

*Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

*These Commentaries are written by the European 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](mailto: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.

Cette nouvelle version, revue et corrigée, tient compte des évolutions récentes de la jurisprudence et consacre un module spécifique à la protection des migrants et des réfugiés en Afrique, avec la participation des professeurs Amarti (Université Mohamed Ier d'Oujda), Maheshe (Université catholique de Bukavu) et Ben Achour (Université El Manar de Tunis).

Une toute nouvelle **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>

## Sommaire

- 1. Comité des droits de l'enfant, 28 septembre 2020, V.A., au nom de E.A. et U.A. c. Suisse, com. n° 56/2018 – Entendre les enfants migrants et admettre qu'ils sont des sujets du droit de l'immigration, aussi. *Géraldine Mathieu et Sylvie Sarolea* ..... 3**

**Règlement Dublin – vulnérabilité – clause de souveraineté – intérêt supérieur des enfants – droit d'être entendu.**

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

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

*Une décision de transfert Dublin prise à l'égard d'une famille viole la Convention internationale relative aux droits de l'enfant si les enfants n'ont pas été entendus. Les articles 3 et 12 de la Convention exigent qu'une demande de mise en œuvre de la clause discrétionnaire du Règlement de Dublin tienne compte de l'intérêt supérieur des enfants dont le Comité des droits de l'enfant rappelle qu'il doit être une considération primordiale.*

- 2. Cour eur. D.H., 8 décembre 2020, *M.M. c. Suisse*, req. n° 59006/18 – Quand l'ordre public prime sur le droit à la vie privée d'un étranger à éloigner : l'arrêt *M.M. c. Suisse*, une petite pierre qui élargit et complexifie encore l'édifice. *Christelle Macq et Louise Diagre* .....18**

**Article 8 CEDH – Vie privée – Expulsion – Ordre public – Étranger né en Suisse – Condamnation à 12 mois d'emprisonnement avec sursis – Graves infractions sexuelles sur mineur – Risque de récidive – Examen sérieux par les juridictions internes des différents intérêts en jeu – Non-violation.**

*La Cour européenne des droits de l'homme était saisie de la conformité d'une mesure d'expulsion prise par les autorités suisses à l'égard d'un ressortissant espagnol né et résidant en Suisse depuis sa naissance. L'intéressé avait été condamné à douze mois d'emprisonnement avec sursis pour des actes à caractère sexuel commis sur mineurs. Il invoquait la violation de l'article 8 CEDH estimant que la mesure prise à son égard portait atteinte à sa vie privée dès lors qu'elle ne poursuivait pas un but légitime et n'était pas nécessaire dans une société démocratique. La Cour constatant que les juridictions nationales ont effectué un examen sérieux de la situation personnelle du requérant et des différents intérêts en jeu conclut à la non-violation de l'article 8.*

- 3. Cour eur. D.H., 10 décembre 2020, *Shiksaitov c. Slovaquie*, Req. n°s 56751/16 et 33762/17 – La détention irrégulière d'un réfugié en vue de son extradition en raison d'un manque de diligence des autorités nationales. *Mathilde Rocour* .....29**

**Article 5, § 1<sup>er</sup>, f), CEDH – droit à la liberté – détention irrégulière – extradition – manque de diligence des autorités nationales.**

*La Cour européenne des droits de l'homme examine la légalité de la détention préventive ainsi que de la détention dans l'attente d'une extradition d'un réfugié au regard de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), de la CEDH. Appliquant les principes généraux relatifs à cette disposition, la Cour constate que les autorités nationales n'ont pas agi de manière active et diligente lors de la collecte de toutes les informations nécessaires pour instruire le dossier et lors de l'examen des contestations juridiques soulevées par le requérant. La Cour conclut à la violation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), en ce que les motifs de la détention du requérant ne sont pas restés valables pendant toute la période de la détention et que les autorités n'ont pas mené la procédure avec la diligence requise.*

## 1. COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, 28 SEPTEMBRE 2020, V.A., AU NOM DE E.A. ET U.A. C. SUISSE, COM. N° 56/2018

*Entendre les enfants migrants et admettre qu'ils sont des sujets du droit de l'immigration, aussi*

*Géraldine Mathieu et Sylvie Saroléa*

### A. Arrêt

#### 1. Les faits

La requérante est de nationalité azerbaïdjanaise. Elle agit au nom de ses fils mineurs, nés en 2009 et en 2014. Elle rapporte qu'elle-même et son époux sont journalistes et qu'ils ont fui l'Azerbaïdjan en raison des menaces pesant sur les médias d'opposition.

La famille forme une demande d'asile en Suisse. Elle se retrouve fort isolée dans le canton du Tessin. La relation avec les autorités est quasiment inexistante eu égard aux difficultés de communication. La précarité des conditions d'accueil et le stress lié à la procédure affectent fortement la famille, au point de générer un climat de violences conjugales.

Après sept mois d'attente de la deuxième audience, la famille se désiste de sa demande et accepte un rapatriement volontaire. Quelques semaines plus tard, l'époux de la requérante est arrêté et elle-même menacée. Elle indique avoir été observatrice lors de l'élection présidentielle du 11 avril 2018 et avoir dénoncé des irrégularités, ce qui a conduit à des violences de la part des autorités.

Son époux lui conseille de quitter le pays. Un passeur lui fournit un visa italien. La requérante et les enfants reviennent en Suisse en passant par l'Italie. Une nouvelle demande d'asile y est introduite. L'état de santé psychologique de la requérante se dégrade. La famille bénéficie du soutien du milieu associatif.

La requérante se voit notifier une décision de renvoi vers l'Italie sur la base du Règlement « Dublin III ». Le rapport d'une psychologue-psychothérapeute qui suit la famille conclut que le renvoi de la requérante et de ses enfants dans leur pays d'origine ou dans un autre pays ou autre canton Suisse « *porterait un préjudice grave à leur évolution psychique et physique* ».

La décision des autorités suisses relève cependant que la requérante et ses enfants n'ont pas d'attaches particulières en Suisse et que l'Italie dispose d'une infrastructure médicale suffisante. Cette décision est confirmée en degré d'appel.

Devant le Comité des droits de l'enfant, la requérante dénonce l'interpellation de la famille à deux heures du matin aux fins d'exécuter la décision de renvoi. L'exposé des faits devant le Comité précise que « *les agents de police ont montré une photo de renvoi forcé (images de personnes immobilisées) aux enfants en leur disant que si leur mère ne collaborait pas, ils seraient renvoyés de cette manière* ». L'embarquement sur le vol n'a pas pu avoir lieu, la requérante ayant souffert d'attaques de panique. Elle rapporte que la police l'a alors abandonnée avec ses enfants à l'aéroport de Zurich sans argent en leur disant de se débrouiller pour rentrer au Tessin.

Le dossier de la requérante contient un certificat médical de la psychologue-psychothérapeute du centre Baobab qui suit la famille. L'aîné, âgé de 9 ans, évoque sa peur intense au contact des policiers,

son besoin de protéger sa mère. Le rapport indique que l'enfant se replie sur lui-même, se réveille plusieurs fois par nuit et présente un sens suraigu de responsabilité par rapport à sa mère et son petit frère. Il conclut que l'enfant souffre de stress post-traumatique et que les deux enfants nécessitent un accompagnement médical et psychologique.

## **2. La requête**

La requête devant le Comité des droits de l'enfant invoque la violation de plusieurs dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après « la CIDE »). Elle cible tant des modalités de l'exécution du renvoi que de la décision même d'éloignement vers l'Italie. Les deux auraient été opérés en violation des articles 2 et 3 de la CIDE. Aucune évaluation sérieuse de l'intérêt supérieur de l'enfant n'aurait été effectuée.

Quant au renvoi, la requérante dénonce les méthodes utilisées à savoir : se présenter au domicile à deux heures du matin, proférer des menaces et user d'intimidations. La requête s'appuie aussi sur l'article 37 de la CIDE quant aux modalités d'exécution auxquelles il aurait été recouru.

Sur l'application du règlement Dublin et le transfert vers la Suisse, la requérante reproche aux autorités suisses d'avoir refusé d'analyser la possibilité d'appliquer la clause de souveraineté du Règlement Dublin III qui leur permet de se déclarer compétentes pour traiter une demande d'asile alors même que les critères désignent l'Italie. La requérante fait état des difficultés liées aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile qui ne permettent pas d'y bénéficier de soins adéquats (violation de l'article 6, § 2, de la CIDE – droit « à la survie et [au] développement de l'enfant »).

Sur le plan procédural, les enfants n'ont pas été entendus (violation de l'article 12 de la CIDE). Aucune instance spécialisée n'a été impliquée dans l'appréciation de leur intérêt supérieur et ce, alors que la mère est vulnérable et que le père est absent et emprisonné pour des raisons politiques.

La requérante fait également référence à l'article 22 de la CIDE relatif aux enfants cherchant à obtenir la qualité de réfugié et soutient que les autorités n'ont pas pris en considération l'extrême vulnérabilité de la famille. Elle s'appuie aussi sur l'article 24 de la CIDE relatif à la « jouissance du meilleur état de santé possible » qui est méconnu par le renvoi vers l'Italie qui n'est pas en mesure d'assurer un suivi psychologique adéquat.

## **3. La position de la Suisse**

La Confédération Suisse observe que la requérante, son époux et les enfants avaient renoncé à la première demande d'asile en Suisse. Revenue en Suisse avec un visa italien, la requérante a uniquement signalé qu'elle ne voulait pas aller en Italie car elle n'y connaissait personne alors qu'elle disposait d'un large réseau en Suisse. La Suisse estime que les garanties fournies par l'Italie étaient suffisamment concrètes et individualisées.

La version de la requérante quant à la tentative de renvoi est contestée, notamment quant aux menaces à l'égard des enfants ; les procédures prescrites ont été respectées. La requérante avait été informée de l'imminence de son transfert, sans davantage de précision puisqu'elle n'avait pas quitté la Suisse de sa propre initiative dans le délai fixé. Les certificats médicaux ont été pris en compte par

le médecin mandaté par le Secrétaire d'État aux migrations qui a conclu à l'absence de contre-indication au renvoi.

Sur le fond, la Suisse argue qu'il faut distinguer les dispositions de la CIDE qui bénéficient d'une applicabilité directe des autres. Les premières doivent être inconditionnelles et suffisamment claires et précises. Pour les autres, les États disposent d'une importante marge de manœuvre. Les articles 2, 3, 6, § 2, 22, 24 et 37 appartiennent à cette seconde catégorie.

Quant à l'article 12, la Suisse soutient que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, il ne confère pas aux enfants un droit inconditionnel d'être entendu oralement et personnellement dans toute procédure judiciaire et administrative. L'État soutient que l'article 12 « *garantit seulement que les enfants puissent faire valoir d'une manière appropriée leur point de vue, par exemple dans une prise de position écrite de leur représentant. Ce n'est que dans le cas où l'enfant a le discernement, à savoir la capacité et la maturité nécessaire pour comprendre la signification et le but de la procédure d'asile, ainsi que pour exposer ses motifs de persécution, qu'il devra avoir la possibilité d'exprimer son opinion lors d'une audition* ». Cette capacité de discernement est présumée à partir de l'âge de 14 ans. En outre, la requérante n'aurait pas précisé quels éléments les enfants auraient pu faire valoir.

#### **4. Les constatations du Comité**

Quant à l'exécution de la mesure de renvoi, le Comité des droits de l'enfant déclare irrecevables les griefs relatifs aux articles 2, 3, 6 § 2, 24 et 37 à défaut d'épuisement des voies de recours internes. L'auteure s'est plainte des agissements de la police auprès des autorités cantonales mais n'a pas intenté d'actions judiciaires. Il en va de même du grief fondé sur l'article 37 qui n'a pas fait l'objet de contestations devant les autorités suisses. Le grief relatif à la discrimination au regard de l'article 2 est manifestement non fondé parce qu'énoncé de manière trop générale.

Sur le principe toutefois, le Comité réfute l'argumentation de la Suisse selon laquelle les articles 2 § 2, 3, 6 § 2, 22 et 24 ne fonderaient pas des droits dont la violation peut être invoquée devant le Comité en rappelant que « *la Convention reconnaît l'interdépendance et l'égale importance de tous les droits (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) qui permettent à tous les enfants de développer leurs aptitudes mentales et physiques, leur personnalité et leurs talents dans toute la mesure du possible* ». Le Comité rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant « *représente un triple concept qui est à la fois un droit de fond, un principe interprétatif et une règle de procédure* ».

Quant à l'éloignement vers l'Italie, l'argumentation de la requérante au sujet de l'article 24 n'est pas suffisamment étayée. Le Comité retient *in fine* les griefs fondés sur les articles 3, 12 et 22 en ce qui concerne le renvoi vers l'Italie.

L'article 12 garantit le droit des enfants d'être entendus « *dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement soit par l'intermédiaire d'un représentant* » et ce sans aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion. Le Comité rappelle qu'il décourage les États parties d'adopter en droit ou en pratique des limites d'âge. En outre, le Comité souligne ne pas partager l'argument de l'État selon lequel les enfants ne devaient pas être entendus car leurs intérêts coïncidaient avec ceux de leur mère.

Le Comité conclut que l'absence d'audition directe des enfants a violé l'article 12 dès lors que « *la détermination de l'intérêt supérieur des enfants requiert que leur situation soit évaluée séparément, nonobstant les raisons ayant motivé la demande d'asile des parents* ». Les décisions prises peuvent avoir une incidence différente sur un enfant et sur son parent, tant en ce qui concerne les traumatismes vécus dans leur pays d'origine que l'expérience de la trajectoire migratoire.

