

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

These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or International 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.

Dans le cadre des 10 ans de l'EDEM, nous vous donnons **rendez-vous les 9 et 10 mai 2022** pour le colloque clôturant cette année d'anniversaire. Intitulé **Le temps des territoires**, il sera l'occasion de s'interroger sur les effets polymorphes des frontières en droit des migrations. Leurs fermetures interrogent l'aptitude à penser rationnellement et avec humanité les mobilités. Il réunira des spécialistes du droit de l'immigration tout en s'ouvrant à l'indispensable regard d'autres disciplines. Nous espérons avoir l'occasion de vous revoir et d'échanger avec vous à cette occasion.

Programme et inscription

*We are already looking forward to seeing you on **May 9 and 10, 2022** for the conference that will close this 10-year anniversary of the EDEM. Entitled **The Time of Territories**, it will be an opportunity to examine the polymorphous effects of borders in migration law. Their closure calls into question the ability to think rationally and with humanity about mobility. The conference will bring together specialists in immigration law while opening up to the indispensable viewpoint of other disciplines. We hope to have the opportunity to meet and exchange with you on this occasion.*

À lire ce mois-ci :

- The article by Eleonora Frasca and Francesco Luigi Gatta in the European Journal of Migration and Law titled: "**Ebbs and Flows of EU Migration Law and Governance: A Critical Assessment of the Evolution of Migration Legislation and Policy in Europe**". Written in the context of the GLOBMIG interdisciplinary project, the article includes a legal and policy inventory that can be used by any reader or researcher that can be accessed [here](#) and it can be used by any reader and researcher.

- L'article de J.-Y. Carlier et E. Frasca, « Chronique Droit européen des migrations », *Journal de droit européen*, mars 2022, à paraître, avec déjà ici [une brève information](#) et [video](#) sur la protection temporaire pour les personnes fuyant l'Ukraine.

Parmi les contributeurs à ce numéro de mars : **Matilde Rocca**, doctorante à la Université de Padoue (Italie), travaillant sur la sécurité maritime, la migration et les droits de l'homme. Ses recherches portent sur le rôle des acteurs non étatiques dans les violations des droits des migrants traversant la Méditerranée.

*Among the contributors to this March issue : **Matilde Rocca**, PhD candidate at the University of Padova (Italy) Her research focuses on the role of non-state actors in the violations of the human rights of migrants crossing the Mediterranean.*

Sommaire

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



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

Éditeur responsable :

Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]

Équipe :



1. ECtHR, judgment of 10 february 2022, *Al Alo v. Slovakia*, App. no. 32084/19 – ‘Acts have their being in the witness’: upholding the right to a fair trial in the context of migrant smuggling. *Matilde Rocca* 4

Keywords – Right to a fair trial – Defence rights - Legal representation – Examination of evidence – Witness statement – Pre-trial questioning – Migrant smuggling

An application against Slovakia was lodged by a Syrian national charged and convicted on the criminal offence of migrant smuggling. Before the European Court of Human Rights, he claimed that his trial was unfair since his conviction was the result of examination of evidence at the pre-trial stage which occurred in his absence. The evidence in question was constituted by two witnesses’ statements that were not heard during the trial proceedings since, in the meantime, they had been expelled from Slovakia. However, the migrants’ statements constituted an important piece of evidence at trial. Further, the applicant claimed that he did not benefit from legal representation at the pre-trial stage. The Court unanimously concluded to a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) and (d).

2. Cour européenne des droits de l’homme, 30 Novembre 2021, *Avci c. Danemark* (req. n° 40240/19) – Expulsion de migrants de longue durée au regard de l’article 8 CEDH – lorsque le tournant procédural du contrôle européen prend le pas sur l’examen de la substance. *Eugénie Delval*14

Expulsion d’immigrés de longue durée – article 8 CEDH – exigence de très solides raisons d’expulsion – principe de subsidiarité – proportionnalité – examen basé sur la qualité du processus décisionnel national.

Avci c. Danemark constitue une nouvelle illustration du « tournant procédural » récemment adopté par la Cour EDH, afin de mettre en pratique le principe de subsidiarité en s’en remettant davantage au processus décisionnel national. La question de l’expulsion d’immigrés au regard de l’article 8 CEDH constitue un domaine dans lequel la Cour a développé un important catalogue de standards et critères objectifs destinés à guider les décideurs nationaux dans leur application de l’article 8 et dans l’appréciation de la proportionnalité des mesures d’expulsion. L’affaire Avci illustre toutefois les difficultés de mise en œuvre d’une telle approche procédurale, ainsi que les risques qu’une telle approche conduise à l’absence de tout contrôle substantiel de la situation individuelle du requérant et de la proportionnalité de la mesure d’ingérence.

3. Conseil du contentieux des étrangers, 30 novembre 2021, n° 264 721 – Reconnaissance du statut de réfugié des apatrides palestiniens : l’impact des informations sur la situation prévalant dans la région d’origine des requérants. *Isaac Brock Muhambya*24

Demande d’asile – Apatride d’origine palestinienne – Informations sur les pays d’origine – Enregistrement UNWRA au Liban – Art. 1, D, 2^e al. Convention de Genève – Art. 55/2 Loi 15 décembre 1980 – Exclusion du statut de réfugié – Etat personnel d’insécurité grave – Reconnaissance de statut de plein droit.

Le C.C.E. est saisi des recours introduits par un couple d’apatrides d’origine palestinienne nés et enregistrés au Liban, contre les décisions d’exclusion du statut de réfugié et de refus du statut de protection subsidiaire prises par le C.G.R.A.; décisions prises en application combinée des articles 1D de la Convention de Genève, repris à l’article 55/2 de la loi du 15 décembre 1980, et de l’article 48/4 de la même loi. Dans son appréciation, s’appuyant sur des informations récentes sur la situation prévalant au Liban, le C.C.E. siégeant en plein contentieux, réforme les décisions négatives du C.G.R.A. et reconnaît la qualité de réfugié aux requérants en application du deuxième alinéa de l’article 1D de la Convention de Genève.

4. France : Cour nationale du droit d'asile, 4 octobre 2021, n° 21019250 – L'inactualité de craintes de persécutions n'exclut pas la reconnaissance de la qualité de réfugié. *Alfred Ombeni Musimwa*32
Libéria – Enfant soldat – Persécutions – Séquelles physiques et psychiques – Statut de réfugié.

La Cour nationale du droit d'asile de la France a rendu son arrêt dans l'affaire opposant M. C., ancien enfant soldat de nationalité libérienne, à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Dans cet arrêt, la Cour confirme la relativité de l'actualité de craintes de persécutions lorsque les persécutions antérieures sont d'une exceptionnelle gravité entraînant des séquelles jusqu'au moment de la décision.

1. ECTHR, JUDGMENT OF 10 FEBRUARY 2022, *AL ALO V. SLOVAKIA*, APP. N° 32084/19

'Acts have their being in the witness': upholding the right to a fair trial in the context of migrant smuggling

Matilde ROCCA

A. Facts, Legal Complaints and Ruling

1. Facts

- Initial procedural actions

Mr. Al Alo (henceforth, 'the applicant') is a Syrian national. On 26 January 2017, he was surveilled by two police officers in Bratislava (Slovakia) as they believed he was involved in a migrant smuggling operation. The police officers spotted Mr. Al Alo and two individuals entering a taxi and driving towards the Austrian border. Hence, they intercepted the car and detained the two migrants along with the applicant.

Two days after the interception, the applicant faced charges of migrant smuggling. Later, he was questioned by the police as a person charged with a criminal offence under domestic law. In particular, the interview record mentions Article 213 of the Slovak [Code of Criminal Procedure](#) (Law no. 301/2005 – 'the CCP'). According to paragraph 1 of this provision a charged person may be permitted to attend witness interviews and to question the witnesses himself. The record of the interview also reports that the applicant decided not to be represented by a lawyer and not to attend the witness interviews. Concerning the language in which the interview would be conducted, the applicant maintained that he did not understand legal matters, that he had not completed secondary education and that his reading and writing abilities were not very solid. Accordingly, he asked to be assisted by an interpreter. With regard to the migrant smuggling charges, Mr. Al Alo submitted that he believed the two other individuals, C. and D., to be family friends, and claimed that he only helped them with accommodation and transport.

On 28 January 2017, the applicant was informed that C. and D. were going to be interviewed as witnesses later that day. During the pre-trial interview, they submitted they were migrants, illegally present in Slovakia and heading towards Western Europe, and alleging that the applicant played a role in facilitating their journey. Mr. Al Alo did not attend these interviews. The following day, he was placed in pre-trial detention and was assigned a lawyer appointed by the court in accordance with Article 37 § 1 (a) (CCP).

On 27 February 2017, the applicant was interviewed in the presence of a lawyer. The record of the pre-trial interview reported that he did not wish to exercise his right to be present during the witness interviews. Instead, he asked for invitations to attend these investigative measures to be addressed to his lawyer.

- Trial, appeals and final domestic decision

In a judgment of May 2017, the District Court found the applicant guilty and sentenced him to five years imprisonment. Consequently, the applicant appealed to the Regional Court, advancing numerous arguments including the fact that the two witnesses had not been heard in court. He further emphasized that he had declared from the beginning that his education was poor and that he had difficulties with reading and writing. Moreover, being a Syrian national, his understanding of legal proceedings in Slovakia was not robust. It was also reported that he was provided with the help of an interpreter.

In July 2017, the applicant modified his appeal to the Regional Court by providing the home addresses of both witnesses: one was based in Romania and the other in Denmark. However, the Regional Court dismissed the applicant's appeal on the basis that both witnesses had been expelled from Slovakia and were therefore considered 'unreachable'. Moreover, the Court affirmed that the applicant freely chose not to avail himself of his right to examine the witnesses. Regarding legal representation, the Court found that there was no reason to believe the applicant could not defend himself since he had an interpreter helping him, he had lived in Slovakia for many years, and he could communicate in many languages.

The applicant subsequently filed an appeal to the Supreme Court, which in its turn rejected the appeal, finding no violation of the applicant's rights. Lastly, Mr. Al Alo appealed to the Constitutional Court under Article 127 of the [Slovak Constitution](#) – which allows to file complaints objecting to violation of his basic rights and freedoms. He also alleged a violation of Article 6, §§ 1 and 3 (c) and (d) of the [European Convention on Human Rights](#) ('the Convention' or 'ECHR'). In 2019, the Constitutional Court declared the complaint ill-founded and, thus, inadmissible. At the time of presenting his application before the European Court of Human Rights ('ECtHR') he was serving a term of imprisonment in Slovakia.

- Relevant legal frameworks

Concerning domestic legislation, Article 37 of the CCP states that there are certain cases where legal representation is mandatory, for instance when a person charged with an offence is imprisoned. Furthermore, under Article 263 of the CCP, pre-trial witness statements may be admitted as evidence in trial if taken in conformity with the applicable procedural requirements and if the witness has become unreachable due to a long-term stay abroad. Another important legal framework in this context is the [Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union](#)¹ ('the Convention on Mutual Assistance'), which was incorporated in domestic legislation by Slovakia, Denmark, and Romania. According to article 10 of this Convention, witness hearings can be conducted via video conference at the trial stage.

¹ Integrating and supplementing the [Council of Europe Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters](#), approved in 1959.

2. Legal complaints and Strasbourg judgement

Before the ECtHR, the applicant complained that his criminal trial was not conducted in compliance with Article 6, §§ 1 and 3 (c) and (d) of the Convention. The relevant paragraphs state as follows:

1. In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...] by [a] [...] tribunal.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: [...]
 - (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; [...]
 - (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

Concerning the merits, the applicant complained that he had not been provided with sufficient legal assistance. He further claimed that his criminal conviction had been based on the pre-trial statements of the witnesses while he was not given the chance to examine them at trial. In this regard, he contended that during the proceedings, he actively sought an opportunity to examine the witnesses. However, the trial court ignored his efforts even though the applicant had provided both witnesses' house addresses (in Romania and Denmark respectively) and copies of their identification documents. Moreover, the lack of witness examination at trial was not compensated for by any measures aimed at safeguarding the applicant's procedural rights. The applicant also argued against the domestic courts' statements on his ability to defend himself. Although he admitted that he was informed of his right to be represented by a lawyer, he was unaware of the gravity of the criminal charge and its implications.

