

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](mailto:cedie@uclouvain.be).

These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or 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](mailto:cedie@uclouvain.be).

## Sommaire

### 1. Constatations adoptées par le Comité (...) concernant la communication n°55/2018, CRC/C/89/D/55/2018, 4 mars 2022 – Détenir des enfants en centres fermés, toujours une violation de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant. *Aline Bodson*. 3 Détenition d'enfants – détenition pour raison migratoire – intérêt supérieur de l'enfant – art. 3 CIDE – art. 37 CIDE

Le Comité des droits de l'enfant s'est prononcé le 4 mars 2022 à propos de deux communications concernant la détenition et l'expulsion de famille avec enfant pour raison migratoire en Belgique. Une de ces deux décisions fait l'objet de cette contribution. Dans celle-ci, l'auteure de la communication soutient que la détenition et l'expulsion de ses enfants ont soumis ceux-ci à une violation des articles 3 et 37 de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant. L'État belge estime quant à lui que la détenition ainsi que l'expulsion étaient en conformité avec le droit belge et international. Le Comité des droits de l'enfant a jugé que la détenition avait violé l'article 37 de la Convention, lu seul et conjointement avec l'article 3.

### 2. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, 22 mars 2018 (fond) et 02 décembre 2021 (réparations), arrêts Anudo Ochieng Anudo c. Tanzanie, n°012/2015 – L'interdiction de déchoir arbitrairement de sa nationalité aux fins d'être expulsé vue par la Cour africaine. *Benjamin Kagina Senga* .....11

Droit à la nationalité – Expulsion arbitraire – Migrant en séjour irrégulier – Etranger et national – Juridictions nationales – Voies de recours internes

Par ses arrêts du 22 mars 2018 et 1 décembre 2021, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples examine pour la première fois la question de l'expulsion individuelle d'une personne dont la nationalité est contestée. Face à l'éloignement forcé du territoire, s'appuyant sur le droit international, la Cour d'Arusha pose les bases d'un régime renforcé de protection des nationaux face au risque d'apatridie et des étrangers légalement établis contre des mesures d'expulsion arbitraires.



3. C.J.U.E., 26 avril 2022, NW, aff. jointes C-368/20 et C-369/20, EU:C:2018:36 – Réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : Le rappel de la prééminence de l'acquis, interprété strictement au nom du principe de la liberté de circulation. *Luc Leboeuf* ..... 25

**Espace Schengen – Liberté de circulation – Contrôles aux frontières intérieures – Ordre public et sécurité intérieure – Délai maximal – Conséquences en cas de dépassement du délai.**

*Par l'arrêt NW, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur le délai maximal de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen, en cas de menace grave à l'ordre public ou la sécurité intérieure. Le Code frontières Schengen fixe ce délai à six mois (portés à deux ans en cas de manquements graves aux contrôles aux frontières extérieures). Rappelant que la liberté de circulation demeure le principe dont les exceptions sont d'interprétation stricte, la Cour considère que le délai maximal ne peut pas être dépassé.*

*Cette affirmation des limites qu'impose l'acquis de Schengen aux compétences de police des États membres intervient alors que les contrôles aux frontières intérieures se sont multipliés ces dix dernières années, à l'occasion de diverses situations exceptionnelles - comme la « crise des réfugiés » de l'été 2015, ou encore l'épidémie de la COVID-19. Il en a résulté, parmi les États membres, un certain esprit d'affranchissement de l'acquis, dans un contexte de relative tolérance de la part de la Commission. La Cour signale vouloir y mettre un terme. Il s'agit là d'un signal jurisprudentiel important, alors que des discussions politiques en cours relativement à la réforme du Code frontières Schengen, sur laquelle le Conseil Justice et affaires intérieures s'est prononcé le 9 juin dernier.*

## 1. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CONSTATATIONS ADOPTÉES PAR LE COMITÉ AU TITRE DU PROTOCOLE FACULTATIF À LA CONVENTION INTERNATIONALE RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT ÉTABLISSANT UNE PROCÉDURE DE PRÉSENTATION DES COMMUNICATIONS, CONCERNANT LA COMMUNICATION N°55/2018, CRC/C/89/D/55/2018, 4 MARS 2022

### *Détenir des enfants en centres fermés, toujours une violation de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant*

Aline BODSON

#### A. Décision

En 2018 et 2019, deux familles ont saisi le Comité des droits de l'enfant (ci-après C.D.E.) en raison de la détention pour raison migratoire de leurs enfants en Belgique. La décision commentée est une des deux décisions rendues le 4 mars 2022 découlant de ces communications<sup>1</sup>. Dans les deux cas, le C.D.E. a considéré que l'État belge a violé la [Convention Internationale relative aux droits de l'enfant](#) (ci-après « CIDE ») car ce dernier n'a pas envisagé toutes les alternatives possibles à la détention.

#### 1. Les faits

L'auteure de la communication, de nationalité serbe, réside de manière irrégulière sur le territoire belge depuis 2010. Entre le 13 février 2012 et le 10 août 2017, elle a donné naissance à quatre enfants. Ces derniers résidaient chez la grand-mère paternelle des enfants, le père des enfants étant emprisonné suite à plusieurs condamnations pénales.

Le 14 août 2018, les enfants et leur mère ont été arrêtés et placés dans une *maison familiale* au sein du centre fermé pour étrangers situé aux abords de l'aéroport de Bruxelles-national. La détention aura duré quatre semaines, à savoir la durée maximale autorisée par la législation belge<sup>2</sup>. Le 10 septembre 2018, ils ont été transférés dans une *maison de retour*, à savoir une forme alternative de détention de laquelle les membres de la famille peuvent s'absenter en journée mais doivent être de retour le soir. Le 13 septembre, la famille a quitté la *maison de retour* avant d'être arrêtée le 14 septembre et conduite à nouveau dans une *maison familiale*. Cette deuxième détention aura duré trois semaines et quatre jours : le 9 octobre 2018, la famille est renvoyée vers la Serbie, la mère ayant accepté un retour volontaire en contrepartie d'une aide financière.

Entre le 18 août et le 3 octobre 2018, l'auteure de la communication a engagé plusieurs procédures afin de mettre fin à la détention de sa famille et d'éviter le retour. Plus précisément, ont été introduits : un recours en extrême urgence contre l'ordre de quitter le territoire, deux requêtes de mise en liberté, une requête afin d'interdire l'expulsion en attendant la décision quant au recours

<sup>1</sup> Nous commentons ici la décision du C.D.E. concernant la communication de 2018. Pour la décision du C.D.E. concernant la communication de 2019, voy. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/BEL/CRC\\_C\\_89\\_D\\_73\\_2019\\_33594\\_F.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/BEL/CRC_C_89_D_73_2019_33594_F.pdf)

<sup>2</sup> Art. 83/11 de l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

contre la détention, une demande d'asile pour les enfants, un recours contre la décision de refus d'asile et une requête en extrême urgence demandant la fin de la détention. Seule la requête visant à interdire l'expulsion en attendant la décision relative à la détention a reçu une réponse positive, jusqu'au rejet des requêtes de mise en liberté, qui ont conduit à ce que cette première soit déclarée sans objet. Toutes les autres procédures ont été directement rejetées, déclarées sans objet ou non fondées.

## **2. Les moyens**

D'une part, la requérante soutient que ses quatre enfants mineurs ont été victimes d'une violation de l'article 37 de la CIDE lu seul et conjointement avec les articles 3, 24, 28 et 31, en raison de leur détention en centre fermé. D'autre part, elle avance que leur expulsion vers la Serbie a violé les articles 9 et 27 de la CIDE. Étant donné que le C.D.E. a estimé que le grief concernant l'expulsion était infondé et irrecevable, il n'est fait état dans ce commentaire que des discussions concernant la détention en centre fermé de la famille. Les arguments des deux parties étant nombreux, la présente note se limitera aux éléments pertinents pour analyser la position du comité quant à la détention d'enfants mineurs accompagnés en centre fermé.

La requérante soutient que la détention est une violation du droit à la liberté et du droit à bénéficier d'un recours effectif et que ces droits fondamentaux ne peuvent « [...] souffrir d'exception que de manière extrêmement limitative, ce qui n'est pas le cas d'un motif lié à la migration [...] » (communication, § 3.3.). Plus précisément, elle indique que les délais dans lesquels les juridictions belges ont examiné leur détention était incompatible avec la situation des enfants. Ensuite, elle précise qu'il existait des mesures alternatives à la détention qui n'ont pas été envisagées par les autorités. Enfin, elle allègue que la première détention n'a pas été aussi brève que possible, « [...] que les conditions de détention (notamment le fait que la réglementation ne prévoit pas la présence d'un pédiatre au sein du centre fermé), le lieu (à quelques centaines de mètres des pistes de l'aéroport), la durée et le contexte portent gravement atteinte à de nombreux autres droits, comme l'intégrité physique et psychique des enfants, [...] » (communication, § 3.4.).

## **3. Les justifications avancées par l'État belge**

L'État belge conteste l'argument selon lequel la détention d'enfants mineurs n'est jamais envisageable pour des raisons migratoires. L'article 37 de la CIDE n'interdirait pas de manière absolue ce type de détention. Le défendeur s'appuie sur la jurisprudence<sup>3</sup> de la Cour européenne des droits de l'Homme et précise que « [...] les enfants peuvent être privés de liberté si c'est en dernier ressort, pour une durée aussi brève que possible, et si leur intérêt supérieur est une considération primordiale de la durée et des conditions de détention » (communication, § 7.2.). Il rappelle ensuite que ce type de détention est prévu à l'article 74/8 de [la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#) (ci-après « loi du 15 décembre 1980 ») et mis en œuvre par [l'arrêté royal du 2 août 2002 récemment modifié par un arrêté royal du](#)

---

<sup>3</sup> L'État belge cite uniquement l'arrêt suivant : Cour eur. D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006.

22 juillet 2018. Enfin, il rappelle que la Cour Constitutionnelle a jugé par un [arrêt du 19 décembre 2013](#) que ce type de détention était légale tant qu'elle répondait aux conditions précitées<sup>4</sup>.

