contact in order to ascertain the remedies available in that other Member State.

Second, the scope of the judicial review (§48-56): the Court drew a distinction between the judicial review of the legality of the final decision of visa refusal carried out by a Member State and the judicial review of the substantive legality of the objections raised by another Member State, in the context of the prior consultation procedure. Where an appeal is lodged against that decision based

on Article 32(3) of the Visa Code, the courts of the Member State which adopted that decision cannot examine the substantive legality of the objection raised by another Member State to the issuing of the visa. The examination of the merits of the objection raised by another Member State is a matter for the national courts of *that other* Member State.

B. Discussion

This is not the first time that the CJEU interprets the Visa Code and aspects related to the visa applicant's right of appeal against a decision of refusal. I will first recall the principles governing visa application procedural safeguards in general, and the right of appeal against the visa refusal, by particularly summarizing the previous case-law of the CJEU. Then, I will comment individually on the two points decided upon by the Court, namely the scope of the obligation to state reason and the scope of the right to an effective remedy in the context of visa refusal decisions.

- **The principles governing the duty to state reasons for visa refusal and right of appeal against a refusal decision**

The adoption of the Visa Code in 2009 made public a number of rules relating to visa policy that had never been published before in several Member States. By regulating the procedures and conditions for issuing short-term visa – which allow the visa holder to stay anywhere within the EU territory – the harmonization of visa policy had the effect of increasing transparency (including transparency of the visa refusal process) and fostering the equal and dignified treatment of visa applicants. These positive effects stem from the strengthened procedural guarantees, such as the obligation to state reasons for refusal and the right of appeal against that refusal.

In [Koushkaki](#) (C-84/12, EU:C:2013:862), the Court held that the grounds for refusal are exhaustive (§38 and 47). If the entry conditions that a visa applicant must fulfil for the issue of a uniform visa are harmonized, there cannot be differences between the Member States as regards the *determination* of the grounds for refusal (§45). However, national authorities are left with a wide margin of discretion as regards the conditions for applying the grounds for refusal and the evaluation of the relevant facts, as long as the decision of refusal is substantiated in concrete terms following a complex individual examination of the visa application (for a commentary see [here](#)).

In [El Hassani](#) (C-403/16, EU:C:2017:960), the Court affirmed that the provisions of the Visa Code must be interpreted in accordance with the fundamental rights and principles recognized by the EU Charter (§32), including when the Member States adopt a decision of visa refusal. By limiting the procedural autonomy of Member States, the Court affirmed that Article 32(3) of the Visa Code, read in the light of Article 47 of the Charter, requires Member States who have taken the *final* decision to provide for an appeal procedure against visa refusal decisions in their national law (§24). The procedure must, at a certain stage, guarantee a judicial appeal (§41 and 42). While the Member States retain a certain degree of autonomy in the implementation of the effective remedy, two cumulative conditions must be met, namely the respect for the principle of equivalence (these rules are not less favorable than those governing similar domestic situations) and the respect for the principle of effectiveness (they do not make it excessively difficult or impossible in practice to exercise the rights conferred by EU) (§26).

In [Vethanayagam](#) (C-680/17, EU:C:2019:627), the Court dealt with the effective remedy against a *final* decision of visa refusal when more than one Member State is involved. The case concerned the interpretation of visa representation agreements concluded according to Article 8 of the Visa Code (for a commentary of this case, see a [previous edition](#) of the Cahier de l'EDEM). Those agreements have a strong impact on the applicant's right to an effective remedy in the case of visa refusal: where a representation arrangement is in place, the Member State competent for examining and deciding on the visa application (the *representing* State) is also *exclusively* competent to rule on the appeal (§77) on behalf of the Member State of destination (the *represented* State). The Court held that such interpretation is consistent with the fundamental right to effective judicial protection (§88). Advocate General Sharpston expressed a different view in her opinion (EU:C:2019:278): she suggested to privilege the "natural *forum*" of the applicant, that of the Member State which is the "sole or main destination of the visa applicants" (§81 of her opinion).

Similarly, the RNNS and KA case also concerned with a visa refusal when more than one Member State is involved: the consultation procedure envisaged in Article 22 of the Visa Code.

- **The consultation procedure resulting in the objection to the issuing of visa**

According to Art. 32 (1)(a)(vi) of the Visa Code, a visa is to be refused if the applicant is considered to be a threat to public order, internal security or public health as defined in Article 2(21) of the [Schengen Borders Code](#) or to the international relations of any of the Member States. In order to verify this entry condition, the Member State examining the visa application consults the central authorities of the other Member States which can raise objections to the issuing of the visa as the Art. 22(1) and (2) of the Visa Code on consultation procedures.

Logically, if the entry conditions at Art. 21(2) are not fulfilled, the visa *can* be refused. I say *can* because Member States still have the option in exceptional circumstances to issue a visa with limited territorial validity, despite an objection by the Member State consulted in accordance with Art. 22 of the Visa Code (Art. 25 (1)(a)(ii) of that same Code).

- **The scope of the duty to state reasons of a visa refusal (§ 34-47)**

As it has been recalled, the authority refusing a visa to the applicant has the duty to substantiate the reasons for refusal. To reaffirm the importance of the duty to state reasons for visa refusal, the Court relies on the right to a good administration as a general principle of the EU (§34 referring to [PI](#), C-230/18) and on the caselaw on the effectiveness of the judicial review guaranteed by Article 47 (§43 [Heylens and Others](#), 222/86, EU:C:1987:442 and [ZZ](#), C-300/11, EU:C:2013:363). As recalled by Advocate General Pikamäe, Article 47 might be given a more limited scope provided that the limitation does not amount to disregarding the essence of the right (§50 of his [opinion](#), EU:C:2020:679). It follows from the fundamental right to an effective remedy that an applicant who is refused a visa because of an objection raised by a Member State on one of the grounds referred to in Article 32(1)(a)(vi) must be able to ascertain the *specific* ground for refusal underlying the decision as well as the identity of the Member states which objected to the issuing of the visa (§46).

- **The scope of the judicial review of the decision of refusal (§ 48-55)**

In order for the judicial review to be effective, the applicant must not only be able to ascertain the reasons upon which the decision on the visa was taken, but also have full knowledge of the relevant facts surrounding the visa denial to make the appeal against the visa refusal possible and, ultimately, to decide whether there is any point in appealing (§43).

Additionally, the respect of the duty to state reasons is also functional to put the Court in a central position to review the legality of the decision (§ 43). The obligation for Member States to guarantee a right to an effective remedy against a decision refusing a visa, within the meaning of Article 47 of the Charter, means that the judicial review of that decision cannot be limited to a formal examination of the grounds set out in Article 32(1) of the Visa Code. For these reasons, the review must also cover the legality of that decision, considering all of the elements in the file, both factual and legal, on which the competent national authority based that decision (§48). Since the competent national authorities have broad discretion in examining visa applications, the judicial review of that discretion is limited to ascertaining whether the visa refusal decision is based on a sufficiently solid factual basis and verifying the absence of a manifest error (§49, by analogy, [Fahimian](#), C-544/15, EU:C:2017:255, §45 and 46).

The Court drew a distinction between the review carried out by the courts of the Member State which adopted the final decision refusing a visa (in the case at stake: the Netherlands), which is limited to the examination of the legality of *that* decision, and, the review of the merits of the objection to the issuing of a visa raised by another Member State (in the case at stake: Hungary and Germany) in the context of the prior consultation procedure, which is for the national courts of that other Member State to carry out.

As for the first point, the legality of the final decision to refuse a visa is limited to the control over the correct implementation of the procedure of prior consultation of central authorities of other Member States carried out by the Member States refusing the issuing of the visa. The domestic court should check whether the applicant was correctly identified as the subject of an objection as well as the respect of procedural guarantees, such as the obligation to state reasons (§51). To the contrary, that court cannot review the substantive legality of the objection by another Member State (in the cases at stake: Hungary and Germany). It stems from Article 47 of the Charter that the visa applicants have the right to challenge the objection to the issuing of a visa (§52). If the Visa Code leaves procedural autonomy to Member States, the Court states that it is for the Member State which adopts a final decision refusing a visa to indicate the authority which the applicant may contact to ascertain the remedies available in that other Member State (§52) and to establish procedural rules which help to ensure that the rights of defence and the right to an effective remedy of visa applicants are guaranteed (§52).

The Court only lists possible mechanisms to ensure the right to an effective remedy, such as a request for information to the competent authorities of the Member States that objected to the issuing of a visa, as well as the possibility for those authorities to intervene in the appeal procedure under Article 32(3) of the Visa Code or any other mechanism that will ensure that the appeal brought by those applicants cannot be dismissed definitively without them having had the practical possibility of exercising their rights (§54).