Le Comité conclut à la violation des articles 3 et 12 de la CIDE et demande à la Suisse de réexaminer la demande d'application de l'article 17 du Règlement Dublin III pour que la demande d'asile soit traitée urgemment en Suisse. Il est demandé à la Suisse de s'assurer que l'intérêt supérieur des enfants sera une considération primordiale. Parmi les éléments à prendre en compte, le Comité relève les liens sociaux forgés par les enfants au Tessin depuis leur arrivée et les possibles traumatismes qu'ils ont vécus. De manière plus générale, le Comité recommande à la Suisse de « *veiller à ce que les enfants soient systématiquement entendus dans le contexte des procédures d'asile et que les protocoles nationaux applicables au renvoi des enfants soient conformes à la Convention* ».

## B. Éclairage

Cette communication du Comité des droits de l'enfant est l'occasion de s'arrêter sur la situation des mineurs migrants au sein de l'Union européenne. Ils font l'objet d'une attention particulière des autorités et la jurisprudence leur réserve une place croissante.

[Les chiffres](#) interpellent. En 2019, près d'un tiers du nombre total des primo-demandeurs d'asile étaient âgés de moins de 18 ans. Parmi ceux-ci, 14 000 demandes ont été introduites par des mineurs non accompagnés, soit 7,1 % des mineurs. Ce pourcentage monte jusqu'à plus de 50 % dans certains pays (par exemple 80 % des mineurs en Slovaquie). Les rapports pointant la situation dramatique des mineurs dans le [camp de Lipa aux frontières de l'UE](#), il y a [quelques mois à Lesbos](#), ou le [nombre croissant de mineurs décédés](#) en Méditerranée, décrivent une situation dramatique.

Outre les difficultés jalonnant les trajectoires migratoires et les procédures qui les accompagnent, le sort de ces mineurs interpelle parce qu'ils sont soumis à des conditions de précarité extrêmes à l'âge où ils se construisent et où le besoin de sécurité manifeste. Avant même de parler de droits fondamentaux comme l'accès à la scolarité, l'accès aux soins les plus élémentaires leur est dénié.

Nous n'allons pas développer davantage ces évidences, par ailleurs largement traitées par de nombreux rapports d'OIG et d'ONG.

Tout en attirant l'attention, à titre liminaire, sur l'irrecevabilité de certains griefs (1), le présent commentaire entend, d'une part, apporter un éclairage sur la communication du Comité au regard du Règlement Dublin face aux mineurs, accompagnés et non accompagnés (2), d'autre part, aborder l'épineuse question de l'audition de l'enfant en matière d'asile et d'immigration (3). Ce dernier point sera l'occasion de rappeler le lien inextricable qui existe entre la prise en compte de la parole de l'enfant et la détermination de son intérêt mais aussi de s'inspirer d'une lecture critique de l'audition de l'enfant dans le contentieux familial.

### 1. L'irrecevabilité de certains griefs

Les constatations écartent, au stade de la recevabilité, tous les griefs relatifs à l'exécution de la mesure d'éloignement. Il est reproché à la requérante de ne pas avoir épuisé les voies de recours internes en n'ayant pas usé de la voie juridictionnelle.

Nous nous limiterons à deux courtes réflexions.

La première souligne que s'il est souvent possible de contester en justice une décision d'éloignement du territoire, les modalités de sa mise en œuvre sont plus difficilement attaquables. Il s'agit la plupart du temps, comme ici, de faits dont la version diverge de part et d'autre. De surcroît, en cas de violences, la voie pénale peut être possible mais est lourde à engager et dépend largement de l'initiative des autorités. En dehors de cette hypothèse, il n'y a pas à proprement parler de procédure offrant un recours effectif. Les constatations du comité passent ici complètement à côté d'une problématique essentielle : l'exécution des décisions d'éloignement en matière d'immigration, alors qu'elle est fortement questionnée au sein des Etats. Le recours à la force, la proportionnalité des moyens utilisés, les atteintes aux droits humains qui peuvent se produire interviennent le plus souvent dans une zone grise sur le plan légal.

En Belgique, l'affaire *Sémira Adamu* avait déjà posé ces questions il y a près de 23 ans. Depuis, la [directive Retour](#) a posé des balises notamment quant à la subsidiarité du recours à l'éloignement forcé ainsi qu'à la détention. Par contre, le moment-même de l'éloignement et les méthodes utilisées demeurent pas ou peu codifiés et, pratiquement, à l'écart des recours disponibles. La *Commission Bossuyt* a reçu pour mandat d'y travailler en mars 2018 suite à [l'affaire dite des Soudanais](#). Son [rapport, analysé par plusieurs associations, discuté à la chambre](#), ne propose pas de cadre spécifique pour une arrestation telle celle en cause dans la présente affaire, renvoyant aux recours contre la décision d'éloignement, contre la détention, ... qui interviennent en amont de l'usage de la force. Il y a pourtant à ce moment-clé un risque de violation des droits humains lié à l'usage de la force et à la violence physique et/ou psychique qu'elle engendre. La posture du Comité renvoyant à l'obligation d'user des recours internes qui, au mieux, pourraient intervenir à posteriori pour dénoncer des abus, dont la preuve est difficile à rapporter, pose question, en ce qu'elle « immunise » de facto un moment crucial.

La seconde renvoie à une étude des causes d'irrecevabilité des plaintes devant le Comité des droits de l'enfant diffusée par les [Leiden Children's Rights Observatory Papers en octobre 2020](#).

### 2. Le Règlement Dublin et l'intérêt supérieur de l'enfant

La requérante reproche à la Suisse de ne pas avoir fait usage de l'article 17 du Règlement Dublin, intitulé « Clauses discrétionnaires ». Cette disposition autorise un État membre à décider d'examiner une demande de protection internationale alors même que cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le Règlement (pt 1). Elle peut aussi conduire un État à demander à un autre État membre de prendre en charge un demandeur d'asile notamment « *pour rapprocher tout parent pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels* » (pt 2).

Dans [l'arrêt MSS c. Belgique](#), la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme avait reproché à la Belgique de ne pas avoir fait usage de cette possibilité, telle que libellée alors dans le

Règlement [Dublin II](#), alors que l'Etat devait ou aurait dû connaître les risques de violation de l'article 3 de la CEDH liés aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Grèce et au risque d'éloignement vers leur pays d'origine à défaut d'une procédure d'asile effective (pt 358). D'une possibilité laissée à l'appréciation de l'État, l'arrêt *MSS* a fait de la clause discrétionnaire une obligation dont l'État doit faire usage lorsque le respect dû aux droits fondamentaux le lui dicte (voy. not. pt 339).

L'arrêt *MSS* concernait une situation de défaillance systémique en Grèce. Trois ans plus tard, dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg, saisie à nouveau, refuse de conclure à l'existence de défaillances systémiques quant au système d'accueil italien. Toutefois, le renvoi par la Suisse vers l'Italie d'une famille afghane composée de six enfants mineurs violerait l'article 3 de la CEDH dès lors que les autorités suisses n'ont pas obtenu de garanties individuelles d'un accueil adapté et ce dans un contexte de doute sérieux quant au système d'accueil italien (pt 121). La Cour avait souligné la particulière vulnérabilité des requérants, notamment eu égard aux vécus traumatiques des enfants (pt 119).

Les constatations du Comité des droits de l'enfant dans la présente affaire ne contiennent pas suffisamment d'éléments pour analyser la qualité des échanges entre la Suisse et l'Italie quant aux conditions d'accueil dont la famille aurait pu bénéficier. Par contre, tout en rappelant ce qui précède et la qualité des garanties dont un État doit s'assurer dans le cadre d'un transfert, les transferts Dublin de familles avec enfants mineurs posent la question de la différence de traitement entre celles-ci et les mineurs seuls.

En effet, les mineurs seuls ne peuvent être déplacés dans le cadre du Règlement Dublin. Selon l'article 6, qui rappelle le caractère primordial de leur intérêt supérieur, un enfant ne peut être déplacé que lorsqu'il s'agit, dans son intérêt, de rejoindre des membres de sa famille dans un autre État. En dehors de ces circonstances, il ne peut être question de déplacer un enfant vers un autre État de l'Union (article 8). La Cour de justice de l'Union européenne, dans une affaire *M.A.*, le 6 juin 2013, interprète le Règlement en ce sens qu'un mineur non accompagné dont aucun membre de la famille ne se trouve légalement sur le territoire d'un État membre doit avoir sa demande d'asile traitée dans l'État sur le territoire duquel ce mineur se trouve. Le Règlement doit être interprété au regard de son objectif qui est notamment d'accorder une attention particulière aux mineurs étrangers non accompagnés (pt 54). Ils forment une catégorie de personnes particulièrement vulnérables de sorte qu'il ne faut pas prolonger plus que strictement nécessaire la procédure de détermination de l'État responsable. Cela implique qu'ils ne doivent pas être transférés vers un autre État membre (pt 55).

Eu égard à cette vulnérabilité des mineurs, ici soulignée par la Cour de justice et ayant conduit à réformer Dublin II en Dublin III, il convient de s'interroger sur la différence de traitement entre les mineurs accompagnés et non accompagnés. Même si les premiers sont en famille, ne conviendrait-il pas, notamment à la lumière des faits de la présente affaire, de renoncer au transfert de familles avec enfants mineurs ? Les trajectoires migratoires sont traumatisantes et le sont encore davantage pour les enfants. Faut-il ajouter à l'insécurité en prévoyant des déplacements secondaires parfois au mépris d'une scolarité initiée, d'une stabilité à laquelle les travailleurs sociaux œuvrent, d'un semblant de vie normale à laquelle ils sont à nouveau arrachés ?



### 3. La parole des enfants en matière migratoire

*- L'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'être entendu : des liens inextricables*

Avant d'examiner l'épineuse question de l'audition de l'enfant dans le contentieux migratoire, il nous a semblé pertinent de revenir brièvement sur l'observation générale n°14 du Comité. Cette observation tente d'explicitier ce que doit signifier, dans la philosophie des droits humains, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne.

Comme le rappelle le Comité dans sa communication, l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE, se déploie dans trois dimensions. Premièrement, c'est un droit de fond, directement applicable : le droit à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant « soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions » (pt 6, a). Deuxièmement, c'est un principe juridique interprétatif fondamental suivant lequel lorsqu'une règle juridique peut être interprétée de plusieurs façons, c'est celle qui respecte le plus efficacement l'intérêt de l'enfant qui doit être choisie (pt 6, b). Troisièmement, c'est une règle de procédure qui impose aux États, lorsqu'une décision est prise, d'évaluer les incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés et puis de déterminer ce qui est le mieux en vue de la protection de leurs intérêts. Le Comité précise à cet égard que « les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels » (pt 6, c). L'évaluation et la détermination de l'intérêt de l'enfant doivent nécessairement être concrètes et non simplement théoriques. Il s'agit de déterminer la teneur de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances, le contexte et les besoins de l'enfant (pt 32). Pour guider l'autorité décisionnelle à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité identifie différents éléments qui doivent être pris en compte (pts 52 à 79) et notamment l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de son milieu familial et le maintien de ses relations, la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant, la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve, son droit à la santé et son droit à l'éducation.

Concernant plus particulièrement la prise en compte de l'opinion de l'enfant, le Comité met en lumière le fait que l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE entretient des liens inextricables avec l'article 12 de la CIDE. Le Comité relève que « les deux articles ont des rôles complémentaires : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur. Le paragraphe 1 de l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les prescriptions de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie » (pt 43). Pour le Comité, « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur » (pt 43). Il considère en outre que « si la décision ne va pas dans le sens de l'opinion exprimée par l'enfant, il faudrait en indiquer

*clairement la raison* » (pt 97). Cette interprétation du Comité est tout particulièrement importante pour éviter une décision « adulte-centriste » plaçant l'enfant dans une position d'objet à protéger et non d'être humain titulaire de droits.

- *L'audition de l'enfant dans le contentieux migratoire : un dispositif insatisfaisant*

La loi belge du 15 décembre 1980 réglant le statut administratif des étrangers distingue entre les mineurs étrangers non accompagnés des mineurs étrangers accompagnés.

### **L'audition du MENA, dans la procédure d'asile ou la procédure « solution durable »**

Les MENA ont un statut spécifique. [Sans entrer dans les détails de ce statut, tout mineur étranger non accompagné se voit désigner un tuteur](#). Il opte ensuite soit pour la procédure d'asile, soit pour la procédure dite « *solution durable* ». Que ce soit dans la procédure d'asile ou dans le cadre de la procédure dite solution durable, le mineur est entendu par les autorités administratives en étant accompagné obligatoirement par son tuteur et, le cas échéant, par un avocat ou une personne de confiance.

Par contre, il n'y a pas d'audition systématique du mineur en degré d'appel. Le recours devant la juridiction administrative qu'est le Conseil du Contentieux des étrangers suit une procédure que la loi identifie comme étant « *écrite* ». Elle ne laisse pas la place à une audition de l'enfant comme ce serait le cas dans le cadre d'une procédure judiciaire (voy. not. l'article 391 du Code civil), même dans le cadre du plein contentieux en matière d'asile. L'enfant a toutefois été entendu par l'administration de sorte qu'il a au moins pu faire valoir son opinion au premier degré de la procédure. Il semble important par contre que le juge d'appel, dans le cadre de son contrôle, vérifie si, d'une part, la formalité obligatoire qu'est l'audition a été respectée et, d'autre part, si la motivation reflète sa prise en compte. Il s'agit là de conditions tenant à la légalité de la décision prise et non à son opportunité.