En l'espèce, il soutient que la détention était de dernier ressort, au vu des cinq ordres de quitter le territoire notifiés à la mère des enfants et leur fuite de la *maison de retour*. S'agissant du maintien de la famille au domicile de la grand-mère comme alternative, l'État belge avance que les conditions légales n'étaient pas remplies : aucune garantie financière n'était envisageable, le délai pour le départ volontaire était expiré et le père des enfants se trouvait en prison. Il défend également que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte à chaque étape de la procédure et que les conditions de détention des *maisons familiales* sont adaptées aux enfants. S'agissant de la pollution sonore due à la proximité avec les pistes d'atterrissage de Zaventem, il indique que deux études indépendantes ont montré que « [...] depuis l'extérieur, le bruit des avions à l'atterrissage [...] est en conformité avec la norme » (communication, § 7.5.) et que les charges sonores diurne et nocturne satisfont aux recommandations de l'OMS. Enfin, l'État belge soutient que « [...] la durée de la détention a été le résultat, non pas de l'attitude des autorités nationales, mais de l'acharnement procédural de l'auteure [...] » (communication, § 7.6.).

#### 4. Tierce intervention de l'ONG « Défense des Enfants International Belgique » (DEI)

L'organisation DEI, via une tierce intervention, soutient d'abord que « [...] détenir un enfant pour des motifs liés à son statut migratoire ou à celui de ses parents constitue une violation de ses droits [...] ». L'ONG rappelle qu'entre 2008 et 2018, plus aucune détention d'enfant pour raison migratoire n'était possible en Belgique et que c'est l'adoption de l'[arrêté royal du 22 juillet 2018](#) venant préciser les conditions de détention qui a réintroduit cette possibilité. À ce sujet, l'organisation précise qu'un recours contre cet arrêté royal a été introduit devant le Conseil d'État. Au jour de la remise de la tierce intervention, le Conseil d'État avait [provisoirement suspendu](#) l'article 13 de cet arrêté royal, rendant la détention pour raison migratoire de familles avec mineurs impossible. Depuis lors, le Conseil a rendu l'[arrêt définitif](#) du recours en annulation. Les conclusions de ce dernier seront exposées *infra* de manière succincte.

Ensuite, l'intervenant explique que « [...] l'exposition à la pollution sonore et atmosphérique peut aggraver le préjudice déjà causé à des enfants détenus » (communication, § 9.3.) et rappelle l'obligation de contrôle de la légalité de la détention et des lieux où l'enfant est privé de liberté.

Enfin, l'association conclut en soutenant que les « [...] considérations relatives au contrôle des migrations ne peuvent l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être évalué par une autorité de protection de l'enfance. » (Communication, § 9.5.).

#### 5. La décision du C.D.E.

Le C.D.E. rappelle l'interdiction de principe de la détention d'enfant pour des motifs migratoires figurant dans l'[Observation générale n°23](#). Il indique que ce type de détention viole les droits de l'enfant en ce qu'elle est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison des conséquences physiques et mentales que cette dernière peut avoir sur des enfants en plein développement. Il ajoute que, dès lors, « [...] la possibilité de placer des enfants en détention en tant que mesure de

---

<sup>4</sup> Voy. à ce sujet P. D'HUART, « [La détention des familles avec enfants mineurs : quelques éclaircissements sur l'article 74/9](#) », Cahiers de l'EDEM, janvier 2014.

dernier ressort ne devrait pas être applicable dans les procédures relatives à l'immigration. » (communication, § 13.9.).

Le C.D.E. continue en indiquant que les *maisons familiales* sont bien des centres fermés de détention et que « [...] la privation de liberté d'enfants pour des raisons liées à leur statut migratoire – ou à celui de leurs parents – est généralement disproportionnée<sup>5</sup> et donc arbitraire au sens de l'article 37, alinéa b) de la Convention. » (Communication, § 13.12.).

Quant au cas d'espèce, le C.D.E. commence par noter que si, comme le soutient l'État belge, les longues périodes de détention sont liées aux multiples recours intentés par la mère des enfants, « [...] l'exercice par l'auteur de son droit à un contrôle juridictionnel ne saurait justifier la détention de ses enfants » (communication, § 13.13.).

Le C.D.E. continue en indiquant qu'il est conscient que les conditions de détention sont encadrées par la loi belge, que les unités familiales sont réservées aux familles et que la mère des enfants s'est enfuie de la *maison de retour* et n'a respecté aucun des ordres de quitter le territoire. Toutefois, le Comité précise que rien ne prouve que l'État belge ait envisagé d'alternative, comme le maintien de la vie de la famille chez la grand-mère paternelle. Par ailleurs, il indique qu'il n'est pas démontré que l'intérêt supérieur des enfants ait été pris en compte dans les décisions de détention ou de prolongation de celle-ci. Ce faisant, le Comité estime

« [...] qu'en omettant d'envisager des alternatives possibles à la détention des enfants, l'État partie n'a pas dûment pris en compte, en tant que considération primordiale, leur intérêt supérieur, ni au moment de leur détention ni au moment de la prolongation de la détention. » (Communication, §§ 13.14.).

## B. Éclairage

Le C.D.E. a pour rôle d'assurer et de vérifier le respect de la CIDE. Pour ce faire, le Comité interprète les dispositions de la CIDE dans des observations générales ; il examine les rapports et communications étatiques ainsi que les communications individuelles. C'est dans le cadre de cette dernière compétence que le C.D.E. a rendu la décision commentée. L'examen de communications individuelles est une compétence du C.D.E. et permet de porter à sa connaissance une violation par un État partie à la CIDE d'un ou de plusieurs droits garantis par celle-ci. La Belgique a ratifié le [Protocole établissant la procédure de présentation de communications individuelles](#) le 30 mai 2014.

### 1. Une évolution juridique compliquée...

Au niveau des instances internationales d'abord, il nous faut mentionner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CtEDH ») sur laquelle l'État belge s'appuie pour supporter sa position. L'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* de 2006 auquel celui-ci fait référence est le premier d'une longue liste d'arrêts<sup>6</sup> dans lesquels la CtEDH s'est penchée sur

<sup>5</sup> Le C.D.E. cite à ce sujet le rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, [A/HRC/28/68](#), 5 mars 2015, §80.

<sup>6</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bubullima c. Grèce*, 28 octobre 2010 ; Cour eur. D.H., arrêt *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011 ; Cour eur. D.H., arrêt *Popov c. France*, 19 janvier 2012 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mahmundi et autre c. Grèce*, 31 juillet 2012 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mohamad c. Grèce*, 11 décembre 2014 ; Cour eur. D.H., arrêt *A.M. et autres c. France*, 22 juillet 2016 ; Cour eur. D.H., arrêt *A.B. et autres c. France*, 12 juillet 2016 ; Cour eur. D.H., arrêt *Abdullahi*

la question de la détention d'enfant pour raison migratoire. Un développement exhaustif de cette jurisprudence n'est pas possible dans ce commentaire tant celle-ci est fournie<sup>7</sup>. Retenons simplement qu'à chaque fois qu'elle a statué sur le fond, la Cour a conclu que la détention violait la Convention européenne des droits de l'Homme en raison des conditions de détention ou des circonstances de la cause. La CtEDH ne condamne donc pas par principe la détention d'enfant pour raison migratoire. Elle considère que celle-ci est légale si c'est une décision de dernier ressort, qu'elle est d'une durée aussi brève que possible et que l'intérêt supérieur des enfants est une considération primordiale de la durée et des conditions de détention.

Au niveau de la Belgique ensuite, la question de la détention d'enfants migrants a fait l'objet d'une évolution juridique tumultueuse. Comme le mentionne DEI dans son intervention, entre 2008 et juillet 2018, la détention d'enfants en centre fermé en raison de leur situation migratoire ou de celle de leur parent n'était plus possible. Toutefois, l'article 74/9, intégré dans la loi du 15 décembre 1980 par la [loi du 16 novembre 2011](#), permettait déjà cette détention. Saisie d'un recours introduit par plusieurs associations, la Cour constitutionnelle avait déclaré dans l'arrêt du 19 décembre 2013 précité que l'article 74/9 est conforme au droit belge et international.

Le 1<sup>er</sup> août 2018, l'arrêté royal du 22 juillet 2018 venant préciser les conditions de détention est publié. Moins d'un mois après cette publication, la détention de familles avec mineurs pour raison migratoire a repris. Un recours en annulation a été introduit auprès du Conseil d'État. Le 4 avril 2019, ce dernier a provisoirement suspendu l'article 13 de l'arrêté royal, mettant alors fin à la pratique de détention. Le 24 juin 2021, le Conseil a rendu [l'arrêt en annulation n°251.051](#), confirmant l'annulation de l'article 13 de l'arrêté royal mais rejetant le reste du recours. Il a en effet considéré que les conditions de détention prévues étaient illégales mais a maintenu l'opportunité de privations de liberté de maximum quatre semaines. Depuis cet arrêt, la détention de familles avec mineurs est redevenue légale en droit belge.

Le gouvernement actuel, par la voix du précédent Secrétaire d'État à l'asile et à la migration, Sammy Mahdi, [s'est engagé](#) à ne plus détenir d'enfants en centre fermé durant l'entièreté de son exercice, « [...] reconnaissant ainsi tacitement les très graves conséquences de la détention sur les enfants »<sup>8</sup>. Pourtant, ce même gouvernement a poursuivi la procédure contre l'annulation de l'arrêté royal devant le Conseil d'État et a refusé d'adopter une loi interdisant formellement cette détention. Cette situation renforce non seulement l'insécurité juridique déjà importante pour les étrangers en Belgique (comme [le souligne Hélène Gribomont](#)) ; mais elle témoigne également d'une certaine ambiguïté par le biais du double discours du pouvoir exécutif ([comme le soutiennent plusieurs associations](#)).

---

*Elmi et Aweys Abukabar c. Malte*, 22 novembre 2016 ; Cour eur. D.H., arrêt *S.F. et autres c. Bulgarie*, 7 décembre 2017, Cour eur. D.H., arrêt *H.A. et autres c. Grèce*, 28 février 2019 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sh.D. et autres c. Grèce et autres*, 13 juin 2019 ; Cour eur. D.H., arrêt *G.B. et autres c. Turquie*, 17 octobre 2019 et Cour eur. D.H., arrêt *Moustahi c. France*, 25 juin 2020.