This decision complexifies the system of appeal against visa refusal and places a certain burden on the visa applicant, similarly to the case of [Vethanayagam](#) (as underlined by Advocate General Pikamäe, § 132). The visa applicant, which in principle has no ties with the objecting Member State (and might very well have no knowledge of the language, the legal system, or the procedures) will have to deal with the authorities of two Member States, the one refusing the visa and the one objecting (see also [expert opinion](#), p. 18).

Conclusion

This case note is an occasion to reflect on the evolution of the effective remedy against visa refusal. If it is true that the Visa Code has removed visa rules from the broadest discretion, the interpretation of the Court of Justice, particularly with regards to the Member State responsible for the appeal and the scope of the judicial review, appears somewhat severe towards the visa applicants.

A Member State's objection to the issuing of a visa is not a veto, as is demonstrated by the fact that Member States are free – although exceptionally – to issue visa with limited territorial validity. When objections are raised by other Member States those should be substantiated and allow the applicant to challenge them in a manner that is consistent with the right to an effective remedy.

C. Suggested Reading

To read the case:

CJEU, Judgment, 24 November 2020, [RNNS and KA](#), Joined cases C-225/19 and C-226/19, EU:C:2020:951

[Opinion of the Advocate General Pikamäe](#), delivered on 9 September 2020, *RNNS and KA*, Joined cases C-225/19 and C-226/19, EU:C:2020:679

Case law:

CJEU, judgement of 24 November 2019, [Vethanayagam](#), C-680/17, EU:C:2019:627

[Opinion of Advocate General Sharpston](#), delivered on 28 March 2019, *Vethanayagam*, C-680/17, EU:C:2019:278.

CJEU, judgment of 13 December 2017, [El Hassani](#), C-403/16, EU:C:2017:960;

CJEU [GC], judgment of 4 April 2017, [Fahimian](#), C-544/15, EU:C:2017:255;

CJEU, judgment of 19 December 2013, [Koushkaki](#), C-84/12, EU:C:2013:862.

Doctrine:

J.-Y. CARLIER and L. LEBOEUF, [Droit européen des migrations](#), *Journal de droit européen*, 2020, p. 134

F. GAZIN, [Droit à un recours effectif](#), *Europe*, 2019, no 10.

G. RENAUDIERE, [La décision de refus de visa : une autonomie procédurale encadrée](#), *Cahiers de l'EDEM*, June 2019;

K. EISELE, [Public Security and Admission to the EU of Foreign Students: Fahimian](#), 2018, *Common Market Law Review*, 55, p. 279-294

D. TRAJILOVIC, [Refus de visa pour études en raison d'un risque élevé de collectes d'informations confidentielles](#), 10 avril 2017, www.ceje.ch

M. DI FILIPPO, [Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea](#), 2018, M.C. Amato et alia (eds.), *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, Giappichelli, 2018, ISBN 9788892117747;

S. PEERS, [Do potential asylum - seekers have the right to a Schengen visa?](#), *EU Law Analysis*, 20 January 2014.

Resources:

Migration Law Clinic of the VU University Amsterdam, Expert opinion "[Access to legal remedies against a visa refusal based on an objection of another Member State](#)", April 2019

To cite this contribution: E. FRASCA, "No objection without substantiation? The visa applicant's right to an effective remedy in the case of consultation procedures", *Cahiers de l'EDEM*, December 2020.

2. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 27 OCTOBER 2020, *M.A. V. BELGIUM*, APP. N° 19656/18

The two faces of the moon of a decision condemning the 2017 cooperation between Belgium and Sudan

Marion de Nanteuil

A. Facts and Ruling

In September 2017, Belgium's Secretary of State for Asylum and Migration Théo Francken welcomed in Brussels a Sudanese delegation, mainly composed of members of the National Intelligence and Security Service (NISS), the Sudanese secret services. The purpose of the mission was to identify Sudanese nationals who were illegally staying in Belgium, issue valid travel documents, and repatriate them to Sudan. On 13 October 2017, the applicant, who was among the Sudanese nationals identified by the mission, was forced to board a plane to Khartoum by the Belgian authorities.

Three years later, in the case of *M.A. v Belgium*, the European Court of Human Rights (ECtHR) found that Belgium violated Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) as it failed to assess the applicant's risks to be exposed to inhumane and degrading treatment and/or torture if he was returned to Sudan. The Court also found that Belgium was in breach of Article 13 ECHR in conjunction with Article 3 because the applicant's deportation to Sudan rendered ineffective the remedy he used to prevent it.

1. Domestic proceedings

The applicant, M. A., is a Sudanese national allegedly originating from South Kordofan, a region of Southern Sudan that has been at war since 2012. He had entered Belgium illegally at an unknown date, with the intention of reaching the United Kingdom. In August 2017, after he had been issued with several orders to leave Belgian territory, he was transferred to a detention centre for illegal migrants pending his removal.

On 21 August 2017, the applicant shared with the detention centre's staff that he was wanted in Sudan and that he feared ill-treatments if he went back to his country of origin. On 6 September 2017, he filed an application for asylum in Belgium. On 11 September 2017, he withdrew the application after he learned, through the media, that Belgium was about to cooperate with Sudanese authorities in order to identify and repatriate Sudanese nationals who had illegally entered Belgium. On 27 September 2017, members of the Sudanese delegation interviewed the applicant. He claims that he was left alone, without the assistance of a lawyer or a representative of the Belgian authorities. Following this meeting, he received a travel document to return to Sudan.

He filed a petition for release before the tribunal of first instance of Leuven on 11 October 2017 with the assistance of a lawyer. While he was informed that his case would be examined by the court on 17 October 2017, on 12 October 2017 he was notified that he would be repatriated to Sudan on 13 October 2017. On the basis of [Article 584 of the Belgian Judiciary Code](#), which allows presidents of tribunals of first instance to adjudicate unilateral procedures in cases of emergency, he immediately

filed a unilateral request in front of the President of the first instance tribunal of Brussels (Dutch-speaking section). He sought to obtain the suspension of his deportation pending the judgment of the tribunal of Leuven. Although the executive order by the President of the Brussels tribunal prevented the Belgian authorities from expelling M.A. to Sudan pending a final decision on his detention, he was forced to board a plane to Khartoum on 13 October 2017. Before leaving, he was persuaded to sign a document in which he declared that his return was voluntary.

2. The reasoning and judgment of the Court

In his application to the ECHR filed on 13 April 2018, M.A. claimed that – by deporting him to Sudan without an appropriate assessment of the risks of ill-treatment he would face upon return and following his identification by a Sudanese governmental delegation – Belgium had violated its obligations under Article 3 of the European Convention on Human Rights. He also claimed that he was deprived of an effective remedy in violation of Article 13. Finally, he argued that Belgium had breached his rights guaranteed under Article 6§1 and that his detention was incompatible with Article 5.

This contribution is limited to discussing the reasoning of the Court in relation to the alleged breaches of Article 3. In that respect, a review of the Court's reasoning from the standpoint of the risk assessment obligation is first provided *(i)*. The approach taken by the Court to the question linked to the identification mission is then briefly exposed *(ii)*.

i. On the assessment of the risks of suffering treatments contrary to Article 3 ECHR in the event of return to the country of origin

The Court first examined whether the Belgian authorities respected the procedural obligations under Article 3 and whether they appropriately assessed the risks of ill-treatment that the applicant would face in case of expulsion. Importantly enough, it stressed that the fact that M.A. had withdrawn his asylum application did not, in any case, relieve Belgium from carrying out the assessment stemming from that obligation (para 86).

In light of the general principles established in its previous case-law on deportation, the Court reaffirmed that the applicant has the responsibility to bring forward evidence that they would face a real risk under Article 3 in the event of their deportation, and that the government is responsible for dispelling any doubts as to these allegations (*Saadi v Italy*, para 129; *J.K. and others v Sweden*, para 91). However, the Court underlined that the burden of proof of all the relevant facts actually lies on both the applicant and the immigration authorities (*J. K. and others v Sweden*, paras 91-96). Accordingly, the Court reiterated that, while applicants are responsible for substantiating allegations of individual risks (para 81), their particular vulnerability and the absolute nature of Article 3 entail that national authorities must carry out an assessment of that risk on their own initiative when facts relating to a specific individual that could expose them to ill-treatment are brought to their attention (*F.G. v Sweden*, para 127). Finally, it reinstated that the responsibility of collecting information on the general situation in a country lies with the immigration authorities (paras 77 to 82).