The responding Slovak Government argued that there were no doubts regarding the applicant's ability to defend himself nor about his intellectual skills. Regarding the admission of the witnesses' pre-trial statements as evidence during trial, the Government contended that it was not the Court's task to investigate their admissibility. Moreover, though the applicant had provided the addresses of the two witnesses, these were only "administrative (fictitious) addresses" (pt. 39).

In its assessment in the present case, the Court firstly reiterated that the guarantees provided by Article 6 § 1 and § 3 (d) ECHR ought to be considered as intertwined with any assessment of fairness of trials, as established in *Schatschaschwili v. Germany* and *Taxquet v. Belgium* (pts. 41-42). Furthermore, the Court affirmed that its primary concern under Article 6 § 1 ECHR "is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings" (see *Schatschaschwili*, § 101, and *Taxquet v. Belgium* § 84) (pt. 42). Therefore, in making this assessment, the ECtHR carried out a review of the proceedings as a whole, having regard to both the rights of defence and the interests of the public and the victim or victims (see in this regard *Schatschaschwili*, § 101, and *Gäfgen v. Germany*) and where necessary to the rights of witnesses (see *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*) (pt. 42). The ECtHR noted that the applicant's complaints under Article 6 §§ 1 and 3 (c) and (d) were interlinked and it found a violation of both paragraphs of Article 6, ruling in favour of the applicant.

B. Discussion

Al Alo v. Slovakia represents an important decision, adding up to the ECtHR's jurisprudence on the right to a fair trial and procedural rights. Firstly, the unanimous judgement reiterates the relevance of fairness in criminal proceedings in accordance with Article 6 of the Convention and it upholds defence rights. Secondly, this case also clarifies the applicability and scope of right waivers for defendants during criminal proceedings. We will now turn to an exploration of both these aspects, following the reasoning of the Court and aiming at locating the case of *Al Alo* in the broader jurisprudence of the ECtHR.

1. Enforcing defence rights and standards of evidence examination

Regarding the upholding of procedural rights and witnesses' examination procedures, in its caselaw, the ECtHR has developed a set of principles to be applied when a witness does not attend a public trial (*Al-Khawaja and Tahery v. the UK*, §§ 119-147 and *Seton v. the UK*, § 58). In the present case, the Court reiterated these principles (pt. 43), which can be summarized as follows:

- The Court should first examine whether there was a good reason for admitting the evidence of an absent witness (for instance, the death of a witness or fear of retaliation);
- If a witness has not been examined pre-trial, "the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort" (pt. 43);
- Admitting evidence constituted by statements of absent witnesses "may result in a potential disadvantage for the defendant, who, in principle, in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him [...] by having them orally examined in his presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings" (pt. 43);
- In line with the 'sole or decisive rule'², "if the conviction of the defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted" (pt. 43);
- The word "decisive" should be "narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case" (pt. 43);
- As for this 'sole or decisive' rule, Article 6 § 3 should be interpreted in the context of overall examination of the fairness of the proceedings;
- Therefore, the admission of evidence of an absent witness does not automatically result in unfairness of criminal proceedings - provided that sufficient 'counterbalancing factors' have been put in place.

With regard to this last point, the case of *Al-Khawaja* remains important although it left a few questions unanswered especially in relation to the juxtaposition between criminal procedures and human rights. As C. GEARTY has pointed out in relation to the *Al-Khawaja* judgement: "[t]he wider importance of the ruling is [...] obvious to those whose interests lie more in human rights law rather than in criminal procedure." Indeed, in this case the right to a fair trial was ultimately upheld. Yet,

² See, in particular: ECtHR (G.C.) 15 December 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. the UK*, §§ 126-147.

what remained unclear in *Al-Khawaja* was the nature and scope of these counterbalancing factors and the way in which they have an impact on defence rights in the context of criminal proceedings.

These principles have been further clarified in the case of *Schatschaschwili* (§§ 125-131). More specifically, in the Grand Chamber's account, counterbalancing factors must permit a fair assessment of the evidence. Further, the counterbalancing factors were identified by the Court as the following (pts. 44-45):

- The domestic courts should cautiously approach the untested evidence of an absent witness and they should prove reliability of such evidence;
- A video of the absent witness' statement should be reproduced at trial;
- Corroborative evidence should be available at trial;
- There should be a possibility for the applicant or defence counsel to question the witness during the investigation;
- The defendant should be given the opportunity to give his/her own account of the events.

The ECtHR's nuanced approach in *Schatschaschwili* constituted a positive development as it expanded on the issues approached initially in *Al-Khawaja*. As reported by the Court in the present *Al Aloi* case, "[t]he extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness" (pt. 44). This is an important point developed by the ECtHR since it stresses the importance of evidence in the wider context of the proceedings and, further, in relation to the final judgement. Thus, the fairness of trial and the enforcement of procedural rights may depend on the relevance and weight of the absent witness' statement.

The principles established in *Seton*, *Al-Khawaja*, and *Schatschaschwili* constitute important elaborations in the ECtHR's jurisprudence, reinstating the importance of Article 6 ECHR and confirming the significance of the right to a fair trial and procedural rights at large. Based on the precedents just mentioned, the Court adopted a three-tier test (see *Schatschaschwili*, § 107) to be applied to the facts of the present case:

- i. Was there a good reason for the non-attendance of the witnesses at trial? Moreover, was there a good reason for admitting pre-trial evidence from the witnesses?
- ii. Was the evidence of the absent witnesses 'sole or decisive'?
- iii. Were there sufficient counterbalancing factors permitting a fair and proper assessment of the reliability of the evidence in question?

Regarding point (i), in the case of *Al Aloi*, the witnesses only appeared at pre-trial stage. Firstly, the Court observed that there were no elements suggesting that the applicant expressly waived his right to examine the witnesses' statements. Moreover, the ECtHR stated that the Slovak authorities did not actively ensure that the applicant was aware of the consequences of not attending the pre-trial examination of the witnesses. Further, the Court found that it was foreseeable for the domestic authorities to believe that the witnesses would leave Slovakia and head for Western Europe, since they were found at the border in the first place. This was also the reason why the Government

decided to question the witnesses at the pre-trial stage of the proceedings, having due regard to the principle of adversarial proceedings (pt. 39).

The Court further argued that under the European Convention on Mutual Assistance, the Government had the possibility to secure the appearance of witnesses *via* video and other remote means (pt. 51). In this sense, according to the Court, the present case evoked similarities with the one of *Vronchenko v. Estonia*, rather than distinguishing it from this latter case as argued by the Slovak Government (pt. 54). As pointed out by CLOONEY and WEBB, “[d]omestic courts have wide-ranging powers to secure the attendance of witnesses by issuing orders, summonses, subpoenas, warrants, and transfer orders” (p. 535). Indeed, a good reason for non-attendance of witnesses at trial can be afforded provided that the court has “made all reasonable efforts within the existing legal framework to secure the attendance of a witness, particularly where the witness is in another country and bilateral negotiations with that country were unlikely to lead to a hearing of the witness within a reasonable time” (McBride, § 71; see also *Schatschaschwili*, §§ 132-140).

Therefore, the Court found that domestic legal mechanisms did not take enough positive steps to secure witnesses’ statements at trial, nor to enforce defence procedural rights, even though the witnesses were in a different country. Indeed, as the Court previously established in *Gabrielyan v. Armenia*, “the fact that a witness is absent from the country where the proceedings are conducted is in itself not sufficient to satisfy the requirements of Article 6 § 3 (d) ECHR, which requires the Contracting States to take positive steps to enable the accused to examine or have examined witnesses against him ” (§ 81). Positive steps were not taken on behalf of domestic courts in the case of *Al Aloi*, so the reasoning of the ECtHR in relation to this point is sound.

Concerning the second issue (ii) – raising the question of whether the applicant’s conviction was based solely or mainly on evidence from the witnesses - the ECtHR straightforwardly observed that the Regional Court found that evidence given by both witnesses had been “pivotal” for the applicant’s conviction. Thus, their statements could be considered as decisive in this case (pt. 55). Again, the *ratio juris* in this instance is in line with the principles established in *Al-Khawaja and Tahery* (§§ 126-147) and *Schatschaschwili* (§§ 125-131).

Lastly, in relation to point (iii) on counterbalancing factors, the Court established that the domestic courts did not engage in sufficient balancing efforts *vis à vis* lack of witnesses’ examination at trial. Therefore, the Court concluded to a violation of the right to a fair hearing (on counterbalancing factors for inability to locate a witness see also *Lučić v. Croatia*, §§ 79-80). Following the principles clarified in *Schatschaschwili*, the ECtHR also found that the domestic courts did not prove the reliability of the evidence provided. In the words of MCBRIDE: “counterbalancing factors required by the European Court are ones that will permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence” (§ 77). This means that, at a minimum, a domestic court must not only show awareness of the fact that the counterbalancing evidence will carry less weight, but also give a thorough explanation of the reason why it can be considered reliable in the first place. In this regard, it must be noted that no video of the absent witness’ statement was reproduced at trial, nor was there any additional corroborative evidence provided, nor did the defendant have the opportunity to question the witness at the investigation stage. Indeed, the Court held that “the ability to confront a witness for the prosecution at the investigation stage is an important procedural safeguard which can

compensate for the handicaps faced by the defence on account of absence of such a witness from the trial” (pt. 56, see also *Palchik v. Ukraine*, § 50).

Furthermore, the ECtHR pointed out that the domestic appellate court identified several flaws in the pre-trial procedure and in the judgement of the District Court. Concerning these procedural shortcomings, the ECtHR highlighted that in this case the counterbalancing factors were insufficient to compensate for the absence of witnesses’ statements at trial. Rather, the domestic courts followed a “pattern of seeking to validate a flawed procedure” (pt. 65, see also *Schatschaschwili*, §§ 125-131, and *Breukhoven v. the Czech Republic*, § 56). Thus, the ECtHR’s analysis in relation to the third part of the test is also in line with the Court’s caselaw, as it upholds the *ratio juris* of the precedents.

2. Problematising the trial waiver system

One aspect of the ECtHR’s reasoning worth mentioning is the Court’s development of the discussion on waiving the right to a fair trial. As succinctly reported by the NGO *Fair Trials*, “[t]rial waivers take place when someone who is suspected of a crime gives up their right to a trial. It means they give up their right to provide and challenge evidence, and to be presumed innocent.” Though the use of right waivers has been increasingly implemented by several countries in Europe in order to speed up criminal proceedings and enhance efficiency, *Fair Trials* has rightly claimed that the use of this judicial practice is negatively impacting the integrity of the justice system as a whole.

In the present case, in relation to the question on counterbalancing factors (iii), the ECtHR considered whether a waiver could constitute a balancing factor. Importantly the Court stressed that “neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving – of his or her own free will, either expressly or tacitly – his or her entitlement to the guarantees of a fair trial” (pt. 59). Yet, the ECtHR also contended that if the right to a fair trial is waived, there should be compatibility with the requirements of the ECHR. More specifically, a waiver must be “attended by minimum safeguards commensurate with the waiver’s importance” (pt. 59). This means first and foremost that a waiver of the defendant’s right must be unequivocal, voluntary, informed and preferably expressed in writing (see *CLOONEY and WEBB*, p 546, and *Pfeifer v. Austria*, § 37). Further, if the waiver of the right to a fair trial is implicit, the ECtHR held that “it must be shown that the applicant could reasonably have foreseen the consequences of his or her conduct” (§ 59, see also *Zachar and Čierny v. Slovakia*, §§ 60 and 68). In sum, the requirements for a waiver of the right to a fair trial to be implemented are very specific and should be treated with the utmost care in criminal proceedings.

However, in the present case of *Al Aloi*, these requirements were not met according to the Court. Indeed, the applicant never expressly nor unequivocally mentioned his willingness to waive his right to examine the witnesses at trial since his decision in that sense was limited to pre-trial questioning (pt. 60). Besides, according to the ECtHR, at the pre-trial stage the applicant was provided with minimal instructions on how to attend the questioning of the witnesses. He was not comprehensively advised “about the consequences of not exercising this right [...] in particular as regards the possibility for any pre-trial statements to be used in evidence at trial if the witness became “unreachable”, as defined under national law” (pt. 60, see also *Zachar and Čierny*, § 70).