<sup>7</sup> Pour une analyse complète de cette jurisprudence voy. L. COOLS, « L'enfermement d'enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise » in S. SAROLÉA, et A. SINON (dir.), 20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains, Limal, Anthémis, 2021, pp. 259-290. Pour un résumé de ces décisions concernant la détention des enfants voy. Cour eur. D.H., [Factsheet – Accompanied migrant minors in detention](#), June 2022 et Cour eur. D.H., [Factsheet – Unaccompanied migrant minors in detention](#), December 2021.

<sup>8</sup> Plateforme Mineurs en exil, « [La Belgique à nouveau condamnée par une instance internationale pour avoir détenu des enfants migrants](#) », 7 mars 2022.

## 2. ... et une solution simple

La détention d'enfants mineurs pour raisons migratoires a fait l'objet de plus de sept commentaires dans les cahiers de l'EDEM<sup>9</sup>. Un ouvrage<sup>10</sup> y a été consacré en 2021, sous l'impulsion de la clinique juridique Rosa Parks de l'UCLouvain. Tous soutiennent la même position : il faut interdire la détention d'enfants pour raison migratoire. Le présent commentaire s'inscrit dans ce courant et souligne une fois encore la nécessité d'adopter une loi interdisant la détention de familles migrantes avec enfants.

Dans le corps de l'examen de fond de la décision annotée, le C.D.E. a réaffirmé que « la détention d'un enfant au motif du statut migratoire de ses parents constitue une violation des droits de l'enfant et est contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant » (communication, § 13.9.). Le Comité a également insisté sur le fait que, déjà dans [ses observations finales à l'égard de la Belgique](#) de 2019, il avait été demandé à l'État partie de ne plus détenir d'enfants dans des centres fermés. Pourtant, le Comité a considéré que la CIDE avait été violée en raison du manque de recherche d'alternatives à la détention effectuées par l'État belge. Dans la décision sœur rendue le même jour par le Comité (précitée en début de commentaire), la motivation et la conclusion sont, à quelques éléments près, identiques. Dans les deux cas le Comité n'affirme donc pas que la détention est *en soi* contraire à la CIDE.

Nous regrettons que le Comité n'ait pas conclu à l'interdiction de principe de la détention en indiquant que celle-ci est toujours contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, comme mentionné dans sa motivation. Nous craignons que certains États n'utilisent stratégiquement les quelques dernières phrases de ces décisions pour motiver d'autres détentions d'enfants migrants. En effet, nous redoutons qu'ils allèguent que le Comité accepte implicitement la détention lorsque celle-ci respecte toutes les conditions puisque, à deux reprises, le C.D.E. a conclu à la violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant *uniquement* en raison du manque de recherche d'alternatives.

## 3. Conclusion

À titre de conclusion, nous souhaitons insister une fois encore sur le fait qu'[on n'enferme pas un enfant. Point](#). Peu importe que des alternatives aient été envisagées, l'âge de l'enfant, les conditions ou la durée, la détention est toujours contraire à son intérêt supérieur. Il faut inscrire dans la loi belge cette interdiction pure et simple de détenir des enfants pour raison migratoire, une bonne fois pour toute. L'impératif est clair et facile à mettre en œuvre.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Comité des droits de l'enfant, Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation des communications, concernant la communication n°55/2018, [CRC/C/89/D/55/2018](#), 4 mars 2022.

### Jurisprudence :

<sup>9</sup> Pour un développement de ces commentaires, voy. H. GRIBOMONT, « [La Cour européenne des droits de l'homme interdit encore et toujours la détention de mineurs migrants](#) », Cahiers de l'EDEM, août 2021.

<sup>10</sup> S. SAROLÉA et A. SINON, *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, Limal, Anthémis, 2021.



Cour eur. D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006.

Cour eur. D.H., arrêt *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *Bubullima c. Grèce*, 28 octobre 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011.

Cour eur. D.H., arrêt *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011.

Cour eur. D.H., arrêt *Popov c. France*, 19 janvier 2012.

Cour eur. D.H., arrêt *Mahmundi et autre c. Grèce*, 31 juillet 2012.

Cour eur. D.H., arrêt *Mohamad c. Grèce*, 11 décembre 2014.

Cour eur. D.H., arrêt *A.M. et autres c. France*, 22 juillet 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *A.B. et autres c. France*, 12 juillet 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Abdullahi Elmi et Aweys Abukabar c. Malte*, 22 novembre 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *S.F. et autres c. Bulgarie*, 7 décembre 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *H.A. et autres c. Grèce*, 28 février 2019.

Cour eur. D.H., arrêt *Sh.D. et autres c. Grèce et autres*, 13 juin 2019.

Cour eur. D.H., arrêt *G.B. et autres c. Turquie*, 17 octobre 2019.

Cour eur. D.H., arrêt *Moustahi c. France*, 25 juin 2020.

Comité des droits de l'enfant, Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant la communication n° 73/2019, [CRC/C/89/D/73/2019](#), 4 mars 2022.

#### **Doctrine :**

COOLS, L., « L'enfermement d'enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise » in S. SAROLÉA, et A. SINON (dir.), 20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains, Limal, Anthémis, 2021, pp. 259-290.

D'HUART, P., « [La détention des familles avec enfants mineurs : quelques éclaircissements sur l'article 74/9](#) », Newsletter EDEM, janvier 2014.

FARCY, J.-B., « [Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement](#) », Cahiers de l'EDEM, septembre 2016.

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

GRIBOMONT, H., « [Conditions de détention des mineurs : le mauvais exemple de la Bulgarie](#) », Newsletter EDEM, décembre 2017.

GRIBOMONT, H., « [La Cour européenne des droits de l'homme interdit encore et toujours la détention de mineurs migrants](#) », Cahiers de l'EDEM, août 2021.

HAUMONT, G. et BRIBOSIA, E., « [Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention des enfants migrants en un dédale kafkaïen](#) », Cahiers de l'EDEM, novembre 2020.

LEARDINI, M. et SAROLÉA, S., « [L'arrêt Moustahi : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne](#) », Cahiers de l'EDEM, septembre 2020.

SAROLÉA, S. et SINON, A., *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, Limal, Anthémis, 2021.

**Autres :**

Amnesty International, « [La Belgique condamnée pour avoir détenu des enfants migrants](#) », 7 mars 2022.

Cour eur. D.H., *Factsheet – Unaccompanied migrant minors in detention*, December 2021.

Cour eur. D.H., *Factsheet – Accompanied migrant minors in detention*, June 2022.

Plateforme Mineurs en exil, « [La Belgique à nouveau condamnée par une instance internationale pour avoir détenu des enfants migrants](#) », 7 mars 2022.

Ligue des droits humains, « [Détention d'enfants pour des raisons de migration : le gouvernement face à ses contradictions](#) », 27 mai 2021.

Unicef et Plate-forme mineurs en exil, « [Le Conseil d'état confie la responsabilité d'interdire de l'enfermement des enfants aux politiciens](#) », 8 juillet 2021.

Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, [A/HRC/28/68](#), 5 mars 2015.

**Pour citer cette note :** A. BODSON, « Détenir des enfants en centres fermés, toujours une violation de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2022.

## 2. COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, 22 MARS 2018 (FOND) ET 02 DECEMBRE 2021 (REPARATIONS), ARRETS ANUDO OCHIENG ANUDO C. TANZANIE, N°012/2015

### *L'interdiction de déchoir arbitrairement de sa nationalité aux fins d'être expulsé vue par la Cour africaine*

*Benjamin Kagina Senga*

#### A. Décisions de la Cour

##### 1. Les faits

Le requérant, Mr Anudo Ochieng Anudo, se présente en 2012 devant les autorités tanzaniennes pour accomplir les formalités requises pour son mariage. A cette occasion, son passeport est saisi au motif que sa nationalité tanzanienne était contestée (§4). Il est expulsé vers le Kenya, pays dont les autorités tanzaniennes prétendaient qu'il détiendrait la nationalité. A défaut de prouver sa nationalité kenyane, il n'a pas eu accès au territoire kenyan ; il ne pouvait pas non plus être re-expulsé vers la Tanzanie. Il a donc été bloqué dans la « zone Tampon » de Sirari, territoire situé entre la Tanzanie et le Kenya (§4).

Le 2 septembre 2013, le requérant adresse une lettre au Ministre des affaires intérieures et de l'immigration de la Tanzanie pour solliciter des explications quant à cette situation. Suite à ce courrier, des enquêtes ont pu être menées afin de vérifier sa filiation. A une exception près, il en est ressorti qu'il était le fils biologique d'Anudo Achok et de Dorcas Rombo Jacop, tous deux originaires de ce village tanzanien et de nationalité tanzanienne (§6). Une seule des personnes interrogées, un des oncles du requérant, aurait affirmé qu'il serait né au Kenya, d'une certaine Damaris Jacobo et qu'il avait seulement émigré en Tanzanie (§6).

Par courrier du 21 août 2014, toutefois, le Ministre des Affaires intérieures et de l'immigration a informé le requérant qu'après vérification minutieuse de tous les documents pertinents, les agents relevant de son département ont pu conclure qu'il n'était pas citoyen tanzanien et que son passeport tanzanien avait été délivré sur la base de faux documents (§8). Cette lettre l'informait en outre que son passeport avait été annulé et qu'il devrait passer par les services de l'immigration pour connaître les démarches à suivre pour l'obtention de la nationalité tanzanienne (§8).

Le 26 août 2014, le requérant s'est rendu au bureau de l'immigration de Manyara pour demander la restitution de son passeport. Dès son arrivée, il a été placé sous escorte policière et expulsé vers les frontières kenyanes. En date du 5 octobre 2014, le père du requérant a saisi le Premier Ministre tanzanien pour solliciter l'annulation de la décision privant son fils de sa nationalité tanzanienne et qui ordonnait son expulsion vers le Kenya (§10).

Cette lettre fut transmise au Ministre des affaires intérieures et de l'immigration qui a confirmé la mesure privative de nationalité et la décision d'expulsion (§10). Le 3 novembre 2014, le requérant a

été retrouvé en état de coma au Kenya et conduit à l'hôpital pour obtenir des soins appropriés. Il a par la suite été présenté devant le tribunal de première instance de Homa Bay au Kenya. Celui-ci l'a déclaré en situation irrégulière sur le territoire kenyan et l'a non seulement condamné à payer une amende pour séjour illégal, mais aussi et surtout ordonné son expulsion vers la Tanzanie (§11).