In applying these principles to the facts of the case, the Court first considered whether M.A. sufficiently substantiated his allegations that he was individually at risk of facing ill-treatment if he returned to Sudan. In that regard, the Court examined whether he was given a sufficient opportunity

to demonstrate that risk (paras 88 and 92; *case of Ilias and Ahmed v Hungary*, para 148). It observed that the applicant had expressed his fears on several occasions (paras 85 and 92). Further, it stressed that the rules concerning the burden of proof should not render the applicant's rights under Article 3 ineffective, and that practical obstacles that the applicant may have met in acceding to the asylum procedure should be taken into account (para 95; *J. K. v Sweden*, para 97). Thus, the Court rejected Belgium's argument that the applicant had failed to provide sufficient information as to his personal situation. It pointed out that M.A. was deprived of the procedural safeguards necessary to seek international protection in Belgium and to explain his personal situation or the risks that he would face in case of deportation to Sudan: *inter alia*, he only received information about his detention but not about the asylum procedure and about the remedies against expulsion (para 97); he was assisted by a lawyer at a very late stage; he was only asked general questions about the risks he was facing, with no reference to his region of origin, his ethnic origin or the reasons why he left Sudan (para 102). The Court concluded that procedural framework's shortcomings, combined with the context of mistrust that was caused by the allegations that Belgium was cooperating with Sudanese authorities (paras 100 and 103), amounted to serious obstacles that prevented the applicant from substantiating his individual risk (para 96).

Second, regarding the general situation in the country concerned – which must be established *proprio motu* by the national immigration authorities (para 82) – the Court considered that Sudan's poor human rights record was widely known, particularly concerning the region of South Kordofan where M.A. claimed he originated from. Consequently, the Belgian authorities could not have ruled out the existence of a real risk of ill-treatment for the applicant (para 89). The Court added that the fact that the domestic asylum authorities (*Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides*) established *post-factum* that M.A. was not at risk of ill-treatment did not, in any case, retrospectively absolve Belgium from carrying out a thorough examination of that risk beforehand (para 91; *Ilias and Ahmed v Hungary*, para 137).

In light of these considerations, the Court concluded that the manner in which the Belgian immigration authorities conducted the assessment of the risk of ill-treatment faced by the applicant did not satisfy the procedural obligations required by Article 3 ECHR. Indeed, the procedural shortcomings prevented M.A. from substantiating his fears of ill-treatment, and the general situation in Sudan was disregarded (para 104).

ii. On whether the meeting between the applicant and the identification mission exacerbated the risk of being subject to ill-treatment upon return to Sudan

The Court briefly brushed over the thorny question of the identification mission in six paragraphs (paras 106-112). It asserted that the organisation of an identification mission with representatives of the country of origin with the aim of issuing travel documents to their nationals is not contrary to the Convention *per se* (para 107). However, the Court found that the identification of M.A. was not conducted in accordance with the procedural guarantees under Article 3. Indeed, the risk of ill-treatment to which M.A. was exposed was not priorly assessed, the applicant had not been informed of the interview beforehand and he was left without the assistance of a lawyer or of a Belgian immigration officer (para 110).

B. Discussion

The *M.A. v Belgium* judgment should be welcomed in that it grants significant importance to the vulnerability of irregular migrants and asylum seekers (particularly if held in detention), and it endorses the strengthening of procedural duties that national authorities shall carry out **(1)**. However, this contribution also contends that the Court missed the opportunity to take a more radical approach towards identification missions from the migrants' country of origin **(2)**.

1. On the bright side: an ever-greater responsibility to investigate for State authorities

The decision of the Court in *M.A. v Belgium* fits into a general trend of the European courts to gradually give more significance to the vulnerability of migrants and asylum seekers, and to apply the rules on the burden of proof with more flexibility. The ECtHR's starting point remains unchanged: applicants are primarily responsible for presenting evidence that there are substantial grounds to believe that they would suffer treatments contrary to Article 3 in case of deportation (*Saadi v Italy*, para 129; *F. G. v Sweden*, para 120 ; *J.K. and others v Sweden*, para 91). However, it also has a tendency to strengthen the duties of risk assessment relying on State authorities in light of their positive obligations under Article 3 ECHR.

It is interesting to observe, through the recent case-law of the ECtHR and of the Court of Justice of the EU, how a greater responsibility to investigate risks under Article 3 has shifted onto immigration bodies. One of the landmark cases of the ECtHR in that matter is the 2012 decision in *Singh and others v Belgium*. The Court had condemned Belgium for failing to conduct a thorough examination of the claims under Article 3 that were put forward by the applicants (paras 88 and 103). While Belgium had limited its assessment to considering that some documents produced by the applicants lacked credibility and consequently dismissed them, the Court ruled that the State should have actively taken measures to verify the authenticity of the certificates. Following a similar reasoning in the case of *M.M. v Ireland*, the CJEU reached the conclusion that it is the responsibility of the national authorities to actively examine whether the evidence provided by the asylum seekers actually meets the conditions required to grant international protection (paras 69-70).

The ECtHR seems to go even further in *M.A. v Belgium*. On the one hand, the Court confirms its interpretation in the case in *F.G. v Sweden*, whereby it asserted that as soon as immigration authorities are informed of individual facts that could expose the applicant to a risk of ill-treatment, they must evaluate that risk *proprio motu* (para 81).

On the other hand, the Court continues to sharpen the risk assessment responsibility and to place increasingly specific obligations on immigration authorities. Thus, the Court considered that asylum seekers must be given full and detailed information, in their own language, about the asylum procedures and the available judicial remedies (para 97); that national authorities cannot limit their questions about the general situation in the country but must inquire about the region of origin, the ethnic origin and the specific reasons for leaving the country (para 102).

These decisions, and particularly *M.A. v Belgium*, reveal a significant strengthening of the burden of proof lying on State authorities, even with regard to individual situations. They recognise that domestic authorities are in a better position to investigate allegations of risk of ill-treatment than an individual who was forced to flee and who landed, often in a situation of deprivation, in a foreign

country. Accordingly, Courts shift the responsibility of the proof onto national immigration bodies to collect and process the information available about the general situation in the country at hand, as well as to adequately verify the elements put forward in support of individual allegations (see [Nansen note](#), at 7 and [UNCHR's note on burden of proof in refugee claims](#), at para. 6).

2. *On the dark side: an unwelcome indulgence towards dictatorship's missions of identification*

Inviting a foreign governmental delegation in order to identify and eventually expel irregular migrants is a widespread practice. When the scandal about the Sudanese delegation hit Belgium, media [reported](#) that France, Germany and the Netherlands had also worked with Sudan towards the same objective. Such practices have sparked vivid criticism, and rightly so, for they reveal large-scale strategies of cooperation with repressive governments, at the expense of migrants' human rights. By way of example, it was recently made public that Switzerland had concluded a [secret agreement](#) with China in 2015, whereby Chinese experts are tasked with identifying irregular Chinese nationals on the Swiss territory.

Regarding the case of Sudan, it is widely known that the government, and especially the NISS, have been responsible for serious and widespread human rights violations. Sudan's leader at the time, Omar Al-Bashir, was (and still is) under an [ICC arrest warrant for crimes against humanity in Darfur](#). The dangers that cooperation with Sudanese authorities entail have been abundantly pointed at (see, *inter alia*, [here](#) and [here](#)). With these elements in mind, it is therefore rather surprising that the Court took such a lenient approach to the issue of a national delegation of a country renowned as a [dictatorship](#) that was allowed to interact, unsupervised and undisturbed, with the same people who fled that dictatorship.

Indeed, it was – to our knowledge – the first time that the question of identification missions was brought before the Court ruling on the merits. Yet, it does not provide an in-depth reflection as to their fundamental compatibility with human rights. The starting point of the Court's reasoning is that "*missions of identification with representatives of the origin country's authorities with a view of issuing travel documents to its own nationals is not problematic per se*" (para 107, own translation). This sets the tone: it is only under specific circumstances that an identification mission would conflict with the guarantees of Article 3 ECHR. The fact that the delegation originated from a dictatorship world-widely famous for repressing its citizens and, most importantly, migrants' human rights seems insufficient, for the Court, to consider the practice as raising human rights problems *per se*.

The Court does not address the issue up front but rather focuses on the procedural context in which the meeting between M.A. and the Sudanese delegation took place, which led it to conclude that the procedural guarantees of Article 3 had not been respected. The Court does not take the reflection any further. Rather than being addressed as a separate issue, the identification mission is merely regarded as one obstacle that should be taken into account when discussing the balance of the burden of proof, and is more broadly integrated in the general assessment of whether the procedural guarantees of Article 3 have been respected towards M.A. In the end, paras 106 to 112 do not add much to what has already been examined by the Court.