Notably, the applicant mentioned on several occasions that his linguistic skills and, thus, his ability to understand legal proceedings were not strong enough to have foreseen the gravity of the conviction (see for instance pts. 6 and 14 of the judgement). Indeed, the ECtHR considered that the authorities were very early on informed by the applicant about his struggles to understand legal proceedings. However, despite expressing his difficulties, the applicant did not receive any legal assistance to grasp the consequences of him not examining the witnesses' statements at the pre-trial stage. The reasoning of the Court, in this sense, seems to be in line with the general understanding that a waiver of the defendant's right must be unequivocal, voluntary, informed and preferably expressed in writing (see [CLOONEY and WEBB](#), p 546, and [Pfeifer v. Austria](#), § 37).

The discussion of the Court in relation to right waivers constitutes an important development. This case clarifies the limits of the applicability of the waiver of the right to examine witnesses by upholding the applicant's procedural rights. As observed by [CLOONEY and WEBB](#), the ECtHR has increasingly considered the right to confront and examine witnesses as "a fundamental right among those which constitute the notion of fair trial, [and] an example of the rights which require the special protection of the knowing and intelligent waiver standard" (p. 547). The Court has applied the necessary safeguards in determining the fair use of the waiver system.

The trial waiver system is complex and presents several risks both from a human rights perspective as well as from a criminal justice one. As highlighted by Fair Trials in a recent [report](#), some of these risks include: the lack of real consent on behalf of the defendant to waive his rights, the often insufficient procedural safeguards leading to uninformed consent, the lack of judicial oversight and accountability mechanisms, and the element of discrimination. This last element is remarkable since in the present case, the applicant is not a Slovak nor a European but a Syrian national. As recounted in the same report, migrants usually have high chances of pre or post trial detention, they have difficulties to understand their rights as well as the consequences of waiving them, and the criminal conviction puts them at a disadvantage since their immigration status may be hindered. Indeed, in this case the applicant did not give his unequivocal waiver of rights and could not have reasonably foreseen the consequences of his decision not to enforce his defence rights. Accordingly, the ECtHR's conclusions establish a positive precedent in this sense.

C. Concluding remarks

As we have seen, the *Al A/o* case represents an important decision by the First Section of the ECtHR for two reasons. As such, on the one hand, it reestablishes the legal principles to safeguard procedural rights found in previous case law. On the other hand, it clarifies the limits of applicability of the trial waiver system, favouring a human rights-based approach in the context of criminal justice procedures. Though the decision of the Court's First Section to uphold the right to a fair trial is worth of notice, there are some aspects of this case that may require additional consideration and further enquiry. This commentary will now mention two points in the form of concluding remarks: the role of the ECtHR in criminal procedural matters concerning migrants, and the framework of migrant smuggling.

The first point concerns the experiences of migrants and the enforcement of their procedural rights. As discussed in the previous section, the present case offers an opportunity to reflect on the experiences of migrants whose fragile status may have an impact on the enforcement of their defence rights. It should be stressed that upholding the right to a fair trial can be even more challenging for migrants due to linguistic challenges and their difficulties to understand legal proceedings and systems. This case note reflected on the problematic use of the trial waiver system and its heightened risks when applied to criminal cases involving migrants or third-country nationals. Discriminatory practices are widespread in national and supranational judicial systems across Europe. Although this case represents a positive development, it should only constitute the start of a process of enforcing procedural rights, as implementation and applicability challenges are still persistent.

Procedural rights represented the pivotal point of this analysis. Yet, the case needs to be set in the wider context of migrant smuggling and, largely, migratory experiences in Europe. Without providing an in-depth analysis of the issues at stake, this conclusion aims to place the case of *Al Alo* into the wider context of migrant smuggling. The objective here is to step away from procedural rights and to conclude by mentioning an area which may require further exploration in future enquiries. Indeed, from the broader perspective of migrant smuggling, this case represents an opportunity to reflect on the context of migration in Europe, the lack of safe passages for migrants and asylum seekers, and their need to resort to illegal routes in order to cross borders and reach safety and/or better life opportunities. Although it is noted that the Court rightfully did not address the content and core components of the verdict for Mr. Al Alo, this case can foster further thinking on the root causes of the criminal activity of migrant smuggling itself. Moreover, these events can trigger future enquiries on the reasons why there are many migrants in Europe who still need to rely on human smugglers in order to reach countries of destination.

D. Suggested Reading

To read the case: ECtHR, Judgement of 10 February 2022, *Al Alo v. Slovakia*, Application No. 32084/19

Case law:

ECtHR, Judgement of 2 March 2017, *Palchik v. Ukraine*, Application No. 16980/06

ECtHR, Judgement of 31 March 2016, *Seton v. the United Kingdom*, Application No. 55287/10

ECtHR, Judgement of 21 July 2015, *Zachar and Čierny v. Slovakia*, Application Nos. 29376/12 and 29384/12

ECtHR [GC], Judgement of 15 December 2015, *Schatschaschwili v. Germany* [GC], Application No. 9154/10

ECtHR, Judgement of 17 May 2014, *Lučić v. Croatia*, Application No. 5699/11

ECtHR, Judgement of 18 July 2013, *Vronchenko v. Estonia*, Application No. 59632/09

ECtHR, Judgment of 10 July 2012, *Gabrielyan v. Armenia*, Application No. 8088/05

ECtHR [GC], Judgement of 15 December 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], Applications nos. 26766/05 and 22228/06

ECtHR, Judgement of 21 July 2011, *Breukhoven v. the Czech Republic*, Application No. 44438/06

ECtHR [GC], Judgement of 16 November 2010, *Taxquet v. Belgium* [GC], Application No. 926/05

ECtHR [GC], Judgement of 2010, *Gäfgen v. Germany* [GC], Application No. 22978/05

ECtHR, Judgement of 25 February 1992, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Application No. 10802/84

Doctrine:

M. ARSLAN, [The Right to Examination of Prosecution Witnesses](#), *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6, 218-228;

J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1.

A. CLOONEY and P. WEBB, *The Right to a Fair Trial in International Law*, Oxford University Press, 2021;

C. GEARTY, *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom*, UK Constitutional Law Association, 9 January 2021;

J. MCBRIDE, [‘The Case Law of the European Court of Human Rights on Evidentiary Standards in Criminal Proceedings’](#), Council of Europe and European Union;

Fair Trials [Increased use of trial waivers threatens right to a fair trial across Europe, report finds](#), 18 January 2022;

K. PAYNE and P. HENLEY, [Reliance on Witness Statement where Cross-Examination not Available may Violate Right to a Fair Hearing](#), *Human Rights Law Centre*, 20 January 2009;

A. SAHAY, [ECHR finds Slovakia liable for human rights violation over migrant smuggling trial](#), *JURIST*, 11 February 2022;

F. SIMPSON, [Upholding fundamental rights or ensuring accurate verdicts? The ECtHR and the use of unchallengeable witness evidence](#), *UK Human Rights Blog*, 4 April 2016;

A. TIMMER, [Gäfgen v. Germany: Threat of Torture to Save a Life?](#), *Strasbourg Observers*, 6 July 2010.

UNKNOWN AUTHOR, [Accused of smuggling immigrants did not have the opportunity to examine key witnesses in the trial against him. Violation of the right to examine witnesses](#), *ECHR Case Law*, 14 February 2022;

To cite this contribution: M. ROCCA, [“‘Acts have their being in the witness’: upholding the right to a fair trial in the context of migrant smuggling”](#), *Cahiers de l’EDEM*, March 2022.

2. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, 30 NOVEMBRE 2021, AVCI C. DANEMARK (REQ. N° 40240/19)

Expulsion de migrants de longue durée au regard de l'article 8 CEDH – lorsque le tournant procédural du contrôle européen prend le pas sur l'examen de la substance.

Eugénie DELVAL

A. Arrêt

1. Les faits

Le requérant, Mr. Avci, est un ressortissant turc qui est né au Danemark en 1993 et qui y a toujours vécu légalement jusqu'à son expulsion vers la Turquie en janvier 2020. En octobre 2013, Mr. Avci a été condamné pour avoir tenté de libérer un détenu et pour avoir causé un sentiment d'insécurité publique en participant à un rassemblement. Il a été condamné à 20 jours d'emprisonnement. En 2018, Mr. Avci a aussi été reconnu coupable d'infractions graves liées au trafic de drogues, via un réseau organisé, et a été condamné par le tribunal national de première instance à 4 ans d'emprisonnement et s'est vu notifier un avertissement d'expulsion. En appel, le requérant a notamment expliqué qu'il parlait un peu le kurde mais qu'il parlait principalement Danois avec ses parents, tandis qu'il ne connaissait que quelques mots en turc, et qu'il n'était allé que quelques fois en Turquie en vacances. En janvier 2019, la Haute Cour a confirmé la condamnation de Mr. Avci en ordonnant également son expulsion définitive vers la Turquie, exécutée en janvier 2020.

La Haute Cour a premièrement fondé sa décision sur la nature grave des infractions commises par le requérant, soulevant que son comportement personnel représente une menace sérieuse pour les intérêts fondamentaux de la société et soulevant le risque de récidive. Ensuite, la Cour a estimé que bien que le requérant possède des liens personnels et culturels beaucoup plus étroits avec le Danemark plutôt qu'avec la Turquie, le requérant possède les conditions pour s'établir en Turquie. La Cour a effectivement considéré que le requérant s'était déjà rendu en Turquie plusieurs fois en vacances où son grand-père paternel vivait, et qu'il parlait le kurde. Dès lors, bien que le requérant soit né et ait grandi au Danemark, où vivent ses parents et ses frères et sœurs, et bien qu'il n'ait jamais fait l'objet d'une mesure d'expulsion, la Haute Cour a estimé que les circonstances en faveur de l'expulsion de Mr. Avci étaient suffisamment impérieuses pour avoir plus de poids que les circonstances qui rendaient l'expulsion inappropriée. Selon la Cour, l'expulsion définitive ne constituerait donc certainement pas une sanction disproportionnée contraire aux dispositions du droit national ou à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »).

Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH »), invoquant que la décision d'expulsion définitive constituait une violation de l'article 8 de la CEDH qui prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. En particulier, le requérant soulignait que les juridictions danoises n'avaient pas tenu compte des circonstances pertinentes dans la mise en balance des intérêts, à savoir qu'il n'avait pas un passé criminel important, qu'il n'avait jamais fait l'objet d'un ordre d'expulsion conditionnel et qu'il avait des liens forts avec le Danemark et très peu de liens avec la Turquie. Mr. Avci soutenait donc que les juridictions nationales n'avaient pas établi qu'il existait des « raisons très impérieuses » de l'expulser. Le gouvernement danois affirmait que les juridictions nationales avaient trouvé un juste équilibre entre les intérêts opposés et avaient examiné

l'affaire à la lumière de la jurisprudence de la Cour Strasbourgeoise. Ainsi, compte tenu du principe de subsidiarité, la Cour devait être réticente à écarter l'appréciation portée par les juridictions danoises.

2. *Décision de la Cour*

- *Décision de la majorité*

En l'espèce, la Cour considère que l'ordre d'expulsion et l'interdiction de réadmission constituent effectivement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant (article 8 CEDH) (pt. 28). Conformément au paragraphe 2 de l'article 8, une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit doit être prévue par la loi et doit poursuivre l'un des buts légitimes limitativement énumérés. La Cour confirme que les mesures d'expulsion et d'interdiction de réadmission sont bien prévues par la loi et poursuivent le but légitime du maintien de l'ordre public. Selon ce même paragraphe 2, l'ingérence doit toutefois également être « nécessaire dans une société démocratique », ce qui implique une évaluation de sa proportionnalité. La Cour note que le point de départ des juridictions nationales visait les dispositions pertinentes du droit national ainsi que les critères pertinents à appliquer dans le cadre du contrôle de la proportionnalité sous l'angle de l'article 8 de la CEDH (pt. 29).