## 2. En droit

Le requérant sollicite de la Cour qu'elle ordonne « l'annulation de la notification le désignant comme un « immigré clandestin » et le « rétablissement de sa nationalité tanzanienne » (§27). Il a, en outre, sollicité que la Cour d'Arusha ordonne à l'État défendeur de lui permettre d'entrer et de demeurer sur son territoire, ainsi que de lui assurer une protection équivalente aux autres citoyens. Il demande aussi à la Cour d'ordonner à l'État défendeur de réformer sa loi sur l'immigration afin de garantir un procès équitable (§27).

Trois droits sont en cause : le droit à la nationalité du requérant, ou à tout le moins celui de ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité, le droit de ne pas être expulsé sans motif ou procédure et le droit d'être entendu par une juridiction (§61). Le présent commentaire va se pencher sur les deux premiers volets, à savoir l'interdiction de la privation arbitraire de nationalité et la prohibition des expulsions de même nature.

La Cour africaine a jugé « que l'État défendeur a violé le droit du requérant de ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité tanzanienne prévue à l'article 15(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme » (§132). Par l'arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2021, la Cour a ordonné à l'État défendeur de « rétablir le requérant dans ses droits en lui permettant de retourner sur le territoire national, d'assurer sa protection » et de « modifier sa législation afin d'ouvrir aux individus des recours judiciaires en cas de contestation de leur citoyenneté » (§132(viii)).

### B. Éclairage

Si la Commission africaine a développé une jurisprudence intéressante, notamment quant à l'expulsion collective, ces arrêts sont les premiers rendus par la Cour africaine des droits de l'homme en matière migratoire. Ils sont l'occasion pour la Cour régionale de se prononcer d'une part, sur la protection du droit à la nationalité, découlant de l'interdiction de la privation arbitraire de la nationalité (1) et d'autre part, sur l'interdiction de recourir à ce moyen afin d'expulser une personne hors du territoire national (2).

Cette jurisprudence permet de mesurer la manière dont la Cour intègre l'évolution du droit international en la matière ainsi que les limites de cette jurisprudence par rapport aux pratiques des autres instances régionales.

Cet arrêt est aussi l'occasion de faire état du droit international et des jurisprudences européennes en matière de privation de nationalité.

### **1. La Cour d'Arusha réaffirme le principe selon lequel il est interdit de priver arbitrairement une personne de sa nationalité**

Face à l'absence d'un cadre juridique africain qui protège le droit à la nationalité, la Cour africaine s'est appuyée sur les dispositions de l'article 15(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme pour conclure à la violation du droit du requérant de ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité. D'où la nécessité de revenir sur cette disposition de la Déclaration, mais bien plus encore.

- *Les sources du droit à la nationalité ou à ne pas en être privé arbitrairement*

En vertu de l'article 3 du [Protocole à la Cour africaine des droits de l'homme](#), la Cour doit se fonder sur des textes liant les États en cause. Cela signifie qu'ils doivent avoir été ratifiés par eux :

« 1. La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés ».

Il peut être fait exception à l'exigence de ratification face à une norme coutumière. Un État peut ainsi devoir respecter une règle non écrite, élevée au rang de coutume en raison, d'une part, de son caractère constant et uniforme (« *précédent* ») et, d'autre part, du fait que cet État s'y soumet au titre de véritable règle de droit (« *opinio juris* »)<sup>1</sup>. Une coutume peut être universelle mais aussi régenter les relations de deux ou plusieurs États d'une sous-région ou dans une région. Selon le cas, il s'agira d'une coutume soit locale, régionale ou générale.

- *La Déclaration universelle des droits de l'homme*

En droit international, l'interdiction de priver arbitrairement une personne de sa nationalité figure à l'article 15(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme. « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité ». Cette interdiction découle du paragraphe 1 de ce même article qui stipule que « tout individu a droit à une nationalité ».

En dehors de cet instrument non contraignant, il n'existe aucun autre instrument juridique, de portée internationale et générale, qui consacre ces droits de manière expresse.

La nature non contraignante de la Déclaration pourrait l'exclure des règles applicables au présent litige. Toutefois, l'arrêt commenté juge que les droits garantis par la déclaration en matière de nationalité sont de nature coutumière. La Cour estime que les deux conditions exigées pour que tel soit le cas sont bel et bien réunies (§76). S'agissant de la nature coutumière de la Déclaration, [Marie Rota](#) souligne que « pour certains auteurs, la Déclaration doit être considérée comme l'interprétation authentique [des] clauses » de la Charte des Nations unies ; d'autres estiment que sa force juridique peut être qualifiée de coutumière, ou encore que les droits qu'elle consacre ont la valeur de « principes généraux de droit international ». Pour [Eduardo Cifuentes](#), « la Déclaration a acquis une

---

<sup>1</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> édition mise à jour, PUF, 2014, v° Coutume internationale, p.283.

force et une hiérarchisation normative propres, au point de féconder par ses principes et valeurs le corpus iuris international ».

La Cour relève que la Constitution tanzanienne<sup>2</sup> y fait expressément référence mais aussi que la Déclaration universelle est souvent référencée par des instances internationales telles que la Cour internationale de justice<sup>3</sup>.

L'arrêt du 22 mars 2018 conclut « (...) à la violation de l'article 15(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'État défendeur dans la mesure où les preuves fournies par l'État défendeur pour justifier le retrait de la nationalité du requérant ne sont pas convaincantes ». La Cour a tranché en faveur de la reconnaissance de la valeur coutumière à la Déclaration, position audacieuse pour cette jeune Cour (§76). Il s'agit d'une première dans la jurisprudence de la Cour ; il faudra être attentif à sa consolidation qui renforcerait le système africain de protection des droits de l'homme, qui dispose déjà et à la différence des autres systèmes régionaux, de la possibilité d'emprunt normatif<sup>4</sup>.

- *Les Conventions onusiennes relatives à l'apatridie*

Outre la Déclaration universelle des droits de l'homme, il existe d'autres textes onusiens dédiés à la protection du droit à une nationalité, l'une relative au statut d'apatride et l'autre relative à la réduction des cas d'apatridie. Ces textes n'ont toutefois pas été ratifiés par l'État défendeur.

L'arrêt commenté se limite à une référence à la première en qualifiant le requérant d'apatride, sans en déduire de conséquences juridiques. La Cour note que la situation du requérant, renié par la Tanzanie autant que par le Kenya, fait de lui un apatride tel que défini par l'article 1 de la Convention relative au Statut des apatrides (§103).

Si la Convention sur la réduction des cas d'apatridie avait été ratifiée par l'État défendeur, elle garantirait une meilleure protection du requérant puisque sa nationalité ne lui serait pas retirée sans que l'État ne prenne au préalable toutes les dispositions pour qu'il ne devienne pas apatride.

L'article 5(1) de Convention sur la réduction des cas d'apatridie rappelle que « si la législation d'un État contractant prévoit la perte de la nationalité par suite d'un changement d'état tel que mariage, dissolution du mariage, légitimation, reconnaissance ou adoption, cette perte doit être subordonnée à la possession ou à l'acquisition de la nationalité d'un autre État ».

<sup>2</sup> Constitution tanzanienne, partie 2 : Fundamental objectives and directive principles of state policy, point 9(f).

<sup>3</sup> CIJ, Arrêt dans l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis vs Téhéran, La Haye, 24 mai 1980, §91, p.43. Voir Affaire du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud) (exceptions préliminaires) (Bustamente, Juge, opinion individuelle), CIJ, Collection 1962, page 319, ainsi que Section 9 f) de la Constitution de la République-Unie de Tanzanie, 1977.

<sup>4</sup> Voir l'article 3 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir aussi les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. « Par emprunt normatif, il faut ici entendre le fait qu'un système juridique imite les normes appartenant à un autre système dans le but soit de féconder son propre système soit de combler ses lacunes ».

Dans l'arrêt commenté, c'est notamment la filiation du requérant à ses parents tanzaniens qui était remise en cause et justifiait, du point de vue de l'État, le retrait de sa nationalité. Face à cet argument, la Cour a conclu qu'« en refusant d'effectuer le test ADN sollicité par Achok Anudo, l'État défendeur a véritablement raté l'occasion d'établir la preuve de ses allégations. Il s'ensuit que la décision de priver le requérant de sa nationalité n'est pas justifiée (§87). Le lien de filiation du requérant avec ses parents tanzaniens n'avait pas à être contesté.

De plus, même si sa filiation avec ses parents tanzaniens n'était pas établie, le retrait de sa nationalité tanzanienne sans que l'État s'assure de l'effectivité de la nationalité kenyane du requérant, porterait également atteinte aux dispositions de l'article 5(1) de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie.

- Les textes non contraignant adoptés notamment dans le cadre de l'Union africaine

Le système africain de protection des droits humains ne contient pas – encore - de texte spécifique et contraignant relatif à l'apatridie ou à la nationalité. Pourtant, le continent africain est confronté à de nombreuses difficultés liées notamment aux problèmes d'enregistrement de l'état civil, aux mouvements de population qu'ils soient liés aux conflits ou aux migrations. Deux résolutions de la Commission africaine y sont consacrées. [La résolution 234 sur le droit à la nationalité et 277 sur l'élaboration d'un Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le droit à la nationalité en Afrique](#). L'interdiction de privation arbitraire de la nationalité est rappelée dans la résolution 234.

Il convient également de mentionner [le projet de Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples](#) sur les aspects spécifiques du droit à la nationalité et l'éradication de l'apatridie en Afrique, adopté dans le cadre de l'Union africaine. Ce Protocole offre un régime de protection similaire à celui des conventions onusiennes citées ci-dessous. L'article 16 interdit une privation de nationalité qui aurait pour effet de rendre une personne apatride.

En dehors de ce projet et des textes *de soft law*, deux conventions africaines contiennent des éléments embryonnaires en matière de nationalité. Il s'agit de la [Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant](#) en son article 6<sup>5</sup> et du [Protocole de Maputo](#) relatif aux droits des femmes dans le même article.