This contribution contends that the Court missed the opportunity to assess the compatibility of this new and intrusive manifestation of migration management strategy with general principles

applicable to migrants' human rights. On the one hand, it argues that an identification mission coming from a State with a poor human rights record can constitute a novel form of violation of the principle of *non-refoulement* (i). On the other hand, it reflects on the interplay between such a practice and the obligations of due diligence stemming from Article 3 of the Convention (ii).

i. Missions of identification as a potential novel form of violation of the principle of non-refoulement

The principle of *non-refoulement*, enshrined in [Article 33 of the 1951 Geneva Convention on Refugees](#) and in the longstanding case law of the ECHR's since *Soering v the United Kingdom* in relation to Article 3 ECHR in general, entails that [one cannot be removed, directly or indirectly, to their country of origin without an appropriate evaluation of the risks they face from the standpoint of Article 3 ECHR](#). In light of the arguments developed by the tribunal of first instance of Liège (§23 *infra*) and by Amnesty International (§24 *infra*), this contribution argues that the same rule should apply to meetings between a migrant and a delegation from their origin country. By implication, not conducting a thorough assessment of the risks under Article 3 before a confrontation could constitute a violation of the principle of *non-refoulement*.

A case similar to the one of M.A. came before the tribunal of first instance of Liège in October 2017. First on [unilateral application](#) and then on [appeal](#) against the first decision, the jurisdiction explicitly prohibited national authorities from "*identifying the Sudanese [detained in Vottem] with the assistance of a Sudanese mission of identification*" [own translation]. On appeal, the tribunal decided that "*[i]dentification by a delegation coming from a country suspected of breaching Article 3 can only take place after a serious and thorough assessment of the individual situation of the person to be identified, allowing to consider that the risk is not real in the particular case of that person and that the identification will not allow to subsequently subject that person to inhuman and degrading treatment, torture or worse*" [own translation]. The reasoning of the tribunal of Liège is very interesting and is aligned with the absolute nature of Article 3. The domestic court considered that the same guarantees should apply to a mission of identification intervening prior to a repatriation as well as when a State is considering to send an asylum seeker back to a country where they are likely to face ill-treatment.

In their [2018 report on Belgium](#), Amnesty International adopted the same position. They pointed out that meetings between migrants and representatives of the regime that they were escaping can be very dangerous. Accordingly, the NGO recommended that an assessment of the risks incurred from the standpoint of Article 3 be conducted before any confrontation with the mission of identification.

Liège's decisions and Amnesty International's report recognise that inviting a delegation from the country of origin can create a situation similar to sending a migrant back to their country. In both scenarios, they are confronted to the authorities they sought to flee. In the latter situation, States Parties to the Convention have a clear-cut obligation to thoroughly assess the risks under Article 3 before expelling irregular migrants. In line with the reasoning exposed above, it would follow that States Parties' immigration bodies also have the obligation to assess whether a meeting with a mission of identification would create or exacerbate the risk of being subjected to a treatment contrary to Article 3 of the Convention.

Arguably, the following conclusion could be drawn: just as a State Party can be found to be in breach of Article 3 for deporting a migrant to a country in which they are likely to face ill-treatment (as was decided by the ECHR in *Soering v UK* and *M.S.S. v Belgium and Greece*, and followed by the CJEU in *N.S.*), similarly, bringing in an identification mission when the person to be identified is at serious risk of facing inhuman and degrading treatment upon return could lead to a violation of Article 3. In that view, the obligation of assessment would intervene at an earlier stage than that of the decision on deportation. In addition, the appreciation would concern two distinct questions: on the one hand, the existence of a risk upon return and whether a confrontation creates or exacerbates that risk; on the other hand, the risks of ill-treatment that migrants would face during the confrontation itself.

The Court reached the conclusion, *in casu*, that the conduct of the mission did not respect the procedural guarantees required by Article 3 and eventually holds Belgium accountable on that count. However, it is regrettable that the Court did not condemn repressive governments' missions of identification, or at least set clear safeguards for their implementation. Arguably, such a soft decision risks depriving the protections guaranteed under international human rights and refugee law of their *effet utile*. What is the point of fleeing a country where one risks persecution, if only to be then surrendered to their national authorities in the foreign State where they sought refuge?

ii. Missions of identification as a practice irreconcilable with human rights due diligence obligation

This contribution is also of the view that the Court missed the opportunity to assess the practice of identification missions in light of obligations of due diligence lying on States when there are no fully-fledged readmission agreements in place. Applied to the context of human rights, obligations of due diligence entail that States take “all reasonable steps to prevent or avoid a risk of human rights violations occurring”.

As has been hinted above, the EU and its Member States have been developing increasingly restrictive migration policies, to a large extent through extraterritorial support (what [Carla Ferstman](#) calls “policies of non-entrée”). Applied to the context of migration, due diligence obligations entail that the EU and its Member States conduct prior assessments of whether or not cooperation with third States risk resulting in human rights violations.

Obligations of due diligence in the context of migration have been, to a certain extent, formalised at the EU level. Thus, the [EU Fundamental Rights Agency](#) recommends that “when operational cooperation with a third country is envisaged which may involve the interception of migrants and/or their disembarkation in a third country, EU Member States should conduct a careful assessment of the human rights situation in that country”. This recommendation can be transposed, *mutatis mutandis*, to cases where an EU State invites a third State delegation which may result in the deportation of migrants. However, it appears from the factual evidence of the case of *M.A.* that the cooperation between Belgium and Sudan was left to informal and non-transparent arrangements (see [Amnesty International's declaration of 30 January 2018](#)), and that the human rights situation in Sudan was not taken into account. On the contrary, it was wilfully ignored.

Within the framework of the ECHR, due diligence obligations fall into the concept of positive obligations. It is of constant case-law that Article 3 of the Convention implies such obligations, which require that States “take certain steps to protect persons within their jurisdiction from grave harm

or suffering” (*Valiuliené v Lithuania*, para 75). The Court had all the tools at its disposal to appreciate that particular practice of third States cooperation in light of the positive obligations stemming from Article 3 in the context of migration. Yet it remained blatantly silent about it. Had it seized the occasion, it would have reached the conclusion that bringing in an identification mission composed of representatives of a country like Sudan is irreconcilable with the obligations of due diligence lying on States Parties. Indeed, this duty means that States must avoid risks of human rights violations when they knew or ought to have known that there were insufficient guarantees protecting the migrant. Therefore, Belgium’s attitude towards Sudanese migrants in 2017 is poles apart of what was reasonably expectable from the State and should have been sanctioned as such by the Court.

3. Conclusion: an ambivalent decision

Although the decision of the Court in *M.A. v Belgium* should be welcomed as a positive because it condemns Belgium for its practices of cooperation with Sudan in 2017, it must also be greeted with caution. Indeed, this analysis of the reasoning of the Court has shown that it does not formally condemn recourse to identification missions from origin countries with poor human rights records. This contribution has argued that such a cautious decision risks having a detrimental impact on the human rights of migrants and depriving the regime of international protection of its *effet utile*.

The case of *M.A. v Belgium*, and in particular the issue of identification missions, raises an array of other questions that could not be addressed here, but that are of relevance to a broader reflection on increasingly restrictive European migration policies. In particular, issues concerning data protection and the right to private life: M.A.’s personal data was shared with Sudanese authorities without his consent and before any assessment of his protection needs was conducted. Another striking problem is the increasing secrecy in which this kind of practices take place, on the margin of legal frameworks. Except with regard to foreigners detained for committing a crime or a felony (15 December 1980 Act, Article 74/8), we were unable to find in the Belgian legal framework any rules organising cooperation with authorities of the origin country for the purpose of identification.

“*Demander l’asile, c’est demander à être protégé contre des persécutions et à ne pas devoir retourner dans un pays où on se sait en danger*”. It is also seeking protection against being tracked down by the perpetrators of the persecutions on the very territory where one expected to find a safe shelter.

C. Suggested Reading

To read the case: ECtHR, 27 October 2020, *M.A. v Belgium*, Application No. 19656/18.

Case law:

ECtHR, 7 July 1989, *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88.

ECtHR, 28 February 2008, *Saadi v Italy*, Application No. 37201/06.

ECtHR, 2 October 2012, *Singh and others v Belgium*, Application No. 33210/11.

ECtHR, 26 March 2013, *Valiuliené v Lithuania*, Application No. 33234/07.

ECtHR, 23 March 2016, *F.G. v Sweden*, Application No. 43611/11.

ECtHR, 23 August 2016, *J.K. and others v Sweden*, Application No. 59166/12.

ECtHR, 21 November 2019, *Ilias and Ahmed v Hungary*, Application No. 47287/15.

Doctrine:

M. CROWTHER et M. PLAUT, "Sudan and the EU: Uneasy Bedfellows", in VAN REISEN M, MAWERE M, STOCKMANS M & GEBRE-EGZIABHER, K.A. (eds), *Mobile Africa: Human Trafficking and the Digital Divide*, Bamenda, Cameroon: Langaa Research & Publishing CIG, 593-629.