### **L'audition du MEA, en asile ou dans d'autres procédures migratoires**

La situation est très différente pour les mineurs étrangers accompagnés. Ils sont englobés dans les procédures de leurs parents, même lorsqu'ils ont une demande à formuler ou une position à faire valoir. Leur audition éventuelle ne commence à être envisagée qu'en matière d'asile. L'article 7 de la [directive Procédures](#) intitulé « *demandes présentées au nom de personnes à charge ou de mineurs* » garantit en son paragraphe 3 « *que les mineurs aient le droit de présenter une demande de protection internationale soit en leur nom si, conformément au droit de l'État membre concerné, ils ont la capacité juridique d'agir dans les procédures, soit par l'intermédiaire de leurs parents ou de tout autre adulte de leur famille, ou d'une personne adulte responsable d'eux, de par le droit ou la pratique de l'État membre concerné, ou par l'intermédiaire d'un représentant* ».

Il semble aujourd'hui acquis, notamment dans la pratique belge, que les mineurs puissent soit être entendus dans le cadre de la procédure de leurs parents, soit introduire une demande d'asile propre même lorsqu'ils sont accompagnés. [Le site du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides](#) précise que l'enfant sera alors convoqué à un entretien personnel pour autant qu'il dispose d'une capacité de discernement suffisante. L'audition doit en principe être réalisée en dehors de la

présence des parents, l'enfant pouvant cependant être accompagné par un avocat et, ou, une personne de confiance.

Après plusieurs années d'atermoiements procéduraux, ces procédures semblent se mettre en place. L'on constate toutefois que le mineur étranger accompagné qui désire introduire une demande seul ne se verra pas automatiquement désigner un tuteur comme ce serait le cas pour un mineur étranger non accompagné. Pourtant, une telle garantie permettrait à ces mineurs, en conflit d'intérêts avec leurs parents, de bénéficier d'une représentation indépendante et adéquate. La pratique rapporte des cas de jeunes filles souhaitant invoquer des risques propres face à des « pratiques traditionnelles néfastes » dans le pays d'origine de la famille ou d'adolescents voulant invoquer leurs préférences sexuelles face au risque dans leur pays d'origine, à l'égard de la société, en ce compris leurs proches. Une information systématique quant à l'existence du droit à une procédure autonome, par exemple dans les centres d'accueil, et la désignation d'un tuteur si une demande est introduite sont des sauvegardes importantes. En matière familiale, lorsqu'il y a conflit d'intérêts, par exemple en matière de filiation, biologique ou adoptive, le juge peut désigner un tuteur ad hoc qui représente le mineur (voy. par exemple l'article 378 du Code civil).

Cette évolution en matière d'asile reste absente des autres procédures en matière d'immigration. [Le Comité des droits de l'enfant](#) a déjà pu souligner qu'un enfant, même âgé de 5 ans, devait être en mesure de faire valoir son opinion dans une procédure de demande de visa humanitaire. Les mêmes principes devraient être d'application en matière de regroupement familial lorsque l'État dispose d'une marge d'appréciation.

Ici, le Comité se prononce dans une procédure de transfert Dublin, soulignant que le vécu par un enfant des trajectoires migratoires et des déplacements secondaires peut être différent de celui des parents. Comme souligné ci-dessus, ils peuvent avoir rapidement créé des attaches et un rythme de vie les replongeant dans une vie d'enfant, générant un sentiment de normalité.

L'importance de telles attaches apparaît également dans les procédures de régularisation de séjour (en droit belge, les demandes fondées sur l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980). Lorsqu'elles concernent une famille, les enfants suivent le sort de leurs parents et ne sont pas entendus, quand bien même la décision prise, par exemple une mesure d'éloignement du territoire, a un impact énorme sur leur vie. Elle intervient parfois après dix ans, les enfants ayant appris une langue, étant scolarisés<sup>1</sup>. Dans un arrêt prononcé ce [14 janvier 2021](#), la CJUE condamne le droit hollandais qui n'analyse la solution durable relative à un MENA qu'au moment de l'exécution de l'éloignement et lorsque la décision de renvoi est prise<sup>2</sup>. La Cour souligne qu'une telle distinction place le mineur « dans une situation de grande insécurité quant à son statut juridique et à son avenir, notamment

---

<sup>1</sup> A cet égard, voy. Cour eur. D.H., [Pormes c. Pays-Bas](#), s'agissant d'un requérant arrivé aux Pays-Bas alors qu'il est âgé de quatre ans, orphelin de mère. Son père décède alors qu'il est âgé de 12 ans. Il continue à vivre chez un oncle et une tante. Il commettra par la suite des faits délictueux et fera l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire. La Cour européenne des droits de l'homme déboute le requérant. Elle note cependant qu'on ne peut lui reprocher le caractère illégal de son séjour aux Pays-Bas. Il est arrivé à un très jeune âge, a développé des liens étroits avec le pays de sorte que son intérêt de résider aux Pays-Bas surpasse les considérations politiques migratoires (pt 64). Il est noté qu'il a grandi dans une famille hollandaise, y a suivi toute sa scolarité et qu'il n'a appris qu'à l'âge de 17 ans qu'il n'avait pas la nationalité du pays et qu'il était dépourvu d'un titre de séjour (pt 62). Indépendamment des questions d'ordre public, cet arrêt peut nourrir une réflexion quant au sort réservé à des mineurs qui ont passé toute leur enfance dans un pays avant d'être englobés dans une mesure d'éloignement du territoire notifiée à leurs parents.

<sup>2</sup> Cet arrêt fera l'objet d'un commentaire dans les prochains Cahiers de l'EDEM.

quant à sa scolarisation, à son lien avec une famille d'accueil ou à la possibilité de demeurer dans l'État membre concerné » (pt 53). Cette incertitude est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de sorte que l'investigation à mener doit l'être avant de prendre la décision de retour (pt 55). Cette motivation, qui concerne ici un MENA, renforce ce qui précède. Outre une analyse rigoureuse et réalisée en temps utile, l'enfant doit pouvoir être en sécurité ce qui suppose aussi qu'il y ait une place pour sa parole.

Dans son [observation générale n°12](#), le Comité insistait déjà sur l'urgence de mettre pleinement en œuvre le droit de l'enfant d'être entendu dans le cadre des procédures d'immigration et d'asile, compte tenu de la situation de grande vulnérabilité dans laquelle l'enfant se trouve. Son audition devrait notamment porter sur ses attentes en matière d'éducation, sur son état de santé mais aussi, dans le cadre d'une demande d'asile, sur les raisons l'ayant amené à présenter une telle demande (pt 123). L'enfant devrait également recevoir toutes les informations pertinentes, dans sa propre langue, sur ses droits, les services disponibles et le processus d'immigration et d'asile afin de pouvoir faire entendre sa voix et la voir dûment prise en considération dans la procédure (pt 124).

Ceci étant, si parole il y avait, il ne faudrait ni qu'elle soit purement de forme, ni qu'elle comporte le risque d'un conflit de loyauté avec les parents qui ont posé des choix subis par les enfants. L'équilibre est difficile à trouver de sorte qu'il paraît important, à ce stade de réflexion, de s'attarder sur la pratique de l'audition de l'enfant en dehors du contentieux migratoire.

*- Regard critique sur l'audition de l'enfant dans le contentieux familial*

L'audition de l'enfant dans les procédures judiciaires liées au droit de la famille est consacrée dans notre droit depuis une [loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce](#). L'approbation, par la loi du 25 novembre 1991, de la CIDE ainsi que l'adoption de la loi du 30 juin 1994 attestent de la volonté du législateur d'« *imposer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant, le cas échéant en recueillant son avis propre lorsqu'il est capable de l'exprimer avec discernement, et en tout état de cause en invitant le juge à y être spécialement attentif* » (C. Const., 14 mai 2003, n°66/2003, B.4.3). L'article 931 du Code judiciaire a ensuite été remplacé, lors de l'adoption de la [loi du 31 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse](#), par l'article 1004/1 du même Code.

L'article 1004/1 du Code judiciaire consacre le principe selon lequel *tout mineur* a le droit d'être entendu par un juge dans les matières relatives à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles. L'audition du mineur, qui ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure<sup>3</sup>, a pour but de permettre à ce dernier d'exercer son droit d'être entendu, conformément à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution et à l'article 12.1 de la CIDE, mais aussi d'aider le juge à « *cerner au mieux l'intérêt de l'enfant, au vu des réponses que celui-ci donnera aux questions périphériques relatives à son mode de vie, à son vécu et à la qualité de ses relations avec l'un et l'autre de ses parents* » ([Proposition de loi du 5 décembre 2014 modifiant le Code judiciaire](#)

---

<sup>3</sup> Voy. à cet égard [Cass., 10 février 2020](#). La Cour considère que ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la CEDH, ni l'article 22bis de la Constitution n'exigent que l'enfant mineur ait la possibilité d'intervenir en tant que partie et d'intenter une action dans les litiges opposant ses parents concernant l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, les modalités d'hébergement ou l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent n'exerçant pas l'autorité parentale.

en vue de compléter les dispositions relatives à l'audition du mineur, *Doc. parl., Ch., 2014-2015, n°54-0685/001*, p. 3). L'audition de l'enfant apparaît ainsi à la fois comme un droit subjectif de l'enfant, une garantie procédurale et un moyen permettant au juge de déterminer son intérêt supérieur.

L'ancien article 931 du Code judiciaire prévoyait que le juge pouvait refuser d'entendre le mineur lorsqu'il estimait qu'il n'avait pas l'âge de discernement. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2013, le tribunal ne peut plus arguer de cette circonstance pour refuser l'audition mais si, à son estime, l'enfant n'a pas le discernement, il doit l'indiquer dans son rapport. Cette évolution doit être approuvée : comment le juge pourrait-il se fonder sur l'absence de discernement du mineur pour refuser de l'entendre sans même l'avoir rencontré ? Rappelons à cet égard que le Comité des droits de l'enfant considère que les États parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et qu'il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités (*observation générale n°12*, pt 20). Il décourage ainsi les États d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge restreignant le droit de l'enfant d'être entendu et rappelle qu'un enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même s'il ne peut encore l'exprimer verbalement, ce qui implique de prendre en compte les formes non verbales de communication (pt 21).

La procédure est toutefois différente selon que l'enfant a ou non atteint l'âge de 12 ans. Le mineur de moins de 12 ans est entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou d'office. Le juge peut, par décision motivée par les circonstances de la cause, refuser de l'entendre, sauf lorsque la demande émane du mineur lui-même (quel que soit son âge) ou du ministère public. La décision de refus n'est pas susceptible de recours. Le mineur de moins de 12 ans ne sera donc convoqué qu'en vertu d'une décision d'audition, alors que le mineur qui a atteint l'âge de 12 ans est informé d'office par le juge de son droit d'être entendu (voy. à cet égard *l'arrêté royal du 28 avril 2017* qui établit le modèle de formulaire envoyé au mineur conformément à l'article 1004/2 du Code judiciaire). Cette limite d'âge apparaît comme éminemment critiquable. L'enfant doit pouvoir être informé de son droit d'être entendu, dans un langage adapté à ses capacités, quel que soit son âge. « *Ce droit à l'information est essentiel, car il est la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant* » (*observation générale n°12*, pt 25). Le Délégué général aux droits de l'enfant, tout comme l'Observatoire de l'enfance, de la jeunesse et de l'aide à la jeunesse, s'étaient à cet égard démarqués de la position prise par le législateur en se positionnant en faveur d'un abaissement de l'âge-charnière à 7 ans pour l'envoi du formulaire d'information. Sans fixer de critère d'âge, le Comité estime que « *les personnes chargées d'entendre l'enfant doivent veiller à ce qu'il soit informé de son droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et, en particulier, dans toute procédure judiciaire ou administrative, ainsi que des incidences que l'opinion qu'il aura exprimée aura sur l'issue du processus* » (pt 41).

Le juge entend le mineur en un lieu qu'il considère comme approprié. L'audition a le plus souvent lieu dans le bureau du juge et pas dans une salle d'audience<sup>4</sup>. On insistera sur l'importance que

---

<sup>4</sup> L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *Rev. trim. dr. fam.*, vol. 2017, n° 4, 2017, p. 656 ; M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », in *L'hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthémis, Collection du jeune barreau de Mons, 2020, p. 23.

l'enfant soit entendu dans un lieu sécurisant et non intimidant, de manière à lui permettre de se sentir à l'aise et libre de s'exprimer dans un contexte favorable et encourageant (observation générale n°12, pt 42). « *Un enfant ne peut se faire entendre efficacement si le contexte est intimidant, hostile, peu réceptif ou inadapté à son âge. La procédure doit être à la fois accessible et adaptée à l'enfant. Il faut veiller en particulier à offrir à l'enfant des informations qui lui sont adaptées (...) et prêter attention (...) à l'apparence des salles d'audience, à l'habillement des juges et des avocats, et à la présence de paravents et de salles d'attente séparées* » (pt 34). Dans le même sens, les [Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants](#) recommandent « *dans la mesure appropriée et lorsque cela est possible* », que des salles d'audition et d'attente soient aménagées de façon à créer un environnement adapté aux enfants (pt 62).

Sauf dérogation par décision motivée<sup>5</sup>, l'entretien a lieu hors la présence de quiconque. Ce choix du législateur est critiquable et critiqué ([Proposition de loi du 5 décembre 2014 modifiant le Code judiciaire en vue de compléter les dispositions relatives à l'audition du mineur, Doc. parl., Ch., 2014-2015, n°54-0685/001](#)). Rien ne devrait empêcher l'enfant qui le souhaite d'être accompagné d'une personne de confiance (en ce sens : [Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants](#), pt 58), ce que préconisait d'ailleurs le Délégué général aux droits de l'enfant (comp. avec [l'article 338-6 du Code de procédure civile français](#)). Il ne faut en effet pas négliger l'impact d'une audition sur l'enfant qui doit pouvoir se sentir rassuré et en confiance.