Ces textes veillent à ce que tout enfant ait une nationalité et à ce que la femme ne perde pas sa nationalité par son mariage et puisse acquérir la nationalité de son mari. Dans ce sens écrit Renauld Fiacre, « (...) le régime africain de prévention d'apatridie est caractérisé par le silence de la Charte

---

<sup>5</sup> « 1. Tout enfant a droit à un nom dès sa naissance; 2. tout enfant est enregistré immédiatement après sa naissance; 3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité; CAB/LEG/153/Rev.2 6 4. Les États parties à la présente Charte s'engagent à veiller à ce que leurs législations reconnaissent le principe selon lequel un enfant a droit d'acquérir la nationalité de l'État sur le territoire duquel il/elle est né(e) si, au moment de sa naissance, il/elle ne peut prétendre à la nationalité d'aucun autre État conformément à ses lois ».

africaine des droits de l'homme et des peuples sur la question de la nationalité, mais le Protocole de Maputo et la Charte africaine sur les droits de l'enfant participent à la correction de cette lacune »<sup>6</sup>.

- À Banjul, la privation ou le refus de reconnaissance de nationalité est observée à la lumière des autres droits : droit à la protection de la loi ; droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique...

Devant la Commission africaine des droits de l'homme, la privation ou le refus de reconnaissance de la nationalité est confrontée au silence de la Charte africaine. Dans d'autres régions, le droit à la nationalité est protégé : c'est le cas dans la [Convention américaine](#) en son article 20 et dans une [Convention](#) spécifique du Conseil de l'Europe même si la Convention européenne des droits de l'homme n'y pourvoit pas.

Lotiyé BALLE souligne que, pourtant, « la position de la Commission à propos de la garantie du droit à la nationalité et la prévention de l'apatridie est assez claire et impressionnante, même en l'absence d'une disposition expresse sur le droit à la nationalité dans la Charte africaine »<sup>7</sup>.

Ainsi, par exemple, dans la communication [John K. Modise](#), la Commission africaine a observé que « le père de John Modise était un Tswana au moment de l'indépendance, le 30 septembre 1966 et son fils, le plaignant, n'ayant eu aucune indication sur son autre nationalité, a acquis la citoyenneté du Botswana en vertu de la section 20(2) de la Constitution du Botswana alors en vigueur. Le déni de ce droit est une violation des articles 3.2 et 5 de la Charte ». La Commission ajoute qu'« il a vécu en République du Botswana depuis qu'il était tout petit... qu'il a travaillé dans ce pays sans difficulté... qu'il a bénéficié de la carte d'identité de Botswana » (pt 90). Par conséquent, la négation de sa nationalité par l'État défendeur ne peut qu'être attentatoire à ses droits. Dans cette communication, le requérant revendiquait la nationalité botswanaise, ce qui lui était refusé par l'État défendeur au motif qu'il serait un immigré sud-africain. Le requérant contestait cet argument en soutenant que son père était botswanais et qu'il avait le droit de revendiquer cette nationalité.

Dans la communication [Amnesty International / Zambie](#), la Commission africaine a noté que « la Zambie a violé l'article 7 de la Charte en refusant au requérant la possibilité de poursuivre les procédures administratives pour acquérir la nationalité zambienne conformément à la loi sur la nationalité ». La Commission précise que « l'État défendeur ne nie pas que le requérant disposait d'une carte d'identité zambienne ; qu'il avait vécu pendant longtemps dans ce pays et exercé des activités politiques ou qu'il ne vivait pas en situation illégale. C'est donc seulement sa prétention à la nationalité zambienne de naissance qui était contestée par l'État » (pt 39).

Même si les requérants n'étaient pas zambiens de naissance, la Cour a sanctionné leur déportation vers un pays, le « Malawi », dont ils n'avaient pas la nationalité, sans possibilité d'exercer les voies de recours pour l'un des requérants. En outre, leur déportation sans la possibilité qu'ils sollicitent

---

<sup>6</sup> Renauld Fiacre Avlessi, « La prévention de l'apatridie dans le système africain des droits de l'homme », in *Annuaire africain des droits de l'homme* (2019)3, 276-297.

<sup>7</sup> Lotiyé BALLE, « La Nationalité Saisie Par Les Droits De L'Homme : Perspective Africaine »(2022), *Revue juridique de Faso*, §5.



l'acquisition de la nationalité zambienne conformément à la loi sur la nationalité, ne peut qu'être attentatoire aux droits garantis dans la Charte.

Cette approche de Banjul se rapproche de celle de Strasbourg, qu'il convient donc d'analyser.

- À Strasbourg, la privation de nationalité à l'origine de la violation d'autres droits

Une autre approche est également possible face aux privations arbitraires de nationalité. Elle consiste à mettre en exergue le fait qu'elle conduit à la négation d'autres droits fondamentaux, tels la vie familiale, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants... En déracinant une personne, on la coupe de ses attaches, de son lieu de vie, parfois de ses biens, de son emploi, ...

Par exemple, dans l'arrêt [Ramadan c. Malte](#), la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que « (...) la perte d'une nationalité acquise ou de naissance peut produire un effet identique sur la vie privée et familiale de la personne concernée... ». Dans l'arrêt [Ghoumid](#), la même Cour a noté qu'« une déchéance arbitraire de nationalité peut dans certaines circonstances poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention du fait de son impact sur la vie privée de l'intéressé ». Il s'agissait dans cette affaire notamment d'une décision de déchéance de la nationalité française en considération d'une condamnation antérieure pour une infraction à caractère terroriste.

- À Luxembourg, la protection de l'« essentiel des droits du citoyen »

En droit de l'Union européenne, la jurisprudence met en exergue que la privation arbitraire de nationalité porte atteinte à l'essentiel des droits du citoyen si elle est opérée de manière arbitraire.

Dans l'arrêt [Rottman](#), la CJUE a dû se prononcer sur l'applicabilité du droit de l'Union européenne dans une situation de retrait de la nationalité autrichienne, pour cause de manœuvres frauduleuses. Sans revenir sur le droit souverain dont dispose chaque État de définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, la Cour explique que le fait qu'une matière ressorte de la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier. La Cour souligne :

« il est manifeste que la situation d'un citoyen de l'Union qui, (...) est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union. » (*Rottman*, §§39 – 41 ; voir aussi [Tjebbes](#), §30)

Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres (*Tjebbes*, §31 et C.J., arrêt *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, C-184/99, point 42) EU:C:2001:458).

La possibilité de perdre la citoyenneté européenne constitue le lien de rattachement au droit de l'Union, et non les modalités de la perte de la nationalité nationale en question. La situation relève par sa nature et ses conséquences du droit de l'Union (*Tjebbes*, §32 ; *Rottman*, §42 et 45). La Cour de justice s'appuie sur la protection due à la citoyenneté et à l'«essentiel des droits du citoyen ». Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1993, la citoyenneté de l'Union (créée par le traité de Maastricht ou Traité de l'Union) donne aux nationaux des États de l'Union un statut commun, la citoyenneté de l'Union.

La Cour de justice souligne dans l'arrêt *Grzelczyk*, que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (C.J.U.E., 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, pt 31).

Le fait qu'un citoyen de l'Union possède aussi la nationalité d'un État tiers ne le prive pas de revendiquer ses droits de citoyen, et ce même si la nationalité de l'État tiers est plus effective. L'arrêt *Michelletti* consacre ainsi la notion de « nationalité fonctionnelle », permettant à l'intéressé de bénéficier des droits découlant du statut de citoyen de l'Union (C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Rec.*, p. I-4239). Cette jurisprudence et à la suite des arrêts cités ci-avant, les affaires *Zhu et Chen*, *Zambrano*, vont permettre à la Cour d'énumérer un certain nombre de droits faisant partie de l'essentiel du statut du citoyen. La Cour déclare que l'article 20 TFUE consacrant la citoyenneté européenne « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » (*Zambrano*, point 42).

La Cour précise que cette notion est en cause lorsqu'une décision implique que les citoyens de l'Union se voient obligés en fait de quitter le territoire de l'Union européenne (*Zambrano*, point 44-45). La Cour précise dans l'arrêt *Dereci* que l'essentiel des droits du citoyen européen recouvre les droits dont le citoyen serait privé si « il se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » (point 66).

La Cour enjoint le juge national responsable de trancher la question, à examiner la situation à la lumière de l'article 7 de la Charte ou de l'article 8 CEDH en fonction de leur applicabilité (point 70). « L'essentiel des droits » conférés par le statut de citoyen de l'Union comprend notamment le droit d'invoquer prioritairement sa citoyenneté européenne (affaire *Michelletti*), le droit de ne pas être privé arbitrairement de celle-ci (affaire *Rottman*), le droit de vivre avec ses parents quand on est mineur (affaire *Zhu et Zambrano*). La Cour valide divers objectifs poursuivis par les États membres comme étant légitime afin de justifier les restrictions à l'article 20 TFUE. Parmi eux, on retrouve l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité publique (voir C.J., arrêt *Rendon Marin*, 13 septembre 2016, C-165/14 et C.J., arrêt *C.S.*, 13 septembre 2016, C-304/14).

La Cour estime notamment qu'il est légitime pour un État membre de tenir à protéger le rapport particulier de « solidarité et de loyauté » avec ses ressortissants, ainsi que la « réciprocité des droits et devoirs constituant le fondement du lien de nationalité » (*Tjebbes*, §35 et *Rottman*, §51). Ce lien entre l'État membre et son ressortissant peut par exemple être mis en cause par une résidence de longue durée dans un État tiers. Il en va de même du souci de protéger l'unité nationale au sein d'une même famille (*Tjebbes*, §35).

Concernant la perte de nationalité, la Cour souligne que le test de proportionnalité est exigeant :

« vu l'importance qu'attache le droit primaire au statut de citoyen de l'Union, il convient, lors de l'examen d'une décision de retrait de la naturalisation, de tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union. Il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine » (*Rottman*, § 56)

Dans l'arrêt *Tjebbes*, la Cour clarifie cette jurisprudence et affirme qu'il est impératif que le respect de la proportionnalité implique un examen individuel de chaque situation (situation individuelle de la personne concernée mais aussi de celle de sa famille) (§ 44). A cet égard, l'autorité nationale doit veiller à ce que la perte de la nationalité soit conforme aux droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE. La perte de la nationalité entraînant la perte du statut de citoyen de l'UE, ne doit pas avoir de conséquences disproportionnées sur la vie familiale et professionnelle de l'intéressé.