Tout au long de sa jurisprudence, la Cour rappelle en effet que si les États contractants ont certes la faculté d'expulser un étranger délinquant, leurs décisions en la matière doivent toutefois être proportionnées au but légitime poursuivi. En particulier, la Cour a énuméré dans sa jurisprudence, de façon bien établie et à plusieurs reprises, les critères devant être utilisés pour apprécier si une mesure d'expulsion est proportionnée au but légitime poursuivi (voy. e.g. : *Üner c. Pays*, §§ 57-58 ; *Boultif c. Suisse*, §§ 48 ; *Maslov c. Autriche*, §§ 68 ; *Munir Johanna c. Danemark*, §§ 45-56), à savoir : 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 ; la nationalité des diverses personnes concernées ; la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple ; la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ; la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et leur âge ; la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé ; l'intérêt et le bien-être des enfants ; la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.

Il est à cet égard bien établi dans la jurisprudence de la Cour que lorsque la personne qui doit être expulsée est un jeune adulte qui n'a pas encore fondé sa propre famille, les critères liés à la nature et la gravité de l'infraction, à la durée du séjour dans le pays d'accueil, au laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction ainsi qu'à la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination, sont particulièrement pertinents (*Maslov c. Autriche*, § 71). En outre, l'âge de la personne concernée peut jouer un rôle notamment si l'infraction a été perpétrée alors que le/la requérant.e était adolescent.e ou à l'âge adulte (*Moustaquim c. Belgique*, §§ 44 ; *Radovanovic c. Autriche*, § 35). Par ailleurs, la Cour souligne que, s'agissant d'un immigré de longue

durée qui a passé légalement la majeure partie, sinon l'intégralité, de son enfance et de sa jeunesse dans le pays d'accueil, il y a lieu d'avancer de « très solides raisons » pour justifier l'expulsion (*Maslov c. Autriche*, §§ 75), tenant compte de leur situation spéciale (*Üner c. Pays-Bas*, §§ 57-58).

Dans l'arrêt commenté, la Cour estime que chacun de ces critères a fait l'objet d'un examen approfondi par les juridictions danoises, et qu'elle est dès lors appelée à déterminer si les autorités nationales ont adéquatement présenté et tenu compte de « très solides raisons » dans l'examen de la situation de Mr. Avci, en tant qu'immigré de longue durée (pt. 29).

La Cour commence par souligner que la Haute Cour danoise a accordé un poids particulier à la nature et à la gravité des infractions commises par le requérant (pt. 30). A cet égard, la Cour comprend, compte tenu des « effets dévastateurs de la drogue sur la vie des personnes et sur la société dans son ensemble », pourquoi les autorités font preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent activement à la propagation de ce « fléau » (*Amrollahi c. Danemark*, §30). Ensuite, la Cour soulève que, tandis que le critère du laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction n'est pas applicable puisque le requérant a immédiatement été déporté (pt. 33), les juridictions danoises ont pris en compte la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé, ainsi que la solidité de ses liens sociaux, culturels et familiaux avec le Danemark et avec la Turquie (pts. 32-33). Précisément, la Cour estime que la prise en compte de ces liens par les juridictions nationales était adéquate en ce que ces dernières ont estimé que bien que l'expulsion définitive soit particulièrement lourde pour le requérant, il disposait de certains liens préalables lui permettant d'établir une vie en Turquie (pt. 34). Finalement, la Cour reconnaît que bien que la durée de l'interdiction de réadmission ait été jugée importante dans certaines affaires antérieures (voy. e.g.: *Ezzouhdi c. France*, *Keles c. Allemagne* et *Bousarra c. France*), elle n'a toutefois jamais fixé d'exigence minimale quant à la peine ou à la gravité de l'infraction à l'origine de l'expulsion ni qualifié le poids relatif à accorder à chaque critère dans l'appréciation individuelle (pt. 36). Il appartient aux autorités nationales d'examiner ces éléments au cas par cas, sous le contrôle européen. La majorité considère que la situation de Mr. Avci diffère de la situation des personnes concernées par les affaires précédentes en ce que les infractions commises par le requérant constituent une menace sérieuse pour l'ordre public (pt. 37).

Par conséquent, la Cour conclut par une majorité que de « très solides raisons » ont adéquatement été présentées et prises en compte par les juridictions nationales (pt. 38). La Cour note à cet effet que tous les niveaux de juridiction ont explicitement et de manière approfondie évalué si la mesure d'expulsion était contraire aux obligations internationales du Danemark. Faisant explicitement référence au principe de subsidiarité, la majorité conclut en rappelant que « [s]i la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes » (pt. 38). Sur base de ces considérations, la majorité conclut à la non-violation de l'article 8 CEDH.

- Opinion dissidente des Juges Pejchal, Ranzoni et Yüksel

D'emblée, les juges dissidents soulignent que bien que le principe de subsidiarité soit fondamental dans le système de la CEDH, cela ne met pas les décisions des autorités nationales à l'abri de tout contrôle européen (pts. 2-3). L'opinion dissidente estime que le raisonnement de la majorité n'est pas compatible avec la jurisprudence antérieure de la Cour quant à l'article 8 CEDH appliqué dans le contexte de l'expulsion définitive d'immigrés de longue durée. En particulier, les juges dissidents sont

d'avis que la majorité n'a pas accordé suffisamment de poids à certains critères précédemment jugés pertinents. En particulier, le critère de la durée de l'interdiction de réadmission n'a aucunement été évalué en pratique (pt. 4). En outre, selon la jurisprudence antérieure de la Cour (voy. *Bousarra c. France*, § 53), une infraction doit constituer « une menace d'une gravité extrême pour l'ordre public » afin de justifier une mesure d'expulsion définitive. Les juges dissidents soulignent que tel n'était pourtant pas le cas en l'espèce, et que la majorité n'a pas adressé cet élément (pt. 5). Par ailleurs, l'opinion dissidente souligne les incohérences entre les conclusions de la majorité dans l'affaire *Avci* et la jurisprudence antérieure de la Cour (notamment *Abdi c. Danemark*, *Bousarra c. France* et *Balogun c. le Royaume-Uni*) et estime que la majorité n'a pas adéquatement ni suffisamment comparé l'ensemble des affaires (pts. 6-11). En particulier, les juges dissidents reconnaissent que la gravité d'une infraction doit être examinée au cas par cas mais que la Cour doit toutefois assurer une certaine consistance dans sa jurisprudence (pt. 8). Aussi, l'opinion souligne une mauvaise interprétation du raisonnement de la juridiction danoise en ce qui concerne le critère de la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays d'accueil et avec le pays de destination : alors que la juridiction nationale avait fait référence à la connaissance du kurde par le requérant pour montrer qu'il avait des liens avec la culture et les coutumes de la Turquie, la majorité a « transposé » ce raisonnement comme une preuve qu'il possède les conditions préalables pour y établir sa vie (pt. 12).

Enfin, l'opinion dissidente critique l'évaluation de la proportionnalité menée tant au niveau national qu'europpéen, estimant que la Haute Cour n'a procédé à aucune évaluation de la proportionnalité de l'interdiction permanente de réadmission et, à l'exception de la gravité des infractions en cause, n'a avancé aucun élément constituant de « très solides raisons », pourtant requises. Les juges dissidents sont d'avis que, de son côté, la majorité de la Cour EDH n'a pas non plus adéquatement examiné l'existence de « très solides raisons » et n'a procédé à aucune évaluation distincte de la proportionnalité (pts. 13-14). L'opinion conclut dès lors que les autorités nationales n'ont pas procédé à un examen approfondi des circonstances de l'espèce, n'ont pas correctement présenté de « très solides raisons » et n'ont pas mis en balance de manière appropriée les intérêts en présence (pt. 16).

B. Éclairage

L'arrêt *Avci c. Danemark* illustre certaines difficultés liées à la « tournure procédurale » récemment adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. Le principe de subsidiarité au cœur du tournant procédural de la Cour EDH

Le Juge SPANO, de la Cour EDH, soutient que la Cour est en transition d'une phase « d'intégration substantielle » - au cours de laquelle il s'agissait pour la Cour de donner vie aux valeurs de la Convention en élaborant un édifice approfondi de droits fondamentaux - vers une phase « d'intégration procédurale » qui se concentre plutôt sur le processus décisionnel national. Cette deuxième phase fait suite à une critique formulée à l'égard de la Cour par les États membres, selon laquelle elle devrait s'abstenir de procéder à un contrôle strict de l'évaluation nationale quant à la nécessité des restrictions appliquées aux droits fondamentaux. Il est effectivement soutenu qu'au stade de la mise en balance des droits individuels et de l'intérêt public, ce sont principalement des facteurs (nationaux) politiques et stratégiques qui entrent en jeu. Dès lors, la Cour Strasbourgeoise

n'est pas mieux placée que les autorités nationales pour évaluer une telle balance des intérêts. Cette critique tient donc à la souveraineté des États Contractants et au principe de subsidiarité du contrôle européen. Dans ce sens, les discussions et déclarations lors des conférences de haut-niveau d'Interlaken (2010) et Izmir (2011), la Déclaration de Brighton sur le futur de la Cour EDH d'avril 2012, l'adoption en 2013 du Protocole no. 15 qui a ajouté une référence expresse aux principes de subsidiarité et à la marge d'appréciation dans le préambule de la Convention, ainsi que la Déclaration de Copenhague (2018), ont tous incité la Cour à développer un concept de subsidiarité plus solide. Ainsi, ces dernières années, la Cour a démontré sa volonté de s'en remettre à l'évaluation – en tout cas lorsqu'elle est raisonnée et réfléchie – faite par les autorités nationales de leurs obligations au titre de la Convention. Cette nouvelle « ère de subsidiarité » s'est notamment et principalement manifestée via un « tournant procédural » dans la jurisprudence de la Cour qui s'en remet au, et contrôle davantage le, processus décisionnel national.¹

Traditionnellement, la Cour EDH juge d'une affaire en appliquant, au fond, un test de proportionnalité pour mettre en balance les intérêts en présence afin de vérifier que la mesure d'ingérence dans un droit fondamental est nécessaire dans une société démocratique. À côté de cet examen « substantiel », l'un des éléments principaux du tournant « procédural » consiste pour la Cour à examiner et à prendre en compte, dans son analyse de la compatibilité d'une ingérence avec la Convention, la qualité du processus décisionnel national. A ce titre, la Cour examine si les principes de la Convention ont été adéquatement intégrés dans l'ordre juridique interne et si les autorités nationales ont fait un effort adéquat de mise en balance des intérêts. Dans ce cadre-là, la Cour a développé une jurisprudence importante de manière à fournir des critères et standards d'interprétation objectifs pouvant guider les décideurs nationaux dans leur application de la Convention et, par conséquent, dans l'appréciation de la proportionnalité des mesures adoptées. Si ce processus décisionnel est réalisé correctement et si les autorités nationales ont adéquatement pris en compte les standards et critères développés par la Cour, les juges strasbourgeois peuvent alors relativement facilement accepter la décision nationale en l'estimant raisonnable, sans prêter trop attention à son contenu et à la substance de la justification. Le principe de subsidiarité se trouve alors réalisé par un tel examen de la Cour axé sur la qualité des procédures nationales, rappelant une approche beaucoup plus démocratique. En outre, une telle approche procédurale renforce le caractère juste et équitable des procédures nationales imposant des restrictions aux droits fondamentaux, accroît et promeut l'effectivité de la protection des droits de la Convention, renforce l'importance et la portée de l'appréciation de la proportionnalité, et conduit à une responsabilité accrue des États Contractants ainsi qu'à la réduction des affaires portées devant la Cour.

Comme il a été illustré *supra*, l'expulsion d'immigrés au regard de l'article 8 de la Convention constitue un domaine dans lequel la Cour a formulé un catalogue étendu et précis de facteurs et critères substantiels à prendre en compte, par les autorités nationales, dans leur processus

¹ A cet égard, la présente contribution entend développer le contrôle exercé par la Cour quant aux processus décisionnels nationaux et ne vise pas la « procéduralisation » des droits de la CEDH qui constitue un autre développement jurisprudentiel, consistant à déduire des obligations 'procédurales' des dispositions de la CEDH. Voy. par exemple E. BREMS et L. LAVRYSEN, « Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2013, vol. 35, n° 1, pp. 176-200 ; E. BREMS, « Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights », in E. BREMS et J. GERARDS (éds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 137-161.

décisionnel. A cet égard, la Cour énonce que « si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes » (voy. e.g. : *Ndidi c. Royaume Uni*, § 76). Dans l'arrêt discuté, la Cour effectue un contrôle procédural « positif » en concluant à la non-violation de la Convention sur base du seul fait que les autorités nationales ont appliqué les critères établis dans sa jurisprudence. La présente affaire constitue un exemple d'un contrôle européen *purement* procédural, la Cour n'avançant aucun argument de type « substantiel ». Toutefois, l'arrêt *Avci* illustre également certaines difficultés qui peuvent résulter d'un tel examen de la compatibilité d'une ingérence avec la Convention, qui soit basé sur la qualité des processus décisionnels nationaux.