Le rapport de l'entretien, dont il est fait lecture à l'enfant, est joint au dossier de la procédure et l'enfant est informé que les parties pourront en prendre connaissance. On s'interrogera sur le choix posé par le législateur, au nom du respect du principe du contradictoire, de permettre aux parents et à leurs conseils d'accéder au rapport consignait les dires de l'enfant, ce qui risque d'accentuer un conflit entre un parent et son enfant et empêcher une expression libre de celui-ci. L'intérêt de l'enfant doit selon nous permettre, dans certaines circonstances, d'exclure du rapport certains éléments confiés par l'enfant sous le sceau de la confidentialité, ce que prévoit d'ailleurs le droit français ([l'article 338-12 du Code de procédure civile français](#) précise que le compte-rendu de l'audition, soumis au principe du contradictoire, se fait *dans le respect de l'intérêt de l'enfant*). En outre, le juge n'est tenu d'établir qu'un « rapport » et non un « procès-verbal », ce qui permet selon nous pareille interprétation<sup>6</sup>. Certains magistrats n'hésitent ainsi pas à omettre du rapport des propos que l'enfant leur aurait confié à titre confidentiel<sup>7</sup>.

Si le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente, même devant un autre tribunal, le juge peut ne pas accéder à la demande d'audition si aucun élément nouveau ne la justifie. Mais si le mineur lui-même demande à être réentendu, le tribunal peut-il s'y opposer ? Nous estimons que non, dès lors qu'il nous paraît difficile de conclure à l'absence d'élément nouveau sans avoir d'abord entendu l'enfant à ce propos. Par ailleurs, il est permis de se demander si le souhait de l'enfant d'être réentendu n'est pas, à lui seul, un élément « nouveau ».

On précisera enfin que le droit de l'enfant d'être entendu n'est pas une obligation et qu'il peut toujours refuser de l'être (article 1004/1, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire). « *Exprimer des opinions est un*

<sup>5</sup> La Cour de cassation a précisé à cet égard que la possibilité que le mineur soit accompagné n'implique pas qu'un avocat assiste le mineur durant l'entretien ([Cass., 10 février 2020](#)).

<sup>6</sup> En ce sens : L. JACOBS, *op. cit.*, p. 663.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 661 ; M. MALLIEN, *op. cit.*, p. 27.

*choix, non une obligation* » (observation générale n°12, pt 16). Cela implique également que l'enfant qui serait entendu garde la possibilité de mettre un terme à l'audition à tout moment (pt 134).

Cela étant posé, trois observations méritent encore d'être formulées.

Tout d'abord, on n'aperçoit pas ce qui empêcherait qu'un enfant soit entendu dans d'autres contentieux que ceux de l'autorité parentale, du droit d'hébergement et du droit aux relations personnelles, sur la base de l'article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE (qui est une disposition suffisamment claire et précise que pour se voir reconnaître un effet direct<sup>8</sup>). Tant l'alinéa 2 de l'article 22*bis* de la Constitution que l'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE consacrent en effet le droit de l'enfant de s'exprimer sur *toute question qui le concerne*, sans limitation. En outre, l'alinéa 4 de l'article 22*bis* de la Constitution, qui transpose l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE, exige que l'intérêt de l'enfant soit une considération primordiale dans « *toute décision qui le concerne* ». Or, pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, nous avons vu qu'il convient de tenir compte de son opinion eu égard à son âge et à son degré de maturité. L'enfant doit en effet pouvoir influencer sur la détermination de son intérêt supérieur et cet intérêt doit être pris en compte de manière primordiale dans toutes les décisions qui le concernent.

On insistera également sur le fait que l'enfant doit pouvoir s'exprimer *librement*. Cela signifie que l'enfant a évidemment toujours le droit de refuser d'être entendu mais aussi que lorsqu'il accepte de l'être, il doit être en mesure d'exprimer sa propre parole, sans pression ni influence indue (observation générale n°12, pt 22). L'audition doit revêtir la forme d'une discussion libre et respectueuse de l'enfant. Cette exigence exclut dès lors que l'enfant soit entendu sous la forme d'un interrogatoire « *où le jeune serait cantonné au rôle de simple répondant à des questions choisies par son interlocuteur* »<sup>9</sup>. Il s'agit avant tout de rencontrer le vécu de l'enfant<sup>10</sup>.

Une autre observation a trait à la prise en compte de la parole de l'enfant. Il n'apparaît pas contestable que l'enfant ne détient pas le pouvoir de décision. Le juge, comme toute autre autorité impliquée dans le processus décisionnel, doit prendre en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et son degré de maturité, qui renvoie à la capacité de l'enfant d'exprimer ses vues sur des questions qui le concernent « *d'une manière raisonnable et indépendante* » (observation générale n°12, pt 29), mais il n'est pas tenu de s'y conformer. La pratique judiciaire dans le contentieux familial démontre que les juges ne suivent pas systématiquement l'opinion de l'enfant considérant qu'elle doit parfois s'effacer face à son intérêt<sup>11</sup>. Certains affirment même qu'elle ne constitue généralement pas un élément central<sup>12</sup>. Nous considérons à cet égard que si l'opinion de l'enfant peut dans certains cas être écartée au nom de son intérêt supérieur, cet intérêt doit nécessairement être apprécié *in concreto*. En outre, on rappellera que le Comité exige une motivation circonstanciée indiquant clairement les raisons pour lesquelles l'opinion de l'enfant n'a pas été suivie. Il apparaît en tout cas indispensable que l'autorité décisionnelle informe l'enfant de l'issue du processus et lui explique, dans un langage adapté, comment son opinion a été prise en considération et de quelle manière elle

<sup>8</sup> En ce sens : M. MALLIEN, *op. cit.*, p. 17 ; Cass., 6 octobre 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. Mathieu ; Trib. fam. Namur, (1<sup>ère</sup> ch. D), 28 février 2019, *J.D.J.*, n°384, avril 2019, p. 35.

<sup>9</sup> M. MALLIEN, *op. cit.*, p. 11.

<sup>10</sup> L. JACOBS, *op. cit.*, p. 687.

<sup>11</sup> M. MALLIEN, *op. cit.*, p. 35.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 33 ; L. JACOBS, *op. cit.*, p. 678.

a influé sur le résultat de la décision. « *Ce retour d'information garantit que l'opinion de l'enfant n'est pas simplement entendue à titre de formalité, mais qu'elle est prise au sérieux* » (observation générale n°12, pt 45). Or, ce retour n'est pas prévu dans le contentieux familial autrement que par la motivation de la décision qui, pour rappel, n'est pas transmise directement à l'enfant dès lors qu'il n'est pas partie à la procédure.

#### 4. Conclusions

Les constatations commentées nous amènent à deux conclusions qui sont davantage une invitation à ouvrir une réflexion sur ces questions. La place du mineur dans le contentieux migratoire reste largement à construire, surtout lorsqu'il est accompagné. Ce statut requiert des garanties de fond et de forme.

Sur le fond, indépendamment de l'audition des enfants, le Comité souligne à quel point les décisions prises doivent avoir égard à la situation particulière des mineurs. Confronté à la trajectoire migratoire suivie par leur famille, ils subissent des déplacements perturbants, souvent dangereux, erratiques. Ils sont déplacés d'un pays à l'autre tout en étant requis de s'« intégrer ». Alors que le droit à l'éducation est essentiel, ces déplacements les amènent d'une école à l'autre, avec les changements de langue que cela implique. Le déplacement secondaire les conduit à quitter non seulement l'école mais parfois tout ce qui les a sécurisés, dont un nouveau lieu de vie, des amis, des services sociaux. Un an pour eux raisonne autrement qu'un an pour un adulte. Cette temporalité et cet ancrage si propre aux enfants doivent conduire les autorités à prendre en compte leurs droits, de manière autonome, en ayant conscience qu'ils ne sont pas réduits à ceux de leurs parents. Outre l'impérieuse nécessité de la protection de leurs droits, la société d'accueil a tout intérêt à susciter un sentiment d'inclusion chez ses nouveaux membres. Parmi de nombreuses autres sources, le rapport de l'Unicef, *A Right to be Heard. Listening to children and young people on the move* (décembre 2018), montre à quel la parole des mineurs *on the move* doit être entendue.

Sur la forme, quant au principe de l'audition, on restera attentif au fait que l'audition n'est pas sans risque et ne doit pas devenir un principe absolu. Elle pose souvent des conflits de loyauté aux enfants qui ne s'exprimeront pas toujours sincèrement, outre que les risques de manipulation et d'instrumentalisation sont bien présents. Une formation des professionnels à l'audition apparaît dans ce contexte indispensable « *tant pour bien accueillir l'enfant que pour décoder ses propos et son langage non verbal* »<sup>13</sup>. L'audition peut par ailleurs porter sur des événements pénibles et renvoyer à un vécu préjudiciable pour l'enfant ; les conséquences potentiellement traumatisantes de l'audition ne devraient dès lors pas être négligées (observation générale n°12, pt 24). Dans ce contexte, outre qu'elle semble incompatible avec le droit de l'enfant de ne pas être entendu si tel est son souhait, l'affirmation péremptoire du Comité, dans la communication commentée, selon laquelle les enfants devraient *systématiquement* être entendus dans les procédures d'asile pose question. La systématisation de l'audition de l'enfant peut en effet s'avérer contre-productive, surtout si elle se réduit à une mesure symbolique et purement formelle. Le plus important est sans doute que la participation de l'enfant ait un sens et soit vue comme un processus continu impliquant un partage d'informations et un dialogue entre l'enfant et l'adulte, sur la base du respect mutuel (observation

---

<sup>13</sup> L. JACOBS, *op. cit.*, p. 687.



générale n°12, pt 3). En outre, en cas d'audition, il est essentiel qu'elle se fasse dans le respect scrupuleux des [Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants](#).

« La voix de tout le monde peut changer la vue des gens, la vie, la vision de voir les choses. Faut juste laisser à quelqu'un le droit de s'exprimer comme vous vous exprimez. C'est que ça le problème. Faut laisser parler les gens. Peut-être on verra qu'on a des points communs. On a des trucs que moi j'aime et que vous aimez. On apprend à se connaître » (Jeune fille, RDC, 13 ans, Unicef Belgique, [What do you Think ?](#))

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Comité des droits de l'enfant, 28 septembre 2020, *V.A., au nom de E.A. ET U.A. c. Suisse*, com. n° 56/2018

#### Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., *Pormes c. Pays-Bas*, 28 juillet 2020, req. n° 25402/14 ;
- C.J.U.E., 14 janvier 2021, *TQ*, C-441/19, EU:C:2021:9.

#### Doctrine :

Sur l'arrêt *Pormes*, voir Mark Klaassen :

- [Between facts and norms: Testing compliance with Article 8ECHR in immigration cases](#), Netherlands Quarterly of Human Rights, avril 2019 ;
- [A right to regularize unlawful residence?](#) 18 septembre 18, 2020.

Sur l'intérêt supérieur de l'enfant en migratoire, voy. notamment dans ces *Cahiers* :

- Ch. FLAMAND, « L'enfant comme acteur du processus décisionnel migratoire », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019 ;
- Ch. FLAMAND, « Regroupement familial : Effectivité des recours et garanties procédurales au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Cahiers de l'EDEM*, août 2020 ;
- G. HAUMONT et E. BRIBOSIA, « Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention des enfants migrants en un dédale kafkaïen », *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2020 ;
- M. LEARDINI et S. SAROLEA, « L'arrêt *Moustahi* : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020.

**Pour citer cette note :** G. MATHIEU et S. SAROLÉA, « Entendre les enfants migrants et admettre qu'ils sont des sujets du droit de l'immigration, aussi », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2021.

## 2. COUR EUR. D.H., 8 DÉCEMBRE 2020, M.M. C. SUISSE, REQ. N° 59006/18

*Quand l'ordre public prime sur le droit à la vie privée d'un étranger à éloigner :  
l'arrêt M.M. c. Suisse, une petite pierre qui élargit et complexifie encore l'édifice*

*Christelle Macq et Louise Diagre*

### A. Arrêt

#### 1. Les faits

Le requérant est un ressortissant espagnol né en Suisse et y résidant depuis sa naissance. En octobre 2018, la cour pénale du tribunal cantonal prononce son expulsion du territoire suisse pour une durée de cinq ans, à la suite de sa condamnation à une peine privative de liberté de douze mois, assortie d'un sursis, pour avoir commis des actes à caractère sexuel sur une enfant et consommé des stupéfiants.

Le Code pénal suisse prévoit la possibilité pour le juge pénal d'ordonner l'expulsion de l'étranger condamné du chef de certaines infractions, en ce compris les actes à caractère sexuel commis sur des enfants, pour une durée de cinq à quinze ans et ce, quelle que soit la quotité de la peine prononcée contre lui. Le juge est autorisé par le biais de la « clause de rigueur » à renoncer à ordonner cette expulsion lorsque celle-ci est de nature à mettre l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse.

En l'espèce, les juridictions suisses concluent, aux termes d'une mise en balance des différents intérêts en présence, à la proportionnalité de la mesure d'expulsion prise à l'égard de l'intéressé. Elles ont tenu compte, dans le cadre de cette appréciation, de la mauvaise intégration du requérant en Suisse, de son absence de liens familiaux, sociaux ou professionnels, de sa persistance à enfreindre l'ordre juridique suisse, de la gravité des faits pour lesquels il avait été condamné et du risque de le voir récidiver. Tout en admettant que l'intégration du requérant en Espagne ne serait pas aisée, étant donné qu'il n'avait pas de famille proche sur place et ne maîtrisait qu'imparfaitement la langue, les juridictions suisses ont considéré qu'eu égard à son manque d'intégration et de perspectives professionnelles en Suisse, le requérant ne se trouverait pas dans une situation sensiblement plus défavorable en Espagne.