Le droit de l'UE ne s'oppose pas à une législation nationale qui prévoit, pour des motifs d'intérêt général, la perte de plein droit de la nationalité d'un État membre entraînant la perte de la citoyenneté européenne et des droits qui y sont attachés (*Tjebbes*, §39) pour autant que les autorités nationales vérifient le respect du principe de proportionnalité et les conséquences de la perte de nationalité sur la personne concernée ainsi que sur les membres de sa famille (*Tjebbes*, §44 et *Rottman*, §§55-56). Par conséquent, la perte de plein droit de la nationalité sans qu'aucun examen individuel des conséquences que comporte cette perte au regard du droit de l'Union n'ait été effectué, est incompatible avec le principe de proportionnalité (arrêt *Tjebbes*, §41).

Lorsqu'une perte de nationalité intervient de plein droit, il est nécessaire que les autorités et les juridictions nationales soient en mesure d'examiner de façon incidente les conséquences qu'entraînent cette perte de nationalité « et, le cas échéant, de faire recouvrer *ex tunc* la nationalité à la personne concernée, à l'occasion de la demande, par celle-ci, d'un document de voyage ou de tout autre document attestant de sa nationalité » (*Tjebbes*, §42).

Ainsi, le fait de solliciter la délivrance de certains documents tel qu'un document de voyage permet de déduire que la personne entend conserver un lien effectif avec l'État membre concerné (ici les Pays-Bas). Dans le droit néerlandais, la délivrance de l'un de ces documents interrompt la période et exclut la perte de nationalité néerlandaise (*Tjebbes*, §38).

Il est également impératif d'examiner si la perte de nationalité entraînant la perte de citoyenneté européenne affecte de manière disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi au niveau national « le développement normal de la vie familiale et professionnelle au regard du droit de l'Union » de l'intéressé. De telles conséquences ne sauraient être hypothétiques ou éventuelles (*Tjebbes*, §44). Lors de cet examen de proportionnalité, les autorités nationales et, le cas échéant, les

juridictions nationales sont tenues de vérifier qu'une telle perte de la nationalité est conforme aux droits garantis par la Charte des droits fondamentaux et plus particulièrement au droit au respect à la vie privée et familiale garanti par l'article 7 de la Charte. Il doit être lu en combinaison avec l'article 24 § 2 de la Charte protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant (*Tjebbes*, §45 et *Chavez*, §70).

La Cour propose certains critères qui peuvent guider les autorités et juridictions nationales dans leur appréciation *in concreto* de la proportionnalité d'une éventuelle perte de nationalité. Les autorités nationales doivent par exemple et notamment avoir égard aux limitations aux droits de circuler et séjourner librement que pourrait entraîner la perte de nationalité.

A ce titre, les difficultés pour continuer à se rendre dans l'État membre concerné ou dans un autre État membre de l'UE « afin d'y maintenir des liens effectifs et réguliers avec des membres de sa famille, d'y exercer son activité professionnelle ou d'y entreprendre des démarches nécessaires pour y exercer une telle activité » doivent être prises en compte. Le fait que l'intéressé soit dépendant de ces droits afin d'entretenir des liens réguliers et effectifs avec sa famille ou exerce de son activité professionnelle pourrait justifier le maintien de la nationalité. La possibilité pour l'intéressé de renoncer ou non à la nationalité de l'État tiers doit également être prise en compte ainsi que les conséquences sur sa sécurité puisqu'il ne peut plus se prévaloir de la protection consulaire européenne dans l'État tiers (*Tjebbes*, §46).

Il se déduit de ces jurisprudences et notamment de l'arrêt *Tjebbes* que l'article 20 du TFUE, lu à la lumière des articles 7 et 24 de la Charte des droits fondamentaux, ne s'oppose pas à une législation d'un État membre entraînant pour l'intéressé la perte de son statut de citoyen européen et des droits qui y sont attachés, pour autant que les autorités nationales compétentes, et, le cas échéant, les juridictions nationales soient en mesure d'examiner de manière incidente les conséquences de cette perte de nationalité et de faire recouvrer *ex tunc* la nationalité à l'intéressé à l'occasion de la demande par celles-ci d'un document de voyage ou de tout autre document attestant de leur nationalité. Dans le cadre de cet examen, elles doivent vérifier si la perte de nationalité est proportionnée au regard des conséquences sur la situation de l'intéressé et le cas échéant sur celle des membres de sa famille au regard du droit de l'Union.

Il ressort donc de tout ce qui précède que l'approche de la Cour d'Arusha, bien que réaffirmant l'interdiction de la privation arbitraire de la nationalité comme les autres Cours régionales, reste restrictive. Lors de l'examen de la question sur la nationalité, notamment de la privation de la nationalité par un État, elle ne se limite qu'à l'analyse de la conformité directe de la mesure prise à la norme sur la nationalité, pour en déduire s'il y a ou non violation. Pendant que les autres juridictions régionales vont plus loin, en analysant également les conséquences de cette mesure sur le respect des autres droits de l'homme dans une perspective d'indivisibilité et d'interdépendance de tous les droits de l'homme. Ainsi, dans son travail, la Cour d'Arusha pouvait tirer pleinement profit de l'expérience de ces deux juridictions européennes pour la construire sa propre jurisprudence en la matière. Elle gagnerait aussi à s'appuyer sur la jurisprudence de la Commission africaine, dont elle complète la fonction de protection.

2. *Pour la Cour, la mesure d'expulsion du requérant est arbitraire, qu'il soit considéré comme un étranger ou comme un national*

En admettant même que l'intéressé puisse être privé légalement de sa nationalité, il reste protégé face à l'expulsion arbitraire.

Au niveau international, le droit de ne pas être expulsé arbitrairement est consacré à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est également garanti dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, notamment dans les articles 9 et 13. L'article 9 de cette Déclaration stipule que « nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou **exilé** ». L'article 13 rajoute que :

« 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

Au niveau régional africain, par contre, ce droit est consacré à l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Le paragraphe 1 de cet article stipule que :

« 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

Ce droit comprend d'une part, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence et d'autre part, le droit de quitter tout pays et d'y revenir. Pour la Cour, c'est le deuxième aspect de ce droit, c'est-à-dire le paragraphe 2 de l'article 12 qui est pertinent dans l'affaire sous examen (§96). Il suppose qu'une personne sur le territoire d'un État ne fasse pas l'objet d'une mesure d'expulsion, d'éloignement ou de bannissement arbitraire d'une part, et d'autre part, qu'une personne sollicita l'admission sur le territoire de cet État ne fasse pas non plus à son tour l'objet d'une mesure de **refus arbitraire** d'admission sur ce territoire, peu importe sa nationalité.

Cette dernière assertion est plus plausible pour les nationaux et les étrangers légalement établis que pour les autres étrangers. Même s'il faut admettre que les États disposent d'une large marge d'appréciation, lorsqu'il s'agit d'autoriser l'admission sur leur territoire et moins s'agissant d'une décision de renvoi ou d'expulsion du territoire. L'exercice souverain de son pouvoir de contrôle des entrées et de séjours reste soumis à la condition qu'il se fonde sur des éléments objectifs et non arbitraires pour autoriser ou refuser l'entrée ou le séjour sur leur territoire.

Dans le cas d'espèce, la Cour observe que l'expulsion a été effectuée de manière arbitraire et donc en violation du paragraphe 3 de l'article 12 du Pacte (§96 et 100). Cet article dispose que « les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont **prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale**, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ».

La Cour note que « l'article du PIDC ci-dessus cité a pour objectif de protéger un étranger contre toute forme d'expulsion arbitraire en lui donnant **des garanties judiciaires** » (§101).

Or, la loi tanzanienne sur l'immigration ne prévoyait aucun recours judiciaire contre toute mesure d'expulsion. Elle privait donc le requérant de la possibilité de corriger éventuellement cette décision administrative d'expulsion ou de bannissement (s'il est considéré comme un national).

Ainsi, dans l'analyse de ce droit, la Cour africaine adopte une approche classique, systématiquement rappelée par la Cour européenne dans les affaires relative à l'article 8 de la Convention européenne :

«...les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur leur sol ».

Cela traduit donc le caractère relatif de ce droit d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un État. La Cour africaine le rappelle également et pour parvenir la conclusion sur la violation de ce droit, elle analyse la pertinence des conditions citées ci-dessus.

Pour rappel, il s'agit de l'exigence que cette restriction soit « prévue par la loi », justifiée par un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 8, et « nécessaire, dans une société démocratique »<sup>8</sup>. C'est également sur ces conditions que la Cour africaine s'est fondée pour conclure à la violation de ce droit par l'État défendeur.

Ensuite, le PIDCP protège aussi le droit d'entrer dans son propre pays. Selon le [Comité des droits de l'homme](#), ce droit d'entrer dans son pays implique, « le droit de rester dans son propre pays ». Il implique aussi que « le droit de rentrer dans son pays après l'avoir quitté, mais il peut également signifier le droit d'une personne d'y entrer pour la première fois si celle-ci est née en dehors du pays considéré ou de l'interdiction de transferts forcés de population ou d'expulsions massives vers d'autres pays »<sup>9</sup>. Le [Comité](#) note également que « les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays ». Cette hypothèse illustre bien la situation du requérant dans l'arrêt commenté. Il a été non seulement privé arbitrairement de sa nationalité, mais aussi et surtout il a été expulsé hors de la Tanzanie sans possibilité d'y revenir.

En définitive, cette affaire a permis à la Cour d'Arusha d'examiner pour la première fois une expulsion d'un étranger, et celle d'un national résultant d'une déchéance arbitraire de nationalité, à la lumière de l'article 12 de la Charte. L'analyse par la Cour s'appuie sur les standards internationaux, en intégrant un texte par essence non contraignant, dont elle a reconnu la valeur coutumière (la Déclaration universelle des droits de l'homme). Pour le droit à la nationalité, elle s'inspire aussi de la solution déjà adoptée par la Commission africaine dans la communication *Amnesty International / Zambie*: la protection contre l'expulsion arbitraire vise à permettre au requérant d'exercer les voies de recours contre la décision de déchéance de sa nationalité.

---

<sup>8</sup> CEDH, 8 décembre 2020, *Arrêt M.M. c. Suisse*, Requête n° 59006/18, §46.

<sup>9</sup> *Idem*, §19.

### C. Pour aller loin

Lire l'arrêt : Cour ADHP, [22 mars 2018 \(fond\)](#) et [02 Décembre 2021 \(réparations\)](#), *Arrêts ANUDO Ochieng ANUDO c. Tanzanie*, req. n°012/2015.