2. Les risques liés à un examen fondé sur la qualité des processus décisionnels nationaux

D'abord, et bien que la question de l'expulsion d'immigrés au regard de l'article 8 CEDH constitue l'un des domaines pour lequel la Cour a développé un important ensemble de critères et standards, un certain degré de consistance dans leur application est toutefois requis pour que l'examen de type « procédural » puisse développer les bénéfices énoncés *supra*. Effectivement, si l'approche procédurale est destinée à inciter les États Contractants à adopter des décisions affectant les droits fondamentaux selon un certain schéma qui, en principe, garantit le respect de ces droits, les orientations de la Cour d'une affaire à l'autre doivent être claires et consistantes. Or, dans l'affaire discutée, l'opinion dissidente soulève que le raisonnement de la majorité n'est pas compatible avec la jurisprudence de la Cour concernant l'article 8 : d'importants critères préalablement énoncés dans plusieurs autres affaires n'ont tout simplement pas été pris en compte, ni par la majorité ni par les autorités danoises. Ainsi, il existe un manque important de consistance entre la décision *Avci* et les décisions adoptées dans d'autres affaires similaires jugées précédemment par la Cour.

Ensuite, se pose la question de l'influence d'un tel contrôle— et essentiellement des « conclusions positives » qui en seraient tirées par la Cour — sur l'examen, quant au fond, de l'ingérence dans l'exercice du droit fondamental. Les raisons d'être et les bénéfices de l'examen procédural, tels qu'énoncés *supra*, n'impliquent, en principe, aucun abaissement du niveau de protection des droits fondamentaux. Tout du contraire : l'approche procédurale est basée sur le raisonnement selon lequel, en raison de leur connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales sont en principe mieux placées que la Cour EDH pour mettre en balance les intérêts politiques, économiques, stratégiques et sociaux qui entrent en jeu. Par conséquent, le contrôle procédural, bien compris, ne peut *pas remplacer le contrôle substantiel* : une analyse substantielle approfondie et spécifique au contexte particulier doit en principe être adéquatement menée par les autorités nationales. La légitimité de la décision nationale, et dès lors la déférence à son égard, dépend de la qualité de l'analyse substantielle réalisée par les autorités nationales, qui est notamment guidée par des critères développés par la Cour en raison de leur pertinence générale dans une série de situations. Ces facteurs et critères sont ainsi des « guides » à la prise de décision nationale, mais ils devront néanmoins toujours être appliqués *in concreto* et substantiellement aux faits de chaque espèce. Dès lors, une approche procédurale justifie une intervention (substantielle) de la Cour lorsque « les motifs invoqués ne sont pas pertinents et suffisants » (*Delfi AS c. Estonie*, § 142 ; *Avci c. Danemark*, § 38), ou que l'appréciation nationale est « manifestement dépourvue de

fondement raisonnable » (*Hutten-Czapska c. Poland*, § 166) lorsqu'une analyse de la proportionnalité n'a pas été correctement effectuée. La déférence totale qui serait faite à l'examen substantiel réalisé par les autorités nationales repose donc sur une présomption réfutable : elle ne sera pas retenue et la Cour procédera à sa propre évaluation de la proportionnalité de la mesure d'ingérence si l'évaluation substantielle par les autorités nationales n'a pas été adéquatement menée. En définitive, un examen substantiel approfondi de l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental et une évaluation de sa proportionnalité sont menés soit par les autorités nationales, soit par la Cour EDH.

Comme le souligne l'opinion dissidente, dans *Avci*, l'examen du processus décisionnel national semble pourtant fortement se substituer à tout examen substantiel, plutôt que de l'optimiser, tant au niveau national qu'au niveau européen. La Cour précise en effet qu'elle est appelée à déterminer si les autorités danoises ont adéquatement présenté et tenu compte de « très solides raisons » dans l'examen de la situation personnelle de Mr. Avci. Pourtant, la majorité de la Cour EDH se contente finalement d'énumérer les critères qui auraient été pris en compte par les autorités nationales dans leur examen de la proportionnalité de la mesure d'expulsion définitive, sans davantage vérifier ni expliciter en quoi ces critères ont précisément influencé la mise en balance des intérêts.

La Cour ne semble en effet pas requérir la réelle mise en pratique de chaque critère aux circonstances particulières du cas d'espèce. Par exemple, quant au critère de la durée du séjour dans le pays d'accueil, la majorité se contente de souligner que les autorités nationales ont « correctement » pris en compte le fait que Mr. Avci était né au Danemark et y a résidé légalement depuis 25 ans, sans préciser l'importance de cet élément dans l'analyse substantielle. Quant au critère du laps de temps écoulé depuis l'infraction, la Cour se limite à préciser qu'il ne rentre pas en jeu puisque le requérant a été expulsé immédiatement après avoir été condamné, alors même que ce fait particulier semble indiquer la disproportionnalité de la mesure. *Avci* illustre ainsi le risque qu'une approche procédurale se transforme en [approche « checklist »](#) dans laquelle une concentration excessive sur la procédure ferait perdre de vue les circonstances spécifiques de chaque requérant ou, en d'autres termes, l'importance d'appliquer concrètement les critères « guides » à chaque cas d'espèce. Tandis que la Cour a développé une jurisprudence solide identifiant un ensemble de standards et critères qui peuvent être facilement appliqués par les juridictions nationales en matière d'expulsion d'immigrés, une application aveugle de cette liste risque d'aboutir à des résultats déraisonnables. Les conclusions « positives » tirées de la seule application d'une liste de critères ne peuvent pas être décisives sans un examen concret des faits de chaque affaire. La Cour EDH a élaboré des critères et standards destinés à *guider* le processus décisionnel national, et non à *définir* en soi, et rigidement, son résultat.

Surtout, il semblerait que, *in casu*, aucun examen substantiel de la proportionnalité de la mesure d'expulsion définitive n'ait été réalisé, que ce soit par les juridictions danoises ou par la Cour EDH, et qu'aucune mise en balance adéquate des intérêts n'ait donc été mise en œuvre. Comme le souligne l'opinion dissidente, à l'exception de la gravité des infractions, les autorités danoises n'ont présenté et évalué aucun élément constituant de « très solides raisons », tandis que la Haute Cour danoise a estimé que *les circonstances en faveur de l'expulsion sont suffisamment impérieuses pour avoir plus de poids que les circonstances qui rendent l'expulsion inappropriée*. Selon la Haute Cour, l'expulsion définitive ne constituerait donc « *certainement pas une sanction disproportionnée* ». L'évaluation de la proportionnalité de la mesure d'expulsion n'apparaît dès lors pas du tout approfondie ni raisonnable, ce qui aurait justifié une intervention (substantielle) de la Cour. De son côté, la majorité

de la Cour EDH se contente de transposer ce raisonnement – ou plutôt, ces conclusions lacunaires. La majorité note que « la Haute Cour a estimé que l'ordre d'expulsion permanent était une mesure proportionnée pour maintenir l'ordre », et estime être ainsi convaincue que « l'ingérence dans la vie privée du requérant était étayée par des raisons pertinentes et suffisantes » et que de « très solides raisons » ont été adéquatement invoquées par les autorités nationales lors de l'examen de son cas (pt. 38). La Cour note aussi que « tous les niveaux de juridiction » danois ont explicitement et minutieusement évalué si l'ordre d'expulsion pouvait être considéré comme contraire aux obligations internationales du Danemark, alors que le tribunal national de première instance n'avait même pas ordonné d'expulsion (pt. 38). Ceci montre à nouveau l'absence de toute vérification des arguments substantiels avancés par les autorités nationales.

3. Conclusion

Avci c. Danemark constitue une nouvelle illustration du « tournant procédural » récemment adopté par la Cour EDH, afin d'honorer davantage le principe de subsidiarité. Notamment, dans son analyse de la compatibilité d'une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental avec la CEDH, la Cour prend en compte la qualité du processus décisionnel national afin de déterminer si les principes de la Convention ont été adéquatement intégrés dans l'ordre juridique interne et si les autorités nationales ont fait un effort adéquat de mise en balance des intérêts. Comme illustré ci-dessus, la question de l'expulsion d'immigrés au regard de l'article 8 CEDH constitue un domaine dans lequel la Cour a développé un important catalogue de standards et critères objectifs destinés à guider les décideurs nationaux dans l'appréciation de la proportionnalité des mesures d'expulsion. Dans son arrêt *Avci*, la Cour effectue un contrôle procédural « positif » en concluant à la non-violation de la Convention sur base du seul fait que les autorités nationales ont pris en compte ces critères et standards.

Avci illustre toutefois également les difficultés de mise en œuvre d'une telle approche procédurale, laquelle nécessite une jurisprudence claire et consistante, ainsi que le risque qu'une telle approche conduise à l'absence de tout contrôle substantiel de la situation individuelle du requérant et de la proportionnalité de la mesure d'ingérence. En optant pour un examen basé sur la qualité de la procédure nationale, la Cour ne peut renoncer à tout examen substantiel en soi. Elle doit intervenir afin de substituer sa propre évaluation et sa propre analyse de la proportionnalité lorsqu'il apparaît que les critères de sa jurisprudence n'ont pas été correctement appliqués par les autorités nationales – notamment lorsque certains critères ont été laissés de côté et/ou n'ont pas été appliqués concrètement aux faits particuliers – ou qu'aucune analyse adéquate et approfondie de la proportionnalité de la mesure n'a été réalisée. Autrement, plutôt que de renforcer l'effectivité de la protection des droits de la Convention en optimisant l'évaluation substantielle des ingérences dans l'exercice de ces droits, l'approche procédurale engendre un affaiblissement des protections substantielles de la CEDH éloigné de la considération des circonstances propres à chaque requérant.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D. H., 30 novembre 2021, *Avci c. Danemark*, req. n° 40240/19.

Jurisprudence :

Cour eur. D. H., 14 septembre 2021, *Abdi c. Danemark*, req. n° 41643/19 ;
Cour eur. D. H., 10 avril 2012, *Balogun c. Royaume-Uni*, req. n° 60286/09 ;
Cour eur. D. H., 23 septembre 2010, *Bousarra c. France*, req. n° 25672/07 ;
Cour eur. D. H. (GC), 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03 ;
Cour eur. D. H. (GC), 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

Doctrine :

O.M. ARNARDÓTTIR, « The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance », *International Journal of Constitutional Law*, janvier 2017, vol. 15, n° 1, pp. 9-35;

B. BAADE, « The ECtHR’s Role as a Guardian of Discourse: Safeguarding a Decision-Making Process Based on Well-Established Standards, Practical Rationality, and Facts », *Leiden Journal of International Law*, juin 2018, vol. 31, n° 2, pp. 335-361;

E. BREMS, « Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights », in E. BREMS et J. GERARDS (éds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 137-161;

E. BREMS, « The Logics of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights », in J. GERARDS et E. BREMS (éds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 17-39;

E. BREMS et L. LAVRYSEN, « Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2013, vol. 35, n° 1, pp. 176-200;

J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1.

H. NÍ CHINNÉIDE, « *Avci v Denmark : The Expulsion of Settled Migrants and the Pitfalls of Process-based Review in Strasbourg* », Strasbourg Observers, 4 février 2022.

J. GERARDS, « Procedural Review by the ECtHR: A Typology », in J. GERARDS et E. BREMS (éds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 127-160.

T.-I. HARBO, « Introducing Procedural Proportionality Review in European Law », *Leiden Journal of International Law*, mars 2017, vol. 30, n° 1, pp. 25-47;

L. HUIJBERS, *Process-based Fundamental Rights Review*, Cambridge, Intersentia, 2019,

T. KLEINLEIN, « The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution », *International & Comparative Law Quarterly*, janvier 2019, vol. 68, n° 1, pp. 91-110

R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, septembre 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502;

R. SPANO, « The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law », *Human Rights Law Review*, september 2018, vol. 18, n° 3, pp. 473-494.