Le requérant soutient que les mesures d'éloignement et d'interdiction d'entrée prises à la suite de sa condamnation pénale portent atteinte à sa vie privée et familiale, en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « la Convention »).

#### 2. La décision de la Cour

La Cour apprécie la conformité de la décision d'expulsion à l'article 8 de la Convention en suivant le schéma habituel de raisonnement par lequel elle encadre cette appréciation.

Elle commence par vérifier **l'existence d'une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit protégé par l'article 8** de la Convention. Elle constate que l'existence d'une ingérence n'est pas contestée, en l'espèce. Elle indique, par ailleurs, que le requérant, adulte de quarante ans et sans

enfants, se prévaut en premier lieu de son intégration en Suisse, pays hôte. La Cour est donc d'avis que la situation relève de sa vie « privée » (§ 45).

La Cour examine ensuite **la justification de l'ingérence** (§§ 46 à 70). Dans le cadre de cet examen, elle vérifie, premièrement, si **cette ingérence est prévue par la loi**. En l'espèce, elle observe qu'il n'est pas contesté que l'expulsion pénale du requérant et son interdiction du territoire suisse pour une durée de cinq ans étaient prévues par le Code pénal (§ 47). Dans un deuxième temps, elle revient très brièvement sur **le but légitime visé** par cette ingérence et, reprenant une formule bien établie, constate que l'ingérence en cause visait des fins pleinement compatibles avec la Convention, à savoir notamment « la défense de l'ordre » et la « prévention des infractions pénales » (§ 48). Enfin, elle vérifie, **la nécessité de la mesure dans une société démocratique** (§§ 49 à 70).

La Cour entoure cet examen de proportionnalité de critères, définis au fil de sa jurisprudence. Dans les cas où la personne censée être expulsée est un adulte sans enfants qui se prévaut en premier lieu de son intégration dans le pays hôte il convient de prendre en compte les critères suivants déjà définis notamment dans les arrêts *Üner c. Pays-Bas* (GC), *Maslov c. Autriche* (GC), *Emre c. Suisse*, et *Saber et Boughassal c. Espagne* :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;
- la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ; et
- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.

Conformément à ce qu'elle a pu énoncer dans les arrêts *Maslov* et *Saber et Boughassal*, la Cour rappelle que l'âge de la personne concernée peut jouer un rôle dans l'application de certains des critères susmentionnés. Par exemple, pour apprécier la nature et la gravité de l'infraction dont le requérant s'est rendu coupable, il y a lieu d'examiner s'il l'a commise alors qu'il était adolescent ou à l'âge adulte. Renvoyant aux arrêts *Veljkovic-Jukic c. Suisse*, *K.A. c. Suisse*, et *Shala c. Suisse*, la Cour précise que doivent également être prises en compte, le cas échéant, les circonstances particulières entourant le cas d'espèce, comme les éléments d'ordre médical.

La Cour, se référant aux arrêts rendus dans des affaires récentes tels que l'affaire *Ndidi c. Royaume-Uni*, *Saber et Boughassal*, et *Hamesevic c. Danemark*, rappelle que lorsque les juridictions internes ont soigneusement examiné les faits et appliqué la jurisprudence des organes de la Convention et qu'elles ont dûment mis en balance l'intérêt particulier du requérant et l'intérêt public de la collectivité, il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation du fond de l'affaire à celle des autorités nationales compétentes. Par ailleurs, en droite ligne de ce qu'elle a pu poser comme principes dans les arrêts *Maslov* et *Saber et Boughassal*, elle insiste sur le fait que, dans les cas où un immigré a passé l'intégralité de la vie dans le pays d'accueil, il y a lieu d'avancer des raisons très solides pour justifier son expulsion (§ 53).

Appliquant ensuite ces principes au cas d'espèce, elle observe, à titre liminaire, que la législation suisse n'introduit pas d'automatisme d'expulsion d'étrangers criminels condamnés pour des infractions sans qu'il n'y ait de contrôle judiciaire de la proportionnalité de la mesure. L'application

de la « clause de rigueur » faite par les juridictions suisses permet ainsi *a priori* une application conforme à la Convention et indique que l'analyse doit se faire au cas par cas selon les critères établis par la Cour (§ 54).

La Cour effectue ensuite un examen factuel des éléments relatifs au cas d'espèce dégageant les critères pris en compte dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la mesure.

Elle note que les infractions ont été commises à l'âge adulte (§ 55). Elle observe le fait que la peine prononcée à l'égard du requérant est relativement légère tout en rappelant qu'aux termes d'arrêts précédents tels que l'arrêt *Shala c. Suisse*, la Cour avait estimé que, malgré la relative faiblesse de la peine prononcée, l'expulsion du territoire suisse pour une durée de dix ans n'avait pas emporté violation de l'article 8 de la Convention. La Cour souligne, par ailleurs, le fait que l'expulsion du requérant du territoire suisse a été ordonnée pour une durée de cinq ans seulement ce qui est la sanction minimale prévue par l'article 66a du Code pénal suisse (§ 56). Elle observe, ensuite, que le requérant a passé l'intégralité de sa vie en Suisse. Elle doit donc s'assurer que les juridictions internes ont avancé de très solides raisons pour justifier l'expulsion (§ 57). En l'espèce celles-ci ont tenu compte de la gravité des infractions commises par l'intéressé, de son degré élevé de culpabilité, de l'absence de réelle volonté d'identifier les mécanismes l'ayant conduit à commettre l'infraction ainsi que de l'existence d'un risque de récidive dans son chef (§§ 58 et 59). Elles ont également pris en compte le laps de temps écoulé depuis l'infraction et la conduite du requérant pendant cette période. A cet égard, les juridictions nationales ont souligné le fait que le requérant se conduisait plutôt bien depuis la commission des infractions. Le rapport établi le 27 avril 2018 par l'Office d'exécution des peines révélait que l'intéressé respectait les entretiens fixés, qu'il s'investissait dans son activité occupationnelle, qu'il se présentait régulièrement au centre de prévention et qu'il semblait bénéficier d'un cadre adéquat qui lui permettait d'évoluer positivement, même s'il devait encore consentir des efforts. Toutefois, les juridictions nationales estimaient en dépit des efforts fournis que le requérant ne disposait pas de perspectives réelles de réinsertion sociale ni de volonté d'intégration en Suisse (§§ 61 et 62).

Quant à la situation familiale du requérant, la Cour observe que celui-ci ne remet pas en question les constatations des juridictions nationales : il est majeur, célibataire, n'a pas d'enfants et vit seul. Son père est décédé. Sa mère vit en Suisse, mais il n'a pas de relations avec elle ni avec d'autres membres de sa famille. De même, la Cour note que les juridictions nationales ont constaté que le requérant ne pouvait se prévaloir de liens sociaux, culturels, familiaux ou professionnels particuliers en Suisse. Les juridictions internes ont observé que les perspectives de réinsertion sociale du requérant semblaient plutôt sombres dès lors que l'intéressé, alors âgé de trente-huit ans, n'avait jamais exercé d'activité professionnelle et ne disposait d'aucune formation. La Cour suprême suisse a d'ailleurs constaté qu'elle voyait mal comment l'activité de serveur exercée par le requérant dans le cadre de l'assistance de probation ou sa formation en « permaculture » de six mois auraient pu déboucher sur une véritable insertion professionnelle. La Cour observe à cet égard que les juges nationaux ont retenu que l'activité occupationnelle ou le suivi entrepris auprès du centre de prévention ne pouvaient passer pour dénoter une quelconque volonté d'intégration en Suisse (§§ 64 et 65).

Pour ce qui est de la solidité des liens du requérant avec l'Espagne, la Cour relève que les juridictions suisses ont constaté que l'intéressé avait une certaine connaissance de la langue espagnole et qu'il avait dans ce pays de la famille éloignée (§ 67).

En conclusion, la Cour observe que les juridictions nationales ont effectué un examen sérieux de la situation personnelle du requérant et des différents intérêts en jeu. Elles disposaient donc d'arguments très solides pour justifier l'expulsion du requérant du territoire Suisse pour une durée limitée. Par conséquent, la Cour conclut que l'ingérence était proportionnée au but légitime poursuivi et ainsi nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8, § 2 de la Convention (§ 69).

## B. Éclairage

La jurisprudence strasbourgeoise relative à l'analyse de la conformité à l'article 8 de la Convention d'une mesure d'éloignement pour motifs d'ordre public n'en est pas à ses balbutiements. Aux termes de l'arrêt commenté, la Cour effectue ce contrôle suivant un schéma de raisonnement bien rôdé.

Elle vérifie d'abord l'existence d'une ingérence et en contrôle ensuite la justification. Ce contrôle s'opère en trois temps. La Cour vérifie que l'ingérence est bien prévue par la loi (**légalité**), qu'elle répond à un but légitime (**légitimité**) et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique (**proportionnalité**).

Dans ce contexte, la Cour valide invariablement et systématiquement la légitimité du but poursuivi par l'éloignement pour motifs d'ordre public d'un étranger, peu importe son niveau d'intégration. Selon une formule bien établie, la Cour considère que cette mesure vise des fins pleinement compatibles avec la Convention, à savoir notamment « la défense de l'ordre » et la « prévention des infractions pénales » (1). Elle contrôle ensuite la proportionnalité de la mesure en vérifiant que les autorités nationales ont bien mis en balance les différents intérêts en présence. La Cour effectue ce contrôle au regard de critères qui ont évolué – et continuent d'évoluer. L'arrêt commenté participe à l'évolution de ces critères (2). Cette jurisprudence confère aux autorités étatiques une large marge de manœuvre dans l'examen qui leur revient, conformément à l'article 8 de la Convention. La Cour considère en effet de manière constante que dès lors que les juridictions internes ont examiné les faits avec soin, et qu'elles ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts personnels du requérant et l'intérêt général, elle n'a pas à substituer sa propre appréciation du fond de l'affaire. Nous proposons de revenir sur sa traduction dans les ordres juridiques nationaux au travers de l'analyse de la jurisprudence belge récente (3).

### **1. La capacité de la mesure à atteindre le but de protection de la sécurité publique qu'elle poursuit : une évidence ?**

La question de la légitimité du but poursuivi est systématiquement balayée par la Cour qui reconnaît, d'emblée, à ces mesures un caractère préventif. Ainsi, elle conclut automatiquement et invariablement au fait que l'ingérence en cause vise des fins pleinement compatibles avec la Convention, à savoir notamment « la défense de l'ordre » et la « prévention des infractions pénales ». Cette question n'en reste pas moins controversée : « est-il permis d'affirmer sans ambages que l'expulsion d'un délinquant constitue une mesure susceptible de contribuer à la prévention des infractions pénales ? »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> P.-F. DOCQUIR, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 60, 2004, p. 931.

Certains magistrats de la Cour ont manifesté leurs doutes à cet égard. Ainsi, dans l'affaire *Boujlifa c. France*, le juge *Morenilla* souligne : « Le besoin social impérieux de la défense de l'ordre public ne saurait être invoqué : cette mesure se traduit en une aggravation de la condamnation pénale de M. Boujlifa par rapport à celle des ressortissants français, de sorte qu'elle est discriminatoire. Elle est, par ailleurs, contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants ». Cette même critique a également été soulevée dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*, par les juges *Costa*, *Zupančič* et *Türmen* lesquels refusent de reconnaître à ces mesures un caractère préventif<sup>2</sup>. Ces mesures font bien souvent suite à une condamnation pénale. La sanction pénale, jugée suffisante pour protéger la société du national, est considérée comme insuffisante à protéger la société de l'étranger. D'emblée, on peut s'interroger sur la nécessité de cette superposition des sanctions administratives et pénales. Pour quelles raisons l'éloignement d'un étranger jugé dangereux serait-il indispensable à la bonne protection de notre sécurité nationale, alors que le système pénal existant serait suffisant à protéger la société de la dangerosité et des comportements déviants de ses nationaux ? Les juges *Tulkens* et *Costa* relèvent en ce sens, dans l'affaire *Baghli c. France*, à propos de l'éloignement d'un étranger condamné : « en passant un an en prison, n'a-t-il pas suffisamment payé sa dette ? Fallait-il multiplier par dix la durée de l'emprisonnement pour fixer celle du bannissement légal qu'est l'interdiction du territoire ? Nous ne le pensons pas : cela, dans une société démocratique, n'était pas nécessaire ».

L'enjeu autour de cette question est multiple.

En conférant à ces mesures un caractère essentiellement préventif, la Cour prive les étrangers frappés par ces mesures des droits et garanties applicables en matière pénale. En ce sens, la Cour juge l'article 6 de la Convention, qui consacre le droit à un procès équitable, inapplicable aux décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers. Dans l'arrêt *Maaouia c. France*, prononcé en Grande Chambre il y a près de deux décennies, et jamais contredit depuis lors, elle justifie cette position par le fait que les Etats membres ont institué une protection spécifique des droits procéduraux des étrangers expulsés dans le cadre du Protocole n° 7. Cela témoignerait de leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ d'application de l'article 6. Elle refuse, dès lors, de reconnaître à ces mesures un caractère autre qu'essentiellement préventif. Dans l'arrêt *Üner c. Pays-Bas*, la Cour confirme cette position, justifiant celle-ci par le fait que les mesures d'éloignement pour motifs d'ordre public « doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif ».

Ces objectifs de défense de l'ordre et prévention des infractions pénales justifient par ailleurs les différences de traitement que ces mesures ont pour effet de générer entre étrangers et nationaux. Or, la question de la conformité de cette différence de traitement avec les principes d'égalité et de non-discrimination<sup>3</sup> agite la doctrine et la jurisprudence depuis de nombreuses années<sup>4</sup>. La

---

<sup>2</sup> Pour plus de précisions le commentaire de cet arrêt, voy. M.-F. VALETTE, « Double peine » : Les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 72, 2007, pp. 1101 à 1119.