#### Jurisprudence :

Cour EDH, [Arrêt Ghoumid et autres c. France](#), Requête n° 52273/16 et 4 autres, Strasbourg, 25 juin 2020, §50-72 ;

CJUE, [Arrêt M. G. Tjebbes et alii c. Minister van Buitenlandse Zaken](#), C-221/17, Luxembourg, 12 mars 2019;

Cour EDH, [Arrêt Case of Ramadan v. Malta](#), Application n° 76136/12, Strasbourg, 21 juin 2016 ;

CJUE, [Arrêt Janko Rottmann c. Freistaat Bayern](#), C-135/08, Luxembourg, 2 mars 2010 ;

Commission africaine, [John K. Modise / Botswana \(97/93\\_14AR\)](#), adoptée à la 28e session ordinaire à Cotonou, Bénin, le 6 novembre 2000 ;

Commission africaine, [Amnesty International / Zambie \(212/98\)](#), adoptée à Bujumbura, 5 mai 1999 ;

Cour IJ, [Arrêt États-Unis d'Amérique c. Iran](#), La Haye, 24 mai 1980.

#### Doctrine :

L. BALLE, « [La Nationalité Saisie Par Les Droits De L'Homme : Perspective Africaine](#) »(2022), *Revue juridique de Faso*, §5 ;

C. Macq, « [Déchéance de nationalité : une restriction des droits validée au nom de la lutte contre le terrorisme](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020 ;

Commission du droit international des Nations unies, [Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs 2014](#), 66<sup>ème</sup> session, annuaire du droit international, 2014, vol II(2), commentaire article 8, p.14 ;

F. Arlettaz, « [Expulsions collectives: définition et portée de leur interdiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme](#) », *Cambridge University Press*, Online, 27 March 2019 ;

R. Fiacre Avlessi, « [La prévention de l'apatridie dans le système africain des droits de l'homme](#) », in *Annuaire africain des droits de l'homme* (2019)3, 276-297 ;

**Voy. aussi le commentaire de l'affaire Vavilov par Delphine Nakache dans les cahiers de l'EDEM :**

D. Nakache, « [Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et /ou déraisonnables](#) », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020.

#### Autres :

Comité des droits de l'homme, [Observation générale n°27 sur la liberté de la circulation](#), Genève, 2 novembre 1999, §21 ;

Secrétariat général des Nations Unies, *Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité*, Rapport du Secrétaire général, Genève, 14 décembre 2009, §25 ;

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur l'élaboration d'un Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le droit à la nationalité en Afrique 277*, adoptée à la 55ème Session ordinaire tenue à Luanda, en Angola, du 28 avril au 12 mai 2014 ;

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur le droit à la nationalité 234*, adoptée à la 53<sup>ème</sup> session ordinaire tenue à Banjul, en Gambie, du 09 au 22 avril 20.

**Pour citer cette note** : B. KAGINA SENGA, « L'interdiction de déchoir arbitrairement de sa nationalité aux fins d'être expulsé vue par la Cour africaine », *Cahiers de l'EDEM*, Juin 2022.



### 3. C.J.U.E., 26 AVRIL 2022, NW, AFF. JOINTES C-368/20 ET C-369/20, EU:C:2018:36

*Réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : Le rappel de la prééminence de l'acquis, interprété strictement au nom du principe de la liberté de circulation*

*Luc Leboeuf*

#### A. Arrêt

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « la Cour ») est saisie, par une juridiction autrichienne, d'une question préjudicielle relative aux conditions de réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen, en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure. Le juge autrichien souhaite, en substance, obtenir des précisions sur la période maximale de réintroduction des contrôles, et sur les conséquences en cas de dépassement.

La Cour constate, tout d'abord, que le prescrit explicite de l'article 25, §4, du Code frontières Schengen soumet la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures, pour menace grave à l'ordre public et la sécurité nationale, à un délai maximal de six mois<sup>1</sup>. Rappelant que les exceptions à la liberté de circulation au sein de l'Union sont d'interprétation stricte, la Cour considère que le délai de six mois ne peut en aucun cas être dépassé. Elle juge que :

« S'il est (...) vrai qu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure (...) n'est pas nécessairement limitée dans le temps, il apparaît que le législateur de l'Union a estimé qu'une période de six mois était suffisante pour que l'État membre concerné adopte (...) des mesures permettant de faire face à une telle menace tout en préservant, après cette période de six mois, le principe de libre circulation. »<sup>2</sup>

La Cour précise, toutefois, que l'apparition d'une nouvelle menace grave, distincte de celle qui a justifié la réintroduction initiale des contrôles aux frontières intérieures, a pour effet de faire courir un nouveau délai de maximum 6 mois<sup>3</sup>.

La Cour note également que, contrairement à ce que faisaient valoir dans leurs observations les divers gouvernements intervenus à la cause, l'article 72 T.F.U.E. ne peut pas être invoqué pour justifier un dépassement du délai maximal fixé dans le Code Frontières Schengen. Si l'article 72 T.F.U.E. précise que le développement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice « ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure », la Cour considère que la mise en balance entre la liberté de circulation et la protection de l'ordre public opérée par le législateur européen, lors de l'adoption des dispositions pertinentes de droit dérivé, doit prévaloir :

« (...) en prévoyant la règle relative à la durée totale maximale de six mois figurant à l'article 25, paragraphe 4, du code frontières Schengen, le législateur de l'Union a dûment tenu

<sup>1</sup> Ce délai est porté à deux ans en cas de « manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures », tels que visés par l'art. 29 C.F.S.

<sup>2</sup> C.J.U.E., 26 avril 2022, NW, aff. jointes C-368/20 et C-369/20, EU:C:2018:36, §77.

<sup>3</sup> *Ibid.*, §79.

compte de l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres en matière d'ordre public et de sécurité intérieure »<sup>4</sup>

Enfin, la Cour juge qu'en cas de dépassement du délai maximal, imposer une sanction à l'individu qui refuserait de se soumettre à un contrôle aux frontières intérieures et de produire son passeport, serait contraire au droit de l'Union. Elle rappelle que :

« un dispositif de sanction n'est pas compatible avec les dispositions du code frontières Schengen lorsqu'il est imposé pour assurer le respect d'une obligation de se soumettre au contrôle qui n'est elle-même pas conforme à ces dispositions »<sup>5</sup>

## B. Éclairage

Par l'arrêt commenté, la Cour fait prévaloir le prescrit explicite du Code frontières Schengen, sur les arguments relatifs à son interprétation conciliante avec les responsabilités des États membres en matière de maintien de l'ordre public et de sauvegarde de la sécurité nationale. La Cour précise, ce faisant, sa doctrine relative à l'agencement entre les compétences de police des États membres, d'une part, et l'acquis de Schengen, d'autre part (1).

Cette précision intervient à l'heure où le projet de réforme du Code frontières Schengen [COM\(2021\)891fin](#) est en cours de discussion, le Conseil s'étant prononcé [le 9 juin dernier](#). Ce projet de réforme inclut une révision des normes relatives à la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures, lesquels se sont multipliés ces dernières années, parfois selon des modalités dont on peut douter de la compatibilité avec l'acquis de Schengen. L'objectif affirmé est de soutenir le retour à une gestion apaisée de l'espace Schengen, en levant la durée maximale des contrôles aux frontières intérieures tout en précisant l'exigence de proportionnalité stricte (2).

### 1. L'articulation entre les compétences de police des États membres et l'acquis de Schengen

La Cour a déjà eu à trancher, par le passé, diverses controverses relatives à l'articulation entre les compétences de police des États membres, qui sont en charge du maintien de l'ordre public et de la sécurité nationale, et l'acquis de Schengen. Elle a constamment jugé que les États membres ne peuvent pas user de leurs compétences de police pour mener des contrôles qui ont un effet équivalent à des contrôles aux frontières intérieures.

Diverses balises ont été posées, alors que la Cour s'est montrée particulièrement circonspecte à l'égard des législations nationales autorisant les services de police à procéder à des contrôles sans motifs dans les zones frontalières, indépendamment du comportement de la personne concernée et d'éléments conduisant à suspecter un danger pour l'ordre public.<sup>6</sup> La Cour exige, en pareil cas, un encadrement suffisant des opérations de police, afin notamment de veiller à ce qu'elles demeurent limitées dans le temps et que leur objectif réel consiste à lutter contre la criminalité (en ce compris

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, §89.

<sup>5</sup> *Ibid.*, §97.

<sup>6</sup> C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363; C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Adil*, aff. C-278/12 PPU, EU:C:2012:508; C.J.U.E., 21 juin 2017, *A.*, aff. C-9/16, EU:C:2017:483. La Cour a également jugé qu'il ne peut être exigé des transporteurs privés qu'ils vérifient systématiquement les documents d'identité de leurs passagers – y voyant une stratégie de contournement des garanties consacrées par le Code frontières Schengen (C.J.U.E., 13 décembre 2018, *Touring Tours und Travel GmbH et Sociedad de Transportes s.a.*, aff. jointes C-412/17 et C-474/17, EU:C:2018:1005).

l'immigration irrégulière) – ce qu'il revient aux juridictions nationales de vérifier le cas échéant, compte tenu de l'ensemble des circonstances propres à l'espèce<sup>7</sup>.

L'arrêt *NW*, ici commenté, poursuit cette approche jurisprudentielle. Il s'oppose à ce que les États membres usent de leur compétence en matière de protection de l'ordre public, pour s'affranchir des limitations que le Code frontières Schengen impose aux contrôles aux frontières intérieures. Ce qui le rend particulier, toutefois, c'est le contexte politique dans lequel il a été rendu. L'interdiction des contrôles systématiques aux frontières intérieures est devenue particulièrement controversée ces dernières années, à la suite de divers épisodes durant lesquels divers États membres se sont affranchis des limites imposées par le Code frontières Schengen – parfois dans un contexte exceptionnel, comme la « crise des réfugiés » de 2015 ou l'épidémie de la COVID-19.