Pour citer cette note : E. DELVAL, « Expulsion de migrants de longue durée au regard de l'article 8 – lorsque le tournant procédural du contrôle européen prend le pas sur les questions de substance », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2022.

3. CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, 30 NOVEMBRE 2021, N° 264 721

Reconnaissance du statut de réfugié des apatrides palestiniens : l'impact des informations sur la situation prévalant dans la région d'origine des requérants

Isaac Brock MUHAMBYA

A. Arrêt

1. Les faits pertinents de la cause

Les requérants sont un couple d'apatrides palestiniens. Ils sont nés et ont grandi à Ein al-Hilweh, le plus grand camp de réfugiés palestiniens au Liban. En Janvier 2009, Monsieur Ah.A.E., ci-après dénommé « le requérant », s'installe à Oman pour des raisons de travail. En 2014, le requérant retourne à Ein al-Hilweh où il s'est fiancé à Madame A. I., ci-après dénommée « la requérante ».

Le requérant invoque le fait qu'en septembre 2014, quelques jours après s'être fiancé à la requérante, il est interpellé par un membre non identifié d'un groupe islamiste qui a remarqué ses allers-retours entre son quartier et celui dans lequel sa fiancée vit. Il lui est demandé de cesser ses déplacements. Le requérant obtempère et résout de retourner à Oman où il travaillait. En 2015, le père du requérant est recherché par des groupes terroristes actifs au sein du camp de Ein al Hilweh après qu'il se soit rendu à plusieurs reprises à l'administration avec la tante du requérant, dont le mari est un collaborateur d'Israël. Le père du requérant est alors parti avec le reste de la famille pour la Belgique. À son retour d'Oman en 2016, le requérant apprend de son beau-père (membre du Fatah, un parti politique nationaliste palestinien), qu'il est recherché par les mêmes groupes terroristes qui ont cherché son père en 2015. La requérante invoque quant à elle, à l'appui de sa demande, qu'elle est profondément marquée par le fait d'avoir été témoin d'un assassinat devant la porte de leur domicile lorsqu'elle avait 6 ou 7 ans. Le fait d'avoir été témoin de cette horreur a généré en elle la peur, non seulement pour elle-même, mais aussi pour les membres de sa famille lorsqu'ils quittent leur domicile. La requérante corrobore le fait que son fiancé est recherché par des groupes terroristes, et a par conséquent décidé, pour des raisons de sécurité, d'abandonner son appartement situé dans un autre quartier du camp, et a décidé de s'installer chez elle.

Les requérants et leurs familles sont enregistrés auprès de « l'United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East » (ci-après, l'[UNRWA](#)). Dans leurs dossiers, ils joignent leurs cartes UNRWA et les attestations de fréquentation des écoles de l'UNRWA ; ils attestent également qu'ils bénéficiaient de soins prodigués par l'UNRWA dans ses dispensaires. Ils ont donc bénéficié de l'assistance de cette agence.

En septembre 2018, ils quittent le Liban accompagnés de leur enfant ainé. En octobre 2018, ils arrivent en Belgique après avoir transité par l'Éthiopie, le Brésil, la Bolivie, l'Espagne et la France. Le 30 octobre 2018, ils introduisent leurs demandes de protection internationale auprès de l'Office des étrangers à Bruxelles. Le 6 mai 2021, en application combinée des articles 1D de la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 (ci-après, [Convention de Genève](#)) repris à l'article 55/2 de la loi du 15 décembre 1980 portant sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après, [loi du 15 décembre 1980](#)), et sur la base de l'article 48/4 de

la même loi, le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après, C.G.R.A.) prend deux décisions « d'exclusion du statut de réfugié et de refus du statut de protection subsidiaire ». Une décision à l'encontre du requérant, et une autre à l'encontre de la requérante.

Le 07 juin 2021, agissant en leur nom propre et en qualité de représentants légaux de leurs trois enfants (dont l'ainé est né au Liban et deux autres sont nés en Belgique), ils introduisent les recours au Conseil du contentieux des étrangers (ci-après, C.C.E) contre les décisions du C.G.R.A. Dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, l'examen de ces recours est joint étant donné qu'ils sont introduits par les membres d'une même famille faisant état de craintes de persécution et de risques d'atteintes graves fondés sur des faits similaires. Le 30 novembre 2021, le C.C.E a rendu son arrêt *ad hoc*.

2. Les décisions du C.G.R.A. attaquées

Sur la base de l'article 55/2 de la loi du 15 décembre 1980, le C.G.R.A. refuse d'octroyer le statut de réfugié aux requérants et estime qu'ils n'entrent pas en considération pour le statut de protection subsidiaire au sens de l'article 48/4 de la même loi. Dans ses décisions, le C.G.R.A. fait valoir les moyens substantiels de fait et de droit suivants.

Premièrement, le C.G.R.A. invoque la clause d'exclusion du statut de réfugié telle qu'édictee à l'article 1D de la Convention de Genève. En effet, cette clause d'exclusion concerne les personnes qui bénéficient déjà « d'une protection ou bien d'une assistance de la part des Nations Unies autre que le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés ». Dans l'affaire en cause, s'appuyant sur les pièces contenues dans les dossiers administratifs des requérants, notamment les cartes d'identités pour les réfugiés palestiniens enregistrés au Liban, les cartes de l'UNRWA et les copies des passeports, le C.G.R.A. estime que le fait que les requérants aient bénéficié récemment de l'assistance de l'UNRWA pouvait être tenu pour établi. Il affirme que les requérants peuvent bénéficier de l'assistance UNRWA dans leur région d'origine, -en l'occurrence le Liban-, d'autant plus qu'ils y disposent d'un droit de séjour. Dans ses décisions, le C.G.R.A. admet que l'UNRWA connaît depuis 2018 des déficits budgétaires, l'obligeant à recourir à plusieurs appels aux dons d'urgence en 2020 ; qu'en dépit des fonds réunis, ces difficultés ont eu des incidences négatives sur la qualité de l'assistance sociale assurée par l'agence. Malgré les mesures exceptionnelles de rationalisation et d'assainissement budgétaire qui ont été prises afin de permettre à l'UNRWA de continuer à fonctionner, à remplir son mandat et à assurer la continuité de ses services de base, ces mesures ont entraîné la suspension provisoire de certains services et la réduction à minima de certains programmes et services essentiels, soutient le C.G.R.A. Ce dernier conclut que nonobstant les difficultés financières et la crise liée au COVID-19 auxquelles est confrontée l'UNRWA, cette agence continue de fournir l'assistance aux réfugiés palestiniens et a toujours la capacité d'exercer la mission qui est la sienne au Liban. Ni l'Assemblée générale de l'ONU ni l'UNRWA elle-même, bien que préoccupées par la situation financière de l'agence, n'ont déclaré que l'UNRWA a cessé ses activités ou ne serait plus en mesure de remplir son mandat affirme le C.G.R.A.

Deuxièmement, le C.G.R.A. met en évidence l'absence des critères « positifs » de reconnaissance du statut de réfugié. Se basant sur les enseignements de la C.J.U.E. dans son arrêt *El Kott* (§§55-65), le C.G.R.A. examine de manière individuelle si les requérants se trouvent dans un état personnel

d'insécurité grave. Pour le C.G.R.A. il n'y a aucune raison substantielle pour que les requérants soient reconnus comme réfugiés, d'autant plus qu'ils n'ont pas invoqué « l'état personnel d'insécurité grave » qui les aurait contraints de quitter le camp d'Ein al-Hilweh au Liban, zone d'action de l'UNRWA. De surcroît, les requérants n'invoquent pas les « circonstances indépendantes de leur volonté, d'ordre humanitaire, socio-économique ou sécuritaire, les empêchant d'y retourner et d'y vivre dans des conditions conformes au mandat de l'UNRWA ».

Troisièmement, le C.G.R.A. relève un défaut de crédibilité dans le récit des requérants. Les faits allégués ne peuvent être tenus pour établis, d'une part, pour des raisons de « pauvreté flagrante des informations » sur les événements qui ont causé le départ des requérants du Liban et d'autre part, en raison « d'importantes contradictions d'ordre chronologique » qui sèment le doute sur leurs déclarations.

Les requérants contestent la motivation du C.G.R.A. en faisant valoir diverses considérations juridiques et factuelles devant le C.C.E. En effet, ils estiment que le statut de réfugié doit leur être accordé.

3. L'appréciation du C.C.E.

Par [arrêt](#) du 30 novembre 2021, le C.C.E., statuant en plein contentieux, réforme les décisions négatives du C.G.R.A. et reconnaît la qualité de réfugié aux requérants en application du deuxième alinéa de l'article 1D de la Convention de Genève.

En effet, il n'est pas soutenu par les parties que l'UNRWA a cessé d'exister. Ainsi, le C.C.E. met en évidence les enseignements de la C.J.U.E. dans son arrêt *El Kott* (§ 55-58) afin de déterminer « si un événement concernant l'UNRWA directement le place, d'une manière générale, dans l'impossibilité d'accomplir actuellement sa mission à l'égard des réfugiés palestiniens placés sous son assistance » (pt. 3.1. *in fine*). Cela étant, les requérants et la partie défenderesse - le C.G.R.A. - ont transmis plusieurs rapports généraux au C.C.E., dont le plus récent intitulé « COI FOCUS. Palestinian territories – Jordan. The UNRWA financial crisis and its impact on programs » mis à jour le 23 février 2021 (ci-après, [COI FOCUS](#)).

Le C.C.E. se rallie à sa décision récente ([C.C.E., n° 258 835 du 29 juillet 2021](#)) prise dans une affaire dans le cadre de laquelle le rapport COI FOCUS avait également été déposé par le C.G.R.A. Dans la décision précitée, le C.C.E. avait observé « qu'au Liban, seuls des services minimums sont maintenus par l'UNRWA en faveur des réfugiés palestiniens, lesquels comptent parmi les personnes les plus vulnérables et les plus pauvres de la société libanaise » (pt. 4.5.). Dans l'arrêt commenté, pour les mêmes motifs, le C.C.E. « estime que la dégradation des conditions de fonctionnement de l'UNRWA au Liban a atteint un niveau tel que, même si cette agence n'a, formellement, pas cessé toute présence dans ce pays, elle se trouve, en pratique, confrontée à des difficultés de fonctionnement à ce point graves que les réfugiés palestiniens ne peuvent, de manière générale, plus compter sur sa protection ou son assistance dans cette zone d'activité » (pt. 3.2.).

B. Éclairage

Dans l'arrêt discuté, le C.C.E. examine, à l'égard des requérants d'origine palestinienne, la portée de l'article 1D Convention de Genève, repris à l'article 55/2 de la du 15 décembre 1980, avec un regard holistique sur la situation au Liban où ils sont nés et enregistrés.

Deux observations peuvent être tirées de cet arrêt. D'une part, l'arrêt met en exergue l'impact des informations récentes sur la situation prévalant dans la région d'origine, sans lesquelles la décision n'aurait probablement pu être la même (1). D'autre part, le C.C.E. met également en lumière une certaine stabilité et une cohérence dans la prise des décisions du C.C.E. en matière d'exclusion (art. 1 D de la convention de Genève) en ce qui concerne les réfugiés palestiniens (2).

1. « Actori incumbit probatio » : les informations qui révèlent l'ineffectivité de l'assistance de l'UNRWA et qui renversent la décision du C.G.R.A.

Lorsque le C.C.E est saisi de recours contre les décisions d'exclusion du statut de réfugié et refus du statut de protection subsidiaire prises par le C.G.R.A., il statue en plein contentieux. Alors que le C.C.E fait office de juge de pleine juridiction pouvant confirmer, annuler ou réformer la décision du C.G.R.A, il reste contraint par la procédure écrite et l'absence de pouvoir d'instruction.¹ En l'occurrence, le C.C.E n'a égard qu'aux seules informations qui lui sont soumises par les parties en cause.