C. FERSTMAN, "Human Rights Due Diligence Policies Applied to Extraterritorial Cooperation to Prevent "Irregular" Migration: European Union and United Kingdom Support to Libya", *German Law Journal*, April 2020.

E. FRASCA, "M.A. v. Belgium: the (in)voluntary return of a Sudanese migrant and the dangers of informal migration cooperation with third countries", *Strasbourg Observers*, 3 December 2020.

L. LEBOEUF, "Cour eur. D. H., 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique*, req. N° 33210/11. Le manque du demandeur d'asile à son devoir de coopération ne dispense pas d'un examen complet des griefs défendables tirés de l'article 3 CEDH", *Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen*, 23 June 2017.

N. MAVRONICOLA, "Positive Obligations in Crisis", *Strasbourg Observers*, 7 April 2020.

NANSEN, the Belgian refugee council, « Evaluation de la preuve en matière d'asile : l'actualité depuis l'arrêt *Singh et autres c. Belgique* », *Nansen Note 2018/3*.

S. NICOLOSI, "F.G. v Sweden: fine-tuning the risk assessment in asylum claims", *Strasbourg Observers*, 4 April 2016.

[Rapport final de la Commission chargée de l'évaluation de la politique du retour volontaire et de l'éloignement forcé des étrangers](#), présidée par le professeur émérite Marc BOSUYT, présenté à la Ministre de l'Asile et de la Migration le 15 septembre 2020.

S. SAROLEA et J.-Y CARLIER, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.*, 2011, at 353-358.

To cite this contribution: M. DE NANTEUIL, "The two faces of the moon of a decision condemning the 2017 cooperation between Belgium and Sudan", *Cahiers de l'EDEM*, December 2020.

3. COUR D'APPEL BRUXELLES (FR), 5 MARS 2020, N° 2020/KR/60

La reconnaissance d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie : un grand pas en avant

Laura Cools

A. Arrêt

1. Contexte

Entre 2013 et 2017, 400 à 500 Belges seraient partis à l'étranger pour rejoindre l'Etat Islamique (EI), y inclus des mineurs. Il est également estimé que 105 enfants sont nés en Syrie et en Iraq d'un parent belge. Suite à la défaite de l'EI, plusieurs milliers de djihadistes¹ européen(ne)s et leurs enfants sont détenus dans les camps de Roj et d'Al-Hol en Syrie, gouvernés par les autorités kurdes. Les chiffres les plus récents suggèrent qu'à ce moment précis, il y a toujours au moins 38 enfants nés d'un parent belge détenus dans ces camps. Selon plusieurs observateurs, les conditions de vie y sont épouvantables (pénurie d'eau, risque de propagation des maladies, surpopulation énorme, insuffisance de nourriture, d'installations sanitaires, et d'aide médicale ou psychologique). Les enfants n'y reçoivent aucune éducation et souffrent de malnutrition, de pneumonie et de diarrhées à grande échelle. D'après la Croix-Rouge, la situation y est « apocalyptique ».

A plusieurs reprises et de manière constante, les autorités kurdes qui contrôlent les camps, ont adressé un appel aux Etats européens afin qu'ils rapatrient leurs ressortissants. Ces derniers se montrent très réticents à l'égard des demandes de rapatriement. Cela soulève la question de l'existence d'un droit à l'assistance consulaire, et en certains cas, d'un droit au rapatriement, dans le chef des « djihadistes » européen(ne)s, ou au moins dans le chef de leurs enfants. En décembre 2017, le gouvernement belge a pris position en faveur du rapatriement automatique des enfants belges de moins de 10 ans (dont le lien de filiation était démontré au moyen d'un test A.D.N.). Toutefois, ayant rapatrié seulement 6 orphelins (et depuis cette semaine aussi un enfant qui était détenu avec sa mère), l'Etat belge ne démontre pas avoir entrepris la moindre action afin de faire bénéficier des enfants belges détenus avec l'un de leur parent dans les camps du nord-est syrien, de mesures similaires².

Entretemps, la question du rapatriement des enfants des camps syriens a également été posée à la Cour européenne des Droits de l'Homme et au Comité des droits de l'enfant³ dans des affaires toujours pendantes (voir *infra*, partie B.3.).

¹ La présente note n'entend pas discuter ce terme. Au-delà de la qualité que les personnes concernées revendiquent ou qui leur est imputée, la notion de djihadiste pose des questions de qualification en droit, surtout lorsqu'on lui attache des effets juridiques. A défaut de définition et de critères, ce terme englobe de multiples situations sans égard au niveau d'implication des personnes concernées, à la contrainte sous laquelle elles ont agi, ... Pour les besoins de la présente note, il est pris acte de ce que ces personnes sont qualifiées comme telles par les décisions commentées, sans que cela ne fasse l'objet de contestation.

² Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, *JLMB*, 2019, n° 39, p. 1871.

³ Comité des droits de l'enfant, communications 79/2019, 77/2019 et 109/2019 contre la France.

2. Faits et décision en première instance par le juge des référés (civ. Brux. (réf.) – 30/10/2019)

L'affaire discutée concerne les demandes de rapatriement de Syrie introduites par une mère belge, A, en son nom propre et au nom de ses enfants mineurs. En 2015, A s'est rendue en Syrie afin de rejoindre l'Etat Islamique, où elle a donné naissance à son premier fils en 2017. En 2018, après être arrêtés par les autorités kurdes, A. et son premier fils ont été enfermés dans le camp de détention 'Roj' en Syrie, où elle a accouché de son deuxième fils. En septembre 2019, elle a, sans succès, sollicité l'assistance de l'Etat belge en vue de l'organisation de son rapatriement et celui de ses enfants.

Suite au refus de l'Etat belge de procéder au rapatriement, A. a introduit une demande de rapatriement devant le juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles. Il a été jugé que les enfants de A disposent, *prima facie*, d'un droit subjectif à l'assistance consulaire eu égard à leur situation de détresse extrême telle que visée par l'article 78,6° du [Code consulaire](#) belge. Ensuite, la [déclaration du gouvernement belge](#) de décembre 2017 sur le rapatriement automatique des enfants belges de moins de 10 ans et le fait que l'Etat belge a déjà rapatrié d'autres enfants, indiquent que l'Etat n'est pas dépourvu de toute capacité organisationnelle pour organiser une assistance consulaire sur place. Le premier juge estime qu'en l'espèce, les enfants d'A disposent, *prima facie*, d'un droit au rapatriement. Il a condamné l'Etat belge à les rapatrier. Ensuite, en invoquant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie familiale, le premier juge a également ordonné le rapatriement de la maman des enfants mineurs, laquelle ne pouvait pas prétendre à l'assistance consulaire en raison de l'exception prévue dans l'article 83, 2° du [Code consulaire](#), excluant les personnes qui se sont rendues dans une région où sévit un conflit armé. Ainsi, en première instance, l'Etat belge a été condamné à rapatrier A et ses enfants dans un délai de 75 jours, sous peine d'une astreinte de 2000 euros par jour, à l'expiration de ce délai.⁴

3. Décision par la Cour d'appel (Bruxelles (fr) – 5/3/2020)

En appel, la (chambre francophone de la) Cour d'appel de Bruxelles⁵ a réformé cette ordonnance, en considérant les demandes irrecevables dans le chef des enfants et non fondées dans le chef de l'intimée. Cependant, elle s'est penchée sur la question de l'existence d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges résidents en Syrie, ce qui nous permet de tirer quelques conclusions importantes, au-delà de cette affaire, sur la position juridique des enfants belges toujours détenus en Syrie (voir *infra*, partie B.1.).

Par rapport à la recevabilité de l'action formée par A. au nom des enfants, la Cour d'appel a confirmé la décision du premier juge en ce qu'il déclare irrecevable l'action introduite par A. en sa qualité de représentante légale de ses enfants mineurs, par manque de preuve d'un lien de filiation maternelle⁶.

⁴ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, *JLMB*, 2019, n° 39, pp. 1862 – 1878.

⁵ Le même jour, dans une affaire similaire, la Cour d'appel de Bruxelles (fr.) s'est aussi prononcée sur une autre question de rapatriement d'une mère belge et son fils mineur détenus en Syrie. En l'espèce, la Cour est arrivée à la même conclusion que dans l'arrêt discuté, en appliquant un raisonnement similaire, fondé sur le même type d'arguments. Les conclusions tirées dans ce commentaire découlent donc également de ce deuxième arrêt. Voy. : Bruxelles (fr), 5 mars 2020, n° 2020/KR/3, *TJK*, 2020, n° 3, pp. 192 – 194.