<sup>3</sup> Protégés entre autres dispositions par les articles 10 et 11 de notre Constitution ainsi que par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>4</sup> X. ROLIN, « La double peine, une punition de la nationalité », *Rev. dr. étr.*, n° 118, 2002, pp. 205-216 ; P. LIEBERMANN, « Double peine pour double faute, en finir avec le bannissement des immigrés », *Rev. drt. étr.*, n° 109, 2000, pp. 355 à 358 ; O. DE SCHUTTER, « La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public », *Rev. dr. étr.*, n° 93, 1997, pp. 177 à 189. Pour un commentaire plus récent de ces mesures sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination, voy. S. SAROLÉA, « L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. dr. h., *Ndidi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2018, *Rev. trim. dr. h.*, n° 114, 2018, pp. 503 à 521.

pertinence des objectifs poursuivis par ces mesures est, dans ce cadre, régulièrement questionnée.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque ces mesures sont appliquées à des quasi-nationaux dont les attaches familiales et sociales avec le pays d'accueil souvent quasi similaires voire plus importantes que celles des nationaux avec leur pays d'origine. Notons qu'il y a quinze ans, le législateur belge excluait les quasi-nationaux du champ d'application de ces dispositions, jugeant l'application de ces mesures à des étrangers nés ou ayant toujours vécu sur notre territoire discriminatoire<sup>5</sup>. Le critère de la nationalité était alors jugé insuffisant pour permettre de considérer quelqu'un comme un étranger que l'on peut renvoyer dans « son » pays<sup>6</sup>. Par adoption de [la loi du 24 février 2017 visant à renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale](#), le législateur a refait de ce critère un élément quasi auto-suffisant<sup>7</sup>.

Cette question en soulève d'autres lorsque, comme dans le cas d'espèce, ces mesures ont pour effet de renvoyer un citoyen de l'Union européenne d'un Etat membre vers un autre. Dans ce cas, l'efficacité de ces mesures à l'échelle européenne pose question au regard de la constitution d'un ordre juridique européen. J.-Y. Carlier et G. Renaudière interrogent très justement l'intérêt qu'il y a pour la bonne protection de l'ordre juridique européen de renvoyer la menace que représente un citoyen de l'Union européenne vers un autre Etat membre de l'Union : « Y a-t-il un quelconque intérêt à renvoyer la menace vers un autre Etat membre sachant que, ce faisant, d'une part, on risque de perdre la trace de l'intéressé, d'autre part, on n'empêchera nullement la poursuite des actes terroristes ou délinquants concernés, aux répercussions transfrontières aisées ? »<sup>8</sup>.

## ***2. Une analyse de proportionnalité encadrée de critères évolutifs : l'arrêt M.M. c. Suisse, une petite pierre qui élargit et complexifie encore l'édifice***

La Cour entoure l'examen de proportionnalité de la mesure de critères qui ont évolué – et continuent d'évoluer. Aux termes de l'arrêt commenté la Cour rappelle et applique les critères applicables à l'adulte qui se prévaut en premier lieu de son intégration dans le pays hôte déjà définis dans les arrêts [Üner c. Pays-Bas](#) (GC), [Maslov c. Autriche](#) (GC), [Emre c. Suisse](#), et [Saber et Boughassal c. Espagne](#) étant la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction ; la conduite du requérant pendant cette période ; et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. La Cour insiste, par ailleurs, sur le fait que seules de très solides raisons peuvent justifier l'expulsion d'un immigré ayant passé l'intégralité de sa vie sur le territoire du pays d'accueil.

Malgré les critères mis en place par la Cour, les autorités étatiques disposent toujours d'une large marge de manœuvre dans l'examen qui leur revient, conformément à l'article 8 de la Convention. Ainsi, la Cour considère généralement que dès lors que les juridictions internes ont examiné les faits avec soin, en toute indépendance et impartialité, qu'elles ont appliqué, dans le respect de la Convention et de sa jurisprudence, les normes applicables en matière de droits de l'homme et

<sup>5</sup> Projet de loi du 13 janvier 2005, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1555/001.

<sup>6</sup> Voy. X. ROLIN, précité.

<sup>7</sup> Sur la question des différences de traitement fondées sur la nationalité, voy. S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 483 à 598.

<sup>8</sup> J.-Y. CARLIER et G. RENAUDIÈRE, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, n° 4, 2018, p. 150.

qu'elles ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts personnels du requérant et l'intérêt général, elle n'a pas à substituer sa propre appréciation du fond de l'affaire à celle des autorités nationales compétentes.

Cette jurisprudence lui a permis de conclure à la non-violation de l'article 8 de la Convention dans de précédentes affaires concernant l'expulsion d'immigrés ayant passé la quasi-totalité de leur vie dans le pays d'accueil. Ainsi, dans l'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni*<sup>9</sup>, la Cour a validé au regard de l'article 8 de la Convention l'expulsion pour motif d'ordre public d'un jeune majeur arrivé dans le pays de résidence âgé de quelques mois. Elle estimait ne pas avoir à substituer son appréciation de la proportionnalité de la mesure à celle effectuée par les juridictions nationales qui avaient bien effectué une mise en balance des différents intérêts en présence. Dans l'arrêt *Narjis c. Italie*<sup>10</sup>, sur base de ces mêmes considérations, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 dans une affaire qui concernait l'expulsion d'un ressortissant étranger ayant vécu la majorité de sa vie en Italie.

A l'inverse, dans un arrêt récent *I.M. c. Suisse* concernant l'expulsion d'un ressortissant kosovare résidant en Suisse depuis de nombreuses années, la Cour abouti à un constat de violation de l'article 8, les autorités internes n'ayant pas pris en compte tous les éléments pertinents nécessaires à effectuer cette balance des intérêts en présence. La Cour précise toutefois dans cet arrêt que « *si les autorités internes avaient procédé à une mise en balance circonstanciée des intérêts en cause, prenant en compte les différents critères établis par la jurisprudence de la Cour, et si elles avaient indiqué des motifs pertinents et suffisants pour justifier leur décision, la Cour aurait, en ligne avec le principe de subsidiarité, pu être amenée à considérer que les autorités internes n'avaient ni manqué de ménager un juste équilibre entre les intérêts du requérant et de l'État demandeur ni excédé la marge d'appréciation dont elles jouissent dans le domaine de l'immigration* ».

Dans l'arrêt commenté, la Cour constate que les autorités suisses ont bien effectué une mise en balance des différents intérêts en présence. Elle note que les juridictions suisses ont accordé une importance particulière au faible niveau d'intégration du requérant sur le territoire suisse, à la gravité des infractions commises malgré la faible peine prononcée à son égard de même qu'au risque de récidive mis en exergue par les autorités suisses. Ces éléments sont jugés suffisants pour justifier l'ingérence que constitue dans le droit à la vie privée de l'étranger son expulsion du territoire suisse malgré le fait que l'étranger y soit né et y ait passé toute sa vie, malgré la faible peine prononcée à son égard et en dépit des efforts de réintégration consentis dans le cadre de son suivi par les autorités judiciaires. Le peu de liens qu'il a avec l'Espagne, le pays dont il est originaire, ne permettent pas non plus de faire pencher la balance en sa faveur.

Cet arrêt est un nouveau témoin du peu de prévisibilité qu'offre cette jurisprudence qui repose sur des critères d'appréciation variables et évolutifs et dans le cadre de laquelle la Cour ne s'estime pas autorisée à remettre en question l'appréciation toute subjective opérée par les autorités nationales du poids à accorder à l'un ou l'autre de ces critères. Cette jurisprudence permet aux autorités nationales – pour autant qu'elles prennent en compte tous les éléments pertinents à une mise en

---

<sup>9</sup> Voy. le commentaire de cet arrêt publié dans les présents cahiers : S. SAROLEA, « [Éloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017, pp. 14 à 20.

<sup>10</sup> Voy. le commentaire de cet arrêt publié dans les présents cahiers : M. PETEL, « [Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale : la récidive comme facteur doublement déterminant ?](#) », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019, pp. 13 à 19.



balance des intérêts en présence – de placer le curseur où elles l'estiment nécessaire sans que leur analyse ne puisse être remise en cause par la Cour.

Dans l'opinion jointe à l'arrêt *Boughanemi c. France*, le juge *Martens* critiquait l'approche de la Cour en la matière dénonçant le fait qu'elle conduise à une insécurité juridique au point de la qualifier de loterie pour les autorités nationales. Plusieurs de nos pairs ont émis ces mêmes critiques au regard de l'analyse d'arrêts plus récents<sup>11</sup>.

Difficile de voir dans l'arrêt commenté, une évolution vers des critères d'appréciation plus clairs.

En l'espèce, la Cour valide l'importance particulière que les autorités judiciaires ont accordé dans cette mise en balance des intérêts en présence au risque de récidive. Il ressort de divers arrêts rendus par la Cour (*Narjis, Ndidi*), que la récidive ou son absence peut être déterminante dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure dès lors qu'une récidive justifie la dangerosité de l'individu. Dans le cas d'espèce, la Cour va plus loin en validant la prise en compte, dans le cadre de cet examen, du risque de le voir récidiver. Ainsi, l'intéressé est considéré comme dangereux par les autorités suisses en raison d'un risque de récidive qu'elles fondent sur une appréciation toute subjective du comportement du requérant.

Les juridictions suisses accordent, par ailleurs, beaucoup d'importance au niveau d'intégration du requérant sur le territoire suisse et estiment ce dernier peu intégré. Cette affirmation nous paraît devoir être contrebalancée par la durée du séjour de l'intéressé sur le territoire qui y est né et y a vécu presque quarante ans. Dès lors que la Cour exige que seules de très solides raisons peuvent justifier l'expulsion d'un immigré qui a passé l'intégralité de sa vie dans le pays d'accueil, un poids important devrait être donné à la durée du séjour de l'intéressé sur le territoire du pays d'accueil. Or, en l'espèce, le fait que l'intéressé soit né et ait vécu presque quarante ans sur le territoire suisse semble peser peu dans la balance.

### **3. Quelle traduction de cette jurisprudence dans l'ordre juridique interne belge ?**

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017<sup>12</sup>, les dispositions autorisant l'expulsion des étrangers pour des motifs d'ordre public ont un champ d'application beaucoup plus large que précédemment en droit belge. Auparavant, les étrangers nés ou arrivés avant l'âge de douze ans en Belgique ne pouvaient être expulsés en raison de l'ingérence particulièrement grave que ces mesures constituaient dans leur droit à la vie privée et familiale, ces étrangers ayant parfois passé la majorité de leur vie, voire toute leur vie sur le territoire belge<sup>13</sup>. La Cour Constitutionnelle en droite ligne de la jurisprudence strasbourgeoise, saisie de la constitutionnalité de cette modification législative, a récemment précisé que le législateur n'a entendu « *permettre l'éloignement d'étrangers nés en Belgique ou arrivés sur le territoire avant l'âge de douze ans 'qu'en cas de menace grave pour la sécurité nationale ou sur la base de faits très graves', à savoir 'des actes relevant du terrorisme ou de*

<sup>11</sup> Voy. J.-B. FARCY, « *L'expulsion d'un étranger intégré suite à une condamnation pénale: jusqu'où une différence de traitement est-elle raisonnable pour maintenir l'ordre public ?* », *Newsletter EDEM*, janvier 2017 commentaire sous *Cour eur. D. H., arrêt Salija c. Suisse*, 10 janvier 2017, ainsi que le commentaire de M. PETEL précité.

<sup>12</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.*, 19 avril, p. 51890 et la loi du 15 mars 2017 modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 29 avril 2017, p. 51900.

<sup>13</sup> Projet de loi du 13 janvier 2005, préc.

*la criminalité très grave'. De la sorte, le législateur estimait que les étrangers concernés ne seraient éloignés que lorsque les comportements justifiant la mesure constituent de 'très solides raisons' pour ce faire ».<sup>14</sup>*

Ceci n'empêche que les juridictions belges chargées de l'analyse de la conformité de mesures d'éloignement d'ordre public à l'article 8 de la Convention confèrent une large marge de manœuvre aux autorités décisionnaires dans leur prise de décision. Ceci s'explique par le fait que leur contrôle est limité à un contrôle de légalité. Ainsi, ces juridictions ne sont pas compétentes pour substituer leur propre appréciation de la proportionnalité de la mesure à celle de l'autorité administrative. Elles ne peuvent, par conséquent, dans le cadre de l'examen de la conformité de la décision de fin de séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre public à l'article 8 de la Convention, procéder elles-mêmes à la mise en balance des différents intérêts en présence (C.E., 26 janvier 2016, n° 233.637 et 26 juin 2014, n° 227.900 ; C.C.E., 30 décembre 2018, n° 214 639).