L'article 39/62 de la loi du 15 décembre 1980 dispose que « *le Conseil correspond directement avec les parties. Il est habilité à se faire remettre par ces parties toutes les pièces et informations concernant les affaires sur lesquelles il doit se prononcer* ». Dans l'arrêt commenté, en application de cet article, le C.C.E. a invité les parties à lui faire parvenir des informations permettant de l'éclairer « *sur la situation sécuritaire prévalant actuellement au Liban, en particulier dans la région d'origine de la partie requérante ainsi que sur la situation des Palestiniens du Liban et sur la capacité d'assistance de l'UNRWA au Liban* » (p. 23). Il incombe en effet au requérant d'apporter « *les preuves des faits qu'il invoque en vue de répondre aux critères définis par la convention de Genève* », en vertu de son devoir de collaboration à l'établissement des faits². Il lui revient de démontrer un degré raisonnable de probabilité qu'il serait persécuté en cas de retour dans son pays d'origine³.

Dans une procédure de demande d'asile, l'établissement des faits est un défi complexe. Les informations sur les pays d'origine (ci-après C.O.I.) sont ainsi cruciales pour l'évaluation de la demande de protection internationale. C'est dans cette perspective, que dans l'arrêt commenté, le rapport [COI FOCUS](#) a éclairé l'appréciation du C.C.E. En effet, plusieurs Etats, en ce compris des organismes non étatiques ont mis en place des unités spécifiquement dédiées à la production des C.O.I. afin de soutenir les organes chargés de la détermination du statut de réfugié⁴. Dans ses lignes directrices sur les C.O.I., l'[EASO](#) met en évidence divers contextes en vertu desquels, l'information sur les pays d'origine est nécessaire (pp. 17-21). A cet égard, l'[EASO](#) estime que l'information actualisée sur les pays d'origine « *peut aider à comprendre les facteurs qui sont susceptibles de créer un risque lors du retour, au-delà de ceux qui ont initialement poussé la personne à quitter son pays* » (p.20).

Pour l'[EASO](#), les C.O.I. sont utiles en ce qu'elles aident les décideurs sur la protection internationale à évaluer le besoin de protection des requérants à la lumière de la situation en matière de droits de l'homme et de sécurité, la situation politique et le cadre légal, les aspects culturels et les attitudes

¹ T. WIBAULT, « Droit d'asile et recours effectif en Belgique : Procédure accélérée, mais pas amputée », *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2014, p. 1 (consulté le 7 mars 2022).

² J.-Y. CARLIER, *Droit des réfugiés*, Bruxelles, Story-Scintia, 1989 p. 22.

³ J.-Y. CARLIER, *Qu'est-ce qu'un réfugié* », Bruxelles, Bruylant, 1998, p.628.

⁴ D. ROSSET, « Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile », *Jusletter*, 16 mars 2015, p. 4.

sociétales, la situation humanitaire et économique, les événements et les incidents, les questions géographiques (p. 20). Dans l'arrêt commenté, s'agissant d'exclusion, le C.C.E. épingle certains éléments du rapport [COI FOCUS](#) (paragraphe 7, 8, 13, 17, et 25 à 29) qui démontrent l'ineffectivité de la protection et des services de l'UNRWA. Cet élément est décisif dans le cadre de l'exclusion ou non des apatrides d'origine palestinienne de la protection internationale.

Dans l'affaire commentée, les instances chargées de statuer sur la protection internationale, à savoir, le C.G.R.A. et le C.C.E., ont une lecture différente de la situation prévalant au Liban et, dès lors, prennent des décisions opposées.

D'une part, pour soutenir sa position, le C.G.R.A., interprète l'arrêt [El Kott](#) par analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, CourEDH) dans les arrêts [Sufi en Elmi](#) et [K.A.B.](#) En vertu de ces arrêts, la CourEDH examine le « degré de gravité » requis pour qu'une « situation générale de violence » soit réputée comme telle à la lumière de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH) qui dispose que « *[n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Il ressort des enseignements de la CourEDH que dans les cas les plus extrêmes de violence généralisée dans la région d'origine, un retour dans ce pays emporterait une violation de l'article 3 de la CEDH. Cependant dans ce cas précis, au regard des informations contenues dans plusieurs rapports, le C.G.R.A. estime que rien ne faisait obstacle à ce que les requérants retournent au Liban, car aucun empêchement pratique ou lié à des questions de sécurité ne pouvait compromettre leur jouissance de l'assistance de l'UNRWA à nouveau.

De son côté, le C.C.E. argue que le C.G.R.A. ne démontre pas que nonobstant les difficultés que traverse l'UNRWA, « les requérants bénéficient effectivement d'une assistance de l'UNRWA au Liban en raison de circonstances qui leur sont propres » (pt. 3.2.). De surcroît, le C.C.E. « n'aperçoit, dans les dossiers administratifs et de procédure, aucun élément de nature à établir que tel serait le cas en l'espèce » (pt. 3.2.).

Par ailleurs, l'appréciation du C.C.E. laisse entendre que les informations sur le pays d'origine justifient de manière objective le bénéfice de la protection en application de l'article 1D, alinéa 2 de la Convention de Genève. Cet article dispose que « *lorsque la protection ou l'assistance [de l'UNRWA] aura cessé pour une raison quelconque, sans que le sort de ces personnes ait été définitivement réglé, conformément aux résolutions y relatives adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, ces personnes bénéficieront de plein droit du régime de cette Convention* ». Cette position du C.C.E. peut être soutenue par les lignes directrices du HCR estimant que l'évaluation de l'inclusion sur base du deuxième alinéa précité doit tenir compte aussi « de la situation de l'individu et des informations pertinentes et mises à jour » (par. 19).

2. Non revirement de la jurisprudence : une stabilité fluidifiant l'appréciation par analogie

La position du C.C.E. est conforme et cohérente au vu de sa jurisprudence constante et de la jurisprudence européenne.

L'appréciation du C.C.E. s'inscrit dans la logique du raisonnement de la C.J.U.E. dans son arrêt [Bolbol](#). Dans cet arrêt, aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, sous a), première phrase, de la [directive qualification](#), la Cour estime « *qu'une personne bénéficie de la protection ou de l'assistance d'une institution des Nations unies autre que l'UNHCR lorsque cette personne a effectivement recours*

à cette protection ou à cette assistance » (§§ 53-57). Dans l'arrêt commenté, les apatrides palestiniens ont bénéficié de l'assistance de l'UNRWA quand ils étaient au Liban mais n'y recourent plus effectivement depuis leur départ.

Dans l'affaire commentée, le C.C.E. reprend l'enseignement de la C.J.U.E dans *El Kott* relatif à l'article 12, § 1er, a, de la *directive qualification*. Dans cet arrêt, la C.J.U. enseigne que « l'assistance fournie par l'UNRWA pourrait être considérée comme ayant cessé du fait non seulement de sa suppression même qui implique la cessation de la protection ou de l'assistance fournie par elle (§ 55), mais également l'impossibilité pour l'UNRWA d'accomplir sa mission (§ 56); un événement le plaçant, d'une manière générale, dans l'impossibilité d'accomplir sa mission (§ 58). La C.J.U.E réitère son raisonnement de l'arrêt *Bolbol* sur la nécessité de l'effectivité de l'assistance de l'UNRWA en ce qu'elle estime que c'est avant tout « l'assistance effective » fournie par l'UNRWA et non l'existence de celui-ci qui doit cesser pour que la cause d'exclusion du statut de réfugié ne trouve plus à s'appliquer (§ 57). Dans l'affaire commentée, les informations mises en exergue dans le rapport COI FOCUS et épinglées par la C.C.E. au sujet de l'ineffectivité de l'assistance de l'UNRWA sont assez persuasives pour faire valoir l'enseignement de *El Kott* en faveur du couple d'apatrides palestiniens, partie demanderesse.

La décision du C.C.E. dans l'arrêt commenté rappelle également l'enseignement de la C.J.U.E dans *XT*, arrêt plus récent du 13 janvier 2021. Dans cette affaire, le C.J.U.E enseigne que pour déterminer la cessation de la protection ou de l'assistance l'UNRWA « il convient de prendre en compte, dans le cadre d'une évaluation individuelle de tous les éléments pertinents de la situation en cause, tous les secteurs de la zone d'opération de l'UNRWA sur les territoires desquels un apatride d'origine palestinienne ayant quitté cette zone dispose d'une possibilité concrète d'accéder et de demeurer en sécurité » (§ 82.1).

La décision du C.C.E. rallie ses propres enseignements repris dans les arrêts récents mettant en exergue l'ineffectivité de UNRWA, et reprend expressément son arrêt n° 258 835 du 29 juillet 2021, en vertu duquel le rapport COI FOCUS l'avait conduit à reconnaître la qualité de réfugié au requérant.

En tout état de cause, lorsque l'assistance de l'UNRWA n'est plus effective, l'asile est accordée *ipso facto* à un ressortissant palestinien, telle est la *ratio legis* de la *directive qualification* à son article l'article 12, § 1er, a, *in fine*. FLAMAND souligne que dans ce contexte, « il n'y a pas d'examen approfondi de la demande d'asile au sens de l'article 1, A, de la Convention. Il s'agit d'une reconnaissance de plein droit après examen des raisons pour lesquelles la personne estime ne pas pouvoir bénéficier de l'assistance de l'UNRWA ».

3. Conclusion

Il ressort de l'arrêt discuté que dans une procédure de protection internationale impliquant des demandeurs d'origine palestinienne, l'appréciation et la conviction de l'autorité saisie devraient *a priori* tenir compte de la situation qui prévaut dans la région d'origine. Comme soutenu par THOMAS, « en matière d'asile, même si les règles juridiques définissent les critères que les décideurs doivent appliquer, c'est généralement autour des faits et non du droit que se joue l'orientation de la décision »⁵. CRINE quant à elle, estime que le fait que le C.C.E. s'attache à analyser les effets concrets

⁵ T. Robert, *Administrative justice and asylum appeals: a study of tribunal adjudication*, 2011, *Bloomsbury Publishing*, p. 37 (comme référencé par D. Rosset, *Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile. Construction et négociation*

de la cessation de l'assistance de l'UNRWA à l'égard des réfugiés palestiniens, permet « d'éclairer leur besoin de protection à l'aide de leurs vulnérabilités décuplées par cette crise. Il leur garantit, par cette appréciation, la reconnaissance d'une protection adéquate dans un contexte singulier ». Il n'en demeure pas moins que l'impact des informations sur la situation qui prévaut au Liban rappelle que l'existence de, ou l'enregistrement auprès de l'UNRWA ne suffit pas *ipso facto* pour que le requérant soit exclu du champ d'application de la convention de Genève.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt :

C.C.E., 30 novembre 2021, n° 264 721.

Législation :

Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951.

Directive « Qualification », Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers du 15 décembre 1980, M.B. 31 décembre 1980.

Jurisprudence

Internationale :

C.J.U.E., 17 juin 2010, *Nawras Bolbol c. Bevandorlasi es Allampolgarsagi Hivata*, C-31/09.

C.J.U.E, arrêt du 19 décembre 2012, *El Kott*, C-364/11.

C.J.U.E., 13 janvier 2021, *XT c. Allemagne*, C-507/19.

Cour eur. D.H., 28 juin 2011, *Sufi en Elmi c. Royaume- Uni*, req. n° 8319/07 et 11449/07.

Cour eur. D.H., 5 septembre 2013, *K.A.B. c. Sweden*, req. n° 866/11.

Nationale :

C.C.E., 31 juillet 2017, n° 190 280.

C.C.E., 6 mai 2019, n° 220747.

C.C.E., 24 février 2021, n° 249 784.

C.C.E., 25 février 2021, n° 249 930.

C.C.E., 26 janvier 2021, n°248 158.

C.C.E., 26 janvier 2021, n° 248 163.

C.C.E., 11 mars 2021, n° 250 868.

C.C.E., n° 258 835 du 29 juillet 2021.

Doctrine:

CARLIER J.-Y. et SAROLEA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1.

CARLIER J.-Y., *Droit des réfugiés*, Bruxelles, Story-Scenia, 1989.

CARLIER J.-Y., *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

CRINE Z., « Covid-19, crise économique et réfugiés palestiniens : le Conseil du Contentieux des étrangers apprécie l'assistance de l'UNRWA à Gaza dans un contexte de pandémie mondiale », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2021.

CRINE Z., « Covid-19, crise économique et réfugiés palestiniens : le Conseil du Contentieux des étrangers apprécie l'assistance de l'UNRWA à Gaza dans un contexte de pandémie mondiale », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2021, p.12.