⁶ En première instance, le juge des référés a trouvé un moyen à contourner l'irrecevabilité en jugeant que les demandes devraient quand même, dans leur intégralité, être déclarées recevables dans le chef de la mère en son nom personnel, comme elle apparaît *prima facie* comme la mère des deux enfants concernés, et a donc un intérêt personnel et direct à ce que ses enfants puissent bénéficier de l'assistance consulaire et être amenés dans un endroit où leur intégrité physique et

En effet, en vertu de l'article 376 du [Code civil](#) belge, la qualité de représentant légal, ici comme parent (ce qui implique l'existence d'un lien de filiation maternelle ou paternelle), est une des conditions requises pour pouvoir entamer une telle action. En l'espèce, compte tenu du contexte dans lequel les deux enfants sont nés (l'un est né au sein des territoires occupés par l'EI et l'autre dans le camp 'Roj'), A ne dispose d'aucun acte de naissance et le lien de filiation maternelle la liant à ses deux enfants n'a jamais pu être établi légalement. En plus, la Cour remarque que la [déclaration du gouvernement belge](#) de rapatrier ses ressortissants âgés de moins de 10 ans applique seulement aux enfants belges, et qu'en l'espèce, l'on ne saurait déterminer avec certitude la nationalité belge des enfants concernés. Par conséquent, la Cour rend irrecevable les demandes dans le chef des enfants et, contrairement au premier juge, elle analyse sur le fond la demande de A. à titre personnel et non comme représentante légale des enfants.

Quant au pouvoir de juridiction des cours et tribunaux belges, la Cour s'interroge sur l'existence, en général, d'un droit subjectif à l'assistance consulaire. En l'espèce, en raison d'irrecevabilité des demandes dans le chef des enfants de A, la Cour d'appel ne va pas aussi loin que le juge des référés, qui avait reconnu un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants de A. Cependant, elle procède à une analyse générale de l'existence d'un droit subjectif au rapatriement des enfants belges retenus en Syrie. En effet, la Cour commence son raisonnement par soutenir la position du premier juge selon laquelle il existe bien un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges de moins de 10 ans résidents en Syrie (voir *infra*, partie B.1.). A l'égard des enfants belges de 10 ans et plus, la Cour conclut également à l'obligation de rapatriement dans le chef de l'Etat belge, en soulignant que si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation lorsqu'il exerce cette obligation, celui-ci est limité par l'intérêt supérieur de l'enfant (voir *infra*, partie B.1.). Ainsi, la Cour a clairement pris position en faveur de l'existence d'un droit au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie peu importe l'âge.

Quant à l'apparence de droit sur l'assistance consulaire au profit de A (en son nom propre), la Cour confirme le premier juge. L'article 83 du [Code consulaire](#) ne permet pas aux mères de bénéficier d'un droit à l'assistance consulaire à titre personnel. Dans la lignée de la jurisprudence néerlandophone⁷, la Cour estime que les mères ne peuvent pas invoquer l'intérêt supérieur de leurs enfants pour faire valoir dans leur chef propre le droit subjectif à l'assistance consulaire dont leurs enfants bénéficient. Ainsi, la Cour dit la demande de l'assistance consulaire non fondée dans le chef de l'intimée.

Quant à la délivrance de documents, la Cour estime que le droit pour un citoyen de rentrer dans son propre pays n'implique pas à l'évidence une telle obligation positive. A ne dispose pas d'un droit à la délivrance de documents de voyage.

Finalement, quant aux droits conventionnels invoqués (à savoir, notamment l'article 3 de la CIDE et l'article 3 de la CEDH), contrairement au premier juge, la Cour d'appel estime qu'A n'apparaît pas fondée à invoquer ces dispositions conventionnelles, à défaut de pouvoir de juridiction dans le chef de l'Etat belge (voir *infra*, partie B.3.).

psychologique ne sera plus mise en péril. La Cour d'appel cependant, ne suit pas ce raisonnement et rejette la position que les requêtes devraient, dans leur intégralité, être déclarées recevables.

⁷ Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, n° 2019/90/C; Civ. Bruxelles (réf.), 25 février 2020, n° 2020/13/C.

Ainsi, en vue de ce qui précède, la Cour d'appel réforme l'ordonnance du premier juge, et dit les demandes irrecevables dans le chef des enfants et non fondées dans le chef de l'intimée.

B. Éclairage

Cette problématique soulève de nombreuses questions. La première est celle de l'existence d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef d'enfants belges détenus en Syrie (1). Ensuite, rapatrier exclusivement les enfants, après les avoir séparés de leur mère, pose question à la lumière des droits de l'homme et des droits de l'enfant (2). Au-delà de la question de l'existence d'un droit au rapatriement en droit belge, ces affaires questionnent que à l'existence ou non d'obligation positive de rapatrier qui incomberait aux Etats parties à la [Convention Européenne des Droits de l'Homme](#) (CEDH) et la [Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant](#) (CIDE) (3).

1. *Le droit subjectif à l'assistance consulaire en droit belge, implique-t-il aussi un droit subjectif au rapatriement ?*

- *Le droit subjectif à l'assistance consulaire en droit belge*

En droit belge, l'assistance consulaire est régie par le [Code consulaire](#) du 21 décembre 2013. Toutefois, jusqu'à l'entrée en vigueur de [la loi du 9 mai 2018](#), la jurisprudence belge estimait qu'il n'existait pas de droit à l'assistance consulaire, cette dernière devant s'analyser comme une faveur⁸. Cependant, [la loi du 9 mai 2018](#) a inséré dans le [Code consulaire](#) un nouveau chapitre prévoyant l'assistance consulaire aux Belges et aux citoyens de l'Union européenne non représentés dans les situations visées par le nouvel article 78 du [Code consulaire](#), y inclus « la situation de détresse extrême dans laquelle se trouve un Belge » (art. 78, 6°). Le nouvel article 83 du [Code consulaire](#), cependant, y ajoute quelques exceptions. Ainsi, les belges qui se sont rendus dans une région où sévit un conflit armé ne peuvent pas prétendre à l'assistance consulaire (art. 83, 2°).

En l'espèce, dans la lignée d'autres jurisprudences récentes⁹, la Cour d'appel a reconnu que, depuis l'entrée en vigueur de [la loi du 9 mai 2018](#) et à la lumière de ses travaux préparatoires, l'assistance consulaire ne constitue plus une faveur mais bien un droit subjectif que les cours et tribunaux doivent garantir.

- *Vers un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants de « djihadistes » belges ?*

Se pose dès lors la question de savoir si ce droit subjectif à l'assistance consulaire se traduit par un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges détenus en Syrie. Notons d'abord que le rapatriement n'est qu'une modalité d'exécution de l'assistance consulaire et que le titulaire du droit à l'assistance consulaire ne peut pas exiger une certaine modalité d'application¹⁰.

⁸ Voy. e.g. : Civ. Bruxelles (fr.), 16 novembre 2005, n° 162/76/05; Cass. 29 septembre 2017, n° 162/76/05.

⁹ L. De Bruycker, « Het recht op consulaire bescherming vanuit nationaal-, Europees- en internationaalrechtelijk perspectief. Naar een subjectief recht op repatriëring voor kinderen van Syriëstrijders? », note sous Bruxelles, 5 mars 2020, n° 2020/KR/60, *TJK*, 2020, n° 3, p. 206, en référence à : Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, *JLMB*, 2019, n° 39, pp. 1862 - 1878 ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, n° 19/90/C ; Bruxelles (fr.), 9 janvier 2020, n° 2019/KR/39.

¹⁰ *Ibid.*, p. 206.

Par rapport aux enfants belges de moins de 10 ans détenus en Syrie, contrairement à sa jurisprudence antérieure¹¹, la Cour d'appel fait valoir que l'engagement du Gouvernement belge de fin 2017 doit être considéré comme un engagement unilatéral à rapatrier les enfants belges de moins de 10 ans (dont le lien de filiation était démontré au moyen d'un test A.D.N.). Il crée un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants concernés. Ce raisonnement semble justifié par le droit international, en vertu duquel les pouvoirs exécutifs et législatifs d'un état peuvent, par déclaration, créer des obligations unilatérales, pour autant que cette déclaration ait l'intention d'être contraignante et qu'elle soit prononcée publiquement et sans ambiguïté¹². En effet, une communication officielle publique du gouvernement déclarant l'attribution d'un droit de retour automatique aux enfants belges de moins de 10 ans, répond clairement à ces exigences¹³.

De surcroît, la Cour juge qu'en cas de situation de détresse extrême (telle que visée par l'article 78, 6° du Code consulaire belge), si le secours ou la protection sur place par l'autorité locale ou par des associations sont inopérantes, la « possibilité » de rapatriement se mue *prima facie* en une obligation au rapatriement. A l'égard des enfants mineurs de moins de 10 ans, suite à la déclaration du gouvernement belge, aucune nouvelle balance des intérêts n'est justifiée pour vérifier s'il y a lieu de les rapatrier ou non.