Le Conseil du Contentieux des étrangers se base sur les différents critères établis par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, afin de vérifier si l'autorité administrative a rempli l'exigence de proportionnalité requise par l'article 8 de la Convention. En miroir de la jurisprudence de Strasbourg, le Conseil considère, dès lors que l'autorité décisionnaire a bien tenu compte de ces critères dans son appréciation, qu'il n'a pas à substituer son appréciation à celle déjà effectuée. A titre d'exemple, examinant une décision de retrait de séjour prise à l'égard d'un ressortissant marocain né et ayant toujours vécu en Belgique, marié et père d'enfants belges, le Conseil constate, dans son arrêt n° 244 388 du 19 novembre 2020, qu'« *il ressort clairement de cette motivation que la partie défenderesse a tenu compte des critères, énumérés par la Cour EDH dans sa jurisprudence, qui doivent être appliqués afin d'apprécier la nécessité d'une mesure d'éloignement dans une société démocratique, et son lien avec la poursuite d'un but légitime.* ». En l'espèce, le Conseil estime le moyen invoquant une violation de l'article 8 de la Convention non fondé dès lors que « *cette motivation n'est pas utilement contestée par la partie requérante, qui se contente de prendre le contre-pied de l'acte attaqué et tente d'amener le Conseil à substituer sa propre appréciation des éléments de la cause à celle de la partie défenderesse, ce qui ne saurait être admis, à défaut de démonstration d'une erreur manifeste d'appréciation, dans le chef de la partie défenderesse, à cet égard.* »

Ce contrôle ne permet pas de remettre en cause le poids que l'autorité administrative accorde à l'un ou l'autre de ces critères mais uniquement de sanctionner la non prise en compte de certains éléments avec pour conséquence que cet examen aboutit à des résultats variables. Nous en voulons pour preuve deux arrêts rendus dans le même dossier, aux termes desquels le Conseil du Contentieux des étrangers, examinant la conformité à l'article 8 de la Convention de mesures prises à l'égard d'un même requérant, parvient à deux conclusions différentes.

L'affaire concerne un ressortissant marocain né en Belgique, père de quatre enfants belges et condamné à plusieurs reprises, notamment pour des faits de terrorisme. Il s'est vu notifier, dans un premier temps, une décision de fin de séjour par l'Office des Étrangers, décision qui a été confirmée

---

<sup>14</sup> C. const., arrêt n° 112/2019, 18 juillet 2019, point B.24.9. Voy. le commentaire de cet arrêt paru dans les présents cahiers : C. MACQ, « *Retrait du droit au séjour et éloignement pour motifs d'ordre public : les lois du 24 février 2017 et du 15 mars 2017 validées, sous réserves d'interprétations, par la Cour Constitutionnelle* », Cahiers de l'EDEM, septembre 2019, pp.10 à 25.

par le Conseil du Contentieux des Étrangers. Dans un second temps, il s'est vu notifier une décision d'ordre de quitter le territoire avec maintien en vue de son éloignement, décision qu'il a contestée devant le Conseil du Contentieux des Étrangers et qui a conduit au prononcé d'un premier arrêt rendu par le Conseil. Dans un troisième temps, suite à sa demande de regroupement familial en tant que père d'enfants mineurs belges, l'Office des Étrangers a adopté une décision de refus de séjour sans ordre de quitter le territoire, au motif que l'étranger « *constitue une très sérieuse menace et un danger très grave pour l'ordre public ou de sécurité nationale de la Belgique* ». Cette décision a également été contestée devant le Conseil ce qui a conduit au prononcé d'un second arrêt.

Dans un premier arrêt n° [239 460 du 4 août 2020](#), le Conseil du Contentieux des étrangers examine au regard de l'article 8 de la Convention la validité de l'ordre de quitter le territoire délivré à la suite de la décision de fin de séjour. Rappelant les principes applicables en matière de vie privée et familiale, la Conseil a jugé que : « *l'acte attaqué démontrait à suffisance que la partie défenderesse a procédé à une « appréciation de sa vie de famille » alléguée, ainsi qu'à une mise en balance de ses intérêts familiaux et personnels, d'une part, et de la sauvegarde de la sécurité nationale, d'autre part, pour faire finalement prévaloir cette dernière et ne méconnaissait donc pas l'article 8 de la CEDH* ». Le juge a donc validé la décision d'ordre de quitter le territoire au regard de l'article 8 de la CEDH.

Dans un second arrêt n° [239 461 du 4 août 2020](#) examinant la légalité de la décision de refus de séjour prise suite à la demande de regroupement familial introduite par l'étranger, le Conseil du Contentieux des étrangers conclut, à l'inverse, à la violation de l'article 8 de la Convention aux motifs qu' « *en l'espèce la partie défenderesse n'avait pas manifesté le souci de ménager un juste équilibre entre le but visé et la gravité de l'atteinte au droit de la partie requérante au respect de la vie privée qu'elle a constituée en Belgique depuis sa naissance* ». Il motive sa décision constatant que « *si la partie défenderesse dans l'acte attaqué se prononce sur la vie privée et familiale du requérant à la lumière de l'article 8 de la CEDH, force est de constater que son analyse s'est uniquement focalisé au regard des intérêts familiaux du requérant sur le territoire, alors qu'il ressort de multiples pièces du dossier administratif, que celui-ci est né sur le territoire, y a toujours résidé depuis son enfance, y bénéficie de nombreuses attaches sociales et partant d'une vie privée, comparativement avec le Maroc son pays d'origine* ».

Ce dossier démontre la variabilité du contrôle effectué par le Conseil du Contentieux des étrangers. Ce constat plaide pour un élargissement du contrôle des juridictions administratives en la matière afin d'assurer, dans tous les cas, une prise de décision respectueuse des droits fondamentaux de l'étranger. Ceci pourrait passer par un élargissement de ce contrôle à un contrôle de légalité et d'opportunité. La juridiction administrative serait ainsi habilitée à remettre en cause et censurer la mesure non pas uniquement d'un point de vue formel mais également en raison de son manque de pertinence, de proportionnalité et d'efficacité au regard des circonstances de l'espèce.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cour eur. D.H., 8 décembre 2020, *M.M. c. Suisse*, req. n°59006/18.

#### **Jurisprudence :**

- Cour eur. D.H., 9 avril 2019, *I.M. c. Suisse*, req. n° 23887/16 ;
- Cour eur. D.H., 14 février 2019, *Narjis c. Italie*, req. n° 57433/15 ;

- Cour eur. D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, req. n° 41215 ;
- Cour eur. D. H., 10 janvier 2017, *Salija c. Suisse*, req. n° 55470/10 ;
- Cour eur. D.H., 23 septembre 2010, *Bousarra c. France*, req. n° 25672/07 ;
- Cour eur. D.H., 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, (GC), req. n° 1638/03 ;
- Cour eur. D.H., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays Bas*, (GC), req. n°46410/99 ;
- Cour eur. D. H., 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n°54273/00 ;
- Cour eur. D.H., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France (GC)*, req. n°39652/98 ;
- Cour eur. D. H., 24 février 1996, *Boughanemi c. France*, req. n° 22070/93.

**Doctrine :**

- J.-B. FARCY, « L'expulsion d'un étranger intégré suite à une condamnation pénale : jusqu'où une différence de traitement est-elle raisonnable pour maintenir l'ordre public ? », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2017 ;
- O. DE SCHUTTER, « La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public », *Rev. dr. étr.*, n° 93, 1997, pp. 177-189 ;
- P. LIEBERMANN, « Double peine pour double faute, en finir avec le bannissement des immigrés », *Rev. dr. étr.*, n° 109, 2000, pp. 355-358 ;
- M. PETEL, « Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale : la récidive comme facteur doublement déterminant ? », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019, pp. 13-19 ;
- S. SAROLÉA, « Eloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux, note sous C.E.D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni* », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017, pp. 14-20 ;
- X. ROLIN, « La double peine, une punition de la nationalité », *Rev. dr. étr.*, n° 118, 2002, pp. 205-216 ;

**Pour citer cette note :** C. MACQ, L. DIAGRE, « Quand l'ordre public prime sur le droit à la vie privée d'un étranger à éloigner : l'arrêt *M.M. c. Suisse*, une petite pierre qui élargit et complexifie encore l'édifice », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2021.

### 3. COUR EUR. D.H., 10 DECEMBRE 2020, *SHIKSAITOV C. SLOVAQUIE*, REQ. N<sup>OS</sup> 56751/16 ET 33762/17

#### *La détention irrégulière d'un réfugié en vue de son extradition en raison d'un manque de diligence des autorités nationales*

*Mathilde Rocour*

#### **A. Arrêt**

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « la Cour ») examine conjointement deux requêtes introduites le 22 septembre 2016 et le 27 avril 2017 par un ressortissant russe d'origine tchéchène (ci-après, « le requérant »). Ce dernier allègue une violation, par la République slovaque, de l'article 5 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (ci-après, « CEDH ») en raison de l'illégalité présumée de sa détention préventive et de sa détention dans l'attente de son extradition. Le requérant invoque également l'article 13 CEDH au motif que le droit interne ne lui offrait aucun recours permettant de demander réparation pour sa détention illégale.

#### **1. Résumé des faits**

Le 12 juillet 2007, le requérant s'est vu décerner un mandat d'arrêt international par un tribunal de la République tchéchène après avoir été soupçonné d'avoir commis des actes de terrorisme en 2004. En 2011, à la suite d'une procédure d'extradition lancée par les autorités ukrainiennes, le requérant s'est enfui en Suède, où il a obtenu le statut de réfugié. Ce statut lui avait été conféré en raison des persécutions dont il avait été victime en Tchétchénie.

Le 15 janvier 2015, le requérant a été arrêté et placé en détention après avoir été interpellé par la police des frontières slovaque alors qu'il tentait de se rendre en Ukraine.

Le 19 janvier 2015, le tribunal régional place le requérant en détention préventive jusqu'à ce que les circonstances relatives à son statut de réfugié en Suède puissent être clarifiées et ce, en vue de son éventuelle extradition vers la Russie. Le requérant conteste la décision du tribunal régional mais, tant la Cour Suprême que la Cour constitutionnelle le déboutent au motif que sa libération serait de nature à compromettre l'achèvement de l'enquête préliminaire dont il faisait l'objet et, par conséquent, la procédure d'extradition même. A l'appui de sa décision, la Cour suprême a jugé qu'elle n'était pas liée par le statut de réfugié qui avait été conféré au requérant par la Suède en raison de l'applicabilité de la clause d'exclusion contenue tant dans la Convention de Genève que dans la directive qualification.

Le 23 février 2015, à la requête du procureur, le tribunal régional a ordonné le placement du requérant en détention dans l'attente de son extradition. La requête du procureur fait quant à elle suite à une demande d'extradition déposée par les autorités russes le 17 février 2015. Le requérant invoque également qu'il a été reconnu réfugié en Suède et que la Slovaquie est liée par cette décision. La décision du tribunal régional a été confirmée tant par la Cour suprême par un arrêt du 16 mars 2015, que par la Cour constitutionnelle par un arrêt du 13 octobre 2016.

Entre temps, faisant suite à une requête du procureur le 9 octobre 2015, le tribunal régional autorise, le 8 septembre 2016, l'extradition du requérant vers la Russie. Le requérant interjette également appel de cette décision devant la Cour Suprême.

Par un arrêt du 2 novembre 2016, la Cour suprême annule cette fois la décision du tribunal régional qui ordonnait l'extradition du requérant vers la Russie. La Cour suprême a présenté successivement trois motifs à l'appui de sa décision. Premièrement, bien que les autorités suédoises n'aient pas semblé être informées des accusations pénales visant le requérant, ce dernier bénéficie toutefois de la protection que lui confère son statut de réfugié par tous les Etats membres de l'Union européenne, en ce compris la Slovaquie. La Cour suprême relève également que les clauses d'exclusion du statut de réfugié n'étaient pas applicables au requérant. Deuxièmement, après avoir examiné la situation générale des droits de l'homme en Russie ainsi que la fiabilité des allégations qui pesaient sur le requérant, la Cour suprême a estimé que les autorités russes n'avaient pas fournies des éléments de preuve suffisant à l'appui de leur demande d'extradition. Finalement, le fait reproché au requérant, et qui est à l'origine des poursuites pénales à son encontre, relève de l'infraction politique au sens de l'article 3 de la Convention européenne d'extradition, ce qui a pour effet d'exclure la procédure d'extradition. Par la même décision, elle ordonne la libération du requérant dans l'attente de son extradition et ce, avec effet immédiat.

Considérant que les autorités slovaques n'ont pas respecté son droit à la liberté en raison de l'illégalité de sa détention préventive et de sa détention en attente d'extradition, le requérant a introduit deux requêtes devant la juridiction strasbourgeoise, les 22 septembre 2016 et 27 avril 2017, alléguant la violation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), de la CEDH. A titre subsidiaire, le requérant a également invoqué l'article 13 de la CEDH estimant que le droit interne ne lui offrait aucun recours lui permettant de demander une indemnisation pour sa détention illégale.

## **2. Décision de la Cour**

Eu égard à la similitude des requêtes, la Cour estime qu'il convient de les examiner conjointement (§ 42). Elle analyse ensuite la légalité de la détention du requérant en trois temps (§59).

Dans un premier temps, la Cour estime que tant la décision de placer le requérant en détention préventive que celle ordonnant le maintien de sa détention dans l'attente de son extradition ont été émises conformément aux dispositions pertinentes du droit interne (§ 67). Par conséquent, la détention du requérant respecte l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), de la CEDH

Dans un deuxième temps, la Cour rejette l'argument selon lequel la détention du requérant n'est pas fondée au motif qu'il n'aurait pas pu faire l'objet d'une procédure d'extradition vers la Russie en raison de son statut de réfugié. En effet, le statut de réfugié du requérant qui lui avait été accordé par la Suède n'exclut pas automatiquement son extradition par les autorités slovaques (§68). Bien que la décision des autorités suédoises d'accorder le statut de réfugié au requérant soit extra-territorialement contraignante, ce statut peut toutefois faire l'objet d'un réexamen dans le cas où d'autres informations concernant le requérant ont été mises en lumière au cours d'une procédure d'extradition (§69). De ce fait, au vu de la situation spécifique du requérant, les autorités slovaques étaient en droit d'examiner l'éventuelle applicabilité d'une clause d'exclusion du statut de réfugié du requérant (§71). Par conséquent, il ne peut être reproché aux autorités slovaques d'avoir mené une

enquête préliminaire en vue de déterminer s'il existait des obstacles de droit ou de fait à la demande d'extradition des autorités russes du requérant et ce, malgré son statut de réfugié accordé par la Suède (§72). Il s'avère dès lors que la détention du requérant était justifiée par la nécessité d'assurer la présence du requérant sur le territoire slovaque afin de ne pas entraver l'enquête préliminaire relative à son éventuelle extradition (§73). La Cour ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants lui permettant de considérer que la détention du requérant était contraire au droit national ou à l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f) (§75).