FLAMAND C., « Les principes de l'exclusion ou de la reconnaissance de plein droit du statut de réfugié pour les demandeurs d'asile palestiniens en Belgique », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017.

MAHESHE T., « L'enregistrement auprès de l'UNRWA : une présomption réfragable du bénéfice effectif de l'aide », *Cahiers de l'EDEM*, août 2019.

ROSSET D., « Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile », in *Jusletter*, 16 mars 2015.

WIBAULT T., « Droit d'asile et recours effectif en Belgique : Procédure accélérée, mais pas amputée », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2014, p.1. URL: consulté le 7 mars 2022.

Notes HCR et EASO :

HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979 (réédité en 2019).

HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale no. 13 : Applicabilité de l'article 1D de la Convention de 1951 relative au Statut des réfugiés aux réfugiés palestiniens*, Genève, 2017.

EASO, *Guide pratique juridique relatif à l'information sur les pays d'origine*, publications de l'EASO à l'usage des membres des magistrats, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2019.

Pour citer cette note : I.B. MUHAMBYA, « Reconnaissance du statut de réfugié des apatrides palestiniens : l'impact des informations sur la situation prévalant dans la région d'origine des requérants », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2022.

4. FRANCE : COUR NATIONALE DU DROIT D'ASILE, 4 OCTOBRE 2021, N° 21019250

L'inactualité de craintes de persécutions n'exclut pas la reconnaissance de la qualité de réfugié

Alfred OMBENI MUSIMWA

A. Arrêt

Le 4 octobre 2021, la [Cour nationale française du droit d'asile](#) (ci-après, la Cour) a rendu son arrêt dans l'affaire opposant M. C. contre l'[Office français de protection des réfugiés et apatrides](#) (ci-après, OFPRA). Le présent commentaire met en lumière les enseignements de cet arrêt (B) tirés des faits de la cause (1) et de la décision de la Cour (2).

1. Résumé des faits

M. C. est de nationalité libérienne, né le 15 août 1989. L'année de sa naissance, son père est assassiné par des rebelles du mouvement armé de Charles Taylor. En 2001, alors qu'il est âgé de 12 ans, les forces paramilitaires du gouvernement libérien assassinent sa mère, enlèvent sa sœur, tandis que lui-même est arrêté, soumis à des mauvais traitements et emprisonné pendant trois jours. Espérant venger ses parents et retrouver sa sœur, il rejoint alors le groupe rebelle « Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie » (*Liberians United for Reconciliation and Democracy* – ci-après, LURD) qui combat les forces gouvernementales. Il a alors subi un entraînement à la lutte armée au cours duquel il a été soumis à des menaces, à des violences et a été contraint de prendre part à des exactions sous l'emprise des stupéfiants administrés par force. En 2013, M. C. parvient à fuir ce groupe armé, à l'âge de quatorze ans, et se rend aussitôt en Guinée. En raison de sa religion chrétienne, il subit des violences physiques infligées par le père de sa compagne, opposé à leur union. Il fuit la Guinée en 2016 et arrive en France le 5 septembre 2018 où il introduit une demande d'asile.

Le 26 février 2021, l'OFPRA rejette la demande d'asile de M. C. Ce dernier saisit la Cour le 27 avril 2021.

2. Teneur du recours

M. C. demande à la Cour d'annuler la décision du directeur général de l'OFPRA qui rejette sa demande d'asile et de lui reconnaître la qualité de réfugié, ou à défaut, de lui accorder le bénéfice de la protection subsidiaire. Il soutient qu'en cas de retour dans son pays d'origine, il craint d'être exposé à des persécutions ou à une atteinte grave, du fait des autorités, de ses anciens compagnons et de la société libérienne dans son ensemble en raison de son appartenance au groupe LURD, sans pouvoir bénéficier de la protection effective des autorités (pt. 3).

3. Décision de la Cour

Dans sa délibération, la Cour ne remet pas en cause les déclarations de M. C. qu'elle qualifie de « précises et personnalisées [...] circonstanciées et empreintes d'une émotion non feinte » décrites en des termes « spontanés et illustrés » lors d'un discours « solide et particulièrement personnalisé » (pt. 4). Elle considère que l'enrôlement de M. C. au sein du LURD alors qu'il n'était âgé que de douze ans peut être regardé comme un crime de guerre de la part des dirigeants de ce groupe rebelle, constitutif de persécutions. Elle conclut qu'il ne saurait être tenu pour responsable des exactions qu'il a commises

en tant qu'enfant soldat. Par ailleurs, la Cour tient compte du très jeune âge de M. C. au moment des faits, de son extrême vulnérabilité résultant de la disparition des membres de sa famille, des persécutions antérieures d'une extrême gravité et de l'intensité et de la permanence des séquelles physiques et psychiques qu'il conserve, pour juger fondé son refus de retourner dans son pays d'origine et de se réclamer de la protection des actuelles autorités libériennes. En conséquence, elle annule la décision du directeur général de l'OFPRA et reconnaît à M. C. la qualité de réfugié.

B. Eclairage

Aux termes de l'article 1^{er}, A (2) de la [Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés](#) (ci-après, Convention), doit être considérée comme réfugiée, toute personne qui « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* ». Il découle de cette disposition plusieurs critères permettant qu'une personne soit éligible au statut de réfugié, et à condition qu'aucune des dispositions conventionnelles relatives à l'exclusion (art. 1^{er}, F de la Convention) ne s'applique. Parmi ces critères figure une « crainte avec raison ».

1. Crainte avec raison comme critère d'évaluation du bien-fondé de la demande d'asile

Ce dernier critère est double, en ce qu'il contient un élément subjectif « *la crainte* », et un élément objectif « *avec raison* ». L'idée est que l'autorité de protection doit évaluer si la crainte de persécutions du requérant est fondée au moment où la décision relative à sa demande d'asile est prise ([Guide pratique de l'EASO : Conditions à remplir pour bénéficiaire de la protection internationale, 2018](#), p. 21). Dans cette affaire, la Cour n'a pas établi le bien-fondé actuel des craintes de M.C. en cas de retour dans son pays. À ces propos, la Cour constate qu'« il ne résulte [...] pas de l'instruction, eu notamment égard au changement de contexte profond intervenu au Libéria depuis le départ de Charles Taylor, que M. C. pourrait être inquiété en cas de retour dans son pays pour avoir appartenu au LURD entre 2001 et 2003 [...] et que], ses déclarations, trop générales et imprécises, n'ont pas permis d'établir qu'il pourrait être identifié près de 20 ans après son départ, et faire l'objet de ciblage l'exposant à des risques pour sa sécurité » (pt. 5).

L'asile conventionnel, tout comme la protection subsidiaire reposent, non pas sur la persécution en tant que telle, mais sur la *crainte* de subir des persécutions ou des atteintes graves. Il n'est donc pas nécessaire que le demandeur d'asile ait subi des persécutions. À l'opposé, une personne peut en avoir subi sans pour autant en craindre à l'avenir. En d'autres termes, la crainte fondée du demandeur doit être actuelle. L'actualité de cette crainte n'est pas expressément mentionnée dans la Convention, mais en général, l'éligibilité à la protection internationale nécessite une crainte présente ou future d'être persécuté. Ainsi, certaines circonstances peuvent ôter aux craintes leur caractère d'actualité, notamment le changement de circonstances dans les pays d'origine du requérant. En principe, cela rend impossible la reconnaissance de la qualité de réfugié⁹ comme cela ressort de la jurisprudence française (voir notamment: [CRR, 5 février 2003, M.S. n° 02009635/407346 R](#), [CRR SR, 18 janvier 2006](#),

⁹ Espoir d'asile, [Les critères d'admission à la protection](#), 2012.

M. S. n° 03087384/457399 R ; et CNDA 2 novembre 2010, M. S. n° 08008523 R). Toutefois, une telle conclusion ne tient pas compte de la situation personnelle du requérant.

2. La prise en compte des persécutions antérieures à l'absence de craintes actuelles

En droit international, plusieurs dispositions proscrivent la participation directe des enfants de moins de quinze ans aux hostilités. Il en est ainsi de l'article 77.2 du [Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux \(Protocole I\) du 8 juin 1977](#) ; de l'article 38 de la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989](#) ; et 8.2.b.xxvi du [Statut de Rome de la Cour pénale internationale](#). De plus, les [Principes directeurs du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés \(ci-après, HCR\) sur la protection internationale du 22 décembre 2009](#) (ci-après, Principes directeurs) notent que « l'enrôlement forcé et l'enrôlement en vue de la participation directe à des hostilités d'un-e enfant de moins de 18 ans dans les forces armées de l'État constitue de la persécution [...] De même, l'enrôlement de tout-e enfant de moins de 18 ans par un groupe armé distinct des forces armées d'un État est considéré comme de la persécution » (§ 21). En l'espèce, alors qu'il était âgé de douze à quatorze ans, M. C. a participé activement aux hostilités au sein du LURD, ce qui peut être considéré comme un crime de guerre au regard du droit international, et constitutif de persécutions au regard des Principes directeurs. Mais, il s'agit là des persécutions passées et qui n'induisent pas l'actualité du besoin de protection. L'exception à cette exigence de craintes actuelles figure à l'article 1, C (5) de la Convention. En effet, cette disposition introduit la notion des « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures » comme motif de demande d'asile.

La lecture de la jurisprudence, notamment française, permet de dégager deux exceptions à la condition liée à l'actualité du besoin de protection. La première tient à l'asile constitutionnel. Dans l'affaire *Zitouni*¹⁰, la Commission française de recours des réfugiés note que les persécutions passées n'ont pas à être actualisées pour justifier une demande d'asile. Ensuite, dans le cadre de l'asile conventionnel qui nous intéresse ici, la Cour admet que les séquelles psychiques que conserve M. C. puissent à titre exceptionnel faire échec à la condition d'actualité de craintes. Cet arrêt vient asseoir et préciser la [jurisprudence](#) de la Cour sur les « persécutions antérieures d'une exceptionnelle gravité » comme exception à l'actualité de craintes de persécutions.

3. Conclusion

L'accès à l'asile est subordonné à la condition d'une crainte (personnelle et) actuelle de persécutions. Les autorités d'asile et en particulier l'OFPRA et la Cour statuent en fonction de la situation du pays d'origine considérée au moment de la prise de décision et non au moment de la fuite du requérant (de son pays d'origine). Toutefois, lorsque les persécutions antérieures sont d'une exceptionnelle gravité au point de provoquer des séquelles physiques ou psychiques qui se prolongent jusqu'au moment de la décision, cela suffit à fonder la demande d'asile et par conséquent, à justifier le refus du requérant à se réclamer de la protection des autorités de son pays. La Cour reconferme cette exception sur la base de l'article 1, C (5) de la Convention comme une « raison impérieuse » fondant le refus de M. C. de retourner dans son pays et de se réclamer de la protection des actuelles autorités libériennes.

¹⁰ CRR, 25 juin 1999, *Contentieux des réfugiés : jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés*, (recueil annuel et bulletins trimestriels), année 2003, CRR-Centre d'information juridique.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : France : Cour nationale du droit d'asile, 4 octobre 2021, [M. C.](#), N° 21019250.

Jurisprudence :

[CRR](#), 5 février 2003, M.S. n° 02009635/407346 R.

[CRR SR](#), 18 janvier 2006, M. S. n° 03087384/457399 R.

[CNDA](#) 2 novembre 2010, M. S. n° 08008523 R.

[CRR](#), 25 juin 1999, *Contentieux des réfugiés : jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés*, (recueil annuel et bulletins trimestriels), année 2003, CRR-Centre d'information juridique.

Doctrine :

J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1.

Espoir d'asile, [Les critères d'admission à la protection](#), 2012.

European Asylum Support Office, [Guide pratique de l'EASO : Conditions à remplir pour bénéficier de la protection internationale](#), Luxembourg, avril 2018.

HCR, [Détermination du Statut de Réfugié](#), Genève, 1^{er} septembre 2005.

HCR, [Principes directeurs sur la protection internationale](#), 22 décembre 2009.

M. Denis-Linton et F. Malvasio, [Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile](#), spécialement les pages 29 à 35.

Pour citer cette note : A. OMBENI, « L'inactualité de craintes de persécutions n'exclut pas la reconnaissance de la qualité de réfugié », *Cahiers de l'EDEM*, Mars 2022.