A l'égard des enfants belges âgés de plus de 10 ans par contre, la Cour d'appel conclut que l'Etat belge dispose d'une marge d'appréciation lorsqu'il exerce cette obligation. Cette dernière est largement limitée par les droits de l'enfant, à savoir l'article 22bis, §1 et §2 de la Constitution belge et l'article 3, § 1 de la CIDE. Rappelant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁴ et de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵, la Cour d'appel souligne que l'Etat belge doit prendre en considération de manière primordiale l'intérêt de l'enfant lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui réserve le Code consulaire belge¹⁶. La Cour déduit un droit au rapatriement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, si ces deux conditions sont réunies : une situation de détresse extrême et le rapatriement comme seule possibilité d'y échapper.

La Cour d'appel conclut que l'Etat belge doit prendre toutes les dispositions nécessaires qui sont en son pouvoir afin d'organiser le rapatriement des enfants mineurs de nationalité belge et ce, le plus rapidement possible, compte tenu de la situation dramatique prévalant sur place.

Notons que, contrairement à la déclaration du gouvernement belge, la Cour ne semble pas se limiter aux enfants de moins de 10 ans, Ainsi, il suit de cet arrêt que tous les enfants belges toujours détenus en Syrie disposent d'un droit subjectif au rapatriement, quel que soit leur âge.

¹¹ Voy. e.g. : Civ. Bruxelles (nl.), 19 juillet 2018, n° 18/28/C; Bruxelles (nl.), 12 septembre 2018, n° 2018/KR/45.

¹² E. Wauters en J. Wouters, « Moeders en kinderen van Syriëstrijders: over de volkenrechtelijke verplichtingen van de Belgische Staat », TJK 2019, afl. 1, 85, en référence à: M. BOSSUYT et J. WOUTERS, Grondlijnen van Internationaal Recht, *Intersentia*, Bruxelles, 2005, p. 128.

¹³ E. WAUTERS en J. WOUTERS, « Moeders en kinderen van Syriëstrijders: over de volkenrechtelijke verplichtingen van de Belgische Staat », TJK 2019, afl. 1, 85, en référence à: A. Rubin, « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *American Journal International Law*, 1977, n° 71, pp. 1-30.

¹⁴ C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015.

¹⁵ Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Yousef c. Pays-Bas*, § 73 ; Cour eur. D.H., 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, § 71 et 77 ; Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, *Sommerfeld c. Allemagne*, §§ 64 et 66 ; Cour eur. D.H., 28 juin 2007, *Wagner et JMWL c. Luxembourg*, § 119 ; Cour eur. D.H., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, § 135 ; Cour eur. D.H., 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne*, § 63

¹⁶ Voy. e.g. Bruxelles (fr.), 9 janvier 2020, n° 2019/KR/39 ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C.

Limites au droit subjectif au rapatriement

La jouissance de ce droit suppose que la nationalité belge de l'enfant qui veut en bénéficier soit démontrée. Pour qu'un parent « djihadiste » belge puisse introduire devant les juges belges en sa qualité de représentant(e) légal(e) une action de rapatriement de ses enfants mineurs, il est requis que la nationalité belge de ces derniers soit démontrée, ce qui implique la preuve d'un lien de filiation avec un parent belge. La [déclaration du gouvernement belge](#) n'applique qu'aux enfants pour lesquels cette preuve a été rapportée.¹⁷

Ce droit subjectif risque dès lors de rester théorique pour les enfants nés en Syrie étant donné que l'épreuve du lien de filiation avec un parent belge reste un obstacle majeur pour eux (voir *supra*, partie A.3.). Comme soulevé, en l'espèce, par le premier juge, à défaut de pièce de l'état civil admissible au regard du Code de droit international privé, seul le tribunal de la famille est compétent pour reconnaître un tel lien de filiation. Une telle action serait donc un préalable à une autre action. Or, elle peut être longue s'il faut recourir à un test ADN... Le juge des référés aurait pu examiner la question de la filiation au titre de question préalable, épargnant ainsi au moins une procédure.

Cet arrêt est par contre utile pour les enfants nés en Belgique avant d'être emmenés ou enlevés par (l'un de) ses parents en Syrie.

2. Le rapatriement des enfants sans leurs mères versus le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas être séparé de sa mère

N'ayant rapatrié que des orphelins jusqu'à la mi-décembre 2020, l'Etat belge a évité la question du rapatriement conjoint. Le [rapatriement très récent](#) d'un enfant belge qui était détenu dans le camp avec sa mère, ne soulevait pas davantage cette question, puisque sa mère ne voulait pas rentrer en Europe. Selon OCAM, il y a toujours 23 femmes belges enfermées avec leurs enfants dans les camps en Syrie et plusieurs d'entre elles, y inclus l'intimée de l'arrêt discuté, souhaitent être rapatriées avec leurs enfants.

A ce jour, la plupart des Etats européens semblent s'opposer au rapatriement conjoint. Toutefois, la reconnaissance d'un droit au rapatriement dans le chef des mineurs détenus en Syrie sans faire bénéficier leurs mères d'une pareille mesure, conduira forcément à une séparation familiale. Cela pose des questions tant au niveau pratique qu'en ce qui concerne les des droits fondamentaux de l'enfant.

Au niveau pratique, premièrement, l'exécution d'un rapatriement par l'Etat belge nécessite l'accord des autorités kurdes. La Cour d'Appel relève que celles-ci posent comme condition le rapatriement des mères¹⁸. Deuxièmement, même si les autorités kurdes permettaient la séparation des enfants de leurs mères, tout effort de rapatrier les enfants implique la coopération de leurs mères. A cet égard, la perspective d'une séparation imminente peut encourager les mères à cacher les enfants et/ou leurs identités.¹⁹

¹⁷ De Bruycker, *op.cit.*, p. 208.

¹⁸ Bruxelles (fr.), 5 mars 2020, n° 2020/KR/60, *TJK*, 2020, n° 3, p. 189.

¹⁹ S. Mustasaari, « Finnish children or cubs of the caliphate: Jurisdiction and state response-ability in human rights law, private international law and the finnish child welfare act », *Oslo Law Review*, vol. 7, n° 1, p. 43.

Plus fondamentalement, le rapatriement des enfants après les avoir séparés de leur mère peut être constitutif d'une nouvelle violation de leurs droits fondamentaux. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de Bruxelles a déjà jugé qu'une telle séparation violerait, entre autres, l'article 8 de la CEDH et l'article 5 de la CIDE²⁰.

Il s'agit à l'évidence d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant ainsi que de ses parents, droit garanti par l'article 8 CEDH. Selon le deuxième paragraphe de cet article, une telle ingérence peut être autorisée pour autant qu'elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à, entre autres, la sécurité nationale. Cependant, les droits en cause ne devraient pas être limités au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection de l'enfant. Si la mère demeure dans le camp, toute vie familiale sera impossible, les liens entre l'enfant et la mère étant irrémédiablement rompus²¹. Une telle ingérence requiert une appréciation rigoureuse et individuelle, en tenant dûment compte des circonstances spécifiques ainsi que de tous les intérêts en jeu. Un conflit surgit entre l'intérêt de l'état à préserver la sécurité nationale et l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas être séparé de sa mère, son seul point de repère stable.

En l'espèce, le juge des référés a jugé que la nécessité de préserver la sécurité nationale n'apparaît pas *prima facie* pouvoir prévaloir sur l'intérêt supérieur des deux enfants de ne pas être séparés de leur mère lors du rapatriement. Selon la Cour d'appel, il reviendra à l'Etat belge d'apprécier si l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant requiert, ou non, dans les circonstances particulières de chaque cas, le rapatriement de leur mère également. En l'espèce, le premier juge a réalisé cette balance entre les intérêts des enfants mineurs et les intérêts de l'Etat belge et a considéré que les premiers prévalaient sur les seconds au regard du « contexte traumatisant dans lequel [ils] ont dû vivre depuis leur naissance, contexte dans lequel leur mère a constitué le seul point de repère stable et la seule source d'affection. Les séparer de leur mère serait, incontestablement, constitutif, dans leur chef, d'un nouveau traumatisme qui viendrait encore s'ajouter à tout ce qu'ils ont déjà vécu »²².