Dans un troisième temps, la Cour se penche sur la question de savoir si la durée de la détention du requérant a bien été justifiée par des « mesures prises en vue de son extradition » au sens de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f). A cet égard, elle relève que la détention globale du requérant en vue de son extradition a duré du 15 janvier 2015 au 2 novembre 2016 inclus, soit un an, neuf mois et dix-huit jours (§76). La Cour poursuit en pointant deux éléments qu'elle juge interpellant. Premièrement, la Cour relève que six mois se sont écoulés entre l'audition du requérant et le moment où le procureur a requis auprès du tribunal régional l'autorisation d'entamer la procédure d'extradition du requérant vers la Russie (§80). Ce délai de six mois semble anormalement long compte tenu des informations suffisantes dont disposait le procureur pour instruire le dossier (§§ 78-79). En outre, l'absence de démarches proactives de la part des autorités slovaques pour instruire le dossier a été de nature à retarder la décision de tribunal régional ce qui a eu pour conséquence de prolonger la détention du requérant (§80). Deuxièmement, la Cour s'étonne du caractère radicalement opposé des deux jugements rendus par la Cour Suprême alors que, dans les faits, aucune information complémentaire n'avait été rendue disponible entre-temps. Ceci est d'autant plus surprenant lorsque l'on sait que tant les informations sur le statut de réfugié du requérant, qui avaient fondé la première décision de la Cour Suprême que celles relatives aux poursuites pénales en Russie avaient été mises à la disposition des autorités slovaques depuis le mois de février 2015 (§81).

A la lumière de ce qui précède, la Cour constate que les autorités nationales slovaques ne semblent pas avoir fait preuve de suffisamment de diligence lors de la collecte de toutes les informations nécessaires ni lors de l'examen des contestations juridiques soulevées par le requérant. Selon la Cour, aucun élément ne semblait faire obstacle à ce que les juridictions nationales se prononcent plus rapidement sur la recevabilité de l'extradition que ce qu'elles ont fait en réalité (§82). Par conséquent, la Cour conclut que les motifs de la détention du requérant ne sont pas restés valables pendant toute la période de la détention et que les autorités n'ont pas mené la procédure avec la diligence requise (§83). De ce fait, la Cour juge, à l'unanimité, qu'il y a donc eu violation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la Convention (§84).

La Cour estime également qu'il y a eu violation de l'article 5, § 5, au motif que le requérant n'a pas pu bénéficier d'un droit à réparation pour la violation de ses droits au titre de l'article 5, § 1<sup>er</sup> (§97). En ce que le requérant a indubitablement subi un préjudice moral en raison de la souffrance à laquelle il a été confronté pendant sa détention, la Cour lui accorde 8 500 euros pour les dommages moraux qu'il a subis en application de l'article 41 CEDH (§103).

## B. Éclairage

L'arrêt commenté permet de revenir sur plusieurs questions récurrentes du droit de l'immigration : la reconnaissance mutuelle du statut de réfugié (1) et les sauvegardes applicables en matière d'extradition, en ce compris le devoir de diligence lorsqu'il y a détention dans le cadre de la procédure d'extradition (2).

### 1. La reconnaissance mutuelle des décisions en matière d'asile

Cet arrêt rappelle le caractère non-automatique de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière d'asile. En l'espèce, le requérant allègue devant la Cour la violation de l'article 5 CEDH en raison de l'illégalité de sa détention. A l'appui de cette allégation, il invoque le fait que sa détention était dénuée de fondement car, au vu de son statut de réfugié, il n'aurait de toute façon pas pu faire l'objet d'une mesure d'extradition. Selon lui, les autorités slovaques seraient tenues de reconnaître le statut de réfugié qui lui avait été conféré par la Suède. Cependant, la Cour rejette cet argument au motif que les autorités slovaques étaient tout à fait en droit d'effectuer un réexamen de son statut de réfugié au regard de l'éventuelle applicabilité d'une clause d'exclusion. Elles ne sont pas liées automatiquement par la décision de la Suède lui conférant le statut de réfugié : « the fact that the applicant had been granted refugee status in Sweden did not automatically mean that he should be considered as a refugee in Slovakia » (§69).

En l'état actuel du droit européen de l'asile, seules les décisions négatives relatives à des demandes d'asile prises dans un État membre de l'Union européenne sont reconnues par les autres États membres de l'Union ( voy « [Document de travail sur l'article 80 TFUE](#) », pp. 6-7). La Commission a toutefois rédigé une [proposition de règlement](#) tendant à réviser la [Directive « qualification »](#) afin de l'assortir d'un instrument juridique favorisant la reconnaissance mutuelle des décisions d'octroi du droit d'asile entre les États membres de l'UE (voy L. Rasche, « [Un nouveau départ dans la politique d'asile de l'UE](#) », pp. 5)

En ce sens, [une partie de la doctrine](#) plaide en faveur d'un principe de reconnaissance mutuelle renforcé qui impliquerait que la qualité de réfugié, reconnue dans un État membre, puisse être reconnue de plein droit dans tout autre État membre (voy J.-Y. Carlier et S. Saroléa, *Droit des étrangers*). Cet avis est également partagé par [les rapporteurs de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures](#) du Parlement européen qui estiment que la reconnaissance mutuelle des décisions favorables en matière d'asile serait une étape logique vers la mise en œuvre effective de [l'article 78, paragraphe 2, alinéa a\)](#), du [traité FUE](#) qui préconise l'établissement d'un statut uniforme d'asile valable dans toute l'Union.

A l'échelle nationale, le Conseil d'Etat belge a expressément fait référence au caractère non-automatique du principe de reconnaissance mutuelle en jugeant que le statut de réfugié obtenu dans un autre État ne peut être confirmé sans demande expresse (C.E., [arrêt du 27 novembre 2014](#), n° 229.380).

L'arrêt commenté procède à une application correcte du droit positif en vigueur. On peut toutefois regretter qu'il ne donne pas une impulsion aux réformes encouragées par la doctrine ou le parlement européen. Sans statuer *contra legem*, la Cour pouvait s'appuyer sur la confiance mutuelle, principe



directeur de la politique européenne en matière d'asile, pour encourager une limite au pouvoir de réexamen du pays de déplacement secondaire. Une présomption réfragable pourrait être instituée quant au risque de violation de l'article 3 de la CEDH. Ceci étant, le grief discuté par l'arrêt portait sur l'article 5 et la légalité de la détention, de sorte que cette question n'a été abordée que de manière incidente.

## **2. Les sauvegardes applicables en matière d'extradition**

Bien que la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur la légalité de la demande d'extradition, l'arrêt commenté invite à rappeler certains principes qui y sont applicables.

### *- Responsabilité de l'Etat procédant à l'extradition pour violation de l'article 3 CEDH*

Dans la présente affaire, la Cour suprême slovaque avait rejeté la demande d'extradition émise par les autorités russes en raison, notamment, de la situation générale des droits de l'homme en Russie. Le requérant ayant déjà fait l'objet de persécution par les autorités tchéchènes, le risque que ces faits se reproduisent à nouveau a été jugé trop important par la Cour suprême.

Ceci n'est pas sans rappeler la jurisprudence désormais bien établie de la Cour selon laquelle l'extradition d'un requérant, vers un pays où il encourt un risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, peut engager la responsabilité de l'État qui met en œuvre cette mesure d'éloignement et ce, pour violation de l'article 3 CEDH (CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, § 111 ; CEDH, *Saadi c. Italie*, § 126; CEDH, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, § 67 ; CEDH, *Trabelsi c. Belgique*, §§ 138-139). En l'espèce, si la Cour suprême slovaque avait fait droit à la demande d'extradition des autorités russes, la Slovaquie aurait dès lors peut être pu faire l'objet d'une condamnation par la Cour pour violation de l'article 3 CEDH.

La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le cas plus spécifique d'une mesure d'extradition d'un requérant ayant obtenu le statut de réfugié dans un Etat membre de l'Union. En l'espèce, la Cour avait jugé que la mise à exécution, par les autorités bulgares, de la décision d'extrader le requérant vers la Russie emporterait violation de l'article 3 de la Convention en raison du risque sérieux et avéré que ce dernier soit soumis à la torture ou d'autres traitements inhumains (CEDH, *M.G. c. Bulgarie*, § 96).

### *- Non-applicabilité des garanties procédurales de l'article 1 du Protocole n°7 mais devoir de diligence s'imposant aux autorités nationales en cas de détention en vue d'une extradition*

En ce qui concerne les garanties procédurales s'appliquant en cas d'expulsion d'un étranger, la Cour juge que les garanties prévues aux fins de l'article 1 du Protocole n° 7 ne s'appliquent pas lorsque le requérant fait l'objet d'une procédure d'extradition (CEDH, *Bolat c. Russie*, § 79 ; *Nolan et K. c. Russie*, § 112 ; *Explanatory Report to the Protocol No. 7*, §10). Cependant, dans le cas où le requérant est détenu en vue de son extradition, les autorités nationales sont tenues d'agir avec diligence au sens de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f).

A cet égard, l'arrêt commenté met en lumière l'importance que revêt le devoir de diligence s'imposant aux autorités nationales lorsqu'elles ordonnent une privation de liberté dans le cadre

d'une procédure d'extradition. En effet, le devoir de diligence dont doivent faire preuve les autorités nationales, lorsqu'une procédure d'extradition est en cours, conditionne la légalité de la détention prévue à l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f). Son importance est telle que la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens à plusieurs reprises (voy. notamment CEDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, § 90 ; CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, § 164 ; CEDH, *Amie et autres c. Bulgarie*, § 72 ; CEDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, §§ 72-74).

La Cour a déjà relevé dans un précédent arrêt que le degré d'intensité du devoir de diligence reposant sur les autorités nationales peut différer suivant les circonstances du cas d'espèce (CEDH, *Gallardo Sanchez c. Italie*, § 42). En l'occurrence, lorsque la demande d'extradition concerne une personne faisant l'objet de poursuites pénales, l'Etat requérant est tenu de faire preuve de davantage de diligence que lorsque l'extradition est sollicitée aux fins de l'exécution d'une peine.

En l'espèce, il s'avère que le requérant était soupçonné d'avoir commis des actes de terrorisme mais n'était aucunement tenu pour pénalement responsable de ces faits (§5). Par conséquent, les autorités slovaques auraient dû, *a fortiori*, agir avec diligence (pour une approche similaire, CEDH, *M. and Others v. Bulgarie*, § 75). Qui plus est, les juridictions slovaques disposaient de suffisamment d'informations que pour pouvoir se prononcer définitivement sur la recevabilité de l'extradition du requérant (§80). Or, il est de jurisprudence constante que le prolongement de la détention a également pour effet de renforcer le devoir de diligence pesant sur les autorités nationales (CEDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, § 74).

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cour eur. D.H., 10 décembre 2020, *Shiksaitov c. Slovaquie*, req. n° 56751/16 et 33762/17.

#### Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 ;
- Cour eur. D.H., 26 février 2009, *Eminbeyli c. Russie*, req. n° 42443/02 ;
- Cour eur. D.H., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05 ;
- Cour eur. D.H., 26 juillet 2011, *M. et autres c. Bulgarie*, req. n° 51776/08 ;
- Cour eur. D. H., 4 février 2005, *Mamatkouloulov et Askarov c. Turquie*, req. n°<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99 ;
- Cour eur. D.H., 12 février 2013, *Amie et autres c. Bulgarie*, req. n° 58149/08 ;
- Cour eur. D. H., 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, req. n° 140/10 ;
- Cour. eur. D.H., 24 mars 2015, *Gallardo Sanchez c. Italie*, req. n° 11620/07 ;
- Cour. eur. D.H., 1er septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12 ;
- Cour eur. D.H., 19 mai 2016, *J.N. c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12.
- C.E., [arrêt du 27 novembre 2014](#), n° 229.380.

#### Doctrine :

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

- R. Ergec, « [Section 1. - Droit à la liberté et à la sûreté](#) », in Répertoire pratique du droit belge (éd. 2014), *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 349-553 ;
- J.-B. Farcy, « [L'obligation de diligence dont doivent faire preuve les autorités nationales dans le cadre d'une procédure d'éloignement ne leur permet pas de se réfugier derrière le manque de coopération de l'intéressé](#) », *Newsletter EDEM*, juin 2016, pp. 4-6 ;
- L. Rasche, « [Un nouveau départ dans la politique d'asile de l'UE](#) », Institut Jacques Delors, Septembre 2019 ;
- Council of Europe, « [Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#) », 22 December 1984 ;
- Council of Europe, « [The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights](#) », December 2004, Human rights handbooks, No. 5, ;
- Cour européenne des droits de l'homme, « [Guide sur l'article 5 – droit à la liberté et à la sûreté](#) », 31 août 2005 ;
- Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, « [Document de travail sur l'article 80 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne](#) », juillet 2015 ;
- ECRE, [Protected across Borders: Mutual Recognition of Asylum Decisions in the UE](#), December 2016;
- Conseil de l'Europe, « [Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Immigration](#) », 30 avril 2020.

**Pour citer cette note** : M. ROCOUR, « La détention illégale d'un réfugié en vue de son extradition en raison d'un manque de diligence des autorités nationales », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2021.