## **2. L'interprétation stricte du Code frontières Schengen, au nom du principe de la liberté de circulation**

Le rappel du cadre législatif existant, interprété strictement au nom du principe de la liberté de circulation, intervient à l'heure où divers épisodes ont démontré la forte opposition politique des États membres à l'encontre des limitations que le Code frontières Schengen oppose à la réintroduction de contrôles aux frontières intérieures<sup>8</sup>. Le Code avait déjà été amendé suite à une controverse survenue entre la France et l'Italie en 2010, la première reprochant à la seconde d'insuffisamment contrôler la frontière extérieure de l'Union dans le contexte du « printemps arabe ». Il en avait résulté une extension de la durée maximale des contrôles, jusqu'à deux ans, en cas de « manquements graves aux contrôles aux frontières extérieures »<sup>9</sup>.

La « crise des réfugiés » de 2015, et avec elle la crainte des mouvements secondaires de demandeurs d'asile, a engendré une multiplication des contrôles sur cette base. La Commission a alors adopté diverses mesures, afin de « revenir à l'esprit de Schengen » (COM, 2016, 120final). Ces mesures vont d'un encadrement renforcé de la mise en œuvre des contrôles aux frontières intérieures, afin d'assurer une meilleure coordination entre les États membres, à une assistance aux États membres situés aux frontières extérieures, afin d'en garantir un contrôle approprié et une prise en charge adéquate des demandeurs d'asile qui s'y présentent.

Las, suite à la crise sanitaire résultant de l'épidémie de la COVID-19, les contrôles se sont multipliés à nouveau. Reconnaisant l'exceptionnalité de la situation, la Commission s'est alors essayée à formaliser l'encadrement de leur mise en œuvre, par le biais de [lignes directrices](#). Ces dernières précisent les mesures à adopter pour éviter que les contrôles ne portent atteinte aux chaînes d'approvisionnement, ou ne contribuent à la propagation du virus (par exemple, en exigeant une coordination avec les autres États membres pour éviter de longues files).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> C.J.U.E., A., *op. cit.*

<sup>8</sup> Study for the LIBE Committee of the European Parliament, *Internal Borders in the Schengen Area: Is Schengen Crisis-Proof?*, PE 571 356; F. Gülzeau, 'A "New Normal" for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls?', *Journal of Borderland Studies*, 2021, 1-19.

<sup>9</sup> Art. 25, §4, et 29 C.F.S.

<sup>10</sup> Pour une analyse plus approfondie de la réponse de la Commission à la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures motivés par la crise sanitaire, voy., du même auteur, « La protection de la santé publique et la fermeture des frontières de l'Union: la crise sanitaire, révélatrice des dynamiques de gestion de l'espace Schengen? » *Revue des Affaires Européennes*, 2020, pp. 87-96 et « La fermeture des frontières de l'Union pour motifs de santé publique: la recherche d'une

Par l'arrêt *NW*, la Cour siffle la fin de la récréation. Elle en appelle à un retour au respect de l'acquis. Elle se fend, d'ailleurs, d'une pique à peine voilée à l'attention de la Commission, à laquelle il est implicitement reproché de ne pas avoir agi à l'encontre des contrôles aux frontières intérieures menés en violation du Code frontières Schengen:

« (...) il est essentiel, afin d'assurer le bon fonctionnement des règles instaurées par le code frontières Schengen, que, lorsqu'un État membre souhaite réintroduire le contrôle aux frontières intérieures, tant la Commission que les États membres exercent les compétences que leur attribue ce code (...) »<sup>11</sup>

Cette position jurisprudentielle est bien plus stricte que celle suggérée par l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe dans ses [conclusions](#). Ce dernier proposait une interprétation conciliante des dispositions du Code frontières Schengen, à la lumière de l'article 72 T.F.U.E. A le suivre, il y aurait lieu d'autoriser des contrôles au-delà de la durée maximale de six mois, dans les circonstances exceptionnelles où la menace à l'ordre public et la sécurité nationale persiste, mais en précisant davantage l'exigence de proportionnalité stricte qui accompagne leur mise en œuvre :

« un État membre (...) doit notamment expliquer, sur le fondement d'analyses concrètes, objectives et circonstanciées en la matière, d'une part, pourquoi le renouvellement du contrôle serait approprié, en évaluant quel a été le degré d'efficacité de la mesure initiale de réintroduction du contrôle. D'autre part, il doit préciser pourquoi celui-ci reste un moyen nécessaire, en expliquant les raisons pour lesquelles aucune autre mesure moins coercitive ne serait suffisante, telle que, à titre d'exemple, l'utilisation du contrôle policier, des renseignements, de la coopération policière au niveau de l'Union ainsi que de la coopération policière internationale »<sup>12</sup>

Il reste à déterminer quel sera l'impact de l'arrêt de la Cour. En affirmant la nécessité de respecter l'acquis, l'arrêt *NW* nourrit également les appels des États membres à augmenter sa flexibilité<sup>13</sup>. Dans sa proposition de réforme du Code frontières Schengen, adoptée le 14 décembre 2021 antérieurement à l'arrêt *NW*, la Commission suggérait d'autoriser le renouvellement du délai maximal de six mois, tout en précisant les exigences découlant du principe de proportionnalité stricte – les États membres devront démontrer, par exemple, que d'autres mesures moins coercitives, comme une coopération policière entre les États membres concernés, ne permettraient pas de répondre adéquatement à la menace ([COM, 2021, 891fin](#), art. 1<sup>er</sup>, 10). Le principe paraît avoir été avalisé sous présidence française, lors du [Conseil Justice et affaires intérieures du 9 juin dernier](#), qui s'est prononcé postérieurement à l'arrêt *NW*.

---

approche coordonnée », in E. Dubout et F. Picod (dir.), *Coronavirus et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 223–239.

<sup>11</sup> C.J.U.E., *NW*, op. cit., §92. En ce sens, voy. J. Borneman, « Reviving the Promise of Schengen. The Court of Justice's Judgment in Landespolizeidirektion Steiermark on Internal Border Controls », *Verfassungsblog*, 28 April 2022 et E. Rom, « Of the legal limits when checking the national geographical ones: Reflections on the Court of Justice's judgment of 26 April on Austria's internal border control », *EU Law Blog*, 30 May 2022.

<sup>12</sup> Conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe, présentées le 6 octobre 2021 dans les aff. jointes C-368/20 et C-369/20, EU:C:2021:821, §67.

<sup>13</sup> En ce sens, voy. D. Thym, « Illegality of Internal Border Controls: The Court of Justice feeds the Appetite for Legislative Reform », *EU Law Live*, 4 May 2022.

### 3. Conclusion. Prééminence du droit dérivé et ré-affirmation du principe de la liberté de circulation

La question des contrôles aux frontières intérieures est particulièrement symbolique sur le plan politique, tant du point de vue des institutions européennes que des États membres. D'une part, l'absence de contrôles aux frontières internes à l'espace Schengen constitue l'une des réalisations les plus visibles de la construction européenne, qui garantit la mise en œuvre effective des libertés de circulation. D'autre part, la réintroduction de pareils contrôles permet aux États membres de lancer un signal rassurant à leur population, en cas de « crise » menaçant leur ordre public – qu'il s'agisse d'attentats terroristes, ou d'une crise sanitaire.

Il en a résulté de nombreuses tensions dans la mise en œuvre des dispositions limitant les contrôles aux frontières intérieures. Là où la Commission les a gérées en accordant une relative flexibilité aux États membres, s'apparentant parfois à une tolérance de fait, la Cour vient rappeler l'obligation de respecter l'acquis, qu'elle interprète strictement à la lumière du principe de la liberté de circulation. Il y va d'un sain rappel de la prééminence de la règle de droit : si cette dernière ne produit pas les effets désirés, il convient de la modifier par le processus législatif, non de la contourner par des pratiques administratives. Il y va, également, d'une ré-affirmation du principe de la liberté de circulation, centrale au projet européen.

Ces rappels interviennent alors que des discussions sont en cours relativement à une réforme législative du Code frontières Schengen, qui entend flexibiliser le cadre législatif en autorisant le renouvellement des contrôles au-delà du délai maximal de six mois, en cas de persistance de la menace. On peut prédire au moins deux effets sur le processus législatif en cours.

Premièrement, il en résulte une pression indirecte pour surmonter les divisions, puisqu'à défaut d'accord le cadre juridique actuel devra être respecté strictement – les États membres ne pouvant indéfiniment bénéficier d'une relative tolérance de fait des institutions pour s'affranchir de l'acquis. Deuxièmement, en rappelant que chacun devra jouer son rôle dans la mise en œuvre de l'acquis, en ce compris la Commission européenne chargée du contrôle de son respect, la Cour met indirectement le doigt sur la condition de réussite du projet de réforme envisagé : pour éviter qu'elle ne s'apparente à un blanc seing, la suppression du délai maximal devra s'accompagner d'un suivi approprié du respect de l'exigence de proportionnalité stricte.

Il reste à déterminer si le changement de paradigme envisagé au niveau européen, combinant une flexibilisation du cadre législatif substantiel (suppression du délai maximal) avec un renforcement du contrôle institutionnel de sa mise en œuvre (précision de l'exigence de proportionnalité stricte), sera adopté et produira ses effets. La Cour aura, quant à elle, joué son rôle de gardienne de la prééminence du droit et des fondamentaux du projet européen.

#### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** C.J.U.E., 26 avril 2022, *NW*, aff. jointes C-368/20 et C-369/20, EU:C:2018:36

#### Doctrine

BORNEMAN J., « Reviving the Promise of Schengen. The Court of Justice's Judgment in *Landespolizeidirektion Steiermark on Internal Border Controls* », *Verfassungsblog*, 28 April 2022 ;

CEBULAK P. and MORVILLO M., « Schengen Restored », *Verfassungsblog*, 5 May 2022 ;

GÜLZEAU F., « A “New Normal” for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls? », *Journal of Borderland Studies*, 2021, 1-19 ;

ROM E., « Of the legal limits when checking the national geographical ones: Reflections on the Court of Justice’s judgment of 26 April on Austria’s internal border control », *EU Law Blog*, 30 May 2022 ;

THYM D., « Illegality of Internal Border Controls: The Court of Justice feeds the Appetite for Legislative Reform », *EU Law Live*, 4 May 2022 ;

TOMESEN C., « Contrôles aux frontières intérieures. La CJUE met fin à une pratique illégale », *Lettre ADL*, juin 2022.

**Pour citer cette note :** L. LEBOEUF, « Réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de l’espace Schengen : Le rappel de la prééminence de l’acquis, interprété strictement au nom du principe de la liberté de circulation », *Cahiers de l’EDEM*, juin 2022.