Toutefois, ceci n'est peut-être pas généralisable²³. Pensons par exemple à l'hypothèse d'une mère très radicalisée. En ce cas particulier, la jurisprudence pourra estimer que l'intérêt de l'état à préserver la sécurité nationale pèse plus lourd et que séparer l'enfant d'une personne extrémiste rencontre son intérêt supérieur. En outre, l'article 5 de la CIDE prévoit qu'un enfant ne puisse pas être séparé de ses parents contre leur gré, sauf si cette séparation est nécessaire dans son intérêt supérieur. L'article 20 de la CIDE prévoyant le droit à une protection et une aide spéciale de l'Etat à tout enfant qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans son milieu familial, semble également suggérer qu'une séparation de l'enfant et sa mère peut être justifiée si cela est dans l'intérêt (supérieur) de l'enfant. Ces dispositions sont souvent invoquées par ceux qui s'opposent au rapatriement conjoint. Mustasaari y voit un « abus des droits de l'homme » par les responsables politiques, utilisant les droits fondamentaux comme couverture pour des décisions politiques déjà

²⁰ Bruxelles (nl.), 12 septembre 2018, n° 2018/KR/45.

²¹ S. Mustasaari, *op.cit.*, p. 43.

²² Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, JLMB, 2019, n° 39, p. 1875.

²³ Dans une décision de 11 décembre 2019 par exemple, le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a ordonné en référé à l'Etat belge, de rapatrier 10 enfants en Belgique, sans leurs mères respectives (Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, n° 2019/90/C).

prises²⁴. Certains soutiennent avec force que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être détourné pour servir d'autres intérêts²⁵.

3. Quant au pouvoir de juridiction de l'Etat belge / des états d'origine européens dans les camps en Syrie

Enfin, au-delà de la question de l'existence d'un droit subjectif au rapatriement en droit belge, se pose la question de savoir si un tel droit peut être dérivé des droits de l'homme et de l'enfant. A cet égard, il convient de s'interroger sur l'application extraterritoriale de la CEDH et de la CIDE, afin de déterminer si les Parties signataires sont tenues de respecter les droits garantis au-delà de leurs frontières, et notamment dans les camps de détention en Syrie.

Dans le cadre limité du présent commentaire, nous ne pouvons pas traiter cette question compliquée en profondeur. Nous fournissons toutefois quelques éléments de réflexion.

Eu égard aux circonstances factuelles et à l'état présent de la jurisprudence strasbourgeoise sur l'application extraterritoriale de la CEDH, exigeant l'exercice d'un contrôle effectif sur le territoire ou sur les individus concernés, il semble difficile à établir l'exercice d'une juridiction extraterritoriale des Etats parties sur leurs ressortissants détenus dans les camps en Syrie. Toutefois, la juridiction des Etats européens pourrait être retenue si la Cour européenne des droits de l'homme concluait à sa compétence en cas de contrôle sur la situation en cause²⁶.

En effet, en l'espèce, le juge des référés, a estimé qu'A. et ses deux enfants relèvent de la juridiction de l'Etat belge au sens du premier article de la CEDH (et de l'article 2, §2 de la CIDE), eu égard, entre autres, au fait que l'Etat belge a déjà pu rapatrier quelques ressortissants de Syrie et que les autorités kurdes sont demandeuses des opérations de rapatriement par les Etats européens. En plus, nonobstant le fait que l'Etat belge ne dispose, *prima facie*, d'aucun contrôle effectif sur la zone où se trouve le camp, étant contrôlée par les autorités kurdes du nord-est syrien, l'Etat belge dispose manifestement de la capacité tant décisionnelle qu'organisationnelle de mettre un terme à la situation précaire d'A et ses enfants, et par conséquent d'un certain pouvoir sur la situation. Ainsi, selon le premier juge, l'absence de rapatriement résulte d'une décision de l'Etat belge, et non d'une impossibilité de rendre sur place ou de les ramener en raison du refus des autorités locale. En degré d'appel, la Cour réforme le premier juge sur ce point²⁷. Pour arriver à cette conclusion, la Cour remarque que la décision de rapatriement n'appartient à l'Etat belge que dans les conditions et selon les modalités fixées par les autorités kurdes. L'Etat belge ne peut disposer de ses ressortissants et des droits fondamentaux de ceux-ci que dans la mesure permise par les autorités kurdes. L'Etat belge n'exerce pas de contrôle effectif dans le camp, ni sur les individus y détenus, comme requis par l'état actuel de la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour d'appel concède qu'il est bien possible que Cour

²⁴ S. Mustasaari, *op.cit.*, p. 43.

²⁵ Children's Rights Knowledge Centre, « Children's best interests: a discussion of commonly encountered tensions » in Council of Europe (ed.), *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, p. 42.

²⁶ L. Robert, « Enfants de 'djihadistes' retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, n° 120, p. 784.

²⁷ Voy. e.g.: Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, n° 2019/90/C ; Bruxelles (fr.), 9 janvier 2020, n° 2019/KR/39 ; Civ. Bruxelles (nl.), 19 juillet 2018, n° 18/28/C ; Bruxelles (nl.), 12 septembre 2018, n° 2018/KR/45 ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C.

européenne des Droits de l'Homme adapte [une autre approche](#) dans le futur quant à l'application extraterritoriale de la CEDH.

Une [affaire similaire pendante](#) devant la Cour européenne des droits de l'homme pose précisément cette question.

Quant à l'existence d'un droit au rapatriement dérivé de la CIDE, le Comité des droits de l'enfant s'est déjà prononcé, dans une [décision de recevabilité](#), en faveur de l'application extraterritoriale de la CIDE. Le Comité estime que les enfants français qui se trouvent dans les camps gouvernés par les kurdes, relèvent bien de la juridiction française. Un Etat partie à la CIDE est présumé lié par l'obligation positive de protéger les droits de ses enfants nationaux au-delà de ses frontières, même dans les camps contrôlés par un groupe armé non étatique²⁸.

C. Conclusion

L'arrêt discuté, déduisant de notamment le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'existence, en droit belge, d'un droit subjectif au rapatriement de Syrie dans le chef des enfants belges peu importe leur âge, constitue un énorme pas en avant par rapport au sort des enfants concernés. Cela vaut en particulier pour les enfants de plus de 10 ans, qui ne relevaient pas de la [déclaration du gouvernement belge](#) sur le rapatriement automatique des enfants belges de moins de 10 ans. Toutefois, pour les enfants nés en Syrie d'un parent belge il reste difficile à invoquer ce droit, à défaut de l'épreuve de leur nationalité belge.

Quant au rapatriement conjoint de l'enfant et sa mère, une évaluation, au cas par cas, de tous les intérêts en jeu s'impose.

Finalement, par rapport à l'existence éventuelle d'un droit au rapatriement dérivé de la CEDH ou/et la CIDE, soyons attentifs aux décisions attendues de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'enfant.

D. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Bruxelles (fr.), 5 mars 2020, n° 2020/KR/60, *TJK*, 2020, n° 3, pp. 186 – 191.

Jurisprudence :

Comité des droits de l'enfant, décision de recevabilité, *L.H., L.H., D.A, C.D. et A.F. c. France*, 30 septembre 2020.

Bruxelles (fr.), 5 mars 2020, n° 2020/KR/3, *TJK*, 2020, n° 3, pp. 192 – 194.

Bruxelles (fr.), 9 janvier 2020, n° 2019/KR/39.

Civ. Bruxelles (réf.), 25 février 2020, n° 2020/13/C.

Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, n° 2019/90/C.

Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, *JLMB*, 2019, n° 39, pp. 1862 – 1878.

²⁸ Voy. Sur cette affaire : M. Milanovic, « [Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights](#) », *EJIL:Talk!*, 10 novembre 2020.

Doctrine :

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

J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F. GATTA, S. SAROLEA, [Humanitarian visa: does the suspended step of the stork become a hunting permit?](#), *Cahiers de l'EDEM*, June 2020

L. DE BRUYCKER, « Het recht op consulaire bescherming vanuit nationaal-, Europees- en internationaalrechtelijk perspectief. Naar een subjectief recht op repatriëring voor kinderen van Syriëstrijders? », note sous Bruxelles, 5 mars 2020, n° 2020/KR/60, *TJK*, 2020, n° 3, pp. 194 -210.

M. MILANOVIC, « [Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights](#) », *EJIL:Talk!*, 10 novembre 2020.

T. RENARD et R. COOLSAET, « [Returnees: who are they, why are they \(not\) coming back and how should we deal with them? Assessing Policies on Returning Foreign Terrorist Fighters in Belgium, Germany and the Netherlands](#) », *Egmont Papers*, février 2018, 78 p.

L. ROBERT, « Enfants de 'djihadistes' retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, n° 120, pp. 779 – 796.

E. WAUTERS et J. WOUTERS, « Moeders en kinderen van Syriëstrijders: over de volkenrechtelijke verplichtingen van de Belgische Staat », note sous Bruxelles 12 septembre 2018, n° 2018/KR/45, *TJK*, 2019, n° 1, pp. 80 – 88.

Pour citer cette note : L. COOLS, « La reconnaissance d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie : un grand pas en avant », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